

INVESTIGACIONES

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000200009>

Positivismos jurídicos, ¿Atria desafía a Bobbio?

Loreto Paz Navarro Gezan*

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar críticamente la tesis de Atria en donde los tres sentidos de positivismo jurídico diferenciados por Bobbio no pueden ser concebidos de forma independiente, sino que se explican recíprocamente. Para lograr este objetivo, el trabajo es dividido en cuatro secciones. La primera presenta la tesis de Norberto Bobbio sobre la necesidad de distinguir tres sentidos de la expresión positivismo jurídico (1). En la segunda se reconstruye la tesis de Fernando Atria donde los tres tipos de positivismo se explican recíprocamente, así como cada uno de los argumentos que la sustentan (2). En la tercera sección se analiza críticamente la tesis de Atria y cada uno de los argumentos en que se apoya (3). Finalmente, se presentan de manera resumida las razones más importantes para concluir que Atria no logra desafiar la distinción bobbiana (4).

Positivismo jurídico – hechos institucionales – naturaleza del derecho

Legal positivisms, does Atria challenge Bobbio?

ABSTRACT

The purpose of this work is to critically analyze Atria's thesis whereby the three discrete meanings of legal positivism identified by Bobbio cannot be conceived of independently, but need each other to be understood. With this goal in mind, the article is divided into four sections. The first section presents Norberto Bobbio's thesis on the need to differentiate between three meanings of the expression 'legal positivism' (1). The second section contains a reconstruction of Fernando Atria's thesis according to which the three kinds of positivism are mutually explanatory, as well as each of the arguments that ground it (2). In the third section Atria's thesis and its supporting arguments are critically analyzed (3). Finally, the main reasons to conclude that Atria fails to challenge the Bobbian distinction are briefly introduced (4)

Legal positivism – institutional facts – nature of law

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Profesora e investigadora, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile. Correo electrónico: loretonavarrogezan@gmail.com

Agradezco a los miembros del Seminario de lecturas e introducción a la investigación en teoría del Derecho de la Universidad Diego Portales: Seren Ataoglu, Tamara Hernández, Almendra Merino, Rodrigo Miranda, Francisco Pino, Diego Sanhueza y Diego Villegas, y especialmente, a su directora, María Beatriz Arriagada, quienes realizaron agudas observaciones a un borrador de este trabajo. Agradezco también a quienes asistieron a las Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho el 2017, oportunidad en la que presenté una versión previa de este trabajo y en la que recibí valiosos comentarios.

Artículo recibido el 20.8.2019 y aceptado para su publicación el 4.12.2019.

INTRODUCCIÓN

Delimitar la noción de positivismo jurídico no es una tarea fácil. Respecto de la pregunta de qué es el positivismo jurídico se han propuesto varias respuestas, sin embargo, aún no se puede afirmar que haya una que suscite acuerdo. Esto se puede explicar, en parte, porque la expresión “positivismo jurídico” era (y sigue siendo) utilizada de manera indiscriminada para etiquetar distintas tesis heterogéneas y para categorizar a filósofos que, si bien comparten algunas ideas, son muy diferentes entre sí, como Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart, Bobbio y Raz¹.

El positivismo jurídico surge de la mano de Bentham y Austin, quienes ya en el siglo XVIII y a comienzos del siglo XIX insistieron en la necesidad de distinguir el derecho que es del derecho que debe ser². Esta idea, revolucionaria para su época, no tardó demasiado en ser juzgada de manera negativa.

Ya en la segunda mitad del siglo XIX, luego de una seguidilla de regímenes totalitarios en Rusia, Italia, Portugal, Alemania y España, el positivismo comenzó a ser acusado de haber contribuido a aquellos regímenes o, al menos, de haber disminuido la posibilidad de resistencia³. Así, la separación entre el derecho y la moral comenzó a considerarse superficial y errónea; entonces el rótulo “positivismo jurídico” se tornó peyorativo⁴ y las obras que en aquella época constituían los principales referentes positivistas (como las de Kelsen y Ross⁵) comenzaron a enfrentar fuertes intentos de desprestigio iniciándose una verdadera cruzada en contra de esta corriente de pensamiento⁶.

Motivados probablemente por las injustas tesis atribuidas al positivismo jurídico, varios filósofos del derecho intentaron definirlo. Me atrevería a decir que los intentos más importantes de autodefinición surgieron luego de la publicación de un artículo de Hart donde atribuía cinco significados distintos a la expresión positivismo jurídico⁷.

¹ BULYGIN, 2006, p. 62.

² Ver: BENTHAM, 1843 (1776) y AUSTIN, 1832.

³ BULYGIN, 2006, pp. 71 y ss. Una de las críticas más famosas en esta línea fue la que provino de Radbruch, quien, luego de haber sido positivista, llegó a afirmar que el principio positivista de que la ley es la ley no conocía limitación alguna. RADBRUCH, 1962 (1946), p. 21.

⁴ HART, 1958, pp. 594 y 595.

⁵ Ya en la primera edición de su *Teoría pura*, Kelsen anuncia que la suya es una teoría sobre el derecho positivo y que solo pretende distinguir qué es y cómo es el derecho, pero no, en cambio, responder a la pregunta de cómo deba ser. KELSEN, 2002 (1934), pp. 15 y ss; Ross, por su parte, insiste en la necesidad de distinguir el derecho positivo de la justicia y aclara que la ideología de la justicia no puede tener cabida en el examen racional del valor de una norma. ROSS 1994 (1953), pp. 261 y ss.

⁶ KELSEN, 2006 (1954), pp. 15 y ss.

⁷ (i) La pretensión de que las leyes son órdenes de seres humanos; (ii) la pretensión de que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral; (iii) la pretensión de que el análisis de los conceptos jurídicos es algo que vale la pena hacer y debe ser diferenciado de las indagaciones históricas, sociológicas y críticas o evaluaciones morales u otros; (iv) la pretensión de que un sistema jurídico es lógicamente cerrado y (v) la pretensión de que los juicios morales no pueden ser defendidos o referidos de manera racional. Un punto curioso es que los cinco sentidos del concepto que despertaron el interés de los filósofos del derecho de aquella época no se encontraban en el desarrollo del artículo, sino que apenas fueron presentados en una nota

El artículo causó tal interés que motivó el famoso congreso de Bellagio en 1960, donde importantes filósofos del derecho se reunieron con el objetivo de trazar un mapa acerca del positivismo jurídico y lograr identificar los diversos sentidos con los que se manejaba la expresión⁸.

Entre los intentos más destacados luego de ese congreso se pueden nombrar, además del de Bobbio (al que me referiré con mayor detención en el próximo apartado) los siguientes: (1) el de Ross, quien entendió la expresión como representativa de una actitud o enfoque de los problemas tanto de la filosofía jurídica como de la teoría del derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica⁹; (2) el de ScarPELLI, quien es considerado uno de los primeros positivistas éticos por afirmar que el positivismo jurídico es aquella corriente de pensamiento en la cultura jurídica en la que se da del derecho una definición voluntarista y no valorativa, que hace del mismo un sistema de normas establecida por la voluntad de seres humanos, portador de algunas características que lo identifican, independiente de su adecuación a criterios morales o ideológicos¹⁰; (3) el de Raz quien atribuye al positivismo tres tesis: (i) lo que es derecho y lo que no lo es depende de hechos sociales (tesis social), (ii) el valor moral del derecho es una cuestión contingente (tesis moral) y (iii) hay términos, como derechos y deberes, que no pueden ser usados con el mismo significado en el contexto jurídico y en el contexto moral¹¹.

Los intentos por definir el positivismo jurídico continuaron¹², pero el de Norberto Bobbio es considerado uno de los más influyentes en la teoría del derecho¹³. Por esta razón no sorprende que desde sus inicios y hasta la actualidad haya sido objeto de críticas. A continuación revisaré su propuesta.

al pie. Al parecer Hart no dimensionó la importancia de sus palabras: *Puede ser útil identificar cinco –quizás haya más– significados de “positivismo”*. HART, 1962 (1958), pp. 601 y 602 (nota número 25).

⁸ LLOREDO, 2017, p. 252.

⁹ ROSS, 1991 (1961), p. 11.

¹⁰ SCARPELLI, 1997 (1965), p. 92.

¹¹ RAZ, 2011 (1979), pp. 57 y ss.

¹² De hecho, el mismo Hart realizó lo que se podría llamar un segundo intento de definición, donde si bien afirma no querer dar una definición genérica de positivismo jurídico, delimita su sentido al atribuirle tres tesis. Las tesis son: (i) La conexión entre el derecho y moral es contingente (tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral), (ii) Los criterios últimos de validez del derecho descansan en una práctica social (tesis de las fuentes sociales) y (iii) En todo sistema jurídico habrá ciertos casos no previstos o regulados donde el derecho es indeterminado, por lo que el juez debe ejercitar su discrecionalidad (tesis de la discrecionalidad judicial). HART, 1980, pp. 4 y ss. Ver, además: HOERSTER, 1992 (1989); BAYÓN, 2002 y CAMPBELL, 2002.

¹³ ATIENZA y RUIZ MANERO, 2007, p. 10; LORREDO, 2017, p. 253.

I. LOS POSITIVISMOS JURÍDICOS SEGÚN BOBBIO

Según Bobbio, para comenzar una discusión útil acerca de aquello que se conoce como positivismo jurídico, resulta necesario distinguir tres sentidos del mismo. La razón por la que considera útil distinguir algo que comúnmente se considera como una única doctrina es que no cree que exista una relación necesaria (ni lógica ni causal) entre aquellas tres versiones del positivismo jurídico¹⁴.

Así es como distingue entre: (i) positivismo como modo de acercarse al derecho, (ii) positivismo teórico y (iii) positivismo ideológico. El primero de ellos busca delimitar el objeto de la investigación, es decir, el derecho, y se abstiene de tomar una posición ética frente al derecho que es asumiendo, en cambio, una actitud objetiva o a-valorativa frente al objeto de estudio. Por esta razón, el positivismo metodológico acepta como criterio para distinguir aquello que es derecho (de aquello que no lo es) la derivación de hechos verificables y no la eventual correspondencia con criterios morales¹⁵.

El positivismo jurídico como teoría vincula al derecho con la formación de un poder soberano capaz de ejercitar coacción, es decir, vincula al derecho con el Estado. Desde un punto de vista histórico, la teoría positivista es expresión de la conciencia de que el derecho es producido por el Estado. Será positivista teórico quien sostenga que es fácticamente verdadero que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que de manera directa o indirecta son formuladas o aplicadas por el Estado. En otras palabras, el positivista teórico describirá la realidad jurídica señalando que el derecho emana del Estado¹⁶.

Por último, el positivismo jurídico como ideología es aquel que sostiene que hay un deber moral de obedecer las reglas jurídicas. Esta tesis se puede justificar de dos formas: (i) El derecho positivo, por el hecho de emanar de la voluntad soberana, es siempre justo (el criterio de justicia y de validez del derecho es el mismo); y (ii) El derecho positivo (reglas que emanan de quien ejerce el monopolio de la fuerza) sirve a un fin deseable (como el orden, la paz, u otros) independientemente de si sus reglas son justas o injustas¹⁷.

Si bien la distinción tripartita de Bobbio no ha estado exenta de críticas¹⁸, no puede negarse la importancia y utilidad que, de hecho, tuvo para la teoría del derecho de aquella época. Sirvió especialmente para encasillar al positivismo jurídico de Kelsen, Ross y Hart (además del que defendía el propio Bobbio) y asegurar que aquel no era ni el teórico ni el ideológico, sino el metodológico¹⁹. La importancia de la distinción

¹⁴ BOBBIO, 1991 (1965), p. 45.

¹⁵ BOBBIO, 1991 (1965), pp. 46 y siguientes.

¹⁶ BOBBIO, 1991 (1965), pp. 49 y siguientes.

¹⁷ BOBBIO, 1991 (1965), pp. 52 y siguientes.

¹⁸ Ver, por ejemplo: SCARPELLI, 1997 (1965), pp. 87 y ss; ATRIA, 2016, pp. 79 y ss; RUIZ MANERO, 2015, p. 14; LLOREDO, 2017, p. 253 y ss.

¹⁹ Tal vez Atria tiene razón cuando afirma que el éxito y la gran influencia de la distinción de Bobbio se debe, en parte, a que la teoría y la ideología se habían transformado en un lastre que ya no había necesidad de cargar. ATRIA, 2016, p. 81.

se observa incluso hasta la actualidad. Sabido es que todo aquel que quiera escribir del positivismo jurídico debe tener en cuenta esta distinción, aunque sea para criticarla²⁰.

II. EL DESAFÍO DE ATRIA A LA DISTINCIÓN BOBBIANA

El análisis crítico de la tesis atriana respecto de la distinción bobbianas no es posible sin contextualizarla y reconstruirla.

En *La forma del derecho* se defiende la tesis de que el positivismo jurídico no puede ser entendido sin referencia al derecho moderno como conquista política²¹ y se rechaza la plausibilidad de una teoría del derecho puramente conceptual o descriptiva²². Ello abre camino a la comprensión del positivismo jurídico como una teoría cuya preocupación central es contribuir a la mantención del sentido que es posible encontrar detrás de nuestras prácticas jurídicas. El positivismo jurídico es una comprensión del derecho funcional al autogobierno democrático²³.

Parte importante del argumento de *La forma del derecho* descansa en su crítica a la distinción de Bobbio²⁴ y ella consiste en que, lejos de ser esta distinción una taxonomía de las tres versiones de positivismo jurídico, lo que haría en realidad es inaugurar la incomprensión de la tradición positivista. La tesis de Atria es que las tres versiones del positivismo jurídico no pueden ser entendidas de manera independiente, sino que se explican recíprocamente²⁵.

En sus propias palabras:

“El objetivo (“ideológico”) de afirmar la artificialidad y por consiguiente la autonomía del derecho moderno implica una teoría del derecho conforme a la cual su forma paradigmática de manifestación era la ley, porque solo la ley puede ser entendida como la manifestación de la voluntad soberana, y en todo caso si ahora la autoridad del derecho era reconducible a la voluntad soberana era evidente que el derecho debía ser entendido en clave estatalista, porque el Estado es el agente de la soberanía. Hemos visto que esa forma de positivismo era posible solo superando la comprensión pre-moderna conforme a la cual el derecho era el desarrollo de la razón en la historia de acuerdo al modo que tradicionalmente ella había sido entendida, y por consiguiente, el positivismo original suponía que el derecho carecía de conexión intrínseca con la razón (...). La tesis de que el derecho está conectado extrínsecamente (contingentemente) con la razón no es una tesis conceptual sobre la naturaleza del derecho; es una tesis política que enfatiza el hecho de que la opinión

²⁰ ATIENZA y RUIZ MANERO, 2007, p. 10.

²¹ ATRIA, 2016, pp. 49 a 66.

²² ATRIA, 2016, pp. 77 a 94.

²³ ATRIA, 2016, pp. 27, 50 a 55, 83 a 85.

²⁴ ATRIA, 2016, p. 85.

²⁵ ATRIA, 2016, p. 52 y 80 y ss.

de alguien sobre la injusticia de las leyes es (...) solo su opinión particular y no es apta (...) para afectar la validez del derecho²⁶.

En la justificación de su tesis se pueden distinguir tres argumentos: (i) el positivismo teórico es un discurso constitutivo y normativo; (ii) el positivismo teórico fundamenta el positivismo metodológico y (iii) el positivismo teórico fundamenta el ideológico²⁷. Los tres tienen el mismo objetivo (defender la tesis de que los tres tipos de positivismo se explican recíprocamente), pero su estructura es diferente. El primer argumento es una tesis acerca de la ontología del positivismo teórico, acerca de qué es una teoría positivista del derecho. Los dos siguientes intentan dar cuenta de una relación de fundamentación entre el positivismo teórico y el positivismo metodológico e ideológico respectivamente.

A continuación examinaré en detalle cada uno de sus argumentos para luego revisar su plausibilidad.

1. *El positivismo teórico es un discurso constitutivo y normativo*

Para sostener que la tesis del positivismo teórico es un discurso constitutivo y normativo, Atria utiliza la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales. Los hechos brutos son esencialmente hechos físicos o físicos y mentales y para su conocimiento se supone que lo esencial son simplemente observaciones empíricas. Los hechos que, en cambio, suponen la existencia de instituciones humanas son hechos institucionales²⁸. La actitud que adoptamos respecto de los hechos brutos es irrelevante para efectos de su constitución (una montaña puede ser una montaña aun si nadie cree que es una montaña), pero cuando se trata de hechos institucionales, la actitud que adoptamos es parcialmente constitutiva del fenómeno (que algo sea una fiesta depende, por ejemplo, de que se piense que es una fiesta)²⁹.

De acuerdo con Atria, el derecho es un hecho institucional y por ser tal, las descripciones teóricas funcionan en el mismo nivel que la práctica. Cuando se describe el derecho al mismo tiempo se lo está constituyendo, es decir, la descripción del derecho no funciona como la descripción de un hecho bruto; la descripción no deja las cosas tal como estaban, sino que modifica el hecho que se está describiendo. El teórico del derecho no puede entender su labor como si se tratara de describir algo que existe de forma independiente de su descripción, porque la naturaleza del derecho está determinada por su análisis y por eso lo normativo y lo descriptivo están, hasta cierto punto, mezclados³⁰. Así, el positivismo teórico no es, como pretende, solo una teoría descriptiva, sino

²⁶ ATRIA, 2016, p. 80.

²⁷ Se trata de una reconstrucción de la teoría de Atria, pero él no los presenta en ese orden ni con esos nombres. El argumento que aquí es presentado en primer lugar, en *La forma del derecho* aparece en el tercero. El cambio de orden se debe a que su comprensión resulta indispensable para la de los dos siguientes.

²⁸ SEARLE, 2003 (1969), pp. 60 y 68 y ss.

²⁹ SEARLE, 1995, p. 51.

³⁰ ATRIA, 2016, p. 89.

también una constitutiva y normativa (ya que no puede reclamar agnosticismo respecto de aquello que describe y constituye³¹).

Esto se vincula con sus tesis acerca del tipo de explicación que sobre los conceptos jurídicos debe dar la teoría del derecho y que, a su vez, se encuentra relacionada con la tesis acerca de lo que los conceptos jurídicos son³².

En términos muy simples, Atria entiende que los conceptos jurídicos –como lo es el derecho– son estructuras institucionales que hacen probable el desempeño de una función que es improbable sin la mediación de la estructura³³. Para Atria la función es explicativamente fundamental respecto de la estructura porque el sentido de esta última es hacer probable una función³⁴. Por tanto, una teoría del derecho con sentido debe contar con una teoría acerca de su función; cualquier pretensión de identificar la estructura o forma del derecho sin contar con una teoría respecto de su función carece de sentido³⁵.

Llevado al Derecho, Atria sostiene que su estructura es funcional al autogobierno democrático. Por tanto, su forma puede identificarse gracias al autogobierno democrático y este último se cumple gracias a la forma del derecho³⁶.

Este argumento explica, en parte, la importancia que Atria atribuye a la reconstrucción del positivismo original³⁷. De acuerdo con su reconstrucción, el positivismo jurídico se retrotrae a Bentham, pues él habría introducido una concepción distinta (moderna) del derecho que sostenía que las leyes no tenían razón intrínseca, no eran algo dado, sino que son creadas por la voluntad del soberano (producto humano); en consecuencia, constituyen (no describen) el derecho³⁸. Esta comprensión habría surgido en contra del derecho premoderno que entendía que este era la descripción de la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas³⁹. Bentham habría creído, además, que había que reformar el *Common Law* porque consideraba que era incierto y arbitrario

³¹ ATRIA, 2016, p. 89. Cuestión distinta es afirmar que esta tesis constitutiva y normativa abre camino a un tipo de positivismo cuya preocupación central es su contribución a la mantención del sentido que es posible encontrar detrás de las prácticas jurídicas (Atria, pp. 27 y 65). Esto último explica su tercer argumento: ver infra II.3.

³² La relación entre ambas tesis se puede ver en ARRIAGADA, 2019, p. 4 y ss.

³³ Ver: ATRIA, 2016, pp. 133 a 157. Una excelente reconstrucción de la tesis general de los conceptos jurídicos defendida en *La forma del derecho* se puede ver en ARRIAGADA, 2019.

³⁴ Pero la estructura hace probable la función porque es operativamente opaca a ella. Esto implica, según Atria, que una estructura que es racionalmente dependiente, pero operativamente autónoma de la función. Para una mayor explicación ver: ATRIA, 2016, p. 149 y 150.

³⁵ ATRIA, 2016, p. 149.

³⁶ ATRIA, 2016, pp. 27, 64, 83, 148 a 150.

³⁷ Como este primer argumento es el que abre camino a la comprensión del positivismo como una teoría cuya preocupación central es contribuir a la mantención del sentido que hay detrás de las prácticas jurídicas, la reconstrucción del origen del positivismo jurídico también es importante para entender el tercer argumento de Atria (el positivismo teórico fundamenta el positivismo ideológico). Ver: infra II.3.

³⁸ ATRIA, 2016, pp. 50 a 55.

³⁹ ATRIA, 2016, p. 56. Ferrajoli explica con detalle la distinción entre derecho premoderno, estado legislativo de derecho y estado constitucional de derecho. FERRAJOLI, 2001, pp. 34 y ss

y a eso Atria agrega que hacía imposible el ideal de autogobierno⁴⁰. Por esa razón, dice Atria, el positivismo jurídico no puede ser entendido sin referencia al derecho moderno como conquista política y rechaza la plausibilidad de una teoría del derecho puramente conceptual o descriptiva⁴¹.

La comprensión atriana del derecho como producto artificial y funcional al autogobierno democrático le permite, además, fundamentar su tesis acerca de que la soberanía la detenta el pueblo. Una vez que el derecho es entendido como voluntad, dice Atria, esa voluntad no puede sino ser la de todos, la del pueblo. La idea democrática de que la ley es la voluntad del pueblo es la consumación de la idea moderna de que la ley es la voluntad; no se trata de cuestiones independientes. Atria identifica la estructura de la ley como el resultado de un procedimiento, el previsto en la Constitución, e identifica su función como la de imputar la voluntad del pueblo, porque piensa que para hacer inteligible la estructura hay que entender que ella hace probable el desempeño de esa función⁴².

2. *El positivismo teórico fundamenta el positivismo metodológico*

El positivismo metodológico, de acuerdo con Atria, carece de sentido en sus propios términos. Esta variante de positivismo solo sería plausible en la medida que el positivismo teórico (supremacía del derecho creado) y positivismo ideológico (importancia del respeto a las reglas legales como expresión de autogobierno) sigan siendo las formas de autocomprensión de las prácticas jurídicas. Dicho de otra manera, el positivismo solo puede ser entendido (solo tiene sentido, solo es plausible, solo es inteligible⁴³) si se funda en una teoría y en una ideología (ya que no puede fundarse a sí mismo)⁴⁴.

El positivismo metodológico se define por una tesis de cómo ha delimitarse el objeto del derecho: de manera objetiva o a-valorativa. El modo a-valorativo de acercarse al derecho, dice Atria, supone una teoría que afirme que el derecho puede ser descrito tal como es, a-valorativamente (desde una posición neutral); es decir, este tipo de positivismo no puede autofundarse. Para saber si es correcto o no el punto de partida, para saber si es válido o no el juicio de oportunidad en que se sitúa el positivismo metodológico, es necesaria una teoría del derecho que diga qué es el derecho (que diga qué es aquello que se puede estudiar de forma neutral)⁴⁵.

Atria sostiene que cuando los positivistas metodológicos afirman que el derecho (es decir, su objeto de estudio) se determina por referencia a su naturaleza, la afirmación es enteramente vacía. La pregunta por la naturaleza de algo, según Atria, puede entenderse por la identidad de la cosa en cuestión (qué es esa cosa) o por las propiedades que

⁴⁰ ATRIA, 2016, p. 64.

⁴¹ ATRIA, 2016, pp. 49 a 66.

⁴² ATRIA, 2016, pp. 178, 179 y 180.

⁴³ Atria utiliza los términos indistintamente. Ver: ATRIA, 2016, p. 82 y 83.

⁴⁴ ATRIA, 2016, p. 82 y 83.

⁴⁵ ATRIA, 2016, p. 83.

la caracterizan. Pero cuando se trata del derecho la apelación a su naturaleza es vacía porque la naturaleza de este fenómeno (su identidad y características) no es anterior a su análisis que puede servir como criterio de corrección por vía de la experimentación⁴⁶. Al ser un hecho institucional, el concepto de derecho no se puede dar por establecido como se da por instaurado el concepto de un hecho bruto⁴⁷.

3. *El positivismo teórico fundamenta el ideológico*

El tercer argumento que Atria aduce para sostener que los tres sentidos del positivismo jurídico se explican recíprocamente es que el positivismo teórico fundamenta al ideológico. Según Atria, es precisamente *porque* podemos reconocer en la ley nuestras decisiones (en virtud de las formas institucionales de producción de la ley) que nuestra lealtad hacia ellas es independiente de su contenido⁴⁸. Dicho de otra manera, hay un deber de obediencia (lealtad) al derecho, pero no porque sea derecho, sino porque sirve al autogobierno democrático.

Este argumento también explica la importancia que Atria atribuye a la reconstrucción del origen del positivismo jurídico. El lenguaje empleado en el debate entre el positivismo jurídico de Bentham (que introdujo la concepción moderna del derecho como producto artificial⁴⁹) y sus oponentes, inducía a pensar que la diferencia era analítica o conceptual, pero entenderlo de ese modo es, según Atria, un error⁵⁰. Teniendo en cuenta su interés en la reforma es que el positivismo de Bentham debe ser entendido como su contribución a la creación y a la *mantención* de una práctica positivista (más específicamente, del sentido que es posible encontrar detrás de nuestras prácticas jurídicas). El positivismo jurídico nació enfatizando la idea de que el derecho era un producto humano y, por tanto, era un instrumento de la política⁵¹.

La comprensión premoderna del derecho es problemática para Atria porque hace imposible el ideal de autogobierno democrático⁵². Y por eso, el tipo de positivismo jurídico que defiende Atria no puede separarse de lo que, de acuerdo con Bobbio, podríamos llamar positivismo teórico. Es lo que le permite afirmar que el derecho es un producto artificial, que es la voluntad del Estado, es decir, de todos, del pueblo⁵³. En definitiva, su razonamiento es, más o menos, el siguiente: para que la teoría positivista sea inteligible debe contar con una teoría acerca de la función del derecho. Si la

⁴⁶ ATRIA, 2016, p. 85 y 86. Esto se vincula con su tesis acerca de la ontología de la teoría jurídica. Ver *supra* II.1.

⁴⁷ ATRIA, 2016, p. 86.

⁴⁸ ATRIA, 2016, p. 85.

⁴⁹ ATRIA, 2016, pp. 50 a 55.

⁵⁰ ATRIA, 2016, p. 49.

⁵¹ Atria, 2016, pp. 27 y 49 a 66.

⁵² Este problema lo advierte Atria, no Bentham. Ver: ATRIA, 2016, p. 49.

⁵³ ATRIA, 2016, p. 85. Si bien todo tipo de positivismo entiende que el derecho es un producto artificial que emana de una voluntad, el positivismo teórico de Bobbio agrega que esa voluntad es la del Estado. BOBBIO, 1991 (1965), pp. 46 y siguientes.

función del derecho es servir al autogobierno democrático, debe ser entendido como un producto artificial (comprensión moderna del derecho). La teoría positivista entiende (o debe entender para ser inteligible) al derecho como producto artificial que sirve al autogobierno democrático porque solo de esa forma se puede afirmar que (abre camino a una tesis que indica que) el derecho debe ser obedecido (nuestra lealtad al derecho depende de que sirva al autogobierno democrático) no por ser derecho, sino porque (y cuando) sirve al autogobierno democrático.

III. ¿DESAFÍA REALMENTE ATRIA LA DISTINCIÓN BOBBIANA?

Si bien la radicalidad de la tesis de Atria es indiscutible, su plausibilidad no lo es. A continuación realizaré un análisis crítico de la tesis de Atria en donde los tres tipos de positivismo se explican recíprocamente. Para lograrlo, esta sección es dividida en dos partes: en la primera de ellas (1) sostendré que distinguir la ontología de una entidad y el tipo de juicios que respecto de ella se pueden formular sirve para descartar el primer y segundo argumento de Atria (que el discurso teórico es un discurso constitutivo-normativo y que el positivismo teórico fundamenta el positivismo metodológico); en la segunda sección (2) sostendré que el que la teoría positivista sea el fundamento de la ideología positivista es, en realidad, una cuestión contingente y depende del contenido que se le atribuya al positivismo ideológico.

1. *Enunciados objetivos acerca de entidades subjetivas*

Atria piensa que la naturaleza del derecho (o, al menos, buena parte de ella) no es anterior a su análisis porque el derecho es un hecho institucional y, por tanto, su descripción no funciona a un nivel distinto de la práctica⁵⁴.

Admitir que el derecho es un hecho institucional y que aquello que es derecho depende de lo que la mayoría de la sociedad cree que es derecho, no significa que su naturaleza esté determinada por su análisis, al menos no en el modo en que Atria entiende análisis. Solo significa que la existencia del derecho o, más bien, su ontología, es subjetiva, en el sentido de que solo existe en relación con ciertas actitudes de las personas, no podría existir si no hubiera seres humanos que crean en ello⁵⁵. Dicho de otro modo, que el derecho sea un hecho institucional significa que su naturaleza (su identidad o las propiedades que lo caracterizan) está determinada por la creencia que la mayoría de la sociedad tenga del derecho, pero no significa que (ni siquiera en alguna medida) esté determinada por su análisis o por la descripción que se haga de él.

⁵⁴ ATRIA, 2016, p. 89.

⁵⁵ Ver: SEARLE, 1995, p. 30 Searle hablaba de la intencionalidad colectiva para referirse a esto. SEARLE, 1995, pp. 41 y ss. Hart, por su parte, se refería al aspecto interno de las reglas para referirse a la aceptación que hace el grupo social de ellas y sostenía que para que la regla exista por lo menos algunos tienen que aceptar la conducta como pauta de comportamiento, HART, 2012 (1961), pp. 69 y ss.

La principal razón por la que Atria se equivoca es porque no distingue entre las creencias que son parte constitutiva de lo que es el derecho y las descripciones o análisis de estas creencias. Las creencias que son parte constitutiva del derecho son las de la mayoría de la sociedad⁵⁶, no las creencias que analizan esas creencias. Además, no advierte que el que el derecho sea ontológicamente subjetivo no es un impedimento para formular enunciados (epistémicamente) objetivos de él. Como advierte Searle, podemos formular enunciados que sean epistémicamente objetivos en relación con entidades que son ontológicamente subjetivas⁵⁷. Si se tiene esta distinción en cuenta (una cosa es la ontología de una entidad y otra el tipo de juicio que realizamos a su respecto) entonces se puede descartar tanto el primer como el segundo argumento de Atria.

El primero de ellos (el positivismo teórico es un discurso constitutivo y normativo), porque la naturaleza subjetiva del derecho no depende del análisis de las creencias de la mayoría de la sociedad, sino que depende directamente de las creencias de esa mayoría. Por eso, no podemos decir que la naturaleza del derecho es posterior a su análisis, porque no está mediada por él. Esto lleva a descartar, a su vez, que el discurso teórico sea un discurso constitutivo. Lo que es constitutivo del derecho son las creencias de la mayoría de la sociedad, no el análisis de aquellas creencias.

La posibilidad de distinguir entre entidades subjetivas y enunciados objetivos de entidades subjetivas sugiere, además, que es posible un discurso puramente descriptivo respecto de entidades subjetivas. No es verdad que lo normativo y lo descriptivo estén entremezclados y que el teórico no pueda reclamar agnosticismo frente a su objeto de estudio. La posibilidad de describir una entidad subjetiva de manera objetiva indica que el positivista teórico sí puede reclamar agnosticismo frente a su objeto de estudio⁵⁸.

A lo dicho del primer argumento se podría agregar, como lo hace Redondo, que la tesis en donde la teoría jurídica constituye en alguna medida aquello que es derecho implica sostener que, en idéntica medida, el derecho es necesariamente una entidad teórica y esta conclusión contradice la premisa de la que parte Atria, que el derecho es una entidad institucional⁵⁹. La tesis acerca de la ontología del discurso jurídico en Atria está necesariamente conectada con su tesis acerca de la ontología del derecho⁶⁰.

⁵⁶ Ver: HART, 2012 (1961), pp. 69 y ss.

⁵⁷ SEARLE, 1995, p. 28. Hart, por su parte, sostenía que es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta (esto es lo que él denomina punto de vista externo) y formular enunciados que den cuenta de que los miembros de la sociedad las aceptan como pauta o criterios de conducta. HART, 2012 (1961), pp. 110 y 111 y nota 110.

⁵⁸ Afirmar que el discurso teórico es descriptivo no es incompatible con afirmar que puede ser un instrumento de la política. Que un discurso descriptivo sea ideológico no es lo mismo que afirmar que un discurso teórico sirva para fines ideológicos. La tesis que afirma que el derecho es un producto artificial (que es una tesis puramente descriptiva) puede ser utilizada como instrumento político para afirmar, por ejemplo, que el derecho sirve al autogobierno democrático. Por esa razón este argumento no sirve para descartar el tercer argumento de Atria.

⁵⁹ REDONDO, 2019, p. 170. Para una crítica a la teoría de los conceptos jurídicos de Atria ver: Arriagada, 2018, pp. 11 y siguientes.

⁶⁰ Una tercera razón para descartar esta tesis podría ser que es discutible que el discurso teórico siga siéndolo si, al mismo tiempo, constituye el fenómeno que describe. Pero tal argumento tiene que ver con la

El segundo argumento (el positivismo teórico fundamenta el positivismo metodológico) se puede descartar por la misma razón que el anterior: la naturaleza del derecho no es anterior a las creencias de la mayoría de la sociedad que lo constituyen, pero sí es anterior al análisis de aquellas creencias. No es verdad, entonces, que sea vacía la afirmación de los positivistas metodológicos acerca de que su objeto de estudio se determina por referencia a su naturaleza (identidad o propiedades que lo caracterizan). Bien puede un positivista metodológico carecer de una teoría positivista (en los términos de Bobbio) y sostener que el derecho se puede estudiar desde un punto de vista neutral porque se trata de un hecho institucional cuya existencia subjetiva puede ser objetivamente descrita. Es cierto que el positivista metodológico necesita saber —en alguna medida— qué es el derecho para saber si su punto de partida es o no correcto, pero no necesita de una teoría positivista en los términos de Bobbio. Solo necesita determinar su objeto de estudio por referencia a su naturaleza y aun cuando se admita que esta es subjetiva, no significa que ella esté determinada por su análisis y que, por tanto, no sea posible estudiarla y describirla objetivamente⁶¹.

2. *Una relación de fundamentación contingente entre la teoría y la ideología positivista*

Que la teoría positivista sea el fundamento de la ideología positivista es, en realidad, una cuestión contingente y depende del contenido que se le atribuya al positivismo ideológico. Si se restringe el significado del positivismo ideológico al positivismo ideológico atriano (el derecho legislado es valioso porque permite el autogobierno de una comunidad política) efectivamente decir que el derecho emana de la voluntad del Estado, del pueblo (teoría positivista) funciona como fundamento para decir que el derecho debe ser obedecido porque permite el autogobierno democrático (positivismo ideológico).

Si, en cambio, se entiende que el objetivo ideológico consiste en consagrar un deber moral de obedecer reglas jurídicas, es decir, otorgarle un valor positivo al derecho legislado, entonces el positivismo teórico deja de ser el único fundamento posible del positivismo ideológico y pasa a ser, únicamente, una condición contingente. El objetivo ideológico de afirmar un deber moral de obediencia al derecho se podría fundar en que el derecho sirve a un fin deseable distinto como la paz o la justicia. Se puede válidamente llegar a la conclusión de que el derecho debe ser obedecido (positivismo ideológico en términos bobbianos) sin incluir en el razonamiento una tesis positivista teórica como premisa⁶².

im/propiedad de llamar teórico a un discurso constitutivo y normativo, cuestión de la que no me ocuparé en esta ocasión.

⁶¹ Esto no vuelve al positivismo metodológico superficial. Una teoría de este tipo tiene un propósito explicativo sin apartarse del modo en que la práctica es comprendida por sus participantes. Por tanto, no es verdad que se quede en la superficie de ellos. Ver: ARRIAGADA, 2018, p. 19.

⁶² El positivismo ideológico no presupone el positivismo teórico caracterizado por Bobbio (el derecho es producido por el Estado). Sí presupone en cambio, la tesis (también teórica) que afirma que el derecho es un producto artificial.

Lo anterior explicaría la molestia de Atria respecto de la tosca caracterización que Bobbio hace del positivismo ideológico. No cualquier positivismo ideológico se fundamenta en el positivismo teórico, sino solo aquel que afirma que el deber moral de obedecer las reglas jurídicas se basa en que el derecho positivo sirve para el autogobierno democrático.

No puede negarse que la caracterización de Bobbio respecto del positivismo ideológico efectivamente es tosca. De hecho, no es fácil encontrar filósofos que crean que el derecho debe ser obedecido porque es justo⁶³, pero de esto no se sigue que sea verdad que el positivismo teórico funde al positivismo ideológico. De ahí Bobbio afirma que entre positivismo ideológico y teórico, hay una relación fáctica o histórica.

IV. CONCLUSIÓN

Si bien la tesis de Fernando Atria de que los tres tipos de positivismo jurídico distinguidos por Bobbio se explican recíprocamente es defendida de manera elocuente, no resulta indiscutible.

La principal razón por la que Atria se equivoca es que no distingue entre las creencias que son parte constitutiva de lo que es el derecho y las descripciones o análisis de estas creencias. El que el derecho sea un hecho institucional y que, por tanto, lo que es derecho dependa de lo que la mayoría de la sociedad crea que es derecho, no significa que su naturaleza esté determinada por su análisis, solo significa que la existencia del derecho o, más bien, su ontología, es subjetiva. Y el que su ontología sea subjetiva no es un impedimento para formular enunciados (epistémicamente) objetivos acerca de él.

Distinguir la ontología de una entidad y el tipo de juicios que respecto de ella se pueden formular sirve para descartar el primer y segundo argumento de Atria. El primer argumento de Atria era una tesis acerca de la ontología del discurso jurídico como discurso constitutivo y normativo. Se cuestiona porque la naturaleza subjetiva del derecho no depende del análisis de las creencias de la mayoría de la sociedad, sino que depende directamente de las creencias de esa mayoría. Esto lleva a descartar, a su vez, que el discurso teórico sea un discurso constitutivo y sugiere que es posible un discurso puramente descriptivo de entidades subjetivas.

De acuerdo con su segundo argumento, Atria afirmaba que el positivismo metodológico carecía de sentido en sus propios términos, pues, para saber si es o no correcto su punto de partida, requería de una teoría positivista que diga qué es aquello que se puede estudiar a-valorativamente.

Sin embargo, el positivista metodológico no necesita una teoría positivista en los términos de Bobbio, sino que solo necesita determinar su objeto de estudio por referencia a su naturaleza y aun cuando se admita que esta es subjetiva es posible estudiarla

⁶³ Ni siquiera quienes que se pueden considerar como los exponentes más importantes del positivismo ideológico lo entienden de la forma en que Bobbio lo caracteriza. Ver, por ejemplo: SCARPELLI, 1997 (1965); LAPORTA, 1993, CAMPBELL, 2002; HIERRO, 2002 y ATRIA, 2016.

y describirla objetivamente. En definitiva, que el positivista metodológico afirme que delimita su objeto de estudio de acuerdo con su naturaleza no es una afirmación vacía porque aquello que identifica o caracteriza al derecho es, a diferencia de lo que Atria cree, anterior a su análisis.

De acuerdo con el tercer argumento de Atria, el positivismo teórico fundaba el positivismo ideológico. Esto es así si se entiende que el positivismo ideológico afirma que existe un deber moral de obedecer el derecho positivo porque este sirve al autogobierno democrático. La comprensión del positivismo ideológico de Bobbio es, en cambio, más amplia: el objetivo ideológico otorga un valor positivo al derecho legislado, valor que no necesariamente se funda en una tesis positivista teórica.

La equívocidad de la tipología bobbiana combinada con el afán por defender una versión del positivismo jurídico que sea funcional al autogobierno democrático es probablemente lo que permitió y llevó a Atria a concluir que hay una conexión necesaria entre las tres versiones de positivismo jurídico. Sin embargo, a pesar de tratarse de lúcido intento por desafiar esta tipología, no logra su cometido.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio: 1975 (1971), *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ARRIAGADA, M. Beatriz, 2018: "Tres Problemas de Atria sobre los Conceptos Jurídicos Ilustrados en el Concepto de Derecho Subjetivo", *Revista Chilena de Derecho*, volumen. 45 N° 1.
- ARRIAGADA, M. Beatriz, 2019: "La 'vía media' atriana: una teoría pre-institucional de los conceptos jurídicos", en Gallego, Javier (ed.), *Comentarios a La Forma del Derecho de Fernando Atria*. México D.E.: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, de próxima publicación en 2019.
- ATIENZA, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, 2007: "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Isonomía* N° 27.
- AUSTIN, JOHN, 1832: *The province of jurisprudence determined*, Indianapolis: Hackett.
- ATRIA, Fernando, 2004: "La ironía del positivismo jurídico", *Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa*, 27.
- ATRIA, Fernando: 2016, *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- BAYÓN, Juan Carlos, 2002: "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en V. Zapatero (comp.), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.
- BENTHAM, Jeremy 1843 (1776): *Fragment on Government*, Edinburgh: William Tait.
- BULYGIN, Eugenio, 2005: *El positivismo jurídico*, México D.F.: Fontarama.
- BOBBIO, Norberto, 1991 (1965): *El Problema del Positivismo Jurídico* (trad.), México D.F: Fontamara.
- CAMPBELL, Tom, 2002: "El sentido del positivismo jurídico", *Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa*, 25.
- CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (eds): 1994, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona: Crítica.
- FERRAJOLI, Luigi, 2001: "Pasado y Futuro del Estado de Derecho", *Revista Internacional de Filosofía Política*. N° 17.
- HART, Herbert, 1958: "Positivism and the separation of law and morals", *Harvard Law Review*, 71 (4).
- HART, Herbert, 2012 (1961): *El concepto de derecho* (trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- HART, Herbert, 1980: "El nuevo desafío al positivismo jurídico", *Sistema*, 36.
- HIERRO, Liborio, 2002: "¿Por qué ser positivista jurídico?", *Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa*, 25.
- HOERSTER, Norbert 1992 (1989): *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona: Gedisa.
- KELSEN, Hans 2002 (1934): *Teoría pura del derecho* (trad.), Buenos Aires: Eudeba.
- KELSEN, Hans, 2006 (1954): *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin* (trad.), Buenos Aires: Discusiones.
- LAPORTA, Francisco J., 1993: *Entre el derecho y la mora*, México: Fontarama.
- LLOREDO, Luis, 2017: "Muertes y Resurrecciones del Positivismo Jurídico: una crisis de doscientos años de duración", *Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa*, 40.
- RADBRUCH, Gustav, 1962 (1946): *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* (trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- RAZ, Joseph, 2011 (1979): *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (trad.), México D.F.: Coyoacán.
- REDONDO, Cristina, 2018: *Positivismo Jurídico "Interno"*, Ljubljana: Revus.
- ROSS, Alf, 1991 (1961): *El concepto de validez y otros ensayos* (trad), México D.F.: Fontarama.
- ROSS, Alf, 1994 (1953): *Sobre el derecho y la justicia* (trad.), Buenos Aires: Eudeba.
- RUIZ MANERO, Juan, 2015: "Bobbio y el positivismo. La triple distinción y el propio Bobbio", *Revus*, 26.
- SEARLE, John 2003 (1969), *Actos de habla* (trad.), Madrid: Cátedra.
- SEARLE, John: 1995, *La construcción de la realidad social* (trad.), Barcelona: Paidós.
- SCARPELLI, Uberto, 1997 (1965), *¿Qué es el positivismo jurídico?* (trad.), México D.F.: Cajica.

