

Teoría normativista del Derecho pregonada «a dos voces».

Interrogaciones incómodas —analítico-realistas— acerca de sus idealizaciones básicas

Normativistic Theory of Law promoted "by two voices". Analytical-realistic uncomfortable questions upon their basic idealizations

Enrique P. Haba*

Resumen: Se examina un programa «estándar» de estudios iusnormativistas para la Teoría del Derecho, pregonado «a dos voces» (M. Atienza y J.A. García Amado). Son planteados interrogantes analíticos fundamentales, de carácter empírico-realista (muy incómodos), sobre unas *disputatio* hegemónicas en dicha disciplina, las cuales constituyen las teorizaciones principales en que se centra dicho programa. Semejante orden de conceptualizaciones resulta, dado su ámbito amplísimo de indeterminaciones (el cajón-de-sastre «positivismo», etc.) y en general por su carácter esencialmente idealizador, inservible para orientar en concreto las prácticas efectivas de los operadores jurídicos reales.

Abstract: Here is focused a "standard" program —promoted "by two voices" (M. Atienza & J.A. García Amado)— for the Theory of Law, this paper brings to light some main (uncomfortable) questions upon several hegemonic *disputatio* in that Discipline. For these purposes, the chief conceptualizations of that normativistic program are subjected to an empirical-realistic analysis. So these conceptualizations reveal that, as a result of their very wide scope of indeterminacies (the catchall "positivism", etc.) and the essentially idealizing character of such kind of approaches, they are useless for guiding in concrete terms the actual practices of real legal operators.

Palabras clave: Teoría del Derecho, positivismo, postpositivismo, reduccionismo, realismo.

Keywords: legal theory, positivism, post-positivism, reductionism, realism.

Fecha de recepción: 19-2-2025

Fecha de aceptación: 06-8-2025

* Catedrático emérito de la Universidad de Costa Rica. Correos electrónicos: e.p.haba.m@gmail.com o enrique.haba@ucr.ac.cr. La actual versión (reelaborada) del presente estudio es de julio de 2025.

Habitualmente el ser humano, al escuchar lo que no son sino unas palabras, se cree que necesariamente contienen ellas asimismo algún pensamiento. [Goethe (Mefistófeles)]

... falacia del verbalismo, que consiste en tomar las propiedades de las palabras por las propiedades de las cosas. [B. Russell]

El enfoque extremo en el lenguaje y el elitismo vinculado al uso de una jerga pretenciosa contribuyen a encerrar a los intelectuales en debates estériles. Al leerlos, se tiene la impresión de que un discurso es «científico» cuando parece superficialmente coherente, aunque nunca se le someta a pruebas empíricas. [Sokal/Bricmont]

¿A quién podrán serle útiles tales cosas, entonces, si no sirven ni para la vida práctica ni para la escuela? La única respuesta que se me ocurre es: a aquel que halle deleite en ese tipo de elaboraciones. [Jhering]

*.... nosotros no hacemos sino preguntar: «¿qué es lo que tú quieres decir **verdaderamente**?». A cualquiera, quienquiera sea, le hacemos esta pregunta. «¿cuál es el **sentido** de tu discurso?». A la mayoría, tal proceder los saca completamente de balance. Mas esto no es culpa nuestra, nosotros preguntamos con toda honestidad y no queremos tenderle trampas a nadie. [M. Schlick]*

El ser un buen pensador es más difícil de lo que a primera vista parece, porque no solo hay que defenderse de las soluciones, hay que defenderse hasta de las cuestiones, de los mismos problemas de los enunciados. [Vaz Ferreira]

Este comentario procura advertir sobre unas interrogantes que son cruciales para aquilatar ciertas precomprensiones básicas en que suelen sustentarse las modalidades de conceptualización en la *metadisciplina* especial llamada Teoría del Derecho. Como eje de referencia en cuanto a las teorizaciones hegemónicas de esta disciplina, sirve muy bien lo que han destacado como principal, para su temática actual, dos reconocidos expertos en ella: los profesores Manuel Atienza [abrev. MA] y Juan Antonio García Amado [abrev. GA]. Analizaré la presentación que ellos ofrecieron para su curso: *Seminario Web Teoría del Derecho a Dos Voces (iuspositivismo vs. postpositivismo, 2022)*¹. [La mayor parte del presente texto fue escrita poco después de tener lugar ese evento, pero otras tareas me impidieron darle terminación. Me detengo a completarlo, aun con tanto retraso, puesto que el tipo de abordajes practicado por esas «dos voces» (sin perjuicio de algunas laterales discrepancias secundarias entre ellos²) conserva plena vigencia como ejemplo típico del

¹ <https://www.youtube.com/watch?v=NRpK-4dItLI> — En las transcripciones que se efectuarán, obviamente los énfasis tipográficos (cursivas, negritas, versalitas) corren por mi cuenta [E.P.H.].

² A veces GA se muestra un tanto menos axiomatista que MA, pero la «tónica» general de ese dizque «debate» viene dada por las conceptualizaciones que trajo a la palestra este último. El propio GA no dejó de reconocer [min.10:00] que ambos están básicamente de acuerdo: «... tenemos más coincidencias que divergencias...». Véase la primera transcripción del Seminario: *infra*, § I *in limine*.

normativismo hegemónico en la susodicha Teoría, no menos hoy que en dicha oportunidad.]

Entre los varios aspectos tocados por MA/GA, escogeré algunos que son especialmente sintomáticos del «clima» teórico a que estos catedráticos confinan los planteamientos ofrecidos allí. Mi examen se concentrará en desglosar los siguientes interrogantes claves al respecto:

SUMARIO

I. Introducción: ¿Es admisible un programa básico en Teoría del Derecho donde hubiere lugar inclusive (contra la hegemonía absoluta de unos «conceptos-paraguas» y demás) para elucidar interrogantes fundamentales realistas, de orden extra-«estándar»? II. Qué es Teoría del Derecho?: a) su definición doctrinaria. III. ¿Qué es...? (cont.): b) sus objetivos asignados doctrinariamente (falacia intelectualista, «law-in-books/law-in-action», etc.). IV. ¿Qué es...? (cont.): c) los «intereses» de conocimiento de sus cultores, el auditorio; examen sobre «legitimidad» vs. veracidad de los planteamientos iusteoréticos considerados. V. El cajón-de-sastre «positivismo». VI. Lo llamado «postpositivismo» jurídico. VII. La cuestión del «reduccionismo» (¿«separación» o «unión»?), como directiva fundamental para determinar qué han de contener los discursos jurídicos: a) planteamiento básico. VIII. La cuestión... (cont.): b) ¿cómo saber qué «forma parte», y qué no, del «derecho»? IX. La cuestión... (cont.): c) alcances sustantivos de las divisiones del trabajo intelectual establecidas (disciplinas) para organizar los conocimientos sobre «derecho». Conclusión. X. Recapitulación (muy aforística) acerca de los ítems metodológicos básicos considerados.

* * *

En ese evento se trató primordialmente de comentarios sobre cuestiones de derecho *ideal*, esencialmente apologéticos hacia ellas, elucidadas con base en unos conceptos cuyos alcances son muy indeterminados. Empero, para hacer ver que es así se requiere aquilatarlo desde ángulos de análisis como los indicados en este Sumario. Justamente tales cuestiones fundamentales NO fueron puestas sobre la mesa por esos acreditados conocedores de la materia. Allí quedaron enteramente fuera de foco las preguntas claves, para poder tratar de evacuar con algún grado de determinación propiamente *ius-empírica*, los asuntos abordados. Ambas «voces» dejaron librada a ámbitos de vaguedad extremadamente vastos —sus conceptos básicos constituyen muy poco menos que unas fórmulas vacías— la determinación de *cuáles* y cómo hayan de ser, y cuáles no, las *prácticas* jurídicas específicas correspondientes.

Por cierto, venir a plantear interrogantes como esos «complican» sustancialmente la percepción de los asuntos enfocados por MA/GA. Tales preguntas sacan a estas cuestiones de quedar confinadas a esos casilleros conceptuales simplistas

(vaguedades, falsas generalizaciones y demás) y no empírico-falsables, en que los enclaustran teorizaciones como aquellas en que se basaron esos dos renombrados profesores. Los lectores del presente artículo no tendrán más remedio, pues, que consentir en armarse de la paciencia intelectual para seguir distinciones conceptuales que son desacostumbradas entre juristas (¡...o dejar de lado esta lectura!).

I. Introducción: ¿Es admisible un programa básico, en Teoría del Derecho, donde hubiere lugar inclusive (contra la hegemonía absoluta de unos «conceptos-paraguas» y demás) para elucidar interrogantes fundamentales realistas, de orden extra-«estándar»?

... dominaban en ella ciertos libros muy abstractos, llenos de definiciones formulistas, algo así como una especie de escolástica trasvasada de siglo. [C. Vaz Ferreira]

*– Pero en vuestro cielo no debería haber disputas.
– ¡Iluso que eres! Las disputas son el verdadero condimento de la ciencia jurídica. Sin ellas nuestro cielo sería insoportablemente aburrido. Hasta nosotros nos hartaríamos de estar solo contemplando los conceptos. Solo las disputas y el arribo de nuevos miembros conceptuales traen un poco de vida y diversión. [Jhering³]*

Ese Seminario se propuso conformar: «... lo que hemos entendido que es un programa *estándar*, un programa *mínimo*» [min. 03⁴] para la disciplina especial [meta]Teoría del Derecho. Sobre ello, ambos dialogantes concuerdan básicamente:

«... dos voces distintas, pero que probablemente conformen una cierta armonía (...) Pues sí, nos hemos puesto de acuerdo en un temario ... es perfectamente posible ponerse de acuerdo, y no tardamos dos minutos –diríamos– en hacerlo. (...) Los enfoques pueden ser distintos ... pero ... no pueden ser tan distintos como para que no nos reconozcamos en muchísimas cosas e incluso en un mismo vocabulario de conceptos, y algunas diferencias en cuanto al énfasis y también probablemente en cuanto a plantear problemas que puedan quedar fuera de una u otra perspectiva. (...) Ese es el *consenso mínimo* al menos en cuanto a la materia. (...) Estamos *completamente de acuerdo* en estas cuestiones (...) tenemos más coincidencias que divergencias» [07:30-10:30].

Bienvenido merece ser ese esfuerzo, dado que proviene de dos conocedores tan ilustrados al respecto. Ello informa de primera mano sobre unos expedientes discursivos recurrentes en esa especialidad de *law in books* catalogada específicamente como Teoría del Derecho. Empero, discierne muy poco, y de maneras más bien confusionistas, sobre cómo los agentes *efectivos* del derecho operan

³ Las palabras «jurídica» y «conceptuales» no pertenecen a Jhering, vienen agregadas por mi cuenta [E.P.H.].

⁴ Al lado de cada transcripción de MA/GA (todas ellas irán entrecomilladas) indicaré, entre corchetes [], a qué altura (muy aproximada) de dicho vídeo se encuentran esas palabras. Desde luego que la puntuación al verter aquí por escrito estas intervenciones orales y los énfasis tipográficos (en cursivas, negritas o versalitas) corren por mi propia cuenta [E.P.H.].

en los hechos, las implementaciones prácticas que constituyen los fenómenos de *law in action*⁵.

En dicha materia desempeñan hoy la voz cantante las siguientes variedades: teoría «estándar» de la argumentación jurídica, lógica deóntica y toda suerte de ius-«constructivismos» (pseudo-«realismo» de orden «genovés» incluido⁶), razonamiento geometrista por «sistemas» (incluidos los de unas «redes») para la semántica de la dogmática jurídica en general.

Los estudios al respecto suelen quedar restringidos a abordar dichas aproximaciones, las hegemónicas, desde su propio *interior*. Esto es: los reparos doctrinarios que se formulan sobre tal o cual aspecto de cualquiera de esas teorizaciones son fundamentados con base en lo sostenido por otras entre tales teorizaciones *mismas*⁷. Tal es el caso del *tipo* de programa de estudio propuesto por MA/GA. Este se circunscribe a desplegar unos vericuetos teoréticos considerados principales según cómo aparecen DENTRO de ciertos *law in books*. En controversias de tal naturaleza, ya sea *inter-* o *intra-*normativistas, concentran toda su atención estos expertos.

Por mi parte, en cambio, procuraré sacar a luz una índole de observaciones que no asoman para nada en MA/GA. Son preguntas de carácter analítico-*empírico* en relación con cómo los estudios de Teoría del Derecho es dable encararlos sin evadir los interrogantes que emergen de plantear unos ángulos clave de interrogación *realista*.

En virtud de lo que será explicado más abajo (§ V), los respectivos «intereses» de conocimiento de cada jurista que tenga la posibilidad de ver el presente artículo, ese lector verá si el orden de disquisiciones analíticas específicas en que yo abundo, revista interés para él mismo. Si ese lector pertenece al tipo normal de profesores de Derecho, inclusive los de cualquiera de las orientaciones hegemónicas en la Teoría del Derecho (p. ej., así MA/GA), entonces difícilmente pueda para él valer la pena seguir adelante con esta lectura. ¡No se dirá que yo hubiere omitido dejarlo advertido!

* * *

Ambas «voces» incurren, por lo general, en carencias de PRECISIÓN capitales. Entiéndase: «Un concepto “t” es *preciso* = df. todas las personas que entienden ese lenguaje (técnico, profesional) en el que un concepto está definido, o que conozcan

⁵ Téngase presente la clásica distinción introducida por R. Pound, después retomada por K.N. Llewellyn: «*law in books*» y «*law in action*».

⁶ Por cuanto se refiere en especial a este último, véase: E.P. Haba y M.E. Salas, *Realismo jurídico descaefinado*, Santiago de Chile, 2023.

⁷ Véase, p. ej., los *tipos* de «críticas» contenidas en las dos colecciones especiales de apologías a Ferrajoli publicadas en *Doxa*: N°s 31 (2008) y 34 (2011).

las reglas semánticas del concepto, se hallan en condiciones de decidir, ante cualquier evento completo, si este corresponde o no a los objetos designados por “t”»⁸.

En cambio, MA/GA asumen de modo simplemente dogmático cuanto postulan ahí. Simplemente pre-suponen que a ellos ha de creérseles sin más (¡como si esto fuese una obviedad!) cuando afirman: «... tú y yo *podemos* dar justificaciones *razonablemente* aceptables, *intersubjetivamente* aceptables» [00:56]⁹. Pero he aquí que, al contrario, nada más lejos de acreditarse intersubjetivamente, de hecho, que las nociones básicas invocadas ahí. Ambos catedráticos se valen predominantemente de «conceptos-paraguas», por lo cual no se echa de ver cómo sería dable someterlos a controles de falsación que respondan a requisitos de precisión empírica.

En efecto, MA y GA omiten, tanto el uno como el otro, indicar especificación alguna que permita determinar *cómo* conocer la «razonabilidad» que se autoadjudican. Este último es un calificativo encomiástico y muy vago¹⁰. Si fuese dable averiguarlo mediante procedimientos de falsación, ¿cuáles son estos? □ Además, MA/GA dan implícitamente por obvio, siempre sin prueba empírica alguna, que cuantos juristas alcancen a tomar conocimiento (en el lugar que fuere) de lo enseñado en ese curso, entonces esos juristas habrían de pasar a discurrir, para donde ello sea aplicable, *así mismo* (¡ni más ni menos!) que como se enseña en dicho curso justamente.

Quiérase o no, cuando unas «razonabilidades» se invocan de *esa* manera no sirven para determinar cómo proceder concretamente en la práctica: ya sea por indeterminación de los propios conceptos básicos invocados («términos-paraguas»), ya sea por falta de información fáctica sobre datos decisivos al respecto en la esfera de aplicación empírica considerada.

II. ¿Qué es Teoría del Derecho?: a) su definición doctrinaria

Ahí no se trata de artificios de la dogmática jurídica profesional, sino de las elucidaciones que *añaden* los especialistas en Teoría del Derecho, como disciplina aparte. Sus estudios presentan eso a título de constituir precisamente unos aportes

⁸ *Precisión*. Me detengo a transcribir el texto original de esta definición, por ser justamente ese un concepto-eje para las explicaciones ofrecidas a lo largo del presente trabajo: «Ein Begriff “t” ist präzise = df. alle personen, die die (Fach-)Sprache verstehen, in der ein Begriff definiert ist, oder die die semantischen Regeln des Begriffs kennen, können bei jeden beliebigen *vollständigen* Ereignis entscheiden, ob es zu den Designata von “t” gehört oder nicht» [K.-D. Opp, *Methodologie der Sozialwissenschaften*, 1970: 13]. El término «vollständigen» (completo) se refiere a que, con respecto a ese evento pertinente («Ereignis»), se conozca la *totalidad* de los datos suyos relevantes para poder *decidir* («entscheiden») intersubjetivamente si “t” es o no es aplicable para calificar dicho evento.

⁹ En ciertos pasajes, muy excepcionales, se admite alguna duda al respecto. Así: «...la dificultad viene de la necesidad de implementar una teoría moral: por ejemplo, el concepto de dignidad... de *cómo* entiendas tú ese concepto, qué es moral, pues, depende *cómo* vas a contestar a muchos casos difíciles» [GA: 01:20]. Mas la tónica general es que, aunque eventualmente hay diferencias de presentación lingüística en cómo dichos conceptos aparezcan *formulados* respectivamente por ambas «voces», resultan ser no menos vagos en los usos de GA que en los de MA.

¹⁰ Cfr. E.P. Haba, *Metodología (realista) del Derecho*, San José (C.R.), Sec. C.I: §§ 6 (p. 216 y sigs.) y 11 (p. 243 y sigs.).

específicos *no* proporcionados por dicha dogmática; solo así se lograría, según esos especialistas, conocer más a fondo cómo son o deban ser los razonamientos jurídicos. El programa de estudios propuesto por MA/GA se presenta como justificado *por sí mismo*, según sus autores, porque:

«.. la Teoría del Derecho es una parte central [de la Filosofía del Derecho] o nuclear –no necesariamente la más importante, pero central–; en cuanto a que, para mí, es como la fisiología o la anatomía en medicina. Solo con saber el nombre de los músculos o las conexiones entre los huesos y los tendones no curas a un enfermo; pero sin saber eso, tampoco tienes base¹¹ para tratar a nadie. Es una parte de la Filosofía del Derecho: la parte del análisis de los conceptos del derecho, sobre todo; más bien, de la estructura –diríamos– del derecho...» [00:12:30-00:14]. Ello constituiría jurídicamente «un terreno de entendimiento común: es a partir de los conceptos comunes... [y esto] nos [lo] tiene que dar, entre otras cosas, la Teoría del Derecho» [00:87].

Es indudable, sí, que los razonamientos jurídicos no pueden menos que manejar unos u otros conceptos básicos (llámeseles «estructurales»); cada uno de estos tiene presencia más general o menos general en esos discursos. Es posible incluso que a algunas de estas bases conceptuales se recurra ahí sin que sus propios operadores tengan conciencia clara al respecto. Mas cabe plantear dos interrogantes cruciales sobre cómo funciona eso para configurar los estudios propios de lo denominado *específicamente* Teoría del Derecho (en el sentido señalado por MA/GA):

1) ¿Dichas nociones tienen bastante *precisión* como para que los operadores jurídicos efectivos (jueces, abogados, etc.) las empleen intersubjetivamente (supuesto que quieran hacerlo así), casi siempre o para tipos bien especificados de situaciones jurídicas?

2) ¿Qué *diferencias* específicas produce en la práctica (*law in action*), por lo general o a menudo, que esos operadores mismos tengan plena conciencia de cuanto los respectivos estudios de Teoría del Derecho revelen al respecto? Eso es: ¿son esas diferencias, si las hay, meramente entre denominaciones teoréticas o también producen algunos resultados fácticos?

Además, para especificar la pregunta (1), es indispensable comenzar por determinar si cada una de las nociones en cuestión se entiende que constituye ya sea una definición lexical usual o una estipulativa o una «real», de dicho término¹²; o acaso alguna combinación entre ellas (p. ej.: se parte de cierto sentido usual, pero se le introducen estipulativamente modificaciones o complementos de significado, bien determinados). Mas en numerosos discursos de las ciencias sociales no puede presumirse sin más semejante inequívocidad, a no ser que esta emane de modo inequívoco del contexto para la generalidad de los auditores (aunque sea en forma implícita) o cuando se trate de una expresión lingüística que normalmente se

¹¹ No estoy seguro de haber descifrado bien esta palabra: «base».

¹² Cfr. R. Robinson, *Definition*, Oxford, 1950

entiende de una sola manera bien determinada allí (al menos en el tipo de comunicación presente).

¿Cabe dar por descontado que sea ese último (uso unívoco habitual) el caso de la terminología empleada en las elucidaciones de Teoría del Derecho? Justamente no es así cuando estos exámenes consisten, hecho no poco habitual entre cultores de dicha disciplina, en disputas sobre alcances de unos términos-clave sobre los cuales se centran esas controversias. Por ejemplo: «sistema» jurídico o hasta «derecho», «validez» o «legitimidad» jurídicas, «norma» jurídica, «principios» jurídicos, etc.; también, sin ir más lejos, «positivismo» jurídico o «moral» o «justicia» o derechos «humanos»... Estas nociones vienen a ser del tipo de aquello que fue llamado, muy gráficamente, «conceptos paraguas» [denominación proveniente de unos estudios del movimiento usamericano «Critical Legal Studies»].

En las susodichas elucidaciones, su objetivo principal suele consistir en cumplir con una de las dos tareas teoréticas siguientes (o ambas conjuntamente): para el término en cuestión, discernir lo que el autor entiende ser el sentido «correcto»/«adecuado», a diferencia de unos sostenidos por otros autores; o bien, proponer cierto sentido «mejor» (digámoslo así), para que los académicos interesados en estudios con respecto a cuestiones ubicadas bajo esa palabra se ajusten a este otro sentido.

* * *

La definición de cada término utilizado, tanto si es explícita como si sea tácita, no está sujeta a los mismos métodos de *validación* cuando es (i) usual que cuando es (ii) estipulativa o si se entiende (iii) que ella es «real».

i) Tratándose de una definición USUAL, en caso de ser puesta en duda: para quedar acreditado *empíricamente* que ella es tal, corresponde conseguir poner de manifiesto que en efecto suele ser utilizada *así* en el círculo de locutores considerado, para la palabra considerada. Tal círculo puede ser el de los hablantes en general de ese idioma o un sector de una población o cierto gremio profesional o una parte especializada de este, etc. Cuando ese círculo no es la población en general de un país o determinado sector bien individualizado como tal, entonces hace falta, para verificar cuán usual sea el significado en cuestión, empezar por dejar netamente diferenciado en forma expresa *cuál* es el auditorio general considerado.

ii) En cambio, cuando se trata de una definición ESTIPULATIVA, aunque esté basada hasta cierto punto en una previa definición usual, en principio no hay necesidad de efectuar *ninguna comprobación empírica* al respecto (salvo en cuanto para este significado nuevo le importe, a su autor, que ello no quede del todo desligado de alguna definición usual no obvia de ese mismo término). Ahí lo único necesario, para poder manejarlo (por parte de quienes quieran utilizarlo así) inequívocamente, es que el significado propuesto este delimitado con suficiente *precisión*.

iii) Por cuanto concierne a las definiciones «REALES», dado que su contenido es *esencialista*, no se echa de ver cómo puedan ser testadas científico-empíricamente. Sean o no verdad unas u otras de esas afirmaciones metafísicas, no son reconocibles sino por quienes de antemano depositen su fe en ellas; solo estos mismos están en condiciones de saber con certeza (según ellos) *cómo* efectuar ese reconocimiento. Vale decir, que tales definiciones no necesitan ni pueden tener otra «prueba» que verificar que han sido formuladas por tal o cual autoridad doctrinaria; requieren ser aceptadas *axiomáticamente*.

Para quienes no sean esencialistas, es un misterio, inevitablemente, cómo constatar cuándo una afirmación de tal índole] sería verdad y cuándo no. Máxime atento a que no escaseen las discrepancias al respecto entre los propios esencialistas, señaladamente cuando es cuestión de pasar a las aplicaciones *prácticas* del concepto genérico invocado así. Por ejemplo, véase estos desacuerdos radicales entre teorizaciones esencialistas: ¿viola o no viola los «derechos humanos» de una persona obligarla a vacunarse?; ¿atenta contra tales «derechos» que a potenciales inmigrantes se les impida la posibilidad de ingresar y permanecer en cualquier país?; ¿debe prevalecer la «dignidad» del ser humano en gestación sobre la «dignidad» de la madre en disponer de su propio cuerpo al respecto? (más aún: ¿es ya «ser humano» el gestando o simplemente es un «proyecto» de llegar a serlo eventualmente? —i.e., esencialismo llamado «provida» vs. esencialismo llamado de «género»—); ¿según el «derecho natural» es «justa» o es «injusta» la propiedad privada de tales o cuales cosas?; etcétera.

Sin embargo, cualquiera de dichas tres clases de definiciones puede también ser presentada por sus autores subordinándola *además* a, o al menos poniéndola en relación con, ciertas consecuencias PRÁCTICAS (reales o supuestas). En tal caso corresponde acorar, por dichos autores: a) ¿cuáles son las pruebas disponibles, o al menos los indicios, de que aquellas consecuencias se producen efectivamente, casi siempre o en alguna medida? b) o bien, hacer la advertencia de que se trata de una mera hipótesis de trabajo en cuanto a ese asunto, algo así como una oferta «por las dudas» de que llegue a servir para algo.

* * *

En MA/GA no he visto ninguna aclaración sobre a qué tipo de definición respondan respectivamente los conceptos básicos destacados por ellos, ni ofrecimiento de pruebas pertinentes acerca de la implementación de estos (salvo para los sostenidos axiomáticamente, y en tal caso hace falta la advertencia de que es así), ni con respecto a determinación de sus eventuales efectos sociales. No he hallado ahí advertencia alguna de que estén pendientes los interrogantes que he planteado aquí o acaso indicación de adónde podría dirigirse el lector para obtener información suficiente al respecto.

Tengo la impresión de que las categorías conceptuales consideradas principales por MA y GA, visto *cómo* las encaran ellos, parten de la base de que tales categorías se ajustarían a unas definiciones «reales». No puedo asegurar que sea así, justamente

porque las preguntas al respecto no son abordadas en ese sitio. La afiliación al cognitivismo esencialista es bastante manifiesta en los planteamientos de MA, si bien se ve como relativamente menos neta en unos de GA; mas lo cierto es que también las conceptualizaciones sostenidas incluso por este último no son para nada incompatibles con asunciones lingüo-esencialistas al respecto.

Llámesele o no esencialismo a unas u otras de tal orden de conceptualizaciones, las sostenidas por cualquiera de ambos expertos, lo cierto es que ellas dejan enteramente por fuera los interrogantes básicos al respecto:

— ¿esas conceptualizaciones son o no son sostenidas como *axiomáticas*?;

— si no lo fueren, ¿a qué suerte de eventuales contrastaciones *falsables* empíricamente pueden ser sometidas sus aplicaciones prácticas?;

— supuesto que se considerare la posibilidad de falsaciones, ¿serían efectuadas mediante unos *juicios de valor instrumentales*¹³ (i.e., susceptibles de ser «testados»-falsados empírico-científicamente)?;

— sean cuales fueren las contrastaciones admisibles, ¿cuáles son las notas *intersubjetivas* de dichos conceptos que permitan efectuar los «tests» empíricos respectivos?;

— o bien, si nada de eso es entendido como una cuestión de empiria, sino que bastaría con examinarlo en función de ciertas reglas meramente lingüo-lógicas, ¿cuáles son estas a ciencia cierta? (y antes que nada: ¿cómo se escogerían estas y por qué habrían de ser ni más ni menos que esas mismas justamente?).

Para la definición doctrinaria de QUÉ se haya de entender por *Teoría del Derecho*, la circunstancia de que MA/GA dejen totalmente desapercibidos estos interrogantes hace que sus planteamientos resulten de lo más laxos al examinar dicha disciplina.

III. ¿Qué es Teoría del Derecho?: b) sus objetivos asignados doctrinariamente (*falacia intelectualista, law-in-books/law-in-action, etc.*)

Deja que me regocije con un festín como el que las personas de espíritu ocioso suelen ofrecerse cuando pasean a solas. Esa clase de personas descuida averiguar por qué MEDIOS lograría su deseo, para ahorrarse el esfuerzo de pensar en si será posible o no; lo dan por obtenido y a continuación disponen lo demás a su agrado, complaciéndose en enumerar todo lo que harán cuando su deseo se realice». [Platón¹⁴]

¹³ Sobre la diferencia clave –básicamente weberiana– entre valoraciones *categorías* y valoraciones *instrumentales*, cfr.: C. Hempel, «La ciencia y los valores humanos», 1960.

¹⁴ Platón, *La República*, Eudeba, 1963: n° 458.b, p. 296 [vers. (versalitas) E.P.H.].

Empiezo por destacar cuáles son o debieran ser tales objetivos según MA/GA. Ambas «voces» están muy de acuerdo en que las cuestiones planteadas por estas mismas revisten notable utilidad para mejorar cómo el derecho sea llevado a cabo en la práctica. Sucedería así (piensan) si los saberes de tal naturaleza se ponen en conocimiento de los juristas, señaladamente si los asimila su doctrina profesional:

«... nuestro reto, el terreno para conquistar, es el de la dogmática jurídica. Es decir, que nuestros colegas de derecho civil, de derecho penal, derecho administrativo, derecho procesal, etcétera. se avengan a ver el derecho de un modo más completo y más complejo ... hay que romper esquemas, compartimentos y fronteras absurdas» [00:87].

Y MA/GA consideran importantísimo llegar inclusive a círculos más amplios de la población en general. Más allá de la esfera específica conformada por los saberes jurídico-técnicos en sí mismos, se ha de acceder también a proporcionar ciertos conocimientos básicos sobre las susodichas cuestiones como objeto de enseñanza común en múltiples esferas de la sociedad en general, enseñándolos de acuerdo con los abordajes recomendados en el programa propuesto.

Justamente de *tal* manera habrían de ser inculcados en escuelas y colegios [00:22:30], mediante unos cursos preuniversitarios [00:24]. También es cuestión de hacerlo para periodistas [00:21:45¹⁵] y en general medios de comunicación [00:23], para políticos [00:21] y especialmente los legisladores [00:27]. En fin, lograr que «la gente [¡todo el mundo!] ... conozca los grandes conceptos jurídicos de nuestra cultura», detalles iustécnicos aparte¹⁶.

Las dos «voces» están convencidas de que *ese* programa es muy provechoso en relación con la REALIDAD jurídica. Suponen no sólo que él da fina cuenta *cognoscitivamente* de las principales «estructuras» en sí mismas [*supra*] que tienen los razonamientos jurídicos en general, sino que asimismo es muy aconsejable (¡y viable!) transmitir sus enseñanzas para incidir importantemente en beneficio de las *prácticas* respectivas de los propios operadores jurídicos:

«...nos une la afición al derecho real, al derecho práctico, y no meramente a esa especulación (...) [“especulación”] que dice grandes generalidades sobre lo jurídico, afirmaciones que se aplican por igual al derecho chino, al canadiense o al español o al colombiano; y que no centran la mira en el análisis de los problemas teóricos y prácticos que de verdad además sirven para la formación del abogado, del jurista práctico en general» [00:11] («...no vivo en Marte» [00:75]).

* * *

¹⁵ Eso sí, MA acota: «... no sé si los periodistas se dejarían enseñar» [00:23].

¹⁶ «... no que la gente tenga una idea de los contenidos del *sistema* jurídico, diríamos en pequeño respecto a lo que pueda tener un jurista, sino que *conozca* los...» [00:29].

Paso a hacer ver cómo el planteamiento presentado adolece de múltiples indeterminaciones fundamentales, de modo que lo hace inútil para servir de guía eficaz a los operadores efectivos del derecho, aun en el supuesto (fantasioso) de que estos llegaren a conocerlo y quisieran servirse de él. No pongo en duda que las transcritas sean las intenciones académicas de ambos proponentes. Solo que, la cuestión crucial es (digo yo) ver si estas intenciones tienen o no tienen asidero en cómo se den las cosas en el derecho efectivo. MA/GA son tributarios de un vicio inveterado de pensamiento, que es muy habitual entre cultores de las ciencias sociales: la falacia intelectualista. Se trata de lo que en el desintoxicador librito de G. Wallas¹⁷ es presentado así:

«... what may conveniently be described as the Rationalist Fallacy in political thinking: namely the assumption that human beings largely act in politics upon rational motives and trains of intelligent reasoning. We in our time, alas, know what fatuous nonsense this is»¹⁸.

Pues bien, para saber cómo sería dable conseguir influir en las propias prácticas de los operadores jurídicos, distingamos entre lo meramente cognoscitivo sobre la discursividad jurídica y lo práctico-instrumental. Es verdad que esas prácticas son guiadas, sea como sea, por unas ideas que sobre lo jurídico tienen sus protagonistas. Mas no resulta provechoso contentarse con dar por descontado que todas las ideas, ni aun las más prestigiosas (difundidas en doctrinas conocidas acerca del derecho, sea de la dogmática profesional «normal» o de «exquisitas»¹⁹ construcciones de Teoría del Derecho), tengan influencias efectivas sobre dichas prácticas, o que las tengan (en caso afirmativo) ni más ni menos que de la misma manera exactamente como ello aparece formulado en esos estudios profesoriales.

En una palabra: no hay armonía pre-determinada entre law in books y law in action. Las relaciones entre estos dos niveles pueden darse o no darse, de múltiples maneras, las cuales no dependen simplemente de la propia letra doctrinaria²⁰. Y es bien posible que, de hecho, los juristas prácticos resulten «inmunes», jaun si se ofrece darles a conocer eso!, a tomarlo en cuenta para corregir en los discursos profesionales correspondientes. En modo alguno cabe dar por descontado que sectores de los propios operadores del derecho apliquen de hecho los «buenos consejos» proporcionados por MA/GA, se venga a seguirlos tal cual o al menos aproximadamente.

¹⁷ G. Wallas (Intr. A.L. Rowse), *Human Nature in Politics*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1962 [ed. or. 1908; la 3a. ed., 1920, añade un Prefacio del autor; en las eds. a partir de 1948 se incorpora la Intr. de Rowse].

¹⁸ Rowse, en Wallas (ob. cit.): 1 s. De ahí, que: «... nearly all students of politics [o de Derecho] analyse institutions and avoid the analysis of man» [ibíd.: 37, cursivas añadidas]. Al fin de cuentas: «... many of the more systematic books by American university professors are useless, just because the writers deal whit abstract men, formed on assumptions of which they were unaware and which they had never tested either by experience or by study» [ibíd.: 38, curs. E.P.H.].

¹⁹ Cfr.: E.P. Haba, *La ciencia de los juristas: ¿qué «ciencia»? De la ciencia jurídica normal a la ciencia jurídica exquisita*, San José (C.R.), 2015.

²⁰ Véase: K.N. Llewellyn, «A Realistic Jurisprudence. The Next Step», *Columbia Law Review*, vol. 30 (1930), pp. 431-465.

Es más, inclusive para la hipótesis de que grupos de juristas prácticos estuvieren dispuestos a prestar oído a unos predicadores de Teoría del Derecho, antes que nada, necesitamos tener claro nada menos que lo siguiente: ¿esta consejería que proponen MA y GA ofrece elementos de guía bastante netos? Esto es: si se consintiere seguirla, ¿sería dable saber de veras qué corresponda específicamente —¡precisión!: intersubjetividad— hacer y qué no hacer, para resolver esos tipos de cuestiones jurídicas (unas para las que no haya de por sí consenso de solución)?

Solo si es dable empezar por responder afirmativamente a esta última pregunta clave previa, solo entonces es posible llegar a responder, con algún grado de aproximación, a la cuestión subsiguiente, la principal al fin de cuentas: ¿mediante esos criterios propuestos por MA/GA, están dadas o probablemente se darían las condiciones socio-empíricas efectivas para llevarlos a la práctica, en los sitios bien determinados (país, rama jurídica, cuestiones específicas, etc.) donde se estime que ello es aplicable así? Esta segunda pregunta, no es meramente de orden semántico (*law in books*) y eventualmente axiológico, sino de orden linguo-pragmático efectivo (*law in action*).

* * *

En cuanto a lo de la precisión, tendremos ocasión de apreciar, una y otra vez [a lo largo de los numerales siguientes], que los conceptos principales abordados en esa presentación programática (*i.e.*, los considerados como tales de acuerdo con las «voces» que ahí procuran servir como guías al respecto) adolecen, y por cierto es no poco ampliamente, de cardinales indeterminaciones de sentido («conceptos paraguas»). Estas indeterminaciones hacen que tales conceptualizaciones resulten prácticamente inutilizables para extraer conclusiones *puntuales* diferenciales ante cuestiones jurídicas concretas disputadas. Semejantes «guías» no permiten arbitrar entre soluciones jurídicas contrapuestas que se proponen para problemas específicos, ni llevan a descubrir inéditas soluciones alternativas que entonces pasasen a ser consensuadas al respecto.

¿Cómo hacer para que unas pautas ideales como lo propugnado por MA/GA logren ser conocidas y seguidas en prácticas corrientes? Para alcanzar eso, hay que contar con las MENTALIDADES —*jempiria!*— de sus protagonistas, sean juristas o no juristas. Nada por el estilo se ha dado a lo largo de la historia del derecho, en ningún sitio. No se echa de ver que acaso los juristas corrientes y aun buena parte de su población en general se interese por ponerse al tanto de lo destilado por unas disquisiciones como las de la disciplina académica Teoría del Derecho. Sería interesante enterarse acerca de cuáles son, si las hay, las investigaciones empíricas donde se hubiere comprobado lo contrario: en Historia del Derecho, Sociología del Derecho, Psicología Judicial, o hasta complementándolo con unos conocimientos básicos de sociología general.

¿Se aducirá que, por más que tales o cuales «cosas» no sucedieron en el pasado, puede que acontezcan más adelante, inclusive en un futuro inmediato? No habrá sino algún que otro escéptico irredimible (me suscribo) para recordar aquella

puntualización de Platón: «deja que me regocije con un festín [aquí *law in books*] como el que...».

IV. ¿Qué es Teoría del Derecho?: c) los «intereses» de conocimiento de sus cultores, el auditorio; examen sobre «legitimidad» vs veracidad de los planteamientos iusteoréticos considerados

¿No será que discriminaciones como las presentadas en este artículo —tipos de definiciones, especies de pruebas empíricas científico-normativas, etc.— son, después de todo, ociosas en cuanto a determinar los razonamientos jurídicos? Para aquilatar los alcances que de veras tienen los «conocimientos» ofrecidos por MA/GA: ¿resulta indiferente saber si las conclusiones alcanzadas allí en cuanto a qué signifiquen (para el autor y su auditorio) los términos así examinados, son de orden lingüo-estipulativo o, en cambio, de tipo propiamente veritativo? ¿Para qué preocuparse por saber si dichos términos sean, acaso, empíricamente comprobables/falsables como tales o son de vinculatoriedad lógico-formal?

Se me podría objetar, tal vez, que cuestionamientos como los que formulo a lo largo de este artículo no vienen al caso. Porque cada disciplina (su establishment) elige cuáles sean los objetos de estudio propios: sobre qué aspectos de las «cosas» consideradas habrá de volcar ella su atención específicamente. Todo plan de estudio es inevitablemente una selección, por fuerza muy reducida, escogida entre la enorme abundancia de aspectos temáticos que caben en el seno de dicha disciplina. Cada «cosa» guarda sinnúmero de relaciones, de variadas especies, con una cantidad potencialmente infinita de otras «cosas».

Un individuo o muchos se fijan en ciertos aspectos de unas «cosas», les prestan atención en momentos del pensamiento sucesivos vinculados entre sí. También ocurre así, inevitablemente, con cualquier aproximación teórica, entre quienes comulgan con ella. Trátese de afirmaciones científicas o filosóficas o de cotidianos saberes vulgares, la mente de cada quien procede por partes, «recortadamente»; esos recortes pueden ser que coincidan más o menos, o no, con cómo otras personas (muchas o pocas) «ven» esos asuntos. También todo plan de estudio, lo hagan quienes fuere, inevitablemente constituye una selección («recorte») escogida entre la cantidad enorme de aspectos temáticos producidos en el seno de dicha disciplina.

El «plus» (por llamarle así) en *ángulos* de investigación sobre el que he procurado llamar la atención, apunta a tentar la curiosidad de acceder a fijarse en cuestiones que *no* toca la selección presentada por MA/GA²¹. Ante quienes no les interesa fijarse en

²¹ Atienza llega a hacer esta anotación: «... cada vez somos más autistas, cada vez más uno está en su propia burbuja, se relaciona y escucha únicamente las cosas con los suyos, los que le dicen lo mismo de lo que uno opina, y eso es fatal.» [1:28], Sin embargo, en general cuanto aquel postula para ese programa «estándar» de Teoría del Derecho consiste en una selección practicada por él mismo y GA en el seno de las propias «burbujas» —¡ni más ni menos!— de *law in books* que son específicas de dicha materia. — Atienza se imagina [00:45] que él y GA: «...efectivamente conseguimos diríamos salir de esa burbuja y que efectivamente pueda haber realmente una discusión como la que tenemos»; a lo cual GA acota «...somos argumentadores y nos divertimos debatiendo».

la presencia de las dificultades que he ido indicando, no hay razón valedera alguna —atento a *sus* preferencias intelectuales al respecto— para incluir *tales* perspectivas en el programa principal de la materia. Naturalmente, en ese programa no puede haber sitio sino para aquellas cuestiones y sus respuestas que los propios programadores consideran lo importante al respecto.

Que exista o no exista semejante interés depende, a su vez, de cuál sea el auditorio considerado. Cuando este auditorio se halla conformado únicamente por individuos que de antemano limitan sus intereses de conocimiento a, justamente, el propio *tipo* de planteamientos hegemónico en la materia; o si queda fijado *a priori* —por las autoridades académicas correspondientes— que ha de ser *así* (¡nada más!) cómo puedan ser seleccionados y abordarse los ítems que sea dable incluir en la disciplina Teoría del Derecho; entonces cae por su peso que, por definición, están «fuera de tema» puntualizaciones como esas que presento yo. Estas resultan *a priori* irrelevantes para quienes prefieran apartar la vista de tales índoles de objeciones, ellas no calzan con su propio horizonte intelectual.

En efecto, el *establishment* de esa disciplina da por descontado que su materia se limita a abordar cuestiones que sean tratadas ahí de acuerdo con los *propios* presupuestos impuestos por esas autoridades administrativas. Si se parte de tal presuposición, es natural que interrogantes como los que formulo no pueden inquietar sino a *outsiders* entre el profesorado de esa disciplina. [Si bien se mira, este «apartar la vista» viene a ser un expediente de *inmunización* (H. Albert) al respecto.]

Resulta incuestionable la legitimidad *jurídico-doctrinaria* de un programa de Teoría del Derecho limitado a enfoques como lo propuesto por estos dos profesores tan bien acreditados; vale decir, sujeto a temarios donde no asomen preguntas como las que en el presente escrito saco a luz. Ciertamente, los planteamientos de MA/GA responden a «gramáticas» (Wittgenstein) de los juegos-de lenguaje teóricos fijados por dicho *establishment* universitario y aceptados por sus auditorios habituales. — Mas semejante tipo de «legitimidad» NO afecta a la cuestión empírica *verdadero-o-falso* de las puntualizaciones críticas que formulo al respecto a lo largo del presente artículo, sino en todo caso a su *interés* para unos u otros profesores de la materia y sus auditorios respectivos. Pues sí, *no hay peor sordo...*

* * *

Complemento: “Los símbolos de Gobierno” (Arnold).

«Los principios fundamentales del derecho no representan lo que hacemos, sino lo que deberíamos hacer. La ciencia del derecho no es un método que usan realmente los jueces, sino un método que deberían usar. Dicha ciencia es una suerte de cielo que el hombre ha creado para sí mismo en esta tierra. Y es una característica de todos los paraísos que ellos han de ser diferentes de lo que experimentamos a diario en la vida cotidiana. De lo contrario, no existiría razón para crearlos. (...)

«Generalmente, un ataque argumentativo directo en contra de la teología de la institución existente suele ser más un obstáculo que una ayuda. (...)

«De igual forma que los individuos cultivan sueños e ilusiones, así también lo hacen sus instituciones judiciales»²².

V. El cajón-de-sastre «positivismo» jurídico

He aquí la idea central en que MA/GA se detienen de modo principal: «positivismo» *vs.* «postpositivismo» jurídicos. Estas dos orientaciones son lo que para ellos reviste importancia cardinal poner de relieve, constituyen el eje principalísimo (según ellos) para abordar las cuestiones más importantes (según ellos) de Teoría del Derecho. Ciertamente, asignar relevancia primordial a cada una de *tales* cuestiones se halla bien en consonancia —aquí es «a dos voces»— con lo consabido de acuerdo con el *establishment* de esa disciplina.

Las elucidaciones doctrinarias en torno de al menos la primera de esas dos etiquetas siguen estando de moda, a tambor batiente, para estudios de la especialidad Teoría del Derecho. Pienso que en la actualidad ello conforma simplemente unos escapismos académicos. No digo que haya sido siempre así, pero todo lo cognitivamente más decisivo al respecto fue advertido desde hace mucho tiempo atrás²³. Sin embargo, aquí es indispensable considerar esa clasificación, porque ni más ni menos que semejante binario encasillamiento doctrinario habrá de ser, según el propio título de ese Seminario, la clave de referencia central, o en todo caso una de las cuestiones más profundamente decisivas, con vistas a abordar estudios actuales en dicha especialidad. Pues bien, sean cuales sean las respuestas ofrecidas al respecto, no es lúcido abrir juicio sobre ello si no empezamos por tener claro a QUÉ se le llame respectivamente de esas dos maneras.

Tratemos de destilar qué pueda sacarse en limpio de cuanto nos dicen ahí MA y GA, para no equivocarnos acaso sobre cómo entienden dichos términos. Tal pregunta sería ociosa si ellos mismos nos hubieran suministrado una definición nominal expresa al respecto, *linguo-intersubjetivamente* aplicable a las cuestiones debatidas; o sí sus significados fuesen obvios y unívocamente entendidos en la generalidad de los discursos teóricos que recurren a dichas etiquetas. No hace falta —antes bien es contrario a la prudente «navaja de Occam»— ponerse a definir términos, aunque sean fundamentales en la exposición considerada, cuando su empleo no cobija multivocidades sobre tales o cuales aspectos examinados específicamente ahí mismo.

²² Extractado de: T.W. Arnold, *Apología de la Jurisprudencia* (Trad. y Presentación de M.E. Salas), Santiago de Chile, 2025. — La obra principal de Arnold es *The Symbols of Government*, 1935.

²³ Por supuesto, no niego que es pertinente e iluminador, aún hoy en día, tener presente las puntualizaciones claves efectuadas en estudios sobre «positivismo jurídico» como el básico examen de Bobbio, complementado por otros de A. Ross, U. Scarpelli, G.R. Carrió, etc.; y en especial sobre las relaciones entre «moral» y «derecho», véase T. Geiger (ob. cit. *infra*). Estas lecturas dejan suficientemente aclarado lo que tenga de veras importancia para entender las aplicaciones de usos corrientes de la etiqueta «positivismo» en discursos acerca del derecho. — MA/GA no chistan palabra en cuanto a esas aclaraciones básicas; si bien en ese diálogo llega a asomar el nombre de Bobbio, no es para hacer advertir las susodichas distinciones claves que tan sagazmente supo él poner sobre la mesa.

Mas aquí estamos, quiérase o no, ante una presentación que se halla no poco distante de satisfacer tal condición básica.

El término «positivismo» jurídico constituye una suerte de *passé partout* teórico. Ese letrero *tutti frutti* es aplicable doctrinariamente para designar casi cualquier «cosa» en la materia, con la única excepción clara de doctrinas que se proclamen sostenedoras de «derecho natural» (sea esto último lo que fuere, porque a su vez también eso admite ser sometido a toda suerte de ideologías políticas).

Ahora bien, cuanto las «dos voces» dicen ahí no pone sobre la mesa ni los elementos de juicio más elementales con respecto a las cuestiones abordadas en los estudios sobre qué significa «positivismo» en general, o al menos sobre determinadas variantes específicas de eso, de acuerdo con cómo ello es examinado en el pensamiento filosófico en profundidad²⁴. [El *Dictionnaire Philosophique* Lalande distingue entre cinco sentidos (A-E) en la entrada «Positivisme»; y para una muy circunstanciada variedad de matices teóricos al respecto, cfr. Kolakowski²⁵.] Sea lo que fuere aquello que se entienda por «positivismo» jurídico, lo cierto es que los asuntos de derecho positivo abordados en la práctica se pueden elucidar con claridad — comprender cómo ello «juegue» o no en razonamientos de los operadores jurídicos mismos— tengan o no tengan estos discursos que ver con variantes del «positivismo» en general. Por lo demás, MA/GA no ofrecen ejemplos de dónde estos operadores hubieren acaso recurrido a teorizaciones como esas que aquellos proponen ahí.

Reconozco, como ya dije, que existen conocidos estudios (Bobbio, etc.) de Teoría del Derecho donde fue examinado de modo iluminador, hace ya muchos años, lo del «positivismo» jurídico. En ellos quedaron puestas de manifiesto la multivocidad y variantes en usos para esta etiqueta. Empero, ni aun acerca de la distinción más imprescindible de todas al respecto dan cuenta alguna las «dos voces, la fundamentalísima categorización básica de Bobbio que deslinda entre *tres formas* de «positivismo» jurídico: como «ideología», como «teoría general del derecho» y como «modo de entender el estudio científico del derecho».

Así y todo, aceptemos olvidarnos de tales interrogantes a fondo. Vamos a contentarnos (principio de la caridad interpretativa) con dar por entendido que alcance con estar al tanto de que «iuspositivismo» consista en, justamente, todo o ciertas partes eminentes de lo escrito en unas bien conocidas obras de ciertos autores renombrados que a ese propósito llegan a nombrar MA/GA: Kelsen, Hart, Ferrajoli, Carrió, el (pseudo-)«realismo» jurídico conocido como «genovés». [No es que MA/GA presenten una definición de «positivismo» jurídico donde señalen a dichos autores como ejemplos paradigmáticos del «positivismo» en cuestión; ni que en todas sus menciones sobre cada uno de estos les sea adjudicada dicha etiqueta expresamente. Pero me atrevo a suponer, para tratar de detectar un objeto de

²⁴ GA llega a acotar: «...por qué tenemos que empeñarnos en hacer del positivista un tipo absolutamente insensible a lo moral» [00:59].

²⁵ L. Kolakowski, *La filosofía positivista*, Madrid, 1966.

referencia algo delimitado sobre cómo ese letrado clasificatorio es utilizado ahí, que lo señalado sobre «positivismo» se refiere *por lo menos* a dichos autores.] Vale decir que, por ejemplo, ius-«positivista» es tanto la desmitificante tesis capital de Kelsen de que los razonamientos de los locutores jurídicos normales no son más que unos «sofismas», a la vez que asimismo es cumplidamente ius-«positivista» la paracientífica dogmática de Ferrajoli que postula unos pantagruélicos entramados de *principia iuris* como guía «lógica» para esos mismos locutores²⁶.

Por otro lado, nos encontramos también con que entre el «positivista» Ferrajoli [A] y el «postpositivista» Alexy [B] hay toda la cercanía doctrinaria como para que compartan, ¡ambos!, la convicción básica de que es cuestión de organizar (pseudo)logicísticamente los razonamientos de los juristas profesionales (axiomática, ponderación formalista). En cambio, el «positivista» Kelsen [C] alberga el escepticismo más radical con respecto a dicha dogmática: señala que los clásicos razonamientos de esta son ni más ni menos que unas «obrepciones lógicas»²⁷. En eso resultan ser no poco afines entre sí el «positivista»-A con el «postpositivista»-B, mientras que al respecto son *radicalmente* opuestas entre sí aseveraciones principales del «positivista»-A y del «positivista»-C.

Desde luego que esas no son unas cuestiones baladíes o apenas secundarias, entre las elucidaciones de Teoría del Derecho. La variedad de ejemplos que he señalado hace patente que la etiqueta «positivismo» jurídico constituye ni más ni

²⁶ Vale la pena detenerse a ofrecer en especial unas referencias con respecto a esta última, en atención a su carácter emblemático (nombradía internacional en la materia). Para la puesta en evidencia del carácter netamente *extracientífico* que tienen las pautas básicas de ese estratosférico orden de razonamientos postulado por Ferrajoli, véase el análisis de M.E. Salas en *Doxa*-35 (2012), pp. 751-789: «Sin Derecho ni Razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real»; examen que permanece incontestado, a pesar de su publicación en nada menos que esa revista de tan notoria difusión entre los especialistas de habla hispana en esa materia. Por cierto, lo de Ferrajoli calza a las mil maravillas, en lo sustancial, con el modo de pensar que Jhering caracterizó llamándolo: «En el cielo de los conceptos jurídicos». Y recuérdese también la sagaz anotación de Vaz Ferreira: «Tienden también los estudios jurídicos a hacer espíritus formalistas y a sacarlos de la realidad; a formar mentalidades acostumbradas a dar una importancia inmensa a las cuestiones de palabras, a las fórmulas, a las abstracciones, a las deducciones... Otra característica del estado mental que tan fácilmente se produce en los abogados, consiste en un respeto excesivo a las fórmulas hechas, a las prescripciones de los Códigos, como si no fueran dictadas por hombres» [C. Vaz Ferreira, *Moral para intelectuales*, en *Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay*, vol. III (ed. or. 1909), Montevideo, 1963: cit. de la p. 69 y sigs., curs añadida aquí].

Acotación: unos «positivistas» ¡ambos!, tanto Salas como Ferrajoli! (¿no es verdad?). Pues sí, bajo la divisa «positivismo» caben tanto la tesis como la antítesis de tales controversias sobre metodología para el pensamiento jurídico.

²⁷ H. Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (trad. E. Garzón Valdés), Córdoba (Arg.). 1958. — Véase también, en la ed. definitiva de la *Teoría pura del derecho* (trad. R.J. Vernengo). México, 1979, su numeral final: § 47 («La interpretación en la ciencia del derecho»). Ahí él nos advierte, entre otras puntualizaciones que son inauditamente sagaces al respecto: «... [quienes] caracterizan una determinada interpretación, entre varias posibles, como la *única* “correcta”, no cumplen una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción del derecho. (...) Solo que no deben hacerlo en nombre de la ciencia del derecho, como suele suceder con tanta frecuencia. (...) No se negará que esta *ficción* del sentido unívoco puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político» [curs. E.P.H.]. — Véase también: H. Kelsen, E.P. Haba y M.E. Salas, *Kelsen como ustedes no lo conocen. La Teoría Pura del Derecho puesta al día*, Santiago de Chile, 2024.

menos que una suerte de cajón-de-sastre doctrinario, al menos en el tipo de uso que le dan las teorizaciones que al respecto acogen MA/GA.

VI. Lo llamado «post-positivismo» jurídico

Esta otra categorización es de creación mucho más reciente que la etiqueta «positivismo jurídico». Pues bien, ¿es dable discernir su sentido considerando qué autores fueron calificados ejemplarmente así de modo expreso por MA/GA, los del postpositivismo «serio»? (así Dworkin, Alexy, Nino) [00:1:20]). Lo cierto es que las referencias a estos autores allí no nos dicen nada (salvo para expertos en estos) que agregue algo a lo que de por sí se indique como característica genérica propia con vistas al uso de dicha etiqueta.

En este diálogo entre las «dos voces», creo poder distinguir (si no les he entendido mal) que piensan lo siguiente: 1) Los ius-«postpositivistas» son unos autores que han conseguido hacer notorias sus ideas de cincuenta años (más o menos) para acá en el *establishment* de Teoría del Derecho, mas no han logrado aún imponerlas hegemonícamente ahí (p. ej., al parecer bajo ese rótulo no son ubicables autores de moda actuales como Ferrajoli y el «realismo» genovés). 2) Dichos autores presentan unas tesis metodológicas que, al parecer, no habrían sido percibidas antes en el seno de esa especialidad profesoral. 3) Estas tesis vendrían a «superar» al «positivismo» jurídico, hazaña teórica que al parecer consiste básicamente en hacer a un lado el pensamiento «reduccionista» [*infra* §§ VII-IX] que supuestamente define a este último; se asevera que tal «reduccionismo» radica sobre todo en aferrarse a establecer la «separación» neta entre enunciados descriptivos y valorativos para determinar los contenidos de derecho positivo.

MA/GA reconocen que todavía «no hay una teoría *desarrollada* del postpositivismo» [00:40:15], «está por *desarrollar* la teoría postpositivista» [00:41:25]. No obstante, según ellos: «... habría *sugerencias*, etc. que permiten ver con más detalle las “debilidades” del positivismo jurídico, por *dónde* habría que proseguir los estudios y todo eso» [00:40-41]. Ahí las «dos voces» procuran señaladamente, si no me equivoco, brindar tal suerte de «sugerencias».

No digo que sea reprochable en principio, sino todo lo contrario, ofrecer «sugerencias» nuevas para la implementación del pensamiento jurídico, o incluso «sugerencias» que simplemente permitan aprehender mejor tales o cuales aspectos de cómo se llevan a cabo ya razonamientos efectivos de operadores jurídicos reales. Entonces lo importante (digo yo) son los tres aspectos siguientes. [Renglón 1]: Antes que nada, saber en *qué* consisten a ciencia cierta (grados de precisión o de imprecisión semánticas) las «sugerencias» en cuestión. [Renglón 2]: A continuación, indagar qué posibilidades *reales* hay de que estas «sugerencias» (suponiendo que sean bastante precisas en sí mismas) lleguen a tomarse en cuenta por parte de la generalidad, o de una parte significativa entre, locutores de las prácticas mismas del derecho. [Renglón 3]: Aun dando por acreditado unas respuestas afirmativas (¡comprobables!) a las dos cuestiones precedentes, lo más decisivo de todo que queda

por saber es cuáles sean en general, o al menos en buena medida, las consecuencias *prácticas* efectivas que lo así «sugerido» tenga, ¡de veras!, sobre las *vidas* de los sujetos del derecho concernidos directamente por dichas maneras de ser resueltos sus asuntos en sede judicial —pragmática de los discursos en cuestión: investigación empírico-fáctica—.

Ahora bien, para esto último [Renglón 3], ¿las diferencias señaladas entre razonamientos jurídicos «positivistas» y «postpositivistas» están en condiciones reales —probabilidades socio-empíricas— de producir a menudo unos cambios decisivos efectivos? Abordar esta pregunta requiere pasar de unos exámenes de mera SEMÁNTICA jurídica a las comprobaciones sobre cómo tales o cuales aspectos de tal semántica repercutan, en mayor o menor medida o acaso para nada, sobre cuestiones bien determinadas de linguo-PRAGMÁTICA jurídica —derecho efectivo: *law in action*— vinculadas hipotéticamente con dichos semanticismos. En cambio, he aquí que las «sugerencias» llamadas «postpositivistas» que indican MA/GA no se ocupan sino de algunas cuestiones de derecho IDEAL procreadas por el *wishfull thinking* profesoral —unos grupos de presentaciones doctrinarias idealizadoras ancladas en ciertos sectores idealizadores del *law in books*—.

VII. La cuestión del «reduccionismo» (¿«separación» o «unión»?), como directiva para determinar qué han de contener los discursos jurídicos: a) planteamiento básico

Según MA, lo principal para el pensamiento jurídico es que logre emanciparse del «reduccionismo» positivista:

«...lo que diferencia fundamentalmente a un positivista es lo que yo llamo la ideología de la separación, el empeño por separar las cosas; y, naturalmente, a veces hay que separar las cosas para poder entenderlas, sin ninguna duda, pero eso se convierte en una ideología. Y yo creo que es el rasgo más típico del positivismo jurídico: el derecho es una cosa, la moral es otra...» [00:36]. «...la separación, o sea: se tiene así, ¡cómo no!, el estudio sociológico del derecho, pero eso es una cosa y la Teoría del Derecho es otra» [1:10:30].

Ello da lugar a «... un sentido reducido, reduccionista, en el sentido de decir: bueno, de lo que tradicionalmente ha sido la Filosofía del Derecho, algunas de las cosas hay que dejarlas afuera porque eso no puede ser objeto de un tratamiento diríamos riguroso, básicamente en las cuestiones de la teoría de la justicia (...) la “pureza” hace que quede afuera lo que es la vinculación del derecho con los agentes sociales y con la funcionalidad –diríamos– del derecho (...) ... [tal enfoque] no solamente estudia una parte, sino que descarta el estudio de las otras partes porque las considera ilegítimas» [00:14 y 00:17].

«Es que no podemos entender el derecho, ni muchísimas otras cosas, si no nos damos cuenta de que hay tanto continuidad como discontinuidades...; y por eso es por lo que yo lo calificó de ideología, la obsesión [dicha separación] de los positivistas...» [00:56]. «No es porque lo que yo quiera defender es mezclarlo todo

y no distinguir nunca lo que es derecho y lo que es moral; y pensar que no se puede decir que esto, aunque sea una norma jurídica y válida, sin embargo, es injusta y cosas por el estilo...» [00:39]. Se trata, señaladamente, de aquellos «casos en que es imposible poder decir nada de algún interés sin contar con una teoría de filosofía moral y política, que forma parte del derecho. Aunque, naturalmente, no es porque el derecho, sin más, esté embebido de iusmoralismo; no, eso no es así. (...) No podemos entender el derecho, ni muchísimas otras cosas, si no nos damos cuenta de que hay tanto continuidades como discontinuidades...» [00:58-59].

Así, ese no «darnos cuenta» conduce a «no ser capaz de entender la importancia del concepto de derechos humanos...» [1:01].

Por su parte, GA señala: «...el terreno para *conquistar* es el de la dogmática jurídica, es decir, que nuestros colegas de derecho civil, derecho penal, derecho administrativo, derecho procesal, etc., *se avengan* a ver el derecho de un modo más *completo* y más complejo» (cursivas añadidas aquí) [1:29].

* * *

Espero haber conseguido presentar sin deformaciones esta tesis central del Seminario (por eso incluyo una transcripción tan extensa al respecto). Ahora bien, tal caracterización omite indicar criterio alguno para poder reconocer intersubjetivamente las nociones descritas así. ¿Cómo saber cuándo sí y cuando no sea «justo» (¡no hay noción más multívoca!) hacer efectivas ciertas «continuidades» o contemplar ciertas «discontinuidades» de tal orden, en los razonamientos jurídicos profesionales? ¿Es ello cosa obvia? ¿Entre los operadores del derecho reina acuerdo, salvo escasas excepciones, sobre ese «sí» y ese «no»? ¿O semejante acuerdo se produce al menos entre los cultores de la especialidad Teoría del Derecho? (p. ej., entre los propios MA y GA, para todos o casi todos los casos concretos que sean sometidos a su consideración).

En la manera como MA describe la alternativa «continuidades»/«discontinuidades», esas dos etiquetas poseen las características propias de la categoría fórmulas vacías pseudonormativas (E. Topitsch). Ambas carecen de toda virtualidad real de guía propiamente dicha para lograr ser desempeñadas intersubjetivamente por los intérpretes del derecho. Eso sí, cabe utilizarlas —si haya a quien le importe hacerlo— como invocación pseudometodológica para adornar discursos de justificación (neoconstitucionalismo u otros) en tales o cuales resoluciones. Y no menos indeterminadamente recurre ahí MA a expresiones tan elásticas como: «una teoría» (¿lo es cualquier tipo de ideas?); «forma parte» (¿es cualquier característica que unos consideren propia de cierto discurso?); «podemos entender» (¿«podemos» en sentido fáctico-descriptivo o en sentido valorativo-categorico o en sentido valorativo-instrumental?²⁸; ¿«entender» como impresión subjetivo-personal experimentada así por algunas personas —p. ej.,

²⁸ Supra: n. 13.

el propio Atienza— o es en sentido de verdad objetiva verificable práctico-intersubjetivamente?). Etcétera...

Es verdad que hay vaguedades capaces de contener algunas pistas heurísticas, una suerte de orientación inicial para abordar el asunto sugerido así. Ellas pueden eventualmente llegar a servir de incitación (de tipo «fermental» diría Vaz Ferreira) en cuanto a promover después estudios que posean la precisión metodológica y concreción indispensables para suministrar conocimientos científicos al respecto. Mas nada parecido a eso acontece en el presente caso. Y las maneras como MA/GA efectúan sus postulaciones están enlazadas aun, por añadidura, con retóricas muy comunes en razonamientos de la llamada Razón Práctica: así, lo de acogerse a la sustancial vaguedad (términos-«paraguas») de las invocaciones genéricas a unos comodines conceptuales emocionalizantes (bien cabría llamarles «términos-bandera») como «moral»²⁹ y «derechos humanos»³⁰.

A unos u otros de esos usos se aplican ciertos juicios de valor que discrepan entre sí. Estas apreciaciones se componen (principalmente en MA) mediante términos claves altamente indeterminados: fórmulas vacías o muy poco menos, de carácter pseudonormativo [cfr. Topitsch³¹]. Deslindes tan ilimitadamente vagos como «continuidad»/«discontinuidad», no se echa de cómo podrían servir de guía intersubjetiva para resolver cuestiones jurídicas litigiosas efectivas. Las aproximaciones cultivadas al respecto ahí por MA, pero también las consideraciones de GA sobre ello (inclusive sus «objeciones» frente aquel), dejan en total in-distinción si los juicios de valor considerados ahí son categóricos o son instrumentales³² o en qué aspectos sean lo uno y en cuáles lo otro.

En definitiva: varias de las nociones básicas invocadas por MA presentan contenidos no poco variados, cambiantes y hasta antinómicos. Ellas se interpretan diferentemente según cuáles sean las ideologías o aun las preferencias emocionales de los operadores llamados a resolver las disputas jurídicas en donde se eche mano argumentativamente de tales términos biensonantes. En efecto: «Las demostraciones de una parte en contra de la otra no tienen ningún efecto en los atacados, porque cada uno tiene su “axioma” que es inaccesible a una crítica desde afuera» (Geiger)³³.

²⁹ *Moral*: «... el individuo respeta, en mayor o menor medida, diferentes principios morales y, consecuentemente, en la vida en comunidad sigue reglas no conciliables entre sí... esta discrepancia entre las concepciones morales individuales [vale decir, asimismo en cuanto son típicas respectivamente de grupos de individuos que comparten unas u otras] será llamada confusión moral [...] Solo en las sociedades altamente integradas de los tiempos antiguos encontramos una moral general común. En la actual sociedad fuertemente diferenciada hay que contar, en cambio, con una pluralidad de *diferentes* morales populares. [...] La actual sociedad no está construida como una unidad organizada sobre un firme punto de gravedad, sino como un equilibrio inestable entre una *pluralidad* de fuerzas que se *enfrentan* recíprocamente» [T. Geiger, *Moral y derecho*, Barcelona, 1982, p. 63 y sigs. (curs E.P.H.); e *ibíd.*, p. 14 (curs. del A.)].

³⁰ Véase: E.P. Haba, «Puntualizaciones terrenales en torno a las formas de discursar sobre el talismán “derechos humanos”». Un compendio de observaciones poco complacientes, sobre todo con respecto a ciertas cómodas maneras de hablar mucho y no decir casi nada», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 16, pp. 3-81.

³¹ Véase Haba, *Metodología (realista)*... (ob. cit.): Sec. D.II.3 (440 y sigs, «Fórmulas vacías pseudonormativas»).

³² Supra: n. 13.

³³ Geiger, ob. cit.: 14 (curs. del A.).

VIII. La cuestión del «reduccionismo»...: b) ¿cómo saber qué «forma parte», y qué no, del derecho?

Es verdad que numerosas entre las normas jurídicas se establecen para reforzar, mediante el aparato estatal, el cumplimiento de ciertas pautas de conducta que ya antes eran seguidas por muchas personas, quienes identificaban eso mismo (o cosas muy parecidas) bajo la etiqueta «moral». Y también se recurre a ideas que responden a tal identificación lingüística para interpretar ciertas disposiciones formalmente jurídicas. Ahora bien, la discusión académica al respecto procura saber cómo determinar cuáles ideas con dicha identificación lingüística «forman parte» de lo que se llama «derecho» positivo, aun en caso de no ser ubicables netamente dentro de la letra expresa de textos reconocidamente oficiales de derecho (i.e., «netamente» en el sentido de: intersubjetividad de su entendimiento al respecto en el gremio de juristas).

Sobre las posibles relaciones entre nociones como «derecho» y «moral» se suele asumir, ¡sin más!, la precomprensión de que, por el hecho de estar ahí ante dos sustantivos diferentes, no cabría duda sobre si la conducta considerada sea subsumible bajo el primero o el segundo de tales sustantivos. o bajo ambos a la vez. Se hace abstracción, pues, del carácter convencional y multívoco que de hecho tienen esas dos etiquetas. Se las encara entonces como si se tratase de algo así como diferenciar entre el agua pura y la leche, o ver si esa es leche agria.

Las relaciones entre significados posibles de esos dos símbolos lingüísticos no es asunto indicado con claridad alguna mediante las metáforas «continuidad» y «discontinuidad». Es una cuestión de hecho, no menos que cualquier uso lingüístico, si tal vez ambos etiquetados («derecho», «moral») coincidan parcialmente en unos discursos jurídicos operacionales; y sin perjuicio de esto último, bien puede ser que no coincidan en otras ocasiones. ¿Cómo conocer qué «forma parte», y qué no, de cada una de esas dos esferas respectivamente?

Tratemos de analizar de manera empírico-realista en qué puedan consistir concretamente tales «formar parte». Ahí estamos sobre todo ante uno de los dos sentidos siguientes o de ambos a la vez (esta distinción es válida no solo para interrogar sobre el planteamiento de MA, sino de modo general para cuestiones semejantes):

[1] Ciertamente «formar parte»: entendiendo esto como un significado discursivo práctico efectivo, simplemente FÁCTICO-DESCRIPTIVO.— Entonces ello describe el *hecho lingüístico* de que los locutores jurídicos profesionales (en parte o la generalidad de ellos, en uno o varios países) acostumbran entender *así*, llamarles respectivamente «moral» o «derecho», qué signifiquen tales o cuales disposiciones oficiales o pautas doctrinarias (en el presente caso se postula que eso se haría como lo presenta MA).

[2] Cierta «formar parte»: entendiendo por esto unas propuestas de ajuste AXIOLÓGICO para tales o cuales significados normativos.— Tal es el caso al señalar como *deseable* que el entendimiento de determinados preceptos jurídicos se atenga a lo que se infiere —según esos teóricos (así lo de MA)— de unos criterios «éticos» o de «justicia»; ya sea que el teórico nombre cuáles son estos mismos (supuestamente no-multívocos) o que simplemente lo presente como una indicación de orden general-generalísimo (con respecto a lo cual cada operador del derecho ha de saber, supuestamente, cuándo y cómo aplicarla de la manera debida llegado el caso).

Para conocer los contenidos de [1]: sentidos meramente lingüo-descriptivos, empíricamente dados. Ello es averiguable científicamente, no menos que tantos significados de otros renglones discursivos, por medios corrientes de la Lingüística. Solo que, sean cuales fueren estos conocimientos, de estos por sí mismos no se sigue si tales significados haya de ser aconsejable ya sea seguirlos desempeñando tal cual o antes bien procurar modificar estos usos de alguna manera o acaso reemplazarlos por otros del todo nuevos.

Para conocer los contenidos de [2]: sentidos axiológico-ideales, sean o no coincidentes (en todo o en parte) con los del tipo [1]. Antes que nada, corresponde aclarar si esos criterios se presentan ahí ya sea a título de (i) juicios de valor categóricos o ya sea como (ii) juicios de valor instrumentales.

(i) Si la afirmación jurídica es del primer orden (ideales «puros»), valoraciones categóricas, significa que esos principios de valoración son sostenidos ahí a modo de *axiomas* básicos, constituyen finalidades absolutas en el marco de estos discursos. Por ser vistos así, son *irrebatibles* (no-falsables), sean cuales sean. Simplemente, se «cree» o no en ellos, es *ese* su papel argumentativo: el de dogmas *últimos* para los razonamientos que se presentan como dependientes de tales bases de pensamiento. Son unos postulados de *fe* jurídica, sin más, *autoevidentes* para quienes los «ven» como tales. Para los creyentes en tal orden de postulados, estas aseveraciones no requieren hacerlas objeto de demostraciones empírico-fácticas; no es dable atisbar, ni siquiera hipotéticamente, cómo sería dable hacerlo. Entonces es cuestión, sencillamente, de invocar alguna biensonante fórmula vacía pseudonormativa (p. ej.: «justicia», «razonable», etc.), o alguna semi-«vacía».

(ii) A diferencia de (i), este interrogante indaga sobre cómo las eventuales aplicaciones prácticas de esas aseveraciones sobre las dinámicas jurídicas *funcionen* de hecho. Si la afirmación jurídica pertenece a este segundo orden (descripciones de cómo funcionan empíricamente unas pautas de valor), ya no basta con enunciarla; hace falta *comprobarla* (salvo que sea obvia entre los locutores de la materia enfocada), señalar mediante qué *medios* de prueba empíricos intersubjetivos sería dable acceder a tal comprobación. Es cuestión, pues, de indicar unos medios capaces de «testarlo», que estén al alcance de los juristas a quienes les interese conocer si semejante comprobación existe o no.

* * *

Para poder conocer qué «forma parte» del derecho, y qué no, ninguna de las «dos voces» consideraron que valiese la pena advertir, a los destinatarios del curso, esas diferencias básicas entre tipos de juicios de valor; aun las «objeciones» de GA a MA no llegan ni a rozar una toma de conciencia acerca de las cuestiones capitales sobre comprobaciones empíricas pertinentes. Ninguna de ambas «voces» especificaron cuándo o en qué medida sus respectivas afirmaciones ha de entenderse que son descriptivas (acaso juicios de valor instrumentales) o si sean juicios de valor «puros» o una combinación de ambos extremos; y en este último caso, cuáles sean ahí los ingredientes de uno y otro tipo. Estas in-distinciones se corresponden plenamente con la actitud teórica de la mayoría aplastante entre los autores de Teoría del Derecho.

A los auditores de ese programa de estudios no les queda otra alternativa, quiérase o no, que simplemente tener fe en que, dado el prestigio de esos dos académicos, es seguro que estos hacen saber «la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad»... O que, en todo caso, si caben discrepancias fundamentales atendibles en la materia, no son otras, en lo principal, que justamente esas —sobre «positivismo», etc.— de que dan cuenta estos profesores mismos ahí.

IX. La cuestión del «reduccionismo»...: c) alcances sustantivos de las divisiones del trabajo intelectual establecidas (disciplinas) para organizar los conocimientos científicos con respecto a «derecho». Conclusión

Otra confusión clave en que incurre ese diálogo entre MA/GA es no distinguir entre: (1) lo que es la determinación de un marco disciplinario de *división formal* trazado para organizar/dividir el trabajo intelectual en cierta materia; frente a (2) propugnar la NEGACIÓN de abordar además, y la de reconocer la señalada importancia, también *otros* aspectos efectivos relacionados estrechamente con lo que estudia en particular la disciplina (1). Sea o no sea que los argumentos pro-(1) se consideren atinados, ahí el hombre-de-paja es sostener que afirmar (1) conlleve necesariamente la negación (2).

En efecto, un asunto es cómo y por qué preferir cierta manera de *clasificar*, determinada división del trabajo intelectual [cuestión (1)] al respecto: cuál sea el *casillero formal disciplinario* para proceder a estudiar unos u otros aspectos. Empero, sea cual fuere el casillero académico elegido para esos efectos, en nada ello prejuzga, por sí mismo, si *valga o no valga la pena* obtener conocimientos sobre tales o cuales aspectos de *fondo* [cuestión (2)]; ni esa elección [1] determina, por sí, qué efectos *reales* tengan o no tales estudios sobre las prácticas efectivas en la materia. [Analogía: a nadie se le ocurre pensar que porque el dermatólogo se concentra en examinar la piel del paciente, esto quiere decir que aquel dictamina que dicha persona esté en condiciones de tener así esa piel viviendo *sin huesos* estudiados por el ortopedista.]

Cada división del trabajo intelectual procura prevenir metodológicamente la caída en indistinciones confusionistas al examinar esos asuntos. Este último es el caso, justamente, de las observaciones que MA presenta sobre ello por cuanto hace al derecho. Tanto da que él las dirige contra el cajón-de-sastre «positivismo» [supra: § V] como si lo llamase de cualquier otro modo, o si eso objetado no lo imputase a calificación genérica alguna. Toda su reflexión al respecto gira en torno al siguiente presupuesto doctrinario básico: «... no solamente estudia [el «positivismo»] una parte [¡nada más!], sino que *descarta* el estudio de las *otras* partes porque las considera *ilegítimas*» [cit. supra: § VII *in limine*]. Al hombre-de-paja «positivista» postulado por Atienza se le hace proclamar que: *división-del-trabajo* entre las disciplinas A y B = la parte-A *niega* que sea atinado («legitimidad») abordar la parte-B. — Semejante imputación («descarta») no es dable verificarla en los textos de ningún autor de renombre llamado «positivista» en la disciplina Teoría del Derecho [menos que menos en cuanto a, p. ej., Kelsen («obrepciones lógicas»³⁴)].

* * *

EN CONCLUSIÓN. Para alcanzar el conocimiento *mismo* sobre cierto asunto, y lograr tomar ello en cuenta en la práctica, pueden ser *uno u otros* los sectores de especialistas a quienes se elija encomendar que examinen tales o cuales aspectos de ese asunto. Lo decisivo es tener claro sobre qué puede venir a informar cada una de ellas *fehacientemente*; sea o no sea que esto mismo lo «toquen» también, de alguna manera, cualquiera de las otras divisiones del trabajo intelectual que sea desempeñado al respecto. Sin embargo, puede que profesores de Teoría del Derecho postulen ya sea incluir (¿«postpositivismo»?) o excluir («reduccionismo» dice Atienza) unos u otros aspectos contenidos en el ámbito de significaciones del polifacético término *derecho*. Justamente en estos ejercicios de idealizaciones profesoraes consiste la especialidad semántica de *law in books* cultivada por el diálogo MA/GA.

X. Recapitulación (*muy aforística*) acerca de los ítems metodológicos básicos considerados

Me parece que vale la pena resaltar aún sobre qué aspectos, en los planteamientos de MA/GA, he plantado mis interrogantes en cuanto a si son susceptibles y sobre todo: *¿cómo?* de responder a cuestiones empírico-probabilísticas de *verdadero-o-falso*. He puesto el acento en la siguiente cuestión metodológica fundamental: conocer si cabe que tales cuestiones se sujeten a razonamientos de carácter *inter-subjetivo*, ya sea unos de orden lógico-formal o unos empírico-científicos o aun unos de tipos normativo-rationales.

He aquí los círculos de atención metodológicos capitales, ¡decisivos!, en que me he basado para ello, lo cual pasa enteramente inadvertido en los planteamientos de

³⁴ Cfr. Kelsen, *¿Qué es la teoría pura...?* (ob. cit): 23.

MA/GA. [Este listado no se atiene al orden en que dichos elementos de juicio han ido siendo considerados a lo largo del presente artículo.]

(1) Esfera *semántico*-INTENSIONAL («intentio» lingüística).– Ambas «voces» abundan en in-determinaciones fundamentales. Se omite ahí del todo (o muy poco menos) circunscribir con bastante precisión –intersubjetividad– cuál o cuáles son o deban ser los usos bien determinados para los conceptos básicos invocados. Las aplicaciones de estos, en la práctica, dan lugar a múltiples suertes de interpretaciones *discrepantes*, diferencias de las cuales MA/GA suelen hacer abstracción³⁵.

(2) Esfera *semántico*-EXTENSIONAL.– Aun en el supuesto de que lo identificable como [1] estuviere netamente determinado (*i.e.*, existencia de uniformidad interpretativa en el gremio de juristas), falta saber si a ello mismo correspondan de veras «cosas» (¿cuáles concretamente?) de la *realidad* social considerada. Esto es, queda por averiguar cuáles sean los objetos bien *determinados* respectivos —si los hay, entre las realidades detectables por el conocimiento humano— como pertenecientes sin duda a dicha esfera intensional específica. ¿Mediante qué tipo de averiguación tales objetos serían por lo general identificables *intersubjetivamente* por los sujetos concernidos (juristas que opinan sobre el asunto, partes de un juicio)? ¡Sepa Dios!

(3) Dimensión *linguo*-PRAGMÁTICA.– Aun en caso de que incluso los objetos-[2] fuesen identificables netamente en cuanto a su condición de tales, queda por averiguar si, en las *prácticas* jurídicas mismas:

(i) esa noción teorética, invocada académicamente, tiene o no tiene aplicaciones *efectivas* decisivas;

(ii) si las tuviere, determinar qué *hechos* específicos —sean de naturaleza mental o «material»— resulten, en tales o cuales medidas, ya sea *provocados* o *coartados* mediante estas clases de discursos jurídicos (o parajurídicos).

(4) En función del ítem anterior [3], la presencia ahí de *no-isomorfismos* entre derecho IDEAL y derecho REAL.– Es la cuestión de saber si el *law in books* invocado, consiga determinar (o codeterminar) en las prácticas cómo funcione, en todo o en parte, el *law in action* respectivo. Vale decir: comprobar si el concepto teorético considerado, desempeña de veras un papel práctico *indispensable* para poder manejar los discursos de operadores jurídicos efectivos. [Para poder otorgar ceñida precisión a la noción de «realidad» jurídica, y consiguientemente a la de «realismo» jurídico, corresponde manejar unos análisis en profundidad no considerados en el presente artículo³⁶; con vista a los alcances de este, estimo suficiente con señalar los diez ítems que destaco en el presente listado.]

³⁵ Sin embargo, GA no es tan del todo axiomatista al respecto como lo es (¡a rajatablas!) MA. El primero llega a reconocer: «...problema si el maltrato psicológico o la vejación moral es maltrato de obra o no es maltrato de obra, caben las dos interpretaciones...» [00:54].

³⁶ Véase: E.P. Haba. *¿Cuál es la «realidad» del derecho? (Claves para des-encantar las torytelling de la Teoría del Derecho)*. Santiago de Chile, 2025. Y sin perder de vista: E.P. Haba y M.E. Salas, *Realismo jurídico descaefinado (Desenmascarando el misticismo ataviado a la genovese)*, Santiago de Chile, 2023.

(5) In-discriminaciones, en tesis centrales de MA/GA, entre juicios de EXISTENCIA («es»: *descripción* de hechos o de pensamientos efectivos o de enunciados lingüísticos) y juicios de VALOR («debe»: *normas, valoraciones*). Y aun, por añadidura, omisión total de indicar sus modos respectivos de VERIFICACIÓN: ¿mediante *qué* medios de falsaciones *empíricas* (métodos intersubjetivos) sería dable proceder a tales verificaciones o según cuáles pautas *semánticas* específicas (intersubjetivas) de acreditación jurídica?

(6) In-distinción total en las valoraciones sostenidas allí, para cada una de estas, en cuanto a si respectivamente se trata de cuál de las dos grandes clases de VALORACIONES: juicios de valor *categoricos* y juicios de valor *instrumentales*.

(7) In-distinción entre unas cuestiones de PALABRAS («verbalismo»³⁷, definiciones estipulativas, etc.) y cuestiones de HECHO (conductas efectivas de los operadores jurídicos, consecuencias prácticas importantes de la aplicación de las normas consideradas).

(8) In-distinción entre las tres clases fundamentales de DEFINICIÓN conceptual: definiciones *lexicales* (usuales), definiciones *estipulativas* (voluntaristas), definiciones «*reales*» (esencialistas).

(9) Los «conceptos paraguas».

(10) La falacia intelectualista; el *wishfull thinking* academicista.

* * *

Las aplicaciones de esos elementos de juicio, que en este numeral he indicado aforísticamente, han sido explicitados con cierta detención, unos u otros, en tales o cuales pasajes de los numerales que componen el presente estudio. Cada uno de esos puntos constituye un «obstáculo epistemológico» (Bachelard) que suele hacerse presente, sean unos u otros, en numerosos discursos jurídicos normales. Operan, asimismo, con variadas sutilezas conceptualistas adyacentes, en planteamientos habituales de las orientaciones hegemónicas en la Teoría del Derecho.

³⁷ Así le llamó B. Russell.