

Positivism jurídico, interpretativismo e institucionalismo. Comentario al capítulo IV de *Positivism jurídico «interno»* de María Cristina Redondo¹

Legal Positivism, Interpretivism, and Institutionalism. A Commentary on Chapter IV of María Cristina REDONDO's «Internal» Legal Positivism

Oswaldo de la Fuente Castro

Autor:

Oswaldo de la Fuente Castro
Universidad de Chile, Chile
osvaldo.delafuente@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-7526-4391>

Recibido: 1-5-2021

Aceptado: 16-11-2021

Citar como:

De la Fuente Castro, Oswaldo (2022). Positivism jurídico, interpretativismo e institucionalismo. Comentario al capítulo IV de *Positivism jurídico «interno»* de María Cristina Redondo. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 45, pp. 581-602. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.21>

Licencia:

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



© Oswaldo de la Fuente Castro

Resumen

Se presenta un comentario al capítulo IV de *Positivism jurídico «interno»* de María Cristina REDONDO, ofreciendo una reformulación de la tesis interpretativista que la autora expone y critica, y se responden las críticas a *La forma del derecho* de Fernando ATRIA desde un punto de vista «institucionalista», mostrando las ventajas de adoptar dicha posición teórica para ampliar el alcance de la teoría del derecho hacia las teorías especiales del derecho.

Palabras clave: positivism jurídico; metodología jurídica; interpretativismo.

Abstract

The commentary focuses on chapter IV of *Positivism jurídico «interno»* by María Cristina REDONDO. It offers a reformulation of the interpretive thesis that the author exposes and criticizes, and it answers the criticisms of Fernando ATRIA's *La forma del Derecho* from an «institutionalist» point of view. Finally, it shows the advantages of adopting such a theoretical position to broaden the scope of legal theory towards special theories of law.

Keywords: legal positivism; legal methodology; interpretivism.

1. Agradezco a Marcos Andrade Moreno, quien revisó atentamente un borrador preliminar de este comentario, a la réplica de la profesora Redondo durante el *Law & Philosophy Colloquium* en la Universitat Pompeu Fabra, y a Alba Lojo, quien revisó minuciosamente un borrador final que me permitió incorporar muchas mejoras y aclarar puntos oscuros. También agradezco los cambios que me fueron sugeridos por quienes oficiaron de evaluadores en el proceso de evaluación de pares.

1. PRESENTACIÓN

Conforme ha sido organizado el comentario general a *Positivismo jurídico «interno»* (2018) (en adelante PJI) de María Cristina REDONDO², me corresponde en estas líneas comentar el contenido del capítulo IV, en el cual la autora presenta y critica *La forma del derecho* (2016) (en adelante LFD) de Fernando ATRIA³. Si bien en este capítulo la autora solo indirectamente refiere a su propia propuesta teórica, que es presentada en el capítulo V, en mi comentario me referiré a ésta última cuando resulte necesario para desarrollar el argumento que aquí presento. Con todo, quisiera aclarar desde el inicio que no me propongo ofrecer aquí una defensa de ATRIA porque, en primer lugar, él puede hacerlo mucho mejor que yo. Y, en segundo lugar, porque REDONDO y ATRIA ya han intercambiado ideas sobre esta materia recientemente⁴. En estos términos, en mi comentario intentaré ver en qué medida se diferencian ambas propuestas teóricas.

La autora inicia este capítulo afirmando que las discusiones actuales en la filosofía del derecho se enfrentan a lo que llama un «falso dilema», que se produce entre dos extremos caracterizados por los presupuestos teóricos que asumen en sus explicaciones (pp. 157-58, 194). Por una parte, habría quienes sostienen que es conceptualmente imposible el estatus teórico de los discursos internos y/o normativos, excluyendo con ello la posibilidad de conocer el contenido del derecho (tesis que atribuye al positivismo jurídico). Por otra, habría otros que afirman que es conceptualmente imposible el estatus teórico de los discursos externos y/o descriptivos, excluyendo la posibilidad de desprenderse del contenido del derecho (tesis que atribuye al interpretativismo)⁵.

Para la autora, este falso dilema no sería nada favorable para la filosofía del derecho. Según REDONDO (pp. 157-158), con ello se hace imposible un debate teórico o desacuerdo racional y, como consecuencia, surgiría un escepticismo semántico (no sería posible conocer el contenido del derecho). Dentro del marco de este falso dilema, dice REDONDO que «cada teoría ofrece una propia cosmovisión inconmensurable respecto de la que ofrecen otras. Y, ciertamente, cada una de ellas respondiendo, por igual, a la coacción de (lo que ellas configuran como) las mejores razones» (p. 192-193). La inconmensurabilidad a la que refiere REDONDO y que exhibiría cada teoría jurídica

2. REDONDO (2018). Las referencias entre paréntesis a lo largo del texto corresponden a esta obra.

3. ATRIA (2016).

4. *vid.* GALLEGO (2020).

5. No tengo razones para objetar la caracterización que ofrece REDONDO del debate entre positivismo jurídico e interpretativismo. Con todo, para quienes no se encuentren familiarizados con este debate, creo posible presentarlo del siguiente modo: ambas tesis se diferencian por la distinta relevancia que le asignan a los argumentos morales en la identificación y aplicación del derecho. En estos términos, el interpretativismo le daría una relevancia que el positivismo jurídico rechaza (en qué medida lo rechazan configura distintas variaciones de positivismo jurídico). Sobre esto, por cierto, existe abundante bibliografía a la cual se puede acceder consultado el volumen publicado recientemente por SPAAK y MINDUS (2021). Recomendaría además a KAVANAGH y OBERDIEK (2008) y PATTERSON (2003). Se trata de dos antologías que reúnen los trabajos más relevantes en la filosofía del derecho contemporánea.

aparece nuevamente en el capítulo siguiente donde la explica más claramente. Dice REDONDO (p. 200)

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

Cada teoría inconmensurable, conforme a este esquema, iniciaría desde puntos de vista completamente diferentes, desde dos extremos, y en su encuentro se produciría algo así como un dialogo entre sordos. Todo posible debate entre distintas teorías jurídicas, aclara REDONDO (pp. 200-201), solo podría producirse mostrando que alguna de ellas cae en alguna contradicción interna o demostrando que frente a las demás una de ellas resulta más eficaz resolviendo problemas. Este es un primer punto en el que quisiera detenerme brevemente porque me permite ofrecer una evaluación general de la obra.

La idea de inconmensurabilidad se origina en la historia de las matemáticas, en particular, con el origen de los números irracionales⁶. En el siglo XX este término fue usado en ética y en filosofía de la ciencia. En ética, BERLIN afirmó que los valores, fines o bienes humanos son plurales e inconmensurables entre sí, en permanente conflicto y que toda elección implica un sacrificio⁷. En la filosofía de la ciencia, fue usado por KUHN en su controvertida caracterización de la historia de la ciencia como una sucesión de «paradigmas» inconmensurables entre sí⁸. En ambos casos, la inconmensurabilidad se asocia a la ausencia de una medida común bajo la cual comparar dos objetos.

En estos términos, lo que parece tener en mente REDONDO es una noción kuhiana en la cual ambas posiciones teóricas representarían dos visiones del mundo que no serían traducibles entre sí.

Con todo, creo posible situar este debate en un área común desde la cual sea posible evaluar ambas posiciones en función de criterios iniciales compartidos. Esto es lo que hacen, por ejemplo, MOORE⁹ y PLUNKETT¹⁰. En el caso de MOORE¹¹, este autor ubica la discusión de la filosofía jurídica en el contexto más amplio de la filosofía general, de donde los juristas tomarían prestados algunos de sus presupuestos. En particular, MOORE dibuja el debate en la filosofía del derecho en el marco de la discusión sobre el realismo (filosófico) donde existen distintas posiciones metafísicas y epistemológicas,

6. Al respecto, *vid.* HEATH (1921, pp. 90-91).

7. *vid.* BERLIN (2002), BERLIN y WILLIAMSON (1994).

8. *vid.* KUHN (1962) y DAVIDSON (1986b).

9. MOORE (1989).

10. PLUNKETT (2016).

11. MOORE (1989).

mostrando críticamente que el así llamado «interpretativismo», visto a la luz del debate así esbozado, no presenta ideas que contribuyan mucho en el debate jurídico ni filosófico. PLUNKETT¹², por su parte, muestra que el desacuerdo entre positivismo y antipositivismo no se produce al nivel del objeto de estudio (qué es el derecho), sino que más bien con los conceptos que deben ser usados en el debate, ofreciendo lo que denomina un análisis de ética conceptual para refrescar esta discusión.

En este contexto, me parece que la propuesta de REDONDO no pareciera tener el propósito de ubicar la discusión en un área común, sino que, en lugar de ello, edifica la suya como una alternativa teórica independiente. Infiero lo anterior del pasaje de PJI recién citado, en la cual la autora presenta una noción de esquema conceptual según la cual los términos de la discusión teórica se encuentran constreñidos y solo serían posibles dentro de los márgenes fijados por cada posición teórica.

Si esto es así, veo difícil escapar de una situación en la cual todas estas posiciones teóricas convivan bajo una suerte de pacto de no agresión, porque cada una de ellas fijaría los términos bajo los cuales acepta participar en una discusión. El debate, así comprendido, pareciera priorizar que las explicaciones de cada teoría no sean contradictorias a la luz de sus propios presupuestos, pero con ello la actividad teórica carece de un propósito compartido. Y con ello se arriesga perder intersubjetividad y unidad en la teoría del derecho porque, como señala DAVIDSON, nuestros desacuerdos solo pueden ser inteligibles en el marco de un trasfondo de acuerdo¹³.

Frente a las alternativas teóricas que REDONDO presenta, posiblemente su propuesta resista mejor si todas ellas son discutidas en un área común. Pero para saberlo, la discusión que motiva su trabajo en algún momento requerirá ser llevada a un marco teórico compartido bajo la cual lidiar con nuestros desacuerdos. Si lo dicho hasta ahora es correcto, el siguiente paso para el positivismo normativo de REDONDO sería mostrar cómo responde a los desafíos que intenta responder la teoría del derecho en su conjunto, lo que supone definir, por cierto, qué tipo de preguntas motivan a esta actividad teórica.

En esta obra, la autora presenta su posición teórica en contraste con los dos extremos bajo los cuales caracteriza el debate en la filosofía del derecho. Así, en capítulos anteriores la autora se ha ocupado de criticar la tesis que atribuye al positivismo jurídico y en el capítulo objeto de este comentario se propone hacer lo mismo respecto de la tesis interpretativista o antipositivista.

En lo que sigue me propongo ofrecer una lectura de LFD que hace difícil situarla dentro del eje interpretativista o antipositivista que caracteriza REDONDO y que ubica a ATRIA más bien dentro de lo que puede ser llamado «institucionalismo»¹⁴ que, según

12. PLUNKETT (2016).

13. DAVIDSON (1986a).

14. *vid.* TSCHORNE (2018). No es el espacio para desarrollar una comprensión exhaustiva del institucionalismo, pero creo que la idea central puede ser esbozada en los siguientes términos: por medio del lenguaje los seres humanos creamos hechos institucionales que responden a necesidades que emergen de nuestra interacción social. La instanciación de estos hechos institucionales se encuentra determinada

argumentaré durante este comentario, no pareciera ser tan incompatible con la tesis de la autora.

Al excluir a ATRIA del eje interpretativista, queda un vacío en el argumento de la autora. Como en otras partes de PJI REDONDO ejemplifica al interpretativismo con la obra de DWORKIN, me propongo en este comentario colmar ese vacío valiéndome de un trabajo de BRANDOM¹⁵, donde presenta esta posición teórica de una manera más sofisticada y robusta. Parte importante del argumento de este autor es la distinción entre dos nociones de concepto, ofreciendo una alternativa que parece responder mejor al fenómeno jurídico que la expuesta y utilizada por REDONDO en PJI.

Luego de presentar esta otra versión de interpretativismo, que ayuda a problematizar la noción de concepto que utiliza REDONDO, responderé a las críticas que formula esta autora a LFD. Con ello espero ir delineando un esbozo del institucionalismo que me permita luego evaluar su compatibilidad con el positivismo normativo que propone REDONDO.

Con el propósito de facilitar la lectura de este comentario, especialmente para quienes no se encuentren familiarizados con la propuesta teórica de REDONDO, me permito sintetizarla brevemente a continuación. Quienes participan de una práctica comparten una actitud frente a ella que usualmente es llamada «punto de vista interno». Para REDONDO, es importante distinguir dentro del punto de vista interno dos actitudes diferentes frente a una práctica. En una de ellas, el agente la comprende sin alcanzar un grado de compromiso hacia la práctica y su seguimiento respondería a razones meramente estratégicas (punto de vista externo-2). La otra sí se compromete con ella, en un grado que habrá que dilucidar (punto de vista interno-2). Para simplificar, me referiré a ellas como la actitud no comprometida y la actitud comprometida. Parte importante de la crítica de REDONDO a LFD se explica porque ella le atribuye a ATRIA una actitud comprometida con el contenido del derecho en términos justificativos (el compromiso más fuerte posible). En contraste, ella asume una actitud no comprometida, que depende de la posibilidad de distinguir claramente entre concepto y contenido, distinción que haría posible que la teoría del derecho se ocupe solo de la dimensión conceptual de nuestras prácticas.

2. LA TESIS INTERPRETATIVISTA FRENTE AL ESCEPTICISMO SEMÁNTICO

Como adelanté al inicio, la lectura que hago de LFD hace difícil situar a ATRIA en el eje interpretativista. Dedicaré la siguiente sección a justificarlo. En esta parte de mi

por reglas que fijan los elementos que requieren estar presente para que determinados hechos cuenten como una entidad socialmente construida. Dos elementos se encuentran presente en este fenómeno: función y reglas. La función hace inteligible a las reglas, mientras que las reglas cumplen el propósito de satisfacer la necesidad social de la cual emergen los hechos institucionales. Dentro de la abundante literatura sobre este tema, tengo en mente principalmente a SEARLE (2010) y MACCORMICK (1986, 2007).

15. BRANDOM (2014).

comentario presento una reformulación de la tesis interpretativista y la respuesta que ofrece frente al escepticismo semántico. Como resultado de esta discusión, presentaré dos nociones de concepto que permiten problematizar la que utiliza REDONDO para fundar su positivismo normativo.

Para empezar, recordemos que la tesis interpretativista, según explica REDONDO, afirma que no es posible un discurso propiamente jurídico sin una aceptación fuerte del contenido del derecho que dicho discurso pretende exponer, el cual contribuye a la subsistencia de una institución jurídica y se presenta como una actitud justificadora (pp. 209-210). En estos términos, la tesis interpretativista bien podría ser entendida como una respuesta a un problema de demarcación, en el sentido de que no sería posible predicar el carácter de jurídico a un discurso que no adopte este tipo de compromiso. Este sería el caso, por ejemplo, de la antropología, sociología o economía, que bien pueden presentar enunciados descriptivos de una práctica jurídica. Para la autora, no obstante, tomar distancia del contenido del derecho no solo sería posible, sino que es imprescindible para quienes se ocupen de la teoría del derecho. La autora presenta al positivismo normativo como una alternativa teórica que ofrece «una forma diferente de entender “el objeto” de estudio de la teoría jurídica» que prescinde de identificar el contenido normativo de una institución y de ofrecer una hipótesis explicativo-justificativa de éste (p. 227). Asumiendo la posibilidad de diferenciar claramente entre concepto y contenido, el positivismo normativo exige que no se asuma «ninguna teoría que justifique el tipo de institución a la que se refiere» (p. 229). La tarea de la teoría del derecho, entonces, consiste en responder a la «pregunta acerca de cuáles son las características comunes a una serie de prácticas específicas que en efecto existen, o han existido, en cierto tiempo y lugar» (p. 231).

El interpretativismo, como lo presenta REDONDO, rechazaría todo lo anterior. En términos generales, esta corriente se vincularía con el llamado «giro interpretativo» que da DWORKIN en *Law's empire* (1986). El argumento es conocido, pero no está de más repararlo brevemente para ver en qué sentido intenta ofrecer una respuesta al escepticismo semántico que le preocupa a la autora.

Para explicar su modelo de derecho como integridad, DWORKIN introduce la metáfora de una novela escrita en cadena por diversos y sucesivos autores, quienes toman lo ya escrito, lo reconstruyen en su mejor luz y le dan continuidad en dichos términos. Se trataría, según este autor, de una actividad eminentemente interpretativa, constreñida del siguiente modo¹⁶

la interpretación que elija debe fluir a través del texto; debe poseer algún poder explicativo general, y es defectuosa si deja sin explicación algún aspecto estructural importante del texto, un argumento secundario que tenga gran importancia dramática o una metáfora dominante y repetitiva. Si no puede hallar ninguna interpretación que no posea estas falencias, entonces, el novelista en cadena no podrá cumplir con su tarea por completo;

16. DWORKIN (2012, pp. 167-168).

tendrá que buscar una interpretación que captura la mayor parte del texto, reconociendo que no es del todo lograda.

Aquello que la metáfora intenta mostrar es que la actividad interpretativa se encuentra sujeta a responder al pasado. La naturaleza de este vínculo la explica REDONDO al afirmar que, para DWORKIN, los conceptos institucionales consisten en una teoría interpretativa que justifica enunciados de diversos grados de generalidad en términos de una lectura moral de la práctica (p. 222) asociada a su «mejor versión». Y, en ese sentido, parece razonable atribuirle un compromiso fuerte con el contenido de los enunciados que formula quien adhiere al interpretativismo, porque, visto en estos términos, el intérprete está comprometido con la práctica en el sentido de orientarla hacia una dirección concreta.

Más adelante, sin embargo, REDONDO agrega que para DWORKIN un concepto institucional consiste en un «conjunto de principios que confiere sentido a un determinado tipo de reglas. El concepto es la hipótesis más abstracta que mejor *racionaliza* el contenido de un cierto tipo de institución» (p. 223, énfasis añadido). Si la tesis que REDONDO atribuye al interpretativismo es fiel a las ideas de DWORKIN, me parece que esta última afirmación de la autora requiere ser corregida para poder reconocer diversos grados de intensidad en las actitudes hacia una práctica. Hasta donde alcanzo a ver, dar sentido a algo en términos de su inteligibilidad requiere de una actitud de intensidad bastante menor que el tipo de compromiso que adoptaría el interpretativismo en los términos en los que es presentado en PJI. Siguiendo la distinción que REDONDO ofrece en el capítulo V, me parece que para dar sentido a un concepto institucional es posible adoptar una actitud no comprometida (que coincide a mi entender con el llamado «giro hermenéutico» de HART o el «método introspectivo» de ROSS)¹⁷. Volveré a este punto más adelante.

Por otro lado, cuando DWORKIN presenta la metáfora de la novela requiriendo que quien tenga el turno en su escritura reconstruya lo ya escrito en su mejor luz, admite que hay más de una alternativa a disposición del novelista. Por cierto, DWORKIN cree posible poder escoger alguna de ellas a partir de un criterio compartido, pero ello no quita que las alternativas que satisfacen en menor medida dicho criterio no sean inteligibles para el novelista. En estos términos, me parece que para DWORKIN la mejor alternativa responde a otros valores, lo que permite entender su propuesta bajo un compromiso fuerte con el contenido del derecho tal como lo presenta REDONDO¹⁸.

Bajo esta caracterización que ofrece REDONDO del interpretativismo, veamos ahora cómo esta tesis responde al escepticismo semántico, según el cual no sería posible asignar un valor de verdad a enunciados jurídicos (p. 67). Según lo presentado hasta ahora, la

17. *vid.* HART (2012, pp. 88-91) y ROSS (2019, pp. 20-23).

18. Complementariamente, se podría cuestionar el alcance de la teoría de DWORKIN, que parece funcionar muy bien a la luz de la práctica constitucional de los Estados Unidos, pero no tanto para otras áreas del derecho. Según lo anterior, se podría conjeturar que DWORKIN se interesaba más por la filosofía del derecho constitucional (de Estados Unidos) que por la filosofía del derecho.

tesis interpretativista responde al escepticismo semántico afirmando que el contenido del derecho que presenta es la mejor versión de las creencias de los participantes de la práctica respectiva (p. 223).

El interpretativismo de DWORKIN ha sido objeto de varias críticas en la filosofía jurídica¹⁹. Sin embargo, con la finalidad de enriquecer el debate, presentaré las ideas que ha desarrollado BRANDOM²⁰ sobre el problema del escepticismo semántico para el derecho. Según este autor²¹, la propuesta de DWORKIN solo muestra el tipo de preguntas que debemos realizarnos, pero no consigue responder al escepticismo semántico debido a su extrema generalidad y la poco feliz similitud que sugiere con respecto a la literatura. En otras palabras, ve la intuición de DWORKIN como correcta pero desarrollada de una manera un tanto tosca. La propuesta de BRANDOM consiste en un modelo de reconocimiento recíproco diacrónico que combina dos nociones según las cuales un concepto se encuentra determinado (*determinateness*). Esbozo brevemente el argumento a continuación.

En primer lugar, cabe preguntarse por qué debemos tomarnos la objeción escéptica en serio. Para BRANDOM²², la relevancia del escepticismo semántico se encuentra en el hecho de que la obligatoriedad del derecho descansa en la idea de que la aplicación de conceptos jurídicos a un caso concreto sirve como razones que justifican la decisión. En este sentido, existe y es posible trazar una diferencia entre ejercer autoridad normativa apelando al derecho y hacerlo meramente en su nombre. Esta diferencia descansa, a su vez, en la posibilidad de distinguir entre aplicaciones del derecho genuinas, esto es, que son racionalmente justificables en virtud del significado de los conceptos bajo los cuales se articula y organiza el discurso jurídico, y aquellas aplicaciones que no exhiben esta característica.

En este marco, sostiene BRANDOM, la amenaza que representa la indeterminación semántica para la autoridad racional del razonamiento jurídico es más bien un problema sobre las inferencias jurídicas antes que un problema sobre la precisión con la cual delineamos nuestros conceptos jurídicos. Y esto es así, explica BRANDOM, porque la corrección de las inferencias en el razonamiento jurídico, como ocurre también con el razonamiento usado en otras disciplinas como la medicina y las finanzas, descansa en consideraciones materiales y no solo lógicas²³

19. Un balance de la obra de DWORKIN en GARCÍA JARAMILLO (ed.) (2021) y SAUCA (ed.) (2015).

20. BRANDOM (2014).

21. BRANDOM (2014, p. 31).

22. BRANDOM (2014, pp. 19-21).

23. BRANDOM (2014, pp. 21). Este autor llama a esta característica del razonamiento en medicina, economía, derecho, entre muchas otras más, derrotabilidad. En la literatura jurídica, la noción de derrotabilidad no es pacífica, *vid.* FERRER y RATTI (eds.) (2012). El problema que intenta capturar el uso de este término en dicha literatura lo vio ARISTÓTELES en su *Ética Nicomáquea* (5.10 1137a-1138a) y motiva su dilucidación acerca de la *epieikeia* (traducido corrientemente como equidad). Un análisis de esto último en BRUNSCHWIG (1996). Otro hito relevante en la historia de este concepto se encuentra en la caracterización de la facultad de juzgar que hace KANT en su *Crítica de la razón pura* (B172/A133, en KANT, 2009, pp. 190-191).

material inferences, including the inferences that articulate legal concepts, unlike logical ones, are in general non-monotonic: a good inference can be turned into a bad one by adding further premises.

BRANDOM²⁴ ve posible evitar la conclusión escéptica que sugiere este rasgo del razonamiento jurídico distinguiendo dos nociones bajo las cuales un concepto se encuentra determinado. La primera de ellas, que llama «kantiana-fregeana», entiende que el contenido de un concepto se encuentra determinado solo en aquellos casos donde está semánticamente resuelto para cada objeto, en términos definitivos y en forma previa a su aplicación, si dicho objeto cae o no dentro del concepto. La segunda noción, que llama «hegeliana», entiende que los usos previos del concepto constriñen, pero no fijan definitivamente su contenido en el sentido de la primera noción, porque se trata de una actividad que se desarrolla en el tiempo en base al reconocimiento recíproco entre sus usuarios que instituye un estatus normativo. Veamos cómo a partir de esta segunda noción BRANDOM ensaya una respuesta al escepticismo semántico.

Explica BRANDOM²⁵ que, para HEGEL (de quien toma esta idea), la actitud normativa fundamental frente a nuestros semejantes es el reconocimiento. Por medio de esta actitud se atribuye a otros la autoridad de reconocer a otros, creando así una red de reconocimiento recíproco que instituye el estatus normativo de sujeto (*selfhood*): «To be a self is to be taken to be one by those one takes to be selves»²⁶. En estos términos, explica BRANDOM²⁷

it is up to each agent whether to undertake a commitment or claim an entitlement. But what the status that is instituted determinately is up to those one has made oneself responsible to by recognizing them in this regard. The determinate content of the commitment undertaken is not in the same sense up to the one who undertakes it. For authority to determine its content has been ceded to those the agent has recognized as entitled to hold her responsible.

El énfasis del interpretativismo reconstruido por BRANDOM se encuentra puesto en el carácter interpersonal de nuestras prácticas normativas. La relevancia que tiene este modelo para una comprensión del derecho, especialmente el *common law*, radica en que tenemos a los jueces como responsables por el derecho y como responsables ante el derecho. Y este rasgo puede ser comprendido bajo una estructura de autoridad y responsabilidad en el modelo de reconocimiento recíproco diacrónico. En términos retrospectivos, el juez reconoce el estatus normativo de responsable y autoridad a quienes han adoptado decisiones en el pasado y, en función de ello, reconstruye el contenido de los conceptos jurídicos bajo los cuales se articula y organiza el discurso jurídico vigente. A su vez, quienes han adoptado decisiones en el pasado, le han reconocido

24. BRANDOM (2014, pp. 33-38).

25. BRANDOM (2014, p. 28).

26. BRANDOM (2014, p. 28).

27. BRANDOM (2014, p. 29).

el estatus de responsable y autoridad al juez que decide en el presente. En términos prospectivos, el juez le reconoce a futuros decisores el mismo estatus normativo de responsable y autoridad.

Creo posible extender este modelo más allá de la figura del juez. Si consideramos la relevancia que tienen en la práctica jurídica las explicaciones que ofrece la dogmática de los distintos sectores del derecho, la práctica jurídica puede estar integrada, también, por el trabajo sistematizador que ella realiza (en la medida en que se le reconozca autoridad). No es claro si dentro del modelo de reconocimiento recíproco diacrónico propuesto por BRANDOM cabe una reflexión filosófica de la práctica jurídica y, consecuentemente, el tipo de enunciados que proveen los teóricos. Pero en la medida en que éstos provean del arsenal conceptual con el cual se realiza la sistematización de sectores del derecho creo posible incluirlos, al menos indirectamente, dentro de este modelo.

Adicionalmente, bajo este entendimiento del fenómeno jurídico es posible comprender la estabilidad general que exhibe la práctica jurídica en la determinación del contenido del derecho y en qué medida las variaciones que puede experimentar en el tiempo se pueden desenvolver prudentemente. Se trata de una idea que no es tan lejana a la filosofía jurídica contemporánea.

En efecto, es posible vincular el modelo de BRANDOM con una de las respuestas de HART al escepticismo. Incluso bien podría ser considerada como un desarrollo de ella.

En el capítulo VII de *El concepto de derecho* HART²⁸ llama la atención respecto de una ambigüedad en aquellas aseveraciones del tipo «el derecho es aquello que el juez dice que es» porque no consiguen distinguir entre el carácter definitivo de las decisiones judiciales en virtud del efecto de cosa juzgada (definitibilidad) y la posibilidad de errar de los jueces (infalibilidad). Dentro de las ventajas de contar con reglas secundarias, explica HART, se encuentra la posibilidad de dar solución expedita a nuestras disputas. Con todo, que las decisiones judiciales tengan un carácter definitivo y que los enunciados que formulen quienes no sean jueces sean irrelevantes dentro del sistema, no quiere decir que quienes se desempeñan como jueces no se encuentren sometidos a reglas ni que la corrección de sus decisiones no pueda ser evaluada según su conformidad a ellas. Para explicar la diferencia entre definitibilidad e infalibilidad, HART²⁹ asume una perspectiva diacrónica y ejemplifica con un juego sujeto a la «regla del tanteo»

Hasta cierto punto, el hecho de que algunas decisiones del tanteador sean claramente equivocadas no es inconsistente con que el juego continúe: ellas cuentan tanto como las decisiones obviamente correctas. Pero la extensión en que la tolerancia de las decisiones incorrectas es compatible con la existencia continuada del mismo juego tiene un límite...

Traspasado el umbral de tolerancia de una práctica, explica HART, cabe preguntarse si realmente seguimos jugando el mismo juego. Es decir, desde el momento en que el desconocimiento de la regla sea masivo, ya no sería posible comprender la unidad de

28. HART (1968, pp. 176-183).

29. HART (1968, pp. 179).

la práctica sobre la base de aquella regla que es desconocida. Mientras no sea superado ese umbral, las desviaciones serán manejadas de manera adecuada precisamente porque la crítica que generan reafirma la regla que sustenta el juego.

No veo cómo esta comprensión del fenómeno jurídico, que bien puede ser calificada como interpretativista en el sentido brandomiano, podría oscurecer la identificación de aquellos conceptos bajo los cuales se articula el discurso jurídico. Al contrario, me parece que la posibilita porque permite delimitar una práctica jurídica y, si entiendo bien a REDONDO, es indispensable para identificar el punto de vista interno que interesa a la teoría. Ella propone dar un paso más allá, distanciándose de esta práctica a fin de dilucidar los conceptos que en ella se encuentran involucrados, para lo cual es preciso adoptar una actitud no comprometida. El institucionalismo de ATRIA, del modo en que lo entiendo, afirma que es posible dar un paso adicional, según explico a continuación.

3. ¿ES LA FORMA DEL DERECHO INTERPRETATIVISTA?

El capítulo IV de PJI presenta una crítica al interpretativismo utilizando a LFD como ejemplo paradigmático de dicha tesis. Anuncié que, bajo mi lectura, LFD no responde a la caracterización que ofrece REDONDO del interpretativismo y he presentado una reformulación del interpretativismo en base al modelo de reconocimiento recíproco diacrónico de BRANDOM, que he conectado con una de las respuestas de HART al escepticismo. Bajo este entendimiento, la principal diferencia entre el interpretativismo y el positivismo normativo se encuentra en la noción de concepto que utilizan.

En lo que sigue, mostraré en qué medida LFD se ubica dentro de lo que llamé al inicio «institucionalismo» y que, al comprender esta obra en esos términos, es posible responder las tres críticas que formula REDONDO a ATRIA. Para ello, responderé las dos primeras críticas (que creo son dos variaciones de un mismo punto) mostrando que las ideas que atribuye a ATRIA son inexactas porque él no suscribe la tesis interpretativista en los términos bajo los cuales la caracteriza la autora. La respuesta a la tercera crítica me permitirá mostrar las ventajas del institucionalismo frente a otras alternativas teóricas.

La primera crítica se refiere a la relación entre el discurso teórico y el contenido del derecho que se presenta en LFD. Con el propósito de formular esta primera crítica, REDONDO presenta una distinción entre el discurso de la teoría del derecho y el discurso de la práctica jurídica basándose en la diferente dirección de ajuste respecto del objeto al cual se refieren (p. 167). Esta diferenciación, explica la autora, le permite mantener al positivismo jurídico «un discurso relativamente autónomo de aquel que se refiere al contenido de los específicos ordenamientos jurídicos» (p. 166). En otras palabras, la teoría del derecho, para ser fiel al positivismo jurídico, requiere ser emprendida de un modo indiferente a las prácticas jurídicas locales.

Creo que ATRIA no controvierte esta tesis en términos teóricos. De hecho, la crítica que él formula al positivismo jurídico se basa, precisamente, en la misma caracterización que ofrece REDONDO, con el propósito de llamar la atención sobre el distanciamiento

que ha tomado el «positivismo analítico»³⁰ o «los auto-denominados positivistas»³¹ de la tradición jurídica de donde nace: la crítica de BENTHAM al *common law*. En particular, para ATRIA volver a los orígenes del positivismo jurídico permite comprender un problema actual (el neoconstitucionalismo) que representa una regresión a un derecho pre-moderno. Su crítica se dirige al alcance de dicho discurso y al impacto que puede tener frente a nuestras prácticas jurídicas concretas. Con ello busca mostrar que la indiferencia hacia estas prácticas, como presupuesto para hacer teoría del derecho, tiene un impacto real que no debemos descuidar.

Al inicio de este comentario presenté la caracterización que ofrece REDONDO del debate en la filosofía del derecho y los términos bajo los cuales éste sería posible. Para esta autora, todo posible debate entre distintas teorías jurídicas solo podría producirse mostrando que alguna de ellas cae en alguna contradicción interna o demostrando que frente a las demás una de ellas resulta más eficaz resolviendo problemas (p. 200-201). ATRIA es un ejemplo de esta segunda manera de debatir en la teoría del derecho, porque su crítica va dirigida a la incapacidad del positivismo jurídico actual de resolver problemas urgentes debido al distanciamiento que adopta frente a las instituciones jurídicas vigentes. Y todo ello bajo la pretensión de ofrecer un concepto de derecho desmarcado de toda consideración que implique algún compromiso con patrones evaluativos (discurso teórico que ha asumido con gusto, por ejemplo, el *law & economics*)³².

Para REDONDO, durante el despliegue de esta crítica al positivismo jurídico, ATRIA asumiría que el discurso teórico y el derecho comparten la misma dirección de ajuste. La teoría del derecho sería entonces un discurso «normativo/constitutivo» que en nada se diferencia del propio de la práctica jurídica, salvo en su grado de generalidad. ATRIA, según REDONDO, pensaría que «las teorías jurídicas pueden ser entendidas como parte del conjunto de creencias que constituyen el derecho» (p. 169), lo que cabría tomar como una «exageración poco rigurosa» (p. 172).

Me parece importante poner atención a la terminología empleada por REDONDO en su reconstrucción del argumento de ATRIA. La idea de «dirección de ajuste» no es desconocida por este autor³³. Y resulta revelador para comprender su argumento notar que en su crítica al positivismo jurídico él no usa el marco conceptual de SEARLE. El punto es bastante más sencillo y creo que puede ser reformulado en estos términos: si efectivamente uno de los propósitos de la filosofía del derecho es emprender una reflexión sobre nuestras instituciones jurídicas con la finalidad de alcanzar una mejor comprensión de ellas, no sería para nada extraño que estas reflexiones incidan en su inteligibilidad y que esto tenga consecuencias prácticas. Esta idea es aceptada

30. ATRIA (2016, p. 91).

31. ATRIA (2016, p. 85).

32. Para quienes no se encuentren familiarizados con esta doctrina, ésta consiste en analizar el fenómeno jurídico por medio de los presupuestos y herramientas de la microeconomía. Una introducción en KORNHAUSER (2017).

33. *vid.* ATRIA (2002, pp. 14-31).

por REDONDO cuando caracteriza al discurso teórico como «guiado por el objetivo de conocer, analizar, o explicar el derecho en general», admitiendo que indirectamente pueda «contribuir a modelar las instituciones a las que se refiere», agregando que dicha influencia es contingente (p. 167).

ATRIA³⁴ ejemplifica lo anterior con una discusión en la dogmática civil chilena de mediados del siglo XX acerca del concepto de impotencia como causal de nulidad de matrimonio, en especial, si la Corte Suprema era competente para conocer de un recurso de casación por infracción de ley frente a un término ambiguo. Con este ejemplo, intenta mostrar cómo la posición que se asuma dentro del debate entre HART y DWORKIN tendrá consecuencias prácticas radicalmente diferentes. REDONDO (pp. 174-176) señala que el ejemplo que usa ATRIA para demostrar la relevancia que tiene la teoría para la práctica no es concluyente porque HART y DWORKIN pueden ser leídos de más de una manera. Pero, precisamente, eso es lo que afirma ATRIA cuando afirma que la teoría, al poder ser leída de distintos modos, «no deja las cosas como estaban»³⁵. En este sentido, al menos en este punto, REDONDO y ATRIA parecen estar de acuerdo.

El argumento de ATRIA va en la línea de demostrar que suscribir una teoría u otra tiene implicaciones prácticas porque «[e]l derecho –así como los conceptos jurídicos como testamento, contrato, delito, etc.– no tienen una naturaleza anterior al análisis que puede servir como criterio de corrección por la vía de la experimentación»³⁶. Por eso dice «[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. El desacuerdo entre HART y DWORKIN aquí no puede decidirse apelando a lo que el art. 4 «simplemente» dispone o es.»³⁷.

Esto último me lleva a la segunda crítica de REDONDO sobre la relación entre las tesis conceptuales y el contenido del derecho. Para la autora «el positivismo sostiene que existe una relativa autonomía entre el discurso que identifica el concepto general de derecho y aquel que identifica el contenido de lo que se debe o está permitido hacer conforme a un determinado ordenamiento jurídico. La forma del derecho rechaza también esta tesis» (p. 173). En el capítulo siguiente REDONDO (p. 230) precisa esta posición en términos que permiten comprender de mejor manera su diferencia con ATRIA

[...] el positivismo interno admite que la existencia de una institución presupone la existencia de alguna *teoría justificativa* que le atribuye algún valor o función. De lo contrario la institución en cuestión no existiría. Lo que esta posición sostiene es que es posible identificar un concepto institucional, i.e. un elenco de propiedades que se ejemplifica en toda instancia –o en toda instancia paradigmática– de la misma clase de institución, y que ello no significa ofrecer una *teoría que racionaliza, hace inteligible, o justifica* el contenido de las mismas. (énfasis añadido)

34. ATRIA (2016, pp. 87-89).

35. ATRIA (2016, p. 89).

36. ATRIA (2016, p. 86).

37. ATRIA (2016, p. 89). Énfasis añadido.

Me parece importante detenerse en la actitud de la cual dependería la existencia de una institución, porque es donde REDONDO y ATRIA parecen tener un desacuerdo, aunque, según argumentaré, pueden ser leídos de forma complementaria. Para empezar, no parece ser el caso de que racionalizar, hacer inteligible y justificar una institución respondan al mismo tipo de actitud. Habitualmente se requiere de un grado de seguimiento lo suficientemente amplio como para que la institución se vuelva estable en el tiempo, sin que sea necesario alguna teoría justificativa entre quienes participan de la práctica social que la instituye. Dentro del dominio de la ontología social, por ejemplo, GUALA³⁸ sugiere que, en condiciones normales, el mantenimiento de una institución requiere de una simulación sobre la respuesta de otros a un problema de coordinación. Y solo cuando ello no sea posible, las personas comienzan a teorizar sobre las creencias de otros, lo que en general dificulta la coordinación: «Thinking about higher order beliefs often hampers rather than facilitates coordination»³⁹.

Parte importante del argumento de REDONDO descansa en la idea de que no es posible escapar de un compromiso fuerte con el contenido del derecho si se quiere dar cuenta de éste. Pero pareciera ser que, al menos para la estabilidad de hechos institucionales, no es necesario, porque difícilmente en nuestras prácticas cotidianas emprendemos un grado de reflexión justificativo. Pero, según entiendo, no es esta dimensión la que le preocupa a la autora. REDONDO enfatiza en su trabajo que le interesa el trabajo teórico de los juristas y, en estos términos, es una idea que tiene plausibilidad porque el derecho es autoreflexivo y esto asume que, en algún momento, quien emprende una reflexión teórica asume una toma de posición.

Con todo, hay un aspecto que me hace dudar de la necesidad de un compromiso tan fuerte con el contenido del derecho vigente incluso a nivel teórico. Toda reforma legal inicia con una reconstrucción de las reglas vigentes como parte de la justificación de la necesidad de introducir cambios legales. El hecho de proponer su modificación da cuenta de una comprensión de ellas, su aceptación y la ausencia de un compromiso fuerte, porque de lo contrario no tendría sentido proponer un cambio. Para dar cuenta de esta circunstancia, me parece que es posible reconocer diversos grados de intensidad dentro de la actitud no comprometida que puedan responder al carácter autoreflexivo del derecho, y no solo «la perspectiva del “hombre malo” de Holmes, la del malhechor o el anarquista y la de la víctima» (p. 210).

De acuerdo con lo anterior, me permito sugerir una comprensión dinámica de las actitudes pragmáticas que distingue REDONDO, que permite caracterizar la reflexión teórica en tres etapas: una pre-reflexiva, una reflexiva, y otra final. Toda reflexión inicia desde una actitud según la cual al menos se sigue una práctica sin grandes cuestionamientos y que podemos llamar etapa pre-reflexiva. El momento reflexivo inicia con la adopción de una actitud no comprometida en la cual se cuestionan las creencias que

38. GUALA (2016, pp. 99-100).

39. GUALA (2016, p. 100).

sostienen una práctica y se admite que es solo una de las opciones posibles, lo que es facilitado por la propuesta de REDONDO, que me permito recalificar como una «actitud metodológica», y que permite dar inicio a nuestras reflexiones teóricas. Pienso aquí en el argumento epistémico en favor de las razones públicas en política de PETER⁴⁰, quien hace presente dos limitaciones epistémicas que sugieren, en algunos casos, reducir la confianza en nuestras propias creencias morales.

Explica esta autora que nuestras creencias morales se basan en intuiciones fundamentales, influenciadas en alguna medida por la sociedad a la que pertenecemos, que muchas veces es difícil de comprender en toda su complejidad y eso dificulta que puedan ser articuladas y compartidas con otras personas. En palabras de PETER⁴¹

[...] we have reason to be cautious about the epistemic authority that our beliefs about fundamental moral and/or religious truths give rise to. The nature of the evidence we have for such truths and how we form beliefs about them make it very difficult –if not impossible– to access and share the evidence and to assess our response to the evidence that we have.

Si bien PETER discute sobre razones morales, creo que su argumento puede extenderse a toda reflexión normativa con el propósito de adoptar una actitud metodológica que la haga posible, intentando identificar en ello nuestros sesgos porque, como señala PETER, no tenemos un acceso directo a la evidencia que sustenta nuestras creencias.

Como resultado de esta reflexión acerca de nuestras prácticas, no veo el problema de asumir una posición. Bajo este entendimiento, lo que ATRIA estaría afirmando es que es posible avanzar más en este proceso reflexivo y por eso creo que su punto no es un problema estrictamente conceptual. ATRIA muestra que la tesis del positivismo que es objeto de su crítica, al detenerse a medio camino en este proceso reflexivo, se aleja demasiado de la tradición de la cual nació (y del mundo)⁴² y que no consigue hacer frente al neoconstitucionalismo (al mismo tiempo que «se jacta de su superficialidad»)⁴³.

La crítica de ATRIA se encuentra en sintonía con aquella que formulara MOSTERÍN⁴⁴ a la filosofía analítica. Luego de dar cuenta muy brevemente de los indudables méritos de esta tradición filosófica, este autor echa en falta el uso de sus resultados para ofrecer respuestas frente a los problemas que nos preocupan en tanto seres autoconscientes. Dice MOSTERÍN⁴⁵

Es cierto que hay que analizar los conceptos que usamos en nuestra cosmovisión, y que hemos de evitar caer en las trampas que nos tiende el lenguaje. Pero la filosofía no se limita al análisis conceptual ni al lingüístico. Para ascender al Everest se necesitan

40. PETER (2013).

41. PETER (2013, p. 615).

42. ATRIA (2016, pp. 45).

43. ATRIA (2016, pp. 90-94). Es importante notar que la crítica de ATRIA se dirige hacia el desinterés que exhibe parte de la filosofía del derecho, específicamente algunos autores, y no un juicio global a los méritos de orientaciones analíticas en filosofía.

44. MOSTERÍN (1999). *cf.* GLOCK (2012).

45. MOSTERÍN (1999, p. 37).

buenas botas, pero la obsesión por las botas no debe hacernos olvidar la ascensión de la cumbre.

Para formular este tipo de críticas no se necesita asumir una justificación de nuestras instituciones legales en los términos en que REDONDO caracteriza el interpretativismo. ATRIA formula su crítica frente a una omisión: el desinterés que observa en la literatura respecto de cuestiones sustantivas que serían imprescindibles para comprender y gestionar nuestra vida social a través del derecho⁴⁶. Para explicar este punto, paso a la tercera crítica referida al carácter funcional de los conceptos jurídicos y de las instituciones.

4. SOBRE EL CARÁCTER FUNCIONAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS Y DE LAS INSTITUCIONES

En la sección anterior, he sugerido que la principal diferencia entre REDONDO y ATRIA se relaciona con el alcance de la teoría del derecho. Mientras para REDONDO la reflexión teórica requiere distanciarse de todo contenido del derecho, para ATRIA un paso adicional es necesario para que la teoría del derecho pueda responder a las preguntas que realmente importan para comprender y gestionar nuestra vida social. En esta sección me haré cargo de la tercera crítica de REDONDO a LFD donde controvierte la plausibilidad de la teoría de los conceptos jurídicos de ATRIA⁴⁷.

La última crítica de REDONDO arranca desde la idea de que tener un concepto es tener un criterio de individuación, algo que la teoría de los conceptos jurídicos de ATRIA no estaría en condiciones de proveer satisfactoriamente. Dice REDONDO (p. 186)

Para el positivismo, tener un concepto, por ejemplo, de derecho, no es tener una teoría que lo racionalice, lo explique o lo haga inteligible. Es disponer de un conjunto de criterios que nos permiten individuar la existencia de ejemplos o instancias de derecho. En sentido contrario, para Atria, tener un concepto, de derecho en este caso, es disponer de una teoría que lo haga inteligible y explique, pero que (sorprendentemente) no puede usarse como criterio de individuación.

Los defectos que adolecería la teoría de ATRIA serían dos: es inestable e innecesaria. Esta teoría sería inestable porque combina dos elementos (la estructura y la función de los conceptos) dificultando con ello el proceso de determinar el contenido del derecho. Y sería además innecesaria porque finalmente ATRIA prioriza la estructura (reglas) cuando señala que el uso de un concepto en la práctica opera de un modo tal que su función es opaca a la estructura⁴⁸.

46. Para una detallada discusión y evaluación del alcance de la crítica de ATRIA en el marco de la tradición analítica en filosofía *vid.* PEREIRA (2020).

47. Expuesta en ATRIA (2016, pp. 133-157).

48. La idea es más compleja. Aquello que da unidad al conjunto de reglas que determina la instanciación de una institución jurídica como «contrato» es su función. Pero en la práctica jurídica cotidiana basta con seguir estas reglas, sin que exista necesidad de apelar a la función que ellas intentan satisfacer. Esto explica que en nuestra vida diaria no nos preguntemos por las condiciones bajo las cuales un

Creo que esta es una lectura apresurada de la teoría de los conceptos jurídicos de ATRIA. Pero antes de ello, me parece importante poner atención en la noción de concepto que maneja REDONDO porque no es del todo claro que sea la más apropiada para dilucidar el fenómeno jurídico. Para explicar esto, asumo una tesis que creo puede ser ampliamente aceptada: para lidiar con la compleja realidad a la que pertenecemos y estamos expuestos, recurrimos a diversos grados de simplificaciones que se articulan según una matriz conceptual. Para usar ejemplos de las ciencias empíricas, no es lo mismo el grado de simplificación con el cual trabajan quienes se dedican a química orgánica que la usada en la biología evolutiva. En términos similares, para investigar el fenómeno jurídico es posible usar diversos grados de simplificación, los cuales pueden ser comparados según cuán satisfactoria sea la explicación que puedan ofrecer para el problema específico que nos ocupa. Probablemente la simplificación más extrema sea explicar el derecho como un sistema de normas que exhiben diversas modalidades deónticas y que se relacionan en términos lógicos. Este grado de simplificación ofrece explicaciones importantes sobre el derecho, pero no permite decir mucho sobre el contenido del derecho más allá de ofrecer una estructura lógica para enunciar la «gramática superficial» de las normas de un ordenamiento jurídico. Se requiere de un mayor grado de complejidad que permita expresar la «gramática profunda» de, ahora, nuestras instituciones jurídicas, en términos tales que muestre las relaciones entre los distintos conceptos bajo los cuales se articula y organiza el discurso jurídico⁴⁹. Bajo mi entendimiento, ambas simplificaciones son complementarias y no compiten por agotar la explicación del fenómeno jurídico. En estos términos, la diferencia entre REDONDO y ATRIA no se presenta como alternativas teóricas, sino más bien discrepan sobre el alcance de la teoría del derecho. Para REDONDO bastaría quedarse en un nivel conceptual que puede prescindir del contenido del derecho, mientras que para ATRIA sería posible, y es importante, dar un paso más hacia su dimensión institucional en la práctica.

Calificar la teoría de los conceptos jurídicos de ATRIA como inestable es apresurado porque la interacción entre función y estructura ofrece una explicación de la dimensión institucional del derecho: la función se refiere a aquello que sin una mediación institucional es improbable y para operativizar dicha mediación se requiere de reglas que la hagan probable (la estructura). Y vale la pena notar que los ejemplos que usa ATRIA son

intercambio en el mercado sería justo, sino que más bien aplicamos las reglas establecidas en el Código Civil. Pero dichas reglas solo pueden ser comprendidas como un esfuerzo colectivo por hacer probable los intercambios justos.

49. En el parágrafo 664 de *Investigaciones filosóficas* (1953), WITTGENSTEIN formula una observación metodológica destinada a precaver de los errores a los que pueden conducir la gramática superficial, referida a la estructura de una proposición. Dice este autor (2009, p. 519), «compárese la gramática profunda de las palabras “querer decir”, por ejemplo, con lo que su gramática superficial nos haría suponer. No es de extrañar que nos sea difícil orientarnos.» Aprovecho esta observación metodológica de WITTGENSTEIN, y tomo prestada la terminología, para mostrar en qué sentido el alcance de la teoría del derecho puede ampliarse más allá de una dimensión meramente conceptual como la propuesta por REDONDO.

instituciones particulares (contrato, testamento, jurisdicción, administración, legislación). No el derecho en su globalidad. Por estas mismas consideraciones, la prioridad de la estructura (las reglas) es necesaria para hacer probable la idea pre-institucional. En estos términos, me parece que ATRIA ofrece una comprensión sobre el funcionamiento de los conceptos jurídicos en lugar de ofrecer criterios de individuación. Y no encuentro del todo claro que la teoría del derecho deba dedicarse exclusivamente a ofrecer criterios de individuación. Siguiendo a BRANDOM, dado el tipo de razonamiento propio del derecho, éste difícilmente se deja explicar sobre la base del uso de conceptos clara y definitivamente delineados.

La dificultad que a mi juicio debe enfrentar la noción de concepto que usa REDONDO (que como fue expuesto anteriormente BRANDOM califica como «kantiana-fregeana») se encuentra en la posibilidad de identificar y aislar de la realidad social aquella práctica que constituye a una institución jurídica. Para poner un ejemplo, en diversos momentos de nuestra vida desembolsamos una suma de dinero en favor de un tercero. Un punto de vista interno me habilita para reconocer distintas razones por las cuales lo hago: a cambio de un servicio, porque me atrasé en la devolución de un libro en la biblioteca, porque un amigo me pidió prestado, para ayudar a una hinchada de fútbol a conseguir su entrada para el partido de esta tarde, porque recibí ingresos por actividades gravadas con un impuesto. Lo que agrega LFD es destacar la importancia de prestar atención a la conexión entre el propósito de cada una de estas prácticas con la estructura que exhiben las reglas que se refieren a ellas, las cuales se encuentran establecidas para hacer probable dicho propósito. El institucionalismo asume que el derecho moderno se sustenta en la idea de que es posible anticipar los problemas que suscitan nuestras interacciones en sociedad y que para ello establecemos reglas. Al enfatizar este momento deliberativo, lo único que hace LFD, a mi entender, es mostrar que la estructura responde a esa deliberación, que corrientemente no se desarrolla sobre la base de grandes teorías, las cuales, me atrevería a conjeturar, ocurren en un momento posterior y en otro nivel discursivo.

En contraste, basándose en la diferenciación que propone REDONDO entre concepto y contenido, bastaría con identificar casos en los cuales se transfiere dinero sin que sea de interés para la teoría del derecho decir mucho más. Y la crítica de ATRIA, a mi entender, persigue mover los límites de la teoría del derecho hacia el uso que le damos a los conceptos en la práctica y cómo responden a propósitos concretos.

Para mostrar las ventajas de una teoría institucional del derecho, podemos tomar como ejemplo al derecho penal. En esta área del derecho se discute profusamente sobre la finalidad de la pena. Según la teoría que se adopte, cambian la configuración de los elementos de la teoría del delito. A pesar de eso, no pareciera razonable calificar a la dogmática penal como radicalmente «valorativa, de carácter ético o moral»⁵⁰ ni tampoco

50. REDONDO (2018, p. 183).

adoptar una actitud escéptica (el debate dogmático penal se encuentra razonablemente delimitado).

Para mostrar con más claridad este punto creo pertinente hacer una distinción entre una normatividad robusta y una normatividad formal⁵¹. La primera se relaciona con un juicio *all-things-considered* y es el tipo de normatividad presente en los debates morales. La segunda, se refiere a la fijación de estándares que permitan evaluar si una acción se conforma o no con ellos. Es el tipo de normatividad presente en las reglas de un juego y creo que es a la que se refiere la teoría institucional del derecho, permitiendo así una ampliación del alcance de la teoría del derecho bajo una comprensión más amplia de normatividad.

El institucionalismo, en la medida que distingue entre el uso de las reglas y su inteligibilidad conforme a la función que intenta servir, permite ampliar el alcance del estudio del derecho sin necesidad de un «sustancialismo» porque, a diferencia de lo que indica REDONDO al respecto (pp. 182-183), no se trata de identificar «mínimos éticos» sino más bien entender el para qué de una institución jurídica. No sus «fines últimos». Con ello se consigue (i) una relación más fecunda entre teoría y dogmática, porque permite ofrecer una coherencia sistemática a sus explicaciones; y (ii) desarrollar explicaciones del derecho más profundas, como las que ofrecen las filosofías del derecho privado, penal, laboral, etc.

REDONDO, en este capítulo, ofrece mostrar que LFD es un caso paradigmático de la tesis interpretativista. Sin embargo, es posible dar una lectura de ATRIA donde el problema no es conceptual, sino más profundo: desde una perspectiva institucional, el surgimiento de nuestras prácticas jurídicas, cuyo discurso se encuentra mediado por diversos conceptos jurídicos, tiene un sentido. Dicha mediación que cumplen los conceptos jurídicos tiene el propósito de hacer probable una idea pre-institucional que sin el derecho es improbable. Es ese sentido (función) el que hace inteligible las reglas (estructura). Creo que para ATRIA es posible «conceptualmente» hacer una teoría descriptiva del tipo de positivismo que critica, pero el problema (y su crítica) es otro⁵²

esto exige un criterio lo más «ecuménico» posible, es decir, un criterio de individuación de los conceptos que sea tan delgado como sea posible. El resultado es una teoría del derecho que se queda en la superficie de los conceptos y declara irrelevantes (por no «científica») su comprensión más sofisticada.

Al contrario de lo que parece sugerir REDONDO, la teoría de los conceptos jurídicos de ATRIA permite enriquecer el debate dentro de la reflexión de nuestras prácticas jurídicas tanto a nivel dogmático como teórico. La inteligibilidad de las reglas que conforman alguna institución jurídica a la luz de la función que pretenden desempeñar permite superar un análisis estático y ampliar su estudio para determinar en qué medida las reglas vigentes satisfacen efectivamente dicha función. Con ello, es posible realizar

51. Tomo esta distinción de PLUNKETT (2016, p. 207).

52. ATRIA (2016, p. 89).

un estudio crítico de nuestras instituciones legales en la práctica, en lugar de detenerse en ofrecer en los libros de derecho un conjunto de enunciados que en ocasiones se ven superados por la riqueza que presenta la interacción entre los operarios del derecho. En un nivel teórico, permite una reflexión filosófica de los distintos sectores del derecho, lo que puede ser descrito como un tránsito desde la teoría general del derecho hacia las teorías especiales del derecho.

5. CONCLUSIÓN

En el capítulo IV de PJI, REDONDO presenta una crítica al interpretativismo, usando LFD como un ejemplo paradigmático de dicha posición teórica. Como no me parece que sea posible ubicar a LFD en el eje interpretativista, al menos bajo la caracterización que ofrece REDONDO, he presentado una reformulación basada en el modelo de reconocimiento recíproco diacrónico de BRANDOM que permite problematizar la noción de concepto de la autora bajo la cual sustenta su positivismo normativo. Luego de ello, he presentado una respuesta a las críticas de REDONDO a LFD, sugiriendo distinguir entre diversos grados de compromiso que exhibe la participación en una práctica. Ello permite, a su vez, distinguir tres etapas del proceso de reflexión sobre nuestras prácticas que he llamado pre-reflexivo, reflexivo y final. Mirado en estos términos, las diferencias entre REDONDO y ATRIA no parecen ser tan sustantivas, y se delimitan al alcance de la teoría del derecho. Mientras para Redondo la teoría debe limitarse al nivel conceptual con indiferencia hacia nuestras prácticas, para ATRIA es posible, y urgente, dar un paso más allá de la dimensión conceptual. Ambas posiciones admiten una lectura en forma complementaria y, con ese propósito, he sugerido pensar el positivismo normativo como una actitud metodológica que se sitúa en la etapa reflexiva y que es antecedente de la etapa final, en la cual la teoría del derecho ofrece respuestas a las preguntas que realmente importan. Esta última etapa puede ser caracterizada bajo el institucionalismo de ATRIA.

REFERENCIAS

- ARISTÓTELES (1985). *Ética Nicomáquea* (Julio Pallí Bonet, trad.). Gredos.
- ATRIA, F. (2002). *On law and legal reasoning*. Hart Publishing.
- ATRIA, F. (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.
- BERLIN, I. (2002). «Two concepts of liberty». En *Liberty* (Henry Hardy, ed.). Oxford University Press.
- BERLIN, I. y WILLIAMSON, B. (1994). «Pluralism and liberalism: a reply», *Political Studies*, XLI: 306-309. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.1994.tb01914.x>
- BRANDOM, R. (2014). «A hegelian model of legal concept determination: the normative fine structure of the judges' chain novel». En HUBBS y LIND (eds.), *Pragmatism, Law, and Language*. Routledge.

- BRUNSWIG, J. (1996). «Rule and exception: on the aristotelean theory of equity». En FREDE y STRIKER (eds.), *Rationality in greek thought*. Oxford University Press.
- DAVIDSON, D. (1984a). «Radical interpretation». En *Inquiries into truth and interpretation*. Oxford University Press.
- DAVIDSON, D. (1984b). « On the very idea of a conceptual scheme ». En *Inquiries into truth and interpretation*. Oxford University Press.
- DWORKIN, R. (2012). *El imperio de la justicia* (Claudia Ferrari, trad.). Gedisa.
- FERRER, J. y RATTI, G. (eds.) (2012). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford University Press.
- GALLEGO, J. (ed.) (2020). *El derecho y sus construcciones. Diálogos con La forma del derecho de Fernando Atria*. Palestra.
- GARCÍA JARAMILLO, L. (ed.) (2021). *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual*. Trotta.
- GLOCK, H-J. (2012). *¿Qué es la filosofía analítica?* (Carmen García Trevijano, trad.). Tecnos.
- GUALA, F. (2016). *Understanding Institutions: The Science and Philosophy of Living Together*. Princeton University Press.
- HART, H.L.A. (1968). *El concepto de derecho* (Genaro Carrió, trad.). Abeledo-Perrot.
- HEATH, TH. (1921). *A history of greek mathematics*. Oxford University Press.
- KANT, I. (2009). *Crítica de la razón pura* (Mario Caimi, trad.). Fondo de Cultura Económica.
- KAVANAGH, A. y OBERDIEK, J. (eds.) (2008). *Arguing about law*. Routledge.
- KORNHAUSER, L. (2017). «The economic analysis of law». En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/>>.
- KUHN, Th. (1961). *The structure of scientific revolutions*. University of Chicago Press.
- MACCORMICK, N. (1986). «Law as institutional fact». En WEINBERGER y MACCORMICK (eds.), *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*. Reidel.
- MACCORMICK, N. (2007). *Institutions of law. An essay in legal theory*. Oxford University Press.
- MOORE, M. (1989). «The interpretive turn in modern theory: a turn for the worse? », *Stanford Law Review*, 41: 871-957. <https://doi.org/10.2307/1228741>
- MOSTERÍN, J. (1999). «Grandeza y miseria de la filosofía analítica», *Cuaderno Gris*, 4: 33-42.
- PATTERSON, D. (ed.) (2003). *Philosophy of law and legal theory: An anthology*. Blackwell.
- PEREIRA, E. (2000). «Atria y el análisis conceptual como superficialidad». En GALLEGO, J. (ed.), *El derecho y sus construcciones. Diálogos con La forma del derecho de Fernando Atria*. Palestra.
- PETER, F. (2013). «Epistemic foundations of political liberalism», *Journal of Moral Philosophy*, 10: 598-620. <https://doi.org/10.1163/17455243-4681033>.
- PLUNKETT, D. (2016). «Negotiating the meaning of “law”: the metalinguistic dimension of the dispute over legal positivism», *Legal Theory*, 22: 205-75. <https://doi.org/10.1017/S1352325216000070>
- REDONDO, M. (2018). *Positivismo jurídico «interno»*. Revus.
- ROSS, A. (2019). *On law and justice* (trad. Uta Bindreiter). Oxford University Press.
- SAUCA, J. (ed.) (2015). *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SEARLE, J. (2010). *Making the social world: the structure of human civilization*. Oxford University Press.
- SPAACK, T. y MINDUS, P. (eds.) (2021). *The Cambridge companion to legal positivism*. Cambridge University Press.

- TSCHORNE, S. (2018). « Legal positivism's legitimate heir? », *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 50 (150), 91-112. <https://doi.org/10.22201/iifs.18704905e.2018.17>
- WITTGENSTEIN, L., (2009). *Investigaciones filosóficas* (Alfonso García Suárez y Carlos Ulises Moulines, trad.). Gredos.

