

IMELDO CASTRO VILLENA

H. L. A. Hart,

J. Finnis y R. Dworkin

Perspectivas del punto de vista
interno en la iusfilosofía analítica





**H. L. A. HART, J. FINNIS Y R. DWORKIN:
PERSPECTIVAS DEL PUNTO DE VISTA INTERNO
EN LA IUSFILOSOFÍA ANALÍTICA**

IMELDO CASTRO VILLENA

2019

 **EDITORES**
FONDO EDITORIAL

Castro Villena, Imeldo

H. L. A. Hart, J. Finnis y R. Dworkin : perspectivas del punto de vista interno en la iusfilosofía analítica / Imeldo Castro Villena. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: IJ Editores, 2019.

118 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-4995-54-4

1. Derecho. I. Título.

CDD 340.1

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la institución, el Director ni del Comité Editorial.

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04500 Ciudad de México

Impreso en Argentina
Derechos reservados por la Ley N° 11.723

Para Ruth Carolina Rodríguez

Índice

Prólogo

JUAN VEGA GÓMEZ.....9

Introducción.....13

CAPÍTULO I

El problema de la definición del concepto de derecho.....17

I. Propuesta del problema.....19

II. Teorías de la definición: planteamientos desde la filosofía del derecho.....22

III. Complejidad del concepto de derecho.....23

IV. Consideraciones para una aproximación analítica al concepto de derecho.....28

CAPÍTULO II

Aspecto metodológico en la teoría del derecho y el punto de vista interno.....31

I. Objetivo.....33

II. ¿A qué se dedican los filósofos del derecho y cómo es que hacen lo que hacen?.....33

III. Breve recuento sobre la discusión metodológica en la teoría del derecho.....39

IV. Modelos teóricos del derecho.....47

V. La filosofía del derecho y el punto de vista interno.....50

VI. Prioridad conceptual y lógica del punto de vista interno....52

CAPÍTULO III

El punto de vista interno en la teoría de Hart.....55

I. Introducción.....57

II. El punto de vista interno en Hart.....61

III. El positivismo metodológico hartiano.....67

CAPÍTULO IV

El punto de vista interno en la teoría de Finnis.....	71
I. Introducción.....	73
II. El punto de vista interno en Finnis.....	75
III. Caso central y periférico.....	78

CAPÍTULO V

El punto de vista interno en la teoría de Dworkin.....	85
I. Introducción.....	87
II. El punto de vista interno en Dworkin.....	91
III. El derecho como interpretación.....	96

CAPÍTULO VI

El valor metodológico del punto de vista interno en la filosofía del derecho.....	103
I. Introducción.....	105
II. Peter Winch y la propuesta hartiana.....	107
III. Valor metodológico del punto de vista interno.....	109
IV. El enfoque del teórico del derecho.....	110
V. Enunciados jurídicos internos y externos.....	112
Bibliografía.....	115

Prólogo

En su libro intitulado *H. L. A. Hart, J. Finnis y R. Dworkin: perspectivas del punto de vista interno en la iusfilosofía analítica*, Imeldo Castro Villena no duda en indagar profundamente en los temas más abstractos de una disciplina de por si abstracta, como lo es la filosofía del derecho. Me refiero concretamente al tema de la metodología de la filosofía del derecho o puesto en términos más sencillos: a la discusión referente a lo que hacemos los filósofos del derecho y cómo lo hacemos.

Esto lo realiza Imeldo Castro de una manera peculiar, al enfocarse en la utilidad y aportación de H. L. A. Hart a la disciplina, con su noción del punto de vista interno y sus ventajas para explicar la naturaleza del derecho y adicionalmente, al analizar la forma en que autores como Finnis y Dworkin retoman esta idea para construir sus teorías y explicaciones del derecho.

Yo me enlisto con Imeldo Castro en el sentido de que fue una de las grandes aportaciones a la filosofía del derecho por parte del profesor Hart, sin duda, este punto de vista interno nos permitió enfocar la atención a la parte normativa del derecho y nos obligó a centrarnos en conceptos claves para ser explicados en nuestros recuentos de lo que es el derecho. Los altibajos en la filosofía del derecho y sus modas pasajeras se encuentran actualmente en una situación en donde quizá esta aportación no sea tan celebrada, y algunos con tendencias naturalizadas, prefieran regresar a explicar el derecho desde una perspectiva más orientada a la psicología y analizar la forma en que procesamos temores a sanciones o castigos o premios y beneficios, pero esperemos que prevalezca el análisis de estos conceptos claves de obligación, deber, derechos, entre otros, en los que Hart puso el énfasis.

Este análisis de Imeldo Castro se extiende de manera interesante, a autores como Finnis, Dworkin, como lo acabo de señalar, pero también a otros que se han dedicado a analizar y comentar estas aportaciones importantes, pero siempre con un reconocimiento especial a la aportación hartiana del punto de vista interno.

El libro está finamente argumentado y constituye una aportación importante a la disciplina, sobre todo, para aquellos que quieren entender qué hacen y cómo hacen eso que dicen que hacen los filósofos del derecho. Es injusto pedirle más a Imeldo Castro por las limitaciones de espacio propias de un libro, pero para una segunda edición, recomendaría que nos hablara un poco más de las razones que dio Hart, al explicar la aceptación que está en juego en este punto de vista interno, mejor dicho: de las razones que uno tiene para aceptar las reglas en el derecho y la conclusión a la que llegó Hart conocida como su postura agnóstica, en la que argumenta que no necesariamente se adoptan razones morales en la aceptación, sino que pueden ser razones tan diversas como: el mero deseo de comportarse como los demás; una cuestión educativa-cultural, etcétera.

Me interesa escuchar qué opina Imeldo Castro sobre esto y si está de acuerdo con Hart, y posteriormente analizar, junto con Castro, qué forma toman dichos conceptos que tenemos que explicar en la filosofía del derecho, conceptos como obligación o deber y discutir finalmente, si hablamos de los mismos conceptos en el derecho que en la moral. Considero este un tema relevante que finalmente toma importancia en el marco del análisis del punto de vista interno, tanto de Hart, Finnis, Dworkin o incluso agregando el punto de vista distanciado (*detached*) de Raz.

Pero a cambio de esto, el lector encontrará un libro que sobrepasa los límites de la discusión de estos autores en relación con el punto de vista interno. Me atrevo a decir que el libro constituye una introducción muy valiosa a la filosofía del derecho contemporánea en su vertiente analítica, discusiones metodológicas que siempre he pensado son indispensables antes de entrar a las discusiones sustantivas del tema.

Enhorabuena a Imeldo Castro por este libro tan interesante y necesario, claro, no podríamos esperar un esfuerzo menor de un destacado alumno, estudioso y iusfilósofo del derecho.

JUAN VEGA GÓMEZ
Ciudad de México, abril de 2018

Introducción

El oficio filosófico de los investigadores jurídicos consiste en averiguar qué es el derecho; esto supone indagar las propiedades que hacen que un objeto de estudio sea lo que es y no otra cosa. Los iusfilósofos cuando se interrogan: “¿qué es el derecho?”, están buscando aquellas características necesarias que hacen que el derecho sea tal y no otra cosa; toda vez que sin dichos atributos, el derecho no sería derecho en sí mismo.

Las discusiones que se han originado –sobre todo en las últimas décadas– han sido muy fructíferas, tanto a nivel metodológico, como epistemológico. Hoy en día, por ejemplo, se tiene al alcance una mejor elaboración del material conceptual para abordar la acuciante pregunta acerca de la naturaleza del derecho. Los esfuerzos desde el plano teórico han sido dirigidos en dos dimensiones: a) los argumentos teóricos que se han desarrollado pretenden arribar a una respuesta para definir lo que es el derecho; b) se ha construido un aparato crítico de las distintas escuelas que se tienen en la iusfilosofía.

No obstante de que existe un propósito común en la tarea de la iusfilosofía [como elaborar constructos], los métodos empleados para tal fin son distintos, consecuentemente, los resultados varían. A pesar de esta diversidad de construcciones, existe en la filosofía del derecho un patrón metodológico que es el punto de encuentro de teóricos; esto es, el denominado *punto de vista interno*.

Los aportes metodológicos que provee el punto de vista interno son sumamente útiles; por lo tanto, urge su análisis para una mejor comprensión, no únicamente de dicha categoría conceptual, sino también de la regla jurídica y del derecho.

El presente texto aborda –de forma general– algunos aspectos metodológicos que tiene el punto de vista interno, resaltando la importancia del mismo para el desarrollo de la teoría del derecho en su pretensión de determinar lo que es el derecho.

CAPÍTULO I

El problema de la definición del concepto de derecho

I. Propuesta del problema

Las definiciones conceptuales ayudan –en gran medida– a presentar y explicar diversas situaciones o estados de cosas que se presentan en el mundo; facilitan su comprensión y caracterización. Recurrir a ellas se hace necesario, si se pretende validar hipótesis y propuestas en el ámbito de la ciencia o en cualquier disciplina del conocimiento.

Aristóteles y Kant, desde el terreno filosófico, han esbozado posibles alcances de lo que implica definir un concepto. El primero expresa que definir es determinar la “esencia” de algo; en este sentido, la definición supone hallar la “esencia” de la cosa. Se conoce la “naturaleza” de algo cuando se logra comprender su causa.¹ El segundo puntualiza que por medio de la definición, se concibe un concepto en su total plenitud; para esto, es preciso circunscribir el contenido y límite del objeto que se quiere definir.² La completitud del concepto se obtiene cuando se consigue identificar la existencia de suficientes predicados que caractericen y diferencien adecuadamente el concepto que se define de otros conceptos. Tanto la perspectiva aristotélica, como kantiana –en líneas generales– han sido utilizadas [obviamente, con sus respectivas reservas y alcances] en el campo de la filosofía y en la ciencia en general.

Las ciencias formales y naturales no han tenido dificultades insuperables que impidan aceptar ciertas definiciones como correctas o válidas; tampoco se han efectuado grandes discusiones, al momento de definir y delimitar sus respectivos campos de estudio. Por ejemplo, los científicos [de ámbitos como la química o física] no se detienen en su quehacer científico para reflexionar acerca de lo que es su ciencia. Sin embargo, no es el caso del conocimiento jurídico, puesto que a nivel de la iusfilosofía, siempre se está discutiendo acerca de la utilidad y corrección de las definiciones que se formulan en el derecho. De todos los conceptos existentes en la “ciencia” jurídica, tal vez, el que ha generado mayor contrariedad es el concepto de derecho.

El estado de indeterminación que se presenta al momento de definir el concepto de derecho no es una particularidad que haya

¹ Aristóteles, *Metafísica*, trad. Tomás Calvo Martínez, España, Gredos, 2011.

² Kant, Immanuel, *Critica de la razón pura*, 1ª reimp., edición bilingüe, trad. de Mario Caimi, México, Fondo de Cultura Económica-UAM-UNAM, 2011, p. 639.

sido revelada por las teorías jurídicas contemporáneas, sino más bien es una constante que surgió desde antaño, como si fuese una peculiaridad insoslayable e insalvable del propio concepto. Una forma de graficar la singularidad que aqueja al concepto de derecho es a través de las palabras de I. Kant y G. Flaubert –a pesar de haber sido escritas hace tiempo– aún tienen plena vigencia y retumban con gran eco en oídos de los iusfilósofos. El primero, desde la filosofía, ha manifestado que los juristas buscan todavía una definición de su concepto de derecho.³ El segundo, desde la literatura, ha definido al derecho como algo que “no se sabe qué es”.⁴ Estas expresiones –por muy amargas e irónicas que parezcan– reportan algo de plausibilidad.

Desde la óptica científica, se han elaborado tres cánones que sirven como referentes para elaborar y evaluar la pertinencia y corrección de las definiciones,⁵ cuya finalidad es dar cabida a la creación de un grupo de definiciones que se corresponda con la realidad, que sean correctas, útiles y válidas científicamente, y permitan un diálogo fluido entre sus pares. El primer criterio es el *de fundamentación* y exige que cualquier definición que se ensaye de un concepto debe necesariamente justificarse; es decir, se tienen que brindar buenas razones del porqué se define como se define. Con este procedimiento, lo que se quiere es evitar arbitrariedades al momento de definir. El segundo es conocido como el *de primacía lógica* e implica que un concepto debe ser definido antes de ser aplicado a un

³ *Ibidem*, p. 642. La anotación se encuentra en un pie de página.

⁴ Flaubert, Gustave, *Diccionario de los lugares comunes*, trad. de Tomás Onaindia, España, EDAF, 2006.

⁵ Siempre se ha tratado de presentar e imponer a las ciencias naturales como prototipo epistémico y metodológico para la obtención del conocimiento de cualquier área del saber. Los científicos de las ciencias naturales han buscado, en este sentido, ser una autoridad de modelo explicativo que los investigadores sociales y la ciencia social deben imitar y alcanzar. Norberto Bobbio, en relación con el paradigma científico natural y el derecho, sostiene que: “el positivismo jurídico surge como consecuencia de transformar el estudio del derecho en una verdadera y auténtica ciencia, que tuviese las mismas características de las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales. El rasgo fundamental de la ciencia es su neutralidad valorativa”. *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, España, Debate, 1993, p.145.

conjunto de proposiciones. El tercero es el *de no duplicidad* e impone que las definiciones que han sido aceptadas en un sector del conocimiento no tienen que duplicarse mediante interpretaciones posteriores. Las interpretaciones que se realicen tienen por objetivo mejorar la definición.

Sucede que los preceptos proporcionados por la ciencia no son de aplicación pertinente en el campo jurídico, además de ser constantemente vulnerados. Esta observación ratifica que el proceder científico y sus reglas definitorias no son de mucha utilidad para la construcción de la noción de derecho. Dicho lo anterior, es patente que el camino para la definición conceptual en la ciencia jurídica y, por ende, del derecho, deberá ser distinto al impuesto por la ciencia; por ejemplo, cuando en la ciencia, se utiliza una definición –casi siempre– se hace con la finalidad de presentar ciertas características o propiedades del objeto que se pretende definir y se identifican los supuestos fácticos que encajan en ella. En el caso de existir una divergencia entre la definición ofrecida y la realidad, lo que se modifica es la primera y no la segunda.⁶

En el derecho, cuando se utilizan las definiciones, no solamente se cumple con la función antes descrita, sino que también se fundamentan situaciones, se atribuyen consecuencias, se configura la realidad y se guía la práctica jurídica. Piénsese, por ejemplo, en el concepto de propiedad [v. gr.], cuando se la define, no se presentan solo sus particularidades, también se explican [desde la óptica del teórico del derecho] y se atribuyen derechos [desde la perspectiva de los oficiales del derecho] como el de uso, disfrute y enajenación; de igual forma, la situación de la persona que encuadra en la definición de propiedad cambia, se convierte en propietario y se forma una realidad. Si se llega a variar la definición de propiedad, lo más

⁶ “Las leyes de la naturaleza son *descriptivas*. Describen regularidades que el hombre cree haber descubierto en el curso de la naturaleza. Son verdaderas o falsas. La naturaleza no obedece, excepto, en un sentido metafórico, a estas leyes. Si se descubre una discrepancia entre la descripción y el curso efectivo de la naturaleza, es la descripción y no la naturaleza la que tiene que ser rectificad”. Wright, G. Henrik von, *Norma y acción una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970, p. 22.

probable es que se alteren las situaciones de la realidad, hecho que no sucede en la ciencia formal y natural.

II. Teorías de la definición: planteamientos desde la filosofía del derecho

En líneas generales, el problema de la definición en el ámbito jurídico ha sido tratado desde dos perspectivas: una metafísica (platónica) y otra realista.⁷ Los representantes del conceptualismo metafísico consideran que los conceptos jurídicos son entidades ideales y pertenecen a un espacio suprasensible. Los partidarios de la versión realista manifiestan que los conceptos en el derecho tienen asidero en la realidad; en consecuencia, tienen que ser definidos teniendo en cuenta datos empíricos.

Las posturas citadas son puntos extremos que –en cierta manera– han sido abandonadas y superadas por los iusfilósofos contemporáneos. No existe, hoy en día, algún teórico del derecho que defienda o esté dispuesto a sostener la variante metafísica al estilo platónico o medieval. Los modernos positivistas jurídicos analíticos, con sus planteamientos, no persiguen verdades ideales, perennes, universales y atemporales del concepto de derecho, la pretensión de los iuspositivistas es encontrar características del derecho situadas en un espacio y tiempo específicos. Frente a esta consideración, se encuentra el giro naturalista de Brian Leiter, quien desde su trinchera iusfilosófica, señala que el concepto de derecho tiene que ser reconstruido a partir de las investigaciones que proveen las ciencias empíricas y no a través del análisis conceptual *a priori*, como procuran los iuspositivistas analíticos.⁸ Por último, entre la posibilidad del positivismo jurídico analítico y el giro naturalista, existe una tercera vía impulsada por Ronald Dworkin,

⁷ Una breve e importante exposición de ambos enfoques es desarrollado por Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991.

⁸ Para un mejor estudio de la propuesta de Leiter, Brian, revítese su libro *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. de Giovanni Battista Ratti, España, Marcial Pons, 2012.

quien desde su postura antipositivista, considera que el derecho es un concepto interpretativo.⁹

III. Complejidad del concepto de derecho

Es una condición necesaria que al estudiar un concepto, se ofrezca, al menos, una somera definición del mismo. Esto se acomoda –de manera obvia– a ciertas ramas del conocimiento, sobre todo, a las ciencias naturales y formales. Se puede determinar la ciencia matemática como aquella que se encarga del estudio de los números. Sin embargo, tal facilidad o generalidad de definición es algo que no se puede dar en el derecho.¹⁰

Los investigadores jurídicos han asumido una postura prudencial y casi obligatoria, ante el hecho de no querer brindar o aceptar cualquier formulación como definición del concepto de derecho, debido a que el mínimo aporte novedoso que se efectúe al respecto es capaz de reestructurar y redefinir la comprensión que se tiene del mismo.

⁹ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, 3ª reimp., trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 47.

¹⁰ “No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas: ‘¿Qué es química?’ o ‘¿Qué es medicina?’; como lo hay para responder a la pregunta: ‘¿Qué es derecho?’. Unas pocas líneas en la primera página de un manual elemental son todo cuanto debe considerar el estudiante de aquellas ciencias; y las respuestas que se le dan son de un tipo muy diferente al de las que recibe el estudiante de derecho”. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 3ª ed., trad. de Genaro Carrió, Argentina, Abeledo-Perrot, 2009, p. 1.

“No deja de ser sorprendente que los estudiosos del derecho aparentemente tengan las dificultades que tienen y disientan en la forma en que lo hacen cuando se ponen en la tarea de identificar y clasificar los fenómenos a cuyo estudio han dedicado toda su vida y que, por otra parte, no parecen ser nada misteriosos ni requerir técnicas especiales de observación.

Seguramente, ni los físicos, ni los químicos, ni los historiadores, etcétera, tendrían tantas dificultades para definir el objeto de su estudio como tienen los juristas; en la mayor parte de los casos les bastaría con señalarnos algunos objetos o fenómenos o darnos alguna breve explicación para transmitirnos una idea más o menos precisa de lo que ellos estudian”. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Argentina, Astrea, 2003, p. 11.

Las constantes redefiniciones que se han efectuado al concepto [ya sea por la adición de nuevas características o por interpretaciones originales], demuestran que dicha definición es una cuestión que no puede ser resuelta de manera absoluta. El debate actual evidencia que los especialistas en el tema discrepan seriamente en sus postulados. Resulta necesario, entonces, justificar teóricamente el porqué es relevante determinar qué es el derecho.

Fundamentalmente, es una cuestión trascendental caracterizar y comprender adecuadamente el derecho; también, porque de ello dependen la validez jurídica¹¹ y el aspecto normativo del derecho. La validez jurídica se refiere a comprender las circunstancias y condiciones por las que una norma cualquiera, común y corriente se convierte en una norma jurídica válida.¹² El aspecto normativo está relacionado con la intención del derecho de presentarse como una razón para motivar las acciones del ser humano.¹³

Dado que lo verdaderamente importante se presenta bajo el ropaje de la complejidad e indeterminación, es urgente realizar dos observaciones que aquejan a la problemática de la definición del concepto de derecho. Por un lado, no existe una opinión dominante

¹¹ La expresión validez jurídica es un concepto complejo y problemático al que se le han atribuido distintos significados que varían, no únicamente de acuerdo con la posición iusfilosófica desde la que se le analice, sino también respecto a cada autor que exponga el tema. Una idea aproximada de las acepciones que puede tomar la validez jurídica es graficada por los siguientes ejemplos: a) la norma X es válida porque existe dentro del sistema jurídico Y; b) la norma X es válida porque pertenece al sistema jurídico Y; c) la norma X es válida porque generalmente es obedecida; d) la norma X es válida porque es aplicada por los oficiales del derecho; e) la norma X es válida porque reúne los requisitos formales y sustantivos que exige el sistema jurídico Y; f) la norma X es una norma válida; g) la norma X es válida porque es eficaz; h) La norma X es válida porque es reconocida por los oficiales del derecho; i) la norma jurídica es válida porque es aceptada por el colectivo, etcétera. De los enunciados realizados, se desprende que existe una asimilación de validez jurídica con pertenencia, existencia, obediencia, aplicación, aceptación, reconocimiento, etcétera.

¹² Marmor, Andrei, *Teoría analítica del derecho e interpretación constitucional*, trad. de Jorge Luis Fabra Zamora y Juan Gabriel Acosta Castro, Lima, ARA, 2011, p. 50.

¹³ *Idem*.

y duradera de lo que puede entenderse por una teoría general respecto al concepto de derecho. Por otro lado, si bien existe un cinturón de categorías conceptuales medianamente compartidas y aceptadas por los filósofos del derecho, los métodos que se utilizan para su explicación son distintos; en consecuencia, los resultados son disímiles y se hace difícil sostener una discusión que ostente una coherencia metodológica a nivel general.¹⁴

Carlos Santiago Nino plantea que la dificultad para definir el derecho radica en la percepción que se tiene de la relación entre lenguaje y realidad.¹⁵ Si uno se sitúa en la concepción platónica para describir el nexo entre las dos categorías, la definición de derecho que se busca es única, inmutable, atemporal y válida para todos los tiempos.¹⁶ Aquí, el concepto derecho es perfecto. En contraposición a este enfoque, se halla la concepción convencionalista, la cual refiere que el significado que se otorga al término derecho nace de un acuerdo o convención:

Según esta corriente de pensamiento, cuando nos enfrentamos con una palabra, por ejemplo, “derecho”, tenemos que darle algún sig-

¹⁴ “Los teóricos del derecho son en cierto modo culpables por la falta de una discusión más clara acerca de cuestiones metodológicas, en la medida en que, con frecuencia, no son tan claros como podrían serlo, si prestasen atención a la naturaleza de las afirmaciones que hacen (*e. g.* descriptivas *vs.* prescriptivas, conceptuales *vs.* empíricas), o al proyecto general del cual sus teorías son parte”. Bix, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, trad. de Pablo E. Navarro, Erica Frontini, Laura Manrique y otros, España, Marcial Pons, 2006, p. 7.

¹⁵ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶ “El análisis conceptual usualmente involucra la aserción filosóficamente ambiciosa de que la teoría ha capturado aquello que es ‘esencial’ a cierto concepto o práctica, características ‘necesarias’ para que una práctica o institución justifique la etiqueta en cuestión. Mientras que tales afirmaciones sobre ‘naturaleza’ o ‘esencia’ fueron tradicionalmente asociadas a la metafísica platónica, existen versiones modernas metafísicamente menos ambiciosas de tales afirmaciones. [...] Por ejemplo, Raz (1996) defiende una comprensión de la teoría del derecho como análisis conceptual y al hacerlo, argumenta que tales teorías intentan explicar ‘nuestro concepto de derecho’, no algún concepto universal o intemporal (platonista) del derecho”. Bix, Brian, *op. cit.*, p. 20.

nificado, si pretendemos describir los fenómenos denotados por ella, pues no es posible describir, por ejemplo, el derecho argentino, sin saber lo que derecho significa.¹⁷

Nino se adscribe al pluralismo conceptual y acepta, sin problema alguno, la existencia de una diversidad de conceptos de derecho:

[...] Según esta posición, el concepto de derecho surge de estipulaciones y prácticas que tienen en cuenta las necesidades del discurso en el que ese concepto se emplea. La consecuencia inmediata de esta posición es la admisión de que puede haber una pluralidad de conceptos de derecho, ya que las necesidades del discurso pueden variar en y con el discurso.¹⁸

Scott Shapiro, por su parte, resalta que el término derecho es notablemente ambiguo, y es fácilmente usado en distintos contextos con diversos significados:

En muchos casos, “derecho” funciona como lo que los lingüistas denominan términos de masa, como “nieve” o “carne”, y por tanto, refiere a una cantidad incontable de normas jurídicas. Cuando nos preguntamos, por ejemplo, si en un sistema jurídico en concreto, hay un gran volumen de derecho de las telecomunicaciones (una pregunta similar a si hay mucha nieve afuera), estamos usando este uso particular. Pero a diferencia de otros términos de masa, “derecho” también puede combinarse con un artículo indefinido. No se puede jugar con *una* nieve, pero *se puede* crear, aplicar, estudiar, detestar o respetar *un* derecho. En este primer sentido, “derecho” es como “piedra” o “cordero”: en sí mismos, se trata de términos de masa, pero cuando están precedidos por un artículo indefinido o son pluralizados, se convierten en términos contables. Entonces, del mismo modo en que puede preguntarse cuántas piedras hay en el jardín, también puede preguntarse si un país o sistema jurídico en concreto tiene muchos derechos

¹⁷ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 12.

¹⁸ Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política: Una revisión de la teoría general del derecho*, España, Ariel, 1994, p. 32.

civiles. El término “derecho” también es utilizado con frecuencia para aludir a una organización social concreta. Puede decirse, por ejemplo, que el derecho reivindica la facultad de emplear la fuerza para garantizar el cumplimiento de las reglas. En este ejemplo, derecho no se refiere a un conjunto indefinido de normas jurídicas, sino a una organización que crea, aplica y hace cumplir tales normas.¹⁹

Ciertamente, las consideraciones expuestas coadyuvan –en alguna medida– a la complejidad del concepto de derecho, pero no son determinantes y pueden ser superadas. La complejidad del concepto radica en su ontología. Cuando se plantea el asunto ontológico, se está preguntando por el modo en que existe el derecho y se intenta crear su imagen. Las descripciones que se hacen para dar cuenta de lo que es el derecho no tienen asidero en cuestiones físico-naturales; por lo tanto, el objeto de estudio de los iusfilósofos no tiene una ontología objetiva en la acepción rigurosa del término.²⁰ El derecho no es un hecho natural como una montaña, tampoco es una manifestación natural como el miedo o el habla. El derecho es una creación del hombre y forma parte del conjunto de hechos institucionales que para su existencia, necesita de ciertas condiciones que configuren su ontología.

Atendiendo la situación descrita, desde la filosofía, John Searle plantea la idea de reglas constitutivas y regulativas. Las primeras dan origen a la existencia de cierta actividad; esto es, crea la actividad; el ejemplo que da Searle para explicar esta tipología, es el juego del ajedrez. Las reglas del ajedrez crean la posibilidad misma de jugar ajedrez: “Las reglas son constitutivas del ajedrez, en el sentido de que jugar al ajedrez queda en parte constituido por la actuación según esas re-

¹⁹ Shapiro, Scott, *Legalidad*, trad. de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña, España, Marcial Pons, 2014, p. 29.

²⁰ “J. Searle hace una distinción entre ontología objetiva y subjetiva; asimismo, distingue entre epistemología subjetiva y objetiva. Se pueden hacer enunciados epistémicos subjetivos de ontologías objetivas, también se pueden hacer enunciados epistémicos objetivos de ontologías subjetivas. En este sentido, el hecho de que la ontología del derecho sea no objetiva no implica que necesariamente los enunciados que se hagan de ella sean subjetivos”. *La construcción de la realidad social*, trad. de Antoni Domènech, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 27-28.

glas. Si ustedes no siguen al menos una buena parte de esas reglas, ustedes no están jugando el ajedrez”²¹

Las segundas reconocen ciertas actividades y las regula. “Así, la regla ‘conduzca por la mano derecha de la calzada’ regula la conducción; pero la conducción puede existir antes de la existencia de esa regla.”²² Las reglas constitutivas y regulativas guardan cierto parecido con el tipo de reglas primarias y secundarias que en su momento, propuso Hart.

Si se acepta que la ontología del derecho puede configurarse con el tipo de reglas exhibidas y se toma como cierta posibilidad, su aprobación no es inimpugnable, pudiendo ser puesta en tela juicio con base en buenas razones. Sucede que, si solamente se consideran las reglas que hacen posible la existencia del derecho y se desatiende la cuestión sustantiva, el cometido de querer dar cuenta de qué es el derecho sería parcial, debido a que solo se describe la fisonomía formal de la ontología jurídica, y no se ha detallado el aspecto sustantivo.²³ Autores como Dworkin y Finnis han insistido en lo último. Tal vez, un inicio viable para dar cuenta de qué es el derecho desde su contenido, sea tener presente fundamentalmente, que el derecho posee un sentido, es decir, es significativo, tiene un fin y contiene un propósito. Dicho concepto es un concepto intensional.

IV. Consideraciones para una aproximación analítica al concepto de derecho

El concepto de derecho es susceptible de ser analizado desde un enfoque político, sociológico, antropológico, histórico, etcétera. Toda investigación que se hace a partir de cualquier plano, es insuficiente para brindar una explicación global. A pesar de esto, es factible plantear algunos elementos referenciales que pueden servir de guía para construir una concepción básica de lo que es el derecho.

Un primer punto a considerar es la no aceptación de cualquier definición de derecho. La noción que se formule tiene que reflejar

²¹ *Ibidem*, p. 45.

²² *Idem*.

²³ Las condiciones explicativas del concepto de derecho exigen que se atienda su aspecto formal y sustantivo.

—en gran parte— las características de los sistemas jurídicos más desarrollados. Un segundo punto es que una presentación plausible del concepto tiene que dar cuenta de su aspecto material y formal. Un tercer punto tiene que ver con el objetivo de establecer qué se desea hacer cuando se aborda la cuestión de su definición. En esta línea de razonamiento, es primordial aclarar lo que se busca con la teoría jurídica formulada, es decir, que los filósofos del derecho deben señalar si su teoría pretende: *a*) fundamentar el derecho (Dworkin); *b*) describir el derecho (Hart) o *c*) crear principios que sirvan de guía para el derecho (Finnis).

Cualquier proyecto que se tenga respecto al derecho debe ser general y abstracto. Algún observador perspicaz podría considerar que con dicha forma de proceder, únicamente se obtiene una definición simbólica y formal, carente de contenidos e incapaz de encauzar los problemas que se presentan en el ámbito de la práctica jurídica. Una posición formal del concepto resulta, por lo tanto, vacía. Frente a esta indicación, es oportuno manifestar que la generalidad y abstracción no excluyen en ninguna medida, la probabilidad de hacer referencia a cuestiones de contenido, pues es dable que en una descripción general y abstracta, se recojan los elementos materiales y formales del derecho sin necesidad de perder o favorecer a uno de los dos elementos.

CAPÍTULO II

Aspecto metodológico en la teoría del derecho y el punto de vista interno

I. Objetivo

Este apartado tiene como finalidad describir la manera en que los teóricos del derecho han abordado su objeto de estudio. Para lograr lo propuesto, se considerarán los referentes teóricos y metodológicos que se han desarrollado desde la iusfilosofía para explicar la “naturaleza” del derecho.

Cabe aclarar que en el desarrollo y análisis de esta investigación, se dejarán de lado las herramientas metodológicas, elaboradas a partir de perspectivas no iusfilosóficas; por lo tanto, se descartarán las sugerencias metódicas que se han planteado desde la sociología jurídica para aproximarse al derecho. Con esta actitud teórica-metodológica, no se está sugiriendo –de ningún modo– que la sociología jurídica²⁴ u otras formas de acercarse al estudio del derecho no sean importantes o sean menos valiosas para comprender el derecho; simplemente, lo que se intenta es evitar una mezcla infructuosa de discursos.

II. ¿A qué se dedican los filósofos del derecho y cómo es que hacen lo que hacen?

Las interrogantes que dan título a este apartado requieren –necesariamente– respuestas concretas. Ambas preguntas hacen alusión al cometido de los iusfilósofos; es decir, están dirigidas a explicitar su actividad principal y a exponer la forma en que llevan a cabo dicha labor. Así, el primer cuestionamiento refiere a la pretensión de interrogar qué es el derecho; esto es, señalar que el propósito primordial de los filósofos del derecho es esclarecer, mediante proposiciones teóricas, la ontología del fenómeno jurídico. El segundo remite a la metodología que utilizan los teóricos para explicar lo que es el derecho. El método para el conocimiento e investigación del objeto de estudio denominado derecho no constituye un elemento yuxtapuesto subsecuentemente a la instauración de dicho

²⁴ Para un estudio general e introductorio de la utilidad que ofrece la sociología jurídica para el quehacer jurídico, puede consultarse Gurvitch, Georges, *Sociología del derecho*, trad. de Ángela Romera Vera, Buenos Aires, Rosario, 1945.

objeto, pues aquel viene establecido o puesto por la noción que se tiene de derecho; esto implica que la intención del iusfilósofo y su entendimiento del derecho ya presuponen un método, que desde su panorama, es capaz de aclarar su “naturaleza”.

Timothy Endicott, en la introducción de su libro *Palabras y reglas*, cuenta que Pablo Navarro, en una ocasión, le dijo que el mayor desafío de la filosofía del derecho consiste en encontrar buenos problemas.²⁵ Del cúmulo de problemas que se han avizorado hasta el momento, existe uno que a pesar de ser muy antiguo, todavía es vigente; además por su trascendencia –probablemente– sea considerada *no como un problema*, sino *el problema* de la teoría del derecho. Enfrentar esta problemática sobre el concepto de derecho es el objetivo fundamental de los investigadores de la ciencia del derecho.²⁶ En este contexto, la actividad de los iusfilósofos ha estado orientada –en buena medida– alrededor de tal noción. Para sintetizar lo ya dicho, la pregunta por excelencia a responder es: “¿qué es el derecho?”. Ciertamente, asentimos que tal cuestión no es para nada novedosa, pero sí sumamente controversial. Los debates que se han entablado entre las distintas posiciones teóricas no encuentran, hasta el día de hoy, el correspondiente punto final a tal dilema conceptual.

¿Qué implica explicar qué es el derecho? Las grandes opiniones iusfilosóficas del siglo XIX y XX consideran que dar cuenta del asunto es averiguar la “esencia” del derecho; esto conlleva a indagar por aquellas “propiedades” que hacen que el derecho sea derecho y no otra cosa.

Hablamos de la ‘naturaleza del derecho’ o de la naturaleza de cualquier otra cosa para referirnos a aquellas características del derecho que hacen a la “esencia” del derecho, que hacen que el derecho sea lo que es. Esto es, aquellas propiedades sin las cuales el derecho no sería derecho.²⁷

²⁵ Endicott, Timothy, *Palabras y reglas, Ensayos en filosofía del derecho*, trad. de Rodrigo Sánchez Brígido y Pablo Navarro, México, Fontamara, 2004, p. 7.

²⁶ Schauer, Frederick, “Necesidad, importancia y naturaleza del derecho”, en Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso y Diego M. Papayannis (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 41.

²⁷ Raz, Joseph, *Entre la autoridad y la interpretación*, trad. de Hernán Bou-

Las propiedades que denotan la “esencia” del derecho son *formales* y *generales*, que deben ineluctablemente estar presentes en todos los ordenamientos jurídicos. Otro rasgo fundamental es la *no contingencia* o no dependencia de factores sociales, económicos y políticos. Según estos atributos, lo buscado como características del derecho –al parecer– tienen notas distintivas de ser generales y necesarias.

Al respecto, Joseph Raz afirma que:

Naturalmente, las propiedades esenciales del derecho son características universales del derecho. Deben ser encontradas en el derecho, donde quiera y cuando quiera que existan. Más aún, estas propiedades son propiedades universales del derecho no por accidente, y no por ninguna prevalencia de circunstancias económicas o sociales, sino porque no hay derecho sin ellas. Esto no significa que no haya instituciones sociales o sistemas normativos que compartan muchas de las características del derecho, pero que no tengan las propiedades esenciales del derecho. Al investigar las diferentes formas de organización social en diferentes sociedades a través del tiempo, encontramos muchas que se parecen al derecho de muchos modos. Sin embargo, si carecen de los rasgos esenciales del derecho, no son sistemas jurídicos.²⁸

Scott J. Shapiro, en relación con la “naturaleza” del derecho y con la “naturaleza” de un objeto, señala que el propósito de “examinar qué es lo que deseamos saber exactamente, cuando indagamos sobre la naturaleza de algo”²⁹, tiene dos posibilidades. La primera es preguntar por la identidad del objeto, es decir, determinar “en qué consiste ser ese objeto”³⁰. Igualmente, “preguntarse por la identidad de x equivale a cuestionar qué característica de X hace que sea X y no Y o Z, o cualquier otra cosa semejante. Denominaremos ‘Pregunta de Identidad’ a esta cuestión”³¹. El planteamiento de la Pregunta de Identidad requiere, por

vier, Pablo Navarro y Rodrigo Sánchez Brígido, España, Marcial Pons, 2013, p. 38.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Shapiro, Scott, *op. cit.*, p. 33.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Íbidem*, p. 34.

tanto, un proceso de reconocimiento de los rasgos X, a tal punto que sean capaces de determinar con claridad que X es X por dichas cualidades y no por otras.

Una respuesta correcta a la Pregunta de Identidad debe exponer un conjunto de propiedades que hacen de las instancias (reales o posibles) de X el objeto que son. La identidad del agua, para tomar otro ejemplo, es H₂O. Ser H₂O es lo que hace que el agua sea *agua*. Respecto del derecho, por consiguiente, responder a la pregunta “¿qué es el derecho?” es descubrir, según esta interpretación, qué hace que todas las instancias de derecho, y solo ellas, sean instancias de *derecho* y no otra cosa.³²

La segunda posibilidad es denominada por Shapiro como “pregunta de implicación”. En este punto, las ideas que desarrolla encierran dos significados que se complementan. Por un lado, la pregunta de implicación hace alusión a las características necesarias del objeto:

[...] descubrir la naturaleza de una entidad es, en parte, descubrir aquellas propiedades que tiene *necesariamente*. Un objeto tiene *necesariamente* una propiedad solo, si no podría carecer de ella. Por lo tanto, determinar la naturaleza del derecho, en este segundo sentido, consiste, en parte, en descubrir sus propiedades necesarias, es decir, aquellas propiedades que el derecho no podría dejar de tener.³³

Por otro lado, la Pregunta de Implicación engloba también las propiedades no necesarias del objeto, es decir, las características contingentes que se presentan en la entidad:

Cabe señalar que cuando los filósofos abordan la pregunta de implicación respecto de un objeto, no están interesados solo en lo que implica necesariamente el hecho de que el objeto en cuestión tenga una determinada propiedad, sino también en lo que *no* implica necesariamente. En otras palabras, se preocupan asimismo, por las propiedades contingentes del objeto.³⁴

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

³⁴ *Ibidem*, p. 35.

Previo a realizar cualquier concesión que permita aceptar que –efectivamente– el derecho tiene características necesarias –que han sido tan afanosamente buscadas– resulta oportuno inquirir: ¿qué concepciones o ideas llevan a pensar que el derecho tiene una “naturaleza”? Para decirlo más concretamente: ¿el derecho sustenta una “esencia”? Si esto fuese así, entonces: ¿en qué medida es posible averiguarlo?

No es intención brindar razones concluyentes a dichas observaciones; simplemente, se ofrece una opinión tangencial que ha de ser completada en otra investigación. Respecto a la primera, existen dos probabilidades. Por una parte, se puede admitir que realmente el derecho tiene una “naturaleza”, de la misma manera como se presupone la existencia de otras cosas. Esta actitud es un derrotero sencillo y fácilmente adoptable, ya que no exige construir argumentos que justifiquen el porqué. Se da por supuesto y desaparece –mágicamente– el dilema. Por otra, se puede transitar por un camino más complicado e interesante, que tiene que ver con demostrar argumentativamente que el derecho sí tiene una “naturaleza”. Esto es factible si se elaboran argumentos plausibles para su justificación. Esta segunda posibilidad está conectada a la expectativa de descubrir o no las propiedades esenciales del derecho, esto es, en qué medida podría decirse que “algo” –real o hipotético– constituye una propiedad esencial del derecho.

La interrogante: “¿Cómo es que hacen lo que hacen los iusfilósofos?” encierra aspectos metodológicos que los investigadores del derecho utilizan para responder qué es el derecho. La pauta para la discusión metodológica, en la teoría jurídica actual, ha sido dada por la filosofía jurídica anglosajona. Dentro de este marco intelectual, se distinguen dos modelos metodológicos. Asimismo, el debate que ha surgido –en las últimas décadas– en torno a este tema, ha sido muy interesante, sobre todo a partir de las contribuciones que Hart y Dworkin han realizado desde sus respectivas posiciones iusfilosóficas.

Los dos métodos más significativos para aproximarse al derecho son: el descriptivo [defendido por los positivistas jurídicos] y el evaluativo [promovido por los no iuspositivistas]. Estas dos categorías metodológicas tienen su fuente en la controversia clásica acerca de la conexión entre derecho y moral. En este sentido, las disputas que

se tienen en torno al estatus del derecho están circunscritas o no, por el postulado de la separación del derecho y la moral. Por ende, una cuestión central que deben aclarar los teóricos es si el derecho, como institución social y normativa, tiene que ser caracterizado, no haciendo referencia a elementos morales, o bien, considerando dichos elementos valorativos y normativos.

El método descriptivo encuentra su punto máximo de desarrollo en las propuestas de Hart. Antes que él, autores como Jeremy Bentham, John Austin y Hans Kelsen ya lo defendían. De tal modo, que esta inquietud metodológica ya estaba considerada por ellos.

¿Qué planteamientos conceptuales ofrece la metodología descriptiva? Sus propuestas son: *a)* escisión entre ser y deber ser; *b)* distinción entre juicios de hecho y juicios de valor; *c)* para dar cuenta de qué es el derecho, es innecesario hacer una referencia a su contenido normativo y moral; *d)* la teoría jurídica debe describir el derecho tal cual es; *e)* el punto de vista interno es fundamental para comprender el derecho; para esto, es ineludible que no esté comprometido con los valores morales, y *f)* defiende la fuente social del derecho.

La tesis evaluativa sostiene que una adecuada respuesta a la pregunta: “¿qué es el derecho?” debe considerar los argumentos morales. Su análisis tiene que ser sometido a una evaluación o justificación moral. Esta posición es defendida por John Finnis, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino y otros. Cabe aclarar que por una cuestión didáctica, a los representantes de esta tendencia se les denomina no positivistas; por lo que estos autores no pueden ser catalogados como iusnaturalistas; sin embargo, defienden la justificación moral del derecho.

El marco conceptual de la metodología evaluativa comporta tres aspectos: *a)* la teoría del derecho debe ser estrictamente normativa o prescriptiva; *b)* el derecho debe ser esclarecido desde su contenido y aspecto moral, y *c)* la distinción entre ser y deber ser no se corresponde con la división entre juicios de hecho y juicios de valor.

Es cierto que entre los teóricos del derecho, prevalece una coincidencia con respecto al propósito de su actividad. Sin embargo,

existe una escisión metodológica en la manera en que llevan a cabo dicha labor. Los enfoques y presupuestos metodológicos que defienden son distintos. Por lo que se deduce que el problema de los teóricos no está enfocado a su objetivo primordial que sería responder la pregunta inicial de a qué se dedican los filósofos del derecho, pues en esta tarea, hay plena concordancia empresarial. El quid de este asunto tiene que ver –esencialmente– con los presupuestos y compromisos metodológicos.

III. Breve recuento sobre la discusión metodológica en la teoría del derecho

Por alguna razón, a la teoría analítica del derecho se le identifica con el positivismo jurídico. No obstante, esta presentación es sesgada, ya que no solo se encuentra considerado el iuspositivismo, sino también otras expresiones teóricas. Tal vez, la exclusiva asimilación de la iusfilosofía analítica con el iuspositivismo se derive de las primeras formulaciones metódicas que hicieron en su momento, Jeremy Bentham y John Austin; sin embargo, seguir manteniendo dicha equiparación no es pertinente, debido a que niega otras manifestaciones teóricas que se han elaborado en el seno de la filosofía analítica del derecho, pero que no se corresponden y que se contradicen con sus planteamientos metódicos al positivismo jurídico. Por ejemplo, a la corriente analítica del derecho pertenecen autores como John Finnis con su propuesta neo-iusnaturalista y Ronald Dworkin con su exposición del derecho como interpretación.

La agenda del debate metodológico ha sido trazada –básicamente– por ideas y argumentos que provienen del positivismo jurídico y de sus contrapartes. Indudablemente, cada tendencia admite previamente una serie de convicciones filosóficas que condiciona la partida de sus formulaciones teóricas y respaldan –en mayor grado– su resultado. Un aspecto clave de un compromiso filosófico es –por ejemplo– la presunción o no de objetividad del conocimiento.

Con la intención de delimitar el desarrollo de la discusión metodológica a nivel de la filosofía del derecho, se tomarán a los autores más representativos del positivismo jurídico y de sus opositores.

Para el caso del positivismo, se recuperarán las ideas de Hans Kelsen y H. L. A. Hart. En cuanto a sus detractores, se citarán las propuestas de Ronald Dworkin.

Los iusfilósofos, sobre todo a partir de la influencia de Dworkin, han discutido acerca de la naturaleza descriptiva y evaluativa de las teorías jurídicas; asimismo, se han preguntado qué criterios debe cumplir una teoría del derecho [descriptiva o evaluativa], para que sea considerada como exitosa. La dicotomía que se genera como corolario de las respuestas suministradas, al parecer, es insalvable desde la vertiente dworkiniana, porque no acepta la descripción como un paso previo para la crítica o reflexión moral del derecho, y desde la óptica hartiana, es superable, ya que acepta y concede una utilidad posterior a la evaluación moral del derecho.

Hans Kelsen, en el primer párrafo del prólogo a la primera edición de su libro *Teoría pura del derecho*, deja asentada su intención teórica respecto al derecho, así como plantea algunas cuestiones metodológicas. Por un lado, señala que su interés fue desarrollar una verdadera ciencia del derecho, equiparable a una auténtica ciencia. Por otro lado, afirma que su objetivo ha sido elaborar una teoría jurídica pura, capaz de deshacerse de toda ideología política y de todo elemento científico-natural. En estas aseveraciones, se observa una aparente contrariedad: formalmente, no es posible construir una verdadera ciencia, si no se toman aspectos de lo que se considera una auténtica ciencia; tal vez, una defensa plausible de las proposiciones de Kelsen estaría en sentido de que si bien es cierto que desea purificar el derecho de la ideología política y de los elementos científico-naturales; sin embargo, con el propósito de conseguir el estatus científico del derecho, recepciona los ideales de objetividad, sistematicidad y exactitud que auspician la ciencia formal. Sucede que el programa metodológico de Kelsen es un proyecto que ha tenido influencia del positivismo lógico vienés, y establece la distinción entre describir un hecho tal cual se presenta en la realidad y las valoraciones que se efectúan de la misma. Bajo esta percepción, una verdadera ciencia trabaja con juicios descriptivos y excluye de su campo de acción los juicios de valor; en consecuencia, lo que quiso hacer Kelsen es ciencia jurídica y no política

jurídica.³⁵ Kelsen, al inicio de su *Teoría pura del derecho*, ha declarado que su propósito consiste en explicar el derecho tal cual es y no cómo debe ser. En palabras de Kelsen, la teoría pura del derecho: “en cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intentar dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho”.³⁶

Un punto referente en el método de Kelsen es la distinción que hace entre el discurso de lo que es y de lo que debe ser obedecido.³⁷ El primero se da a nivel de las ciencias naturales y sirve para describir su objeto de estudio tal cual es. El segundo se presenta en el campo de la disertación normativa. El enunciado “algo es” describe una situación real; en cambio, el enunciado “algo debe producirse” describe una norma. Con esta dualidad, Kelsen diferencia la ciencia natural y la ciencia del derecho. Esta última tiene como objeto de estudio las normas jurídicas y la conducta humana, en cuanto es contenido de las normas jurídicas.

Kelsen señala que:

En cuanto se determina al derecho como norma [...] y se limita la ciencia del derecho al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinados, se acota el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho, como ciencia normativa, frente a todas las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos. Así, se logra por fin un criterio seguro, para separar unívocamente la sociedad de la naturaleza y la ciencia social de la ciencia natural.³⁸

El concepto de objetividad que maneja Kelsen está ligado a la comprensión que tiene sobre la naturaleza del fenómeno jurídico. Para él, el derecho tiene una doble composición. Un primer elemento es la conducta del ser humano que está precisada por la norma jurídica.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16ª ed., trad. de Roberto J. Verengo, México, Porrúa, 2011, p. 15.

³⁷ *Ibidem*, pp. 18-23.

³⁸ *Ibidem*, p. 89.

Lo que hace de ese acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural –es decir, en su ser determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza–, sino el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta.³⁹

Un segundo elemento es la norma jurídica que contiene una significación objetiva y sirve como modelo de explicación de la conducta del ser humano.

El conocimiento jurídico está dirigido, pues, hacia normas que poseen la característica de ser normas jurídicas; que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conformes a derecho (o contrario a derecho). Puesto que el derecho, que constituye el objeto de ese conocimiento, es una ordenación normativa del comportamiento humano.⁴⁰

La objetividad que Kelsen tiene en mente no tiene nada que ver con un hecho observable que se presenta en el mundo exterior; el sentido de objetividad que pregona de las normas jurídicas tiene correspondencia con su validez y depende del sujeto en cuanto este debe ser capaz de reconocer algunos hechos como jurídicos. Aquí, juega un rol importante la norma fundamental como criterio de validez del resto de normas jurídicas. Asimismo, Kelsen hace depender la validez de la norma jurídica de su eficacia. “Una norma jurídica solo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúa en los hechos, por lo menos hasta cierto grado”.⁴¹

El mérito de Hart reside en el aporte sustantivo y significativo que ha realizado para comprender el derecho. Gracias a sus proposiciones, se ha generado un avance trascendental de la filosofía del derecho y se ha replanteado sus problemas clásicos. Las discusiones que se han originado a partir de sus ideas y los múltiples desarrollos que ha tenido la iusfilosofía, justifican para aseverar sin equivocación alguna

³⁹ *Ibidem*, p. 17.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 18. Las cursivas son nuestras.

⁴¹ *Ibidem*, p. 24.

que, a partir de él, existe un antes y un después de la teoría del derecho.⁴²

Se dejarán de lado las críticas que en su momento, hizo Hart a la teoría del mandado de J. Austin⁴³ y se hará énfasis en dos cuestiones: 1) en el enfoque respecto a la pregunta: “¿qué es derecho?”, y 2) en su manera de hacer filosofía del derecho.

Hart agrega a la metodología descriptiva postulados de la filosofía analítica del lenguaje y logra –por decirlo– eludir el compromiso de objetividad al que sucumbió Kelsen; además, le brinda una perspectiva hermenéutica al quehacer de la teoría del derecho. Hart, al igual que Kelsen, señala que la teoría del derecho debe describir objetivamente qué es el derecho; solo que la objetividad para Hart, depende de la perspectiva del sujeto que usa el derecho; en este sentido, la descripción del derecho y su objetividad quedan sujetas a la comprensión del derecho por parte del agente que utiliza las reglas jurídicas. Hart, al analizar el derecho, tomando en cuenta el punto de vista interno de los sujetos que lo aceptan y que comparten su práctica como forma de vida, convierte la óptica interna en una condición necesaria para entender el fenómeno jurídico. La perspectiva hermenéutica, por parte de Hart, revela que el aspecto normativo del derecho no puede ser aprehendido por medio de regularidades externas.

En *El concepto de derecho*, Hart empieza su disquisición, afirmando que la pregunta “¿qué es el derecho?” ha sido planteada de forma constante, por pensadores serios, y fue respondida de diversas, extrañas y paradójicas formas, situación que causa perplejidad y profundos desa-

⁴² En el presente trabajo, se entiende como sinónimos y términos intercambiables filosofía de derecho, teoría del derecho y filosofía jurídica; por lo tanto, al utilizar cualquiera de dichas expresiones, se está haciendo referencia a una misma disciplina. No se va a discutir y analizar las diferencias existentes entre ellos, claro, si es que hay alguna diferencia.

⁴³ Vid. los capítulos II, III y IV de *El concepto de derecho* de Hart. La concepción del derecho como mandato fue desarrollada por Austin, John, *El objeto de la jurisprudencia*, trad. de Juan Ramón de Páramo Argüelles, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Para acercarse a la metodología de John Austin consúltese su ensayo *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, fundamentalmente los apartados I, II y IV, trad. de Felipe González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

cuerdos entre los teóricos; sin embargo, la perplejidad y los desacuerdos que tienen estos no es una característica que se presenta en los hombres de la calle. Los hombres de a pie, sin dificultad, responden citando caracteres formales que tienen los sistemas jurídicos modernos, señalando una serie de cosas familiares que tiene que ver con el derecho o recordando los usos convencionales que tiene.⁴⁴ Este estilo de tratar el asunto, dice Hart, es inútil, debido a que es incapaz de mostrar alguna luz para esclarecer la interrogante planteada.

Otra manera de afrontar el problema, advierte Hart, es por medio del método *per genus et differentiam*; pero el concepto “derecho” no puede ser esclarecido a través de dicha fórmula. En palabras del propio Hart, el éxito de la definición por género y diferencia.

[...] depende de condiciones que a menudo no se presentan. La principal entre ellas es que haya una familia más amplia de cosas o *genus*, cuyo carácter tengamos en claro, y dentro de la cual la definición ubique lo que define; porque obviamente una definición que nos dice que algo es miembro de una familia no puede sernos de ayuda, si solo tenemos ideas vagas y confusas sobre el carácter de la familia. Es esta exigencia la que en el caso del derecho hace que esta forma de definición sea inútil [...].⁴⁵

A pesar de esta observación, Hart no logra deshacerse completamente de la definición *per genus et differentiam*, y en cierta forma, se apoya en dicho enfoque, al momento de construir su concepción del derecho como unión de reglas.

El proceder hartiano para dar cuenta sobre la “naturaleza” del derecho tiene preludeo en la realidad e identifica de esta las prácticas sociales a las que hace referencia el derecho y con las que tiene semejanza. De ahí, es posible indicar que la definición que él busca de qué es el derecho tiene conexión con el sustrato social. A Hart no le interesa una definición verbal, estipulativa, concisa o arbitraria que se desdiga del juego social. Un ejemplo que ayuda aclarar este punto es la equiparación no explícita que hace Hart del uso práctico

⁴⁴ Hart, H. L. A., *op. cit.*, pp. 1-7.

⁴⁵ *Idem.*

del concepto “derecho” con la utilización práctica del concepto “calvo”. Si se busca en un diccionario el significado del término “calvo”, se encontrará una denotación determinante o cerrada, donde indiscutiblemente dicho significante abarca a cualquier hombre que tenga el cráneo reluciente, por lo que no podría ser considerado como tal, si tuviese la cabeza copada de cabello; pero si un hombre que únicamente tuviera unos cuantos cabellos, ¿se podría considerar como calvo? Esta duda no puede ser respondida haciendo alusión al significado verbal del concepto “calvo”. El debate sería –en todo caso– indeterminable, “si se considera importante o si dependiera de ella alguna decisión práctica”.⁴⁶ De igual forma, el concepto de “derecho” no se puede definir haciendo una indicación verbal; por el contrario, para su adecuada explicación, habrá que apoyarse en las prácticas sociales a las que hace referencia y en las prácticas con las que se relaciona.

El profesor Hart no deja margen a duda de su forma de hacer teoría del derecho. En el prefacio a la edición inglesa de su libro *El concepto de derecho*, expresamente deja constancia que su fin no reside en hacer una crítica del derecho o de la política jurídica, y en su *Post Scriptum* advierte que su teoría del derecho es general y descriptiva.

Otro personaje que ha marcado la pauta en el debate contemporáneo es Ronald Dworkin. Quien desde su disposición interpretativa defiende la justificación moral del derecho y ha lanzado incisivas críticas a la posición hartiana. Probablemente, Dworkin es considerado el mejor detractor de Hart, además de ser un parte aguas del positivismo jurídico en incluyente y excluyente.

No se ponderarán las críticas que –en un primer momento– realizó Dworkin al positivismo jurídico hartiano; en cambio, se abordará la lectura que hace sobre el derecho. Para lograr este cometido –fundamentalmente–, se tomarán las propuestas que ha realizado en sus libros *El imperio de la justicia* y *Justicia para erizos*. En el primer texto, Dworkin formula su concepción del derecho como interpretación, la cual representa una teoría alterna respecto a las posiciones tradicionales como el positivismo jurídico y el iusnaturalismo.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 5.

En el segundo libro, defiende una posición unificada del conocimiento normativo (unidad del valor, virtud que únicamente los erizos poseen).

Interesa el estudio del derecho “no solo porque lo utilizamos para nuestros propósitos, egoístas o nobles, sino porque el derecho es nuestra institución social más estructurada y reveladora”.⁴⁷ El concepto “derecho”, dice Dworkin, es un concepto interpretativo y el derecho es una práctica social interpretativa que contiene aspectos morales que –ineludiblemente– deben de considerarse, al momento de dar cuenta de qué es el derecho. La exigencia que reclama Dworkin es un requerimiento, que en líneas generales, es compartido por John Finnis.

Ronald Dworkin ha realizado una distinción conceptual entre fundamentos de derecho (*grounds of law*) y proposiciones de derecho (*propositions of law*). Dworkin “denomina proposición de derecho a los enunciados o afirmaciones que hace la gente sobre lo que el derecho les permite, prohíbe o autoriza tener”.⁴⁸ Los fundamentos del derecho son condiciones que justifican la veracidad de las proposiciones del mismo. Antes de proseguir con la exposición de ambos conceptos, es conveniente precisar que los argumentos que usa Dworkin para singularizar cada concepto son algo confusos. Quizá, para una mejor caracterización, y a efecto de no caer en equívocos en su interpretación sobre lo que en realidad quiso decir Dworkin, se suspenderá, por el momento, la tarea de aclarar dichos conceptos, y se procederá a describir el tema de los desacuerdos en el derecho, ya que tienen conexión directa e importante con las proposiciones y los fundamentos de derecho.

Dworkin ha planteado que en el derecho existen desacuerdos, y señala que:

Podemos distinguir dos tipos de desacuerdo que podría existir entre abogados y jueces acerca de una proposición de derecho. Pueden estar de acuerdo sobre el fundamento de derecho (sobre cuándo la verdad o falsedad de otras proposiciones más conocidas hacen que una propuesta de derecho en particular sea verdadera o falsa), pero no sobre el

⁴⁷ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 17.

hecho de si estos fundamentos se ven satisfechos en algún caso en particular [...]. O bien pueden disentir sobre el fundamento del derecho, sobre qué otros tipos de proposiciones, cuando son verdaderas, hacen que una proposición particular sea verdadera.⁴⁹

El desacuerdo empírico tiene lugar cuando la disensión versa sobre si se han o no materializado los fundamentos del derecho en un caso particular. Este desacuerdo es una cuestión de hechos y para nada misterioso. El desacuerdo teórico es el que mayores problemas presenta y –a la vez– el que es relevante. Esta tipología, al estar relacionada con la identidad del derecho, se presenta cuando existe una disputa sobre su fundamento.

Una forma esquemática de graficar la concomitancia entre los desacuerdos teóricos, fundamentos de derecho y proposiciones de derecho, es la siguiente:

a) Los desacuerdos teóricos son discordancias acerca del fundamento del derecho.

b) Los fundamentos de derecho son condiciones que van a determinar la verdad de las proposiciones de derecho.

c) Las proposiciones de derecho son formulaciones o enunciados que revelan el contenido acerca de qué es el derecho o qué debería de ser el derecho en un caso abstracto (general) o concreto (individual).

La perspectiva de Ronald Dworkin sobre cómo debe hacerse filosofía del derecho, se halla dentro del marco del liberalismo igualitario. En esta coyuntura, la teoría de derecho que profesa y está dispuesto a defender está matizada con aspectos morales y políticos de la posición ideológica a la que se encuentra adscrita. En este sentido, Dworkin hace una lectura moral del derecho y rechaza la tesis de la separación que defienden los positivistas jurídicos.

IV. Modelos teóricos del derecho

Los modelos teóricos del derecho son construcciones sistemáticas que pretenden explicar los conceptos fundamentales del ámbito ju-

⁴⁹ *Idem.*

rídico. Contienen postulados que están en estrecha relación y guardan coherencia entre sí, e intentan dar respuestas racionales a los problemas que se presentan en la “ciencia” jurídica. Estas propuestas hacen que los programas teóricos pretendan siempre ser verdaderos sin llegar –finalmente– a ser tales; pues como bien se sabe, en el derecho, no es posible construir verdades inamovibles e inatacables, sino simplemente aproximaciones racionales y plausibles que ayudan a comprender mejor el fenómeno jurídico. Joseph Raz señala que las teorías, absolutamente todas, apuntan a ser exitosas o, al menos, a ser más exitosas que sus contendientes,⁵⁰ y para lograrlo, continúa Raz, deben cumplir con dos condiciones: 1) que las proposiciones que realizan acerca del derecho sean forzosamente verdaderas y 2) que estas proposiciones expliquen lo que es el derecho.⁵¹

Las teorías que se dan en el conocimiento jurídico son elaboraciones que no tienen el carácter de ser acabadas, y están en constante renovación y replanteamiento. Gracias a las críticas realizadas por otras posturas, que problematizan el mismo asunto, es que la comprensión del derecho se fortalece, porque ante la sapiencia absoluta, ante las certezas o verdades, se acaban las dudas. Por este motivo, las teorías jurídicas están sometidas constantemente a la reflexión y a la revisión de sus enunciados. Estas cuestiones hacen que los modelos teóricos y el derecho en sí sean considerados como realidades dialógicas.

Al momento de hacer un examen de una teoría, es preciso tener en cuenta que: *a)* las teorías representan solo perspectivas de cómo se entiende el derecho; *b)* la verdad en el derecho no se busca, se crea y se explica; *c)* las teorías deben contener proposiciones de carácter racional, ser convincentes y no contradictorias.

La finalidad principal de las teorías es explicar la “naturaleza” del derecho. A pesar de tener un mismo propósito, de utilizar un mismo lenguaje y de centrarse en los mismos conceptos, suelen, muchas veces, plantear conjeturas e hipótesis disparejas; a veces, opuestas en sus argumentos y conclusiones. Este hecho –un tanto

⁵⁰ Raz, Josep et al., *Una discusión sobre la teoría del derecho*, trad. de Rodrigo Sánchez Brígido, Paula Gaido y Hernán Bouvier, España, Marcial Pons, 2007, p. 48.

⁵¹ *Idem*.

paradójico— se debe a los métodos distintos que emplean los iusfilósofos, al momento de enfrentar su objeto de estudio.

La existencia de la multiplicidad de teorías en el campo jurídico no es observable en otras áreas del conocimiento. Los modelos teóricos que se presentan para explicar el derecho han sido elaborados, de acuerdo con la comprensión que cada autor tiene acerca de lo que es el derecho; por ende, cada teórico explica de forma particular y con características singulares, lo que cree que es el derecho; asimismo, los puntos de partida de cada escuela iusfilosófica son peculiares. Así, por ejemplo, los defensores del realismo jurídico son más empiristas y ponen mayor énfasis en cuestiones fácticas, lo cual no coincide con los postulados de otras escuelas jurídicas, como el positivismo o el iusnaturalismo; es más, dentro de una misma corriente teórica, existen desacuerdos y hay una especie de sub-teorías que pugnan entre sí.

Los desacuerdos existentes muestran una realidad diversa, en torno a la comprensión que se tiene del derecho. Si esto es así, entonces, queda claro que no es factible que exista una única forma de aproximarse a la dilucidación del fenómeno jurídico, tampoco es posible seleccionar una sola teoría como verdadera. Por lo tanto, dentro del conocimiento jurídico, se da la posibilidad de hablar no solo de una noción del derecho, sino de varias concepciones.

Tomando en cuenta lo descrito, se puede decir que el reto de la iusfilosofía está en la propia diversidad de las teorías que se muestran para explicar el derecho. No habiendo una única teoría que posea la verdad ni un único método. Se podría elegir uno de ellos y discriminar el resto por insuficientes, con base a la contundencia de sus argumentos.

Los modelos teóricos pretenden explicar la “esencia” del derecho, y a pesar de haber sido abordada desde tiempo atrás, aún no ha sido resuelta. Este resultado no debe causar desaliento; por el contrario, debe incentivar a seguir indagando acerca de qué es el derecho, pues —por muy trivial y banal que suene— ahí está lo interesante y complejo del asunto en materia. Con lo ya dicho, no se quiere —en absoluto— señalar que la filosofía jurídica se dedique exclusivamente a atender dicha cuestión, ya que existen otros problemas que también deben de ser averiguados por los teóricos. Pero al

preguntarse y responder: “¿qué es el derecho?”, no se sugiere cualquier interrogante; sino resolver *la pregunta*, ya que esta plantea lo fundamental del derecho.

V. La filosofía del derecho y el punto de vista interno

La teoría general del derecho es una disciplina que ha conocido un desarrollo extraordinario en los últimos decenios. Su objetivo fundamental ha sido construir una teoría que sirva para describir cualquier derecho positivo, de una forma precisa, objetiva y neutral. Es indudable que hoy sabemos describir mejor el derecho que en épocas anteriores, precisamente porque poseemos un arsenal conceptual mucho más depurado.⁵²

Los conceptos que se manejan responden a una larga tradición y fueron desarrollados por diversos iusfilósofos, con la intención de comprender mejor el derecho. De las herramientas conceptuales, hay una que cobra peculiar relevancia, ya que es un eje rector para caracterizar el derecho y cualquier sistema de control social. El concepto al cual se alude es el denominado “punto de vista interno” de origen hartiano.

“El punto de vista” es un aspecto importante para la metodología iusfilosófica. La investigación del derecho y de los problemas que giran en torno a la relación con la moral, pueden ser menos oscuros, si se plantea adecuadamente el asunto epistemológico y metodológico de aquel. El “punto de vista” mismo –en su consideración general–; esto es, sin el calificativo de interno o externo, puede ser entendido como el sujeto capaz de comprender desde una óptica particular y subjetiva un determinado objeto. Los criterios y alcances que tiene tal comprensión dependen metodológicamente de si se trata al derecho desde la perspectiva interna o externa. Los beneficios de considerar algo desde el punto de vista –como bien lo señala Alfonso Ruiz Miguel– traen consigo ventajas teóricas:

⁵² Calsamiglia, Albert, “Teoría del participante versus teoría general del derecho: una aproximación”, *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, España, 1997, p. 485.

[...] y lo que es más importante, puede ser expresivo –y en este caso, lo es–, de la adopción de una posición de individualismo metodológico: por afirmar con crudeza, en el derecho y la moral, los campos sobre los que aquí vamos a discutir, lo que en último término, hay son puntos de vista; esto es, criterios y posiciones mantenidos desde la perspectiva de distintos sujetos [...].⁵³

El punto de vista interno ha servido a la teoría moderna y a los teóricos en su labor. Autores como Finnis, Raz, Dworkin, Nino, Bulygin, Alexy, MacCormick, lo han adoptado con algunas modificaciones.

Las discusiones suscitadas con posterioridad están relacionadas con: 1) qué sujetos deben considerarse dentro del punto de vista interno; 2) cuál es el contenido que caracteriza adecuadamente al punto de vista interno, y 3) si el teórico del derecho debe ubicarse en la vertiente del punto de vista interno, a efecto de analizar mejor el derecho. Estas tres cuestiones están en estrecha conexión y traen repercusiones importantes, al momento de justificar qué es el derecho.

MacCormick comprendió desde el principio que el punto de vista interno era un hallazgo trascendental para la teoría jurídica, porque habría abierto las puertas de la misma a la investigación hermenéutica: el derecho es una práctica de individuos que actúan movidos por una serie de intenciones y objetivos, y es preciso dar cuenta de esos para describirla.⁵⁴

Las intenciones y los objetivos que se tienen que caracterizar pueden ser únicamente comprendidos desde la perspectiva del punto de vista interno. Ahora bien, la cuestión es determinar cómo es posible que, desde la óptica interna, el teórico del derecho de corte positivista obtenga una descripción del fenómeno jurídico. En relación con el tema, Carlos Santiago Nino, ha escrito que: “el

⁵³ Ruiz Miguel, Alfonso, “Derecho y punto de vista moral”, *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, España, 1997, p. 572.

⁵⁴ *Vid.*, Pérez Bermejo, Juan Manuel, “Estudio preliminar. Hart, o el tiempo recobrado”, que hace en el libro *H. L. A. Hart* de Neil MacCormick, España, Marcial Pons, 2010, p. 22.

punto de vista desde el cual los positivistas proponen esa definición de ‘derecho’ no difiere de (se identifica con) el de un observador externo de una determinada práctica social”.⁵⁵ Para superar el planteamiento de Nino, es preciso apoyarse en las ideas que ha desarrollado MacCormick acerca del punto de vista interno, ya que su matización representa una superación a las deficiencias metodológicas, a las que inicialmente incurre H. L. A. Hart, al momento de formular el alcance del denominado punto de vista interno.

Como agudamente vio Neil MacCormick, comentando la distinción hartiana entre punto de vista interno y externo, ante una práctica como la de seguir ciertas normas sociales, esa dicotomía no se corresponde estricta y exactamente con la diferencia entre observadores y participantes en esa misma práctica.⁵⁶

El elemento eje del punto de vista interno es la *actitud crítica y reflexiva* que tiene el que participa de la regla. Sucede que no todo agente participante o aceptante de la regla social tiene necesariamente dicha actitud frente a la regla; es decir, no ve en la regla una pauta o razón para actuar... “pues junto a ese tipo de participante, pueden existir otros, como quienes obedecen las normas por mero hábito, por conveniencia o por indolencia, pero ‘siguen la corriente’ a los primeros, comportándose como ellos, es decir, como si compartieran el punto de vista interno pero sin hacerlo en realidad”.⁵⁷

Finalmente, no todo observador está obligado a posicionarse únicamente en la perspectiva externa.

VI. Prioridad conceptual y lógica del punto de vista interno

El propósito de este apartado –aunque sea a grandes rasgos– es rescatar el valor metodológico que tiene el punto de vista interno para

⁵⁵ Carrió, Genaro R, *Un intento de superación de controversia entre positivistas y jusnaturalistas (Réplica a Carlos S. Nino)*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1986, p. 15.

⁵⁶ Ruiz Miguel, Alfonso, *op. cit.*, p. 573.

⁵⁷ *Idem.*

el quehacer de la filosofía del derecho. En esta orientación, el punto de vista interno no solamente es un nodo metodológico, sino que también constituye una prioridad conceptual y lógica que debe atenderse. Es una primacía conceptual, debido a que su comprensión es de suma valía para entender el derecho. Para conseguir esto, es necesario caracterizarlo, circunscribiendo su contenido, reconociendo su alcance y sus limitaciones. Es una prioridad lógica porque si se vislumbra y se capta apropiadamente el punto de vista interno, es probable aprehender muchos aspectos del derecho y los conceptos fundamentales con los que opera; también, puede explicarse destacadamente el matiz normativo y la validez jurídica.

CAPÍTULO III

El punto de vista interno en la teoría de Hart

I. Introducción

El concepto de derecho, texto publicado en 1961, es uno de los que mayor repercusión ha tenido para la teoría del derecho. Denominado por el propio Hart como “un ensayo de teoría jurídica analítica (*analytical jurisprudence*), porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico y no de la crítica del derecho o política jurídica”.⁵⁸ Y refrendado en su *Post scriptum*, al puntualizar que su explicación del derecho es general y descriptiva:

Es *general* en el sentido que no está vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares, sino que busca dar una descripción explicativa y esclarecedora del derecho como institución social y política compleja, gobernada por normas (en este sentido, de aspecto ‘normativo’).⁵⁹ [Es] *descriptiva* en que es moralmente neutral y no tiene ningún propósito justificativo: no busca justificar o recomendar en fundamentos morales, o en otros, las formas o estructuras que aparecen en mi descripción general del derecho, aunque un claro entendimiento de estos, pienso, es un preliminar importante para cualquier crítica moral útil del derecho.⁶⁰

Hart, al reconocer que su finalidad teórica es descriptiva, asume el propósito de seguir manteniendo el lineamiento metodológico, que distingue entre lo que significa describir tal cual *es* el derecho y lo que implica plantearse reflexiones, en torno a lo que *debe ser* el derecho. El deslinde entre ser y deber ser es, dentro del positivismo jurídico, una exigencia ineludible que se acepta para una descripción del derecho, sin asumir un compromiso crítico-moral del mismo. Es preciso mencionar que cuando Hart acepta la dicotomía entre ser (derecho como es) y deber ser (derecho como debe ser), no está defendiendo una escisión tajante entre estos, como si no tuvieran conexiones. Para él, entre ser y deber ser existe una relación ló-

⁵⁸ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. XI.

⁵⁹ Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012, pp. 11-12.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 12.

gica fundamentada en el criterio de prioridad; es decir, previo a elaborar una teoría normativa del derecho, es indispensable hacer una teoría cognoscitiva del fenómeno jurídico, solamente así es factible saber qué aspectos morales se requieren mejorar del derecho. Otro presupuesto básico de la teoría de Hart es la separación entre derecho y moral; la negación de la concomitancia necesaria entre ambos es puramente conceptual, más no empírica; en este sentido, es posible explicar el derecho sin recurrir a la moral. Asimismo, advierte que algunas veces, el derecho contiene principios morales, pero de este argumento, no se concluye que el derecho deba contener o satisfacer *necesariamente* requerimientos que la moral exige (por ejemplo: el derecho puede o no contener argumentos morales; sin embargo, no necesariamente los contiene).⁶¹

Mediante sus planteamientos teóricos, Hart intenta acrecentar la comprensión del derecho, de la coacción y la moral, como fenómenos diferentes, pero relacionados. Para esto, emplea distinciones lingüísticas que clarifican y ayudan a identificar situaciones de cuándo uno “tiene la obligación de” (tener una obligación) y de cuándo uno “se ve en la obligación de” (verse obligado). También, introduce una terminología⁶² que era desconocida en la teoría jurídica, de la cual se derivan términos como: la regla de reconocimiento, las reglas primarias, las nociones del punto de vista interno y externo, entre otros. Estos conceptos, si bien han sido en su oportunidad novedosos, comparten cierta semejanza con los conceptos utilizados por Hans Kelsen; por ejemplo, la famosa regla de reconocimiento es equiparable a la norma fundamental; claro, con algunos matices diferenciadores de tipo sustancial y formal, las reglas *primarias* y *secundarias* se parecen a las normas de *aplicación* y *creación* del inventor de la teoría pura del derecho.

La pregunta “¿qué es el derecho?” ha sido abordada por Hart; en su análisis, no pretende referirse a definiciones ni recordar los usos convencionales y lingüísticos que tiene la expresión “derecho”;

⁶¹ Schauer, Frederick, *Positivismismo constitucional*, trad. de Manuel Chuquillanqui, Lima, Palestra, 2016, p. 43.

⁶² Hart, H. L. A. señala que: “[...] al escribir mi libro creí necesario, para destacar aspectos del derecho previamente desatendidos, inventar o usar expresiones que no son familiares ni siquiera para juristas ingleses”. *El concepto...*, *cit.*, p. IX.

igualmente, descarta las especulaciones medievales que se han hecho. El objetivo hartiano es realizar una descripción y búsqueda de los elementos “esenciales” del derecho. Esta interpretación es la más aceptada y conocida por los teóricos.⁶³

Su teoría no es definicional, sino descriptiva: “[...] la explicación de la naturaleza del objeto derecho que estaría proponiendo Hart no puede entenderse en el sentido medieval de la búsqueda de una estructura única e inmutable de una realidad independiente de nuestras creencias.”⁶⁴

El proyecto de Hart dista mucho de ser un estudio al estilo de la metafísica tradicional; la averiguación de la “naturaleza” del derecho que propone...

[...] no es otra cosa que el análisis de un concepto situado espacio-temporalmente, y que es un constructo social. Es claro que se trata del análisis de una idea abstracta, pero no de la única idea verdadera ni de aquella que el teórico prefiere o estipula. Es el análisis de “la” idea que capta las características definitorias del método de control social que identificamos con la palabra ‘derecho’.⁶⁵

Carlos Verdugo realiza una observación al título del libro de Hart *El concepto de derecho*, en la que señala por qué Hart empleó “el” y no “un” concepto de derecho. De forma parecida, Carlos Santiago Nino, en su artículo “Los conceptos del derecho”, se formula dicha pregunta. El primero ofrece una respuesta tentativa, en el siguiente sentido:

Hay muchos conceptos relacionados con asuntos enteramente ajenos al derecho, por ejemplo, conceptos sobre la mente, Dios, la justicia, etcétera. Por lo tanto, el empleo del artículo determinado “el” se debe al deseo de Hart de mostrar que su preocupación es con respecto a un concepto específico, en este caso, aquel relacionado con el derecho.⁶⁶

⁶³ Frente a esta interpretación, es posible dar otras lecturas al propósito de Hart. Este hecho lo demuestra de forma clara María Cristina Redondo, “The Concept of law. Cincuenta años”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, N° 37, 2014, pp. 111-124.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 114.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Verdugo, Carlos, “La pregunta por el concepto”, H. L. A. Hart y *El con-*

El segundo manifiesta que existe un prejuicio extendido y casi aceptado por la filosofía del derecho, de que existe un único concepto del derecho, que debe ser buscado afanosamente por los iusfilósofos. Este hecho no fue ajeno a Hart, ya que después de analizar y desechar algunos conceptos del derecho, se inclinó por aquel que le parecía más pertinente. Santiago Nino interpreta que el iusfilósofo inglés, “al utilizar el artículo ‘el’, se deba a que Hart quisiera indicar que si hay varios conceptos de derecho, su concepto no es más entre otros, sino que es el más adecuado o el único posible”.⁶⁷ El que mejor se acomoda con su filiación positivista.⁶⁸

Pero ¿qué concepción del derecho defiende y está dispuesto a defender Hart que sea afín con su opción metodológica y positivista? Cuando él se pone a reflexionar sobre qué concepto de derecho es más apropiado, se inclina por elegir un concepto amplio, que sea capaz de albergar aquellas normas jurídicas que van en contra de los preceptos morales; ello, en razón de los siguientes argumentos: Hart entiende que la controversia sobre si las normas inicuas son reglas jurídicas válidas o no, es un problema que está referido a la manera de comprender el derecho. Si se tiene una concepción restringida del mismo, se admite que las normas inicuas no son derecho. De igual forma, señala que de aceptarse una concepción restringida, nada bueno se gana. En cambio, si se tiene una concepción amplia, se concibe que todas las reglas jurídicas –inicuas o no– son tenidas como válidas, siempre y cuando cumplan con los requisitos formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, los beneficios son muchos.

“Si hemos de hacer una elección razonada entre estos dos conceptos, ello será porque uno es superior al otro en la forma como auxilia nuestras indagaciones teóricas o promueve y clarifica nuestras deliberaciones morales, o hace ambas cosas”.⁶⁹

cepto de derecho”, *Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales*, Chile, N° 28, Universidad de Valparaíso, Chile, 1986, p. 495.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 496.

⁶⁸ Rivaya, Benjamín, “Estructura y función en la teoría del derecho de H. L. A. Hart”, en J. A. Ramos Pascua y M. Á. Rodilla González (eds.), *El positivismo jurídico a examen estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 238.

⁶⁹ Hart, H. L. A., *El concepto...*, *cit.*, p. 258.

Esto es:

[...] un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega la validez jurídica a las reglas iniciales puede cegarnos frente a ellas.⁷⁰

II. El punto de vista interno en Hart

Joseph Raz ha escrito que: “a diferencia de los conceptos tales como ‘masa’ y ‘electrón’, ‘la ley’ es un concepto utilizado por las personas para comprenderse a sí mismas”.⁷¹ Esta afirmación encierra una verdad que no necesita ser confirmada. La práctica jurídica y el derecho reflejan el tipo de sociedad que se tiene y la clase de individuos que la componen. Siendo el derecho el mecanismo de control social más importante que se tiene y es utilizado por las personas para guiar su conducta, es necesario, para su comprensión, aprehender su propósito tal cual es, concebido por los individuos que lo usan. Hart, desde su vertiente, y no le falta razón, considera que es fundamental describir el derecho, teniendo en cuenta la manera como es percibida por las personas.

John Finnis, en relación con el tema, indica que:

[...] las acciones, prácticas, etcétera, solamente pueden comprenderse plenamente captando su fin, es decir, su objetivo, su valor, su relevancia o importancia, tal como fueron concebidos por quienes realizaron esas acciones, participaron en esas prácticas, etcétera. Y estas concepciones sobre el fin, el valor, la relevancia y la importancia se reflejarán en el discurso de esas mismas personas, en las distinciones conceptuales que ellas hacen u omiten o se niegan a hacer.⁷²

⁷⁰ *Ibidem*, p. 261.

⁷¹ Raz, Josep, *La ética en el ámbito público*, trad. de María Luz Melon, Madrid, Gedisa, 2001, p. 256.

⁷² Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Argentina, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 37-38.

Un aspecto central para la comprensión y clarificación de las ambigüedades que se presentan en los conceptos jurídicos, las normas jurídicas y el derecho, tiene que ver con determinar lo que significa *el punto de vista interno*. Lo que se ha mencionado sobre esta noción es trascendente, y cualquier explicación ofrecida del aparato conceptual normativo y del sistema jurídico –en general– debe tener, como punto de partida, la perspectiva de las personas que usan los preceptos jurídicos como pauta para la crítica de las acciones propias y ajenas; solamente así, es posible captar la *dimensión interna o normativa* del derecho. El derecho, dice Hart, se conoce mejor, si se toman en consideración las intenciones de los agentes que participan del derecho. Este aspecto de la teoría hartiana es sumamente valioso y útil para el quehacer de los iusfilósofos. Brian Bix, de manera muy apropiada, refiere que la contribución más reveladora del profesor Hart a la filosofía jurídica anglo-americana fue la introducción de la perspectiva del participante en una teoría jurídica descriptiva.⁷³

Bajo las explicaciones del derecho como mandato de autoridad, como predicción de las decisiones de los oficiales del derecho o como normas jurídicas con sanción, no se revela su particularidad interna. Para dar con esta peculiaridad, advierte Hart, es preciso presentar al derecho como unión de reglas primarias y secundarias,⁷⁴ ya que únicamente las reglas tienen esa faceta, y su descubrimiento solamente es posible desde el “punto de vista interno”.

Previo a desarrollar el punto de vista interno, es necesario explicar la distinción que hace con respecto al “punto de vista externo”. La disimilitud entre ambos radica principalmente, en que el punto de vista interno es la perspectiva del agente que participa del derecho; esto es, de la persona que utiliza el derecho como pauta de conducta; en tanto que el punto de vista externo es la visión de un observador, es decir, de la persona que no participa del derecho y

⁷³ Bix, Brian, *op. cit.*, p. 127.

⁷⁴ Sucede que cuando Hart plantea que el derecho es una unión de reglas primarias y secundarias, solo está pensando en los sistemas jurídicos modernos, y descarta otras opciones que se identifican con el término ‘derecho’; en este sentido, no toma en cuenta el derecho primitivo y el derecho internacional.

se dedica únicamente a describir las regularidades externas o comportamientos que se originan, cuando el agente interno utiliza las reglas jurídicas. Un ejemplo que ayudaría a comprender esta problemática es la equiparación del punto de vista interno con los jugadores de cualquier deporte: son los jugadores los que se rigen por las reglas del juego, las utilizan como esquema de valoración para criticar la conducta ajena y propia; asimismo, tienen una intencionalidad de compromiso con las reglas que guían el juego. Mientras que el punto de vista externo es el del comentarista, quien narra o describe los hechos que suceden en el juego, conoce las reglas y sabe las consecuencias, en caso de cometerse una falta, pero no participa del juego; por lo tanto, no juega.

El derecho es un sistema normativo que se diferencia del resto de otras reglas sociales, por su cualidad sistémica y su determinación en la acción. El carácter sistémico depende de la interconexión de reglas primarias y secundarias. La determinación en la acción conlleva a que las normas jurídicas tienen que ser vinculantes, debido a que representan un aspecto relevante y decisivo para motivar la conducta del ser humano. Hart no se limita a señalar diferencias entre las reglas jurídicas y el género de reglas sociales; de igual modo, efectúa una escisión entre reglas y hábitos. La característica más importante, que utiliza para distinguir las reglas de los hábitos, es la noción del “punto de vista interno”, que poseen las primeras y carecen los segundos.

Sucede que las reglas comparten con los hábitos sociales el carácter de la generalidad; es decir, las personas que se rigen por ellas se comportan casi siempre conforme a lo señalado por las reglas y por los hábitos sociales. El hecho observable de que la mayoría de los individuos se conducen de manera homogénea constituye una regularidad de conducta que es denominada por Hart como el aspecto externo de los hábitos y de las reglas, susceptible de ser registrado por un observador. La regularidad que se percibe y describe a simple vista no es un instrumento suficiente para explicar adecuadamente la idea de regla, debido a que el patrón de conducta que se repite de forma constante no da luces para comprender lo que son las reglas; para esto, es preciso buscar “algo más” que meros actos repetitivos. El elemento referente o ese “algo más” es la “actitud” e “intención” de los

sujetos que forman parte del grupo y ven en las reglas un patrón de conducta.

En efecto, para Hart, únicamente se puede explicar la idea de regla si, junto al comportamiento que se repite –aspecto externo de la regla–, se da cuenta de la actitud de ciertos participantes de la práctica, que se caracteriza por el hecho de que ven en ella una guía para la propia conducta y un fundamento para la crítica de todo trasgresor –aspecto interno de la regla–.⁷⁵

Los integrantes que participan de las prácticas sociales que promueven las reglas tienen una actitud crítica y reflexiva respecto a la pauta de conducta. Actitud que no puede ser conocida por un agente externo que actúa como un observador.

Este aspecto interno de las reglas puede ser ilustrado simplemente con las reglas de cualquier juego. No es que los jugadores de ajedrez tengan, meramente, el hábito similar de mover la reina de la misma manera, hábito que podría registrar un observador externo que no supiere nada de las actitudes que aquellos tienen respecto de sus jugadas.⁷⁶

Por lo tanto, la actitud reflexiva que tienen los participantes:

[...] se manifiesta en la crítica y en las exigencias hechas a los otros, frente a la desviación presente o amenazada, y en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros nos las formulan.⁷⁷

Los individuos que dentro de un grupo humano, comparten esta clase de reglas, es decir las aceptan y usan en sus relaciones recíprocas, utilizan de forma apropiada y característica expresiones de obligación del tipo: ‘tienes la obligación de hacer X’, ‘reconozco que mi deber era abstenerme de hacer Y’.⁷⁸

⁷⁵ Gaido, Paula, *Las pretensiones normativas del derecho*, España, Marcial Pons, 2011, p. 85.

⁷⁶ Hart, H. L. A., *El concepto...*, cit., p. 71.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ Delgado Pinto, José, *Estudios de filosofía del derecho*, España, Centro de

Hart señala que, para la formulación de dichas críticas, exigencia y reconocimientos, se utilizan expresiones de lenguaje normativo como “yo (tú) no debí (debiste) haber movido la reina de esa manera”, “yo (tú) tengo (tienes) que hacer eso”, “eso está bien”, “eso está mal”.⁷⁹ Estos enunciados normativos únicamente tienen significado en un ámbito en donde los integrantes que participan de una práctica social usan las reglas como criterios de interacción; esto es, comparten reglas que justifican su comportamiento.

Muy al margen de los problemas argumentativos que tiene Hart al momento de sustentar el concepto de aceptación, como elemento central que caracteriza el aspecto interno de las normas, a continuación, se mencionan dos cuestiones fundamentales que tienen que ver con quiénes son los sujetos que utiliza para describir adecuadamente el punto de vista interno y los motivos por la que se acepta una regla.

Hablar de que la masa “acepta” estas reglas, tal como los miembros de alguna pequeña tribu podrían aceptar la regla que confiere autoridad a sus sucesivos jefes, implicaría atribuir a los ciudadanos ordinarios una comprensión de cuestiones constitucionales que ellos podrían no tener. Solo exigiríamos tal comprensión a los funcionarios y expertos del sistema; a los tribunales, que tienen a su cargo la responsabilidad de determinar cuál es el derecho, y a los abogados, a quienes los ciudadanos ordinarios consultan cuando necesitan informarse al respecto.⁸⁰

Por una parte, únicamente se requiere que las reglas jurídicas sean aceptadas por un sector especializado de personas, no siendo necesario que todos los integrantes que participan de la práctica social las acepten. Por otra, no es imprescindible que todas las reglas que conforman el ordenamiento jurídico sean aceptadas y verificadas desde la perspectiva del punto de vista interno. Estas dos cuestiones reducen considerablemente la configuración del punto de vista interno, tanto a nivel de los sujetos, como de las reglas. “En particular, será necesario que al menos los integrantes de la estructura del go-

Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 339.

⁷⁹ Hart, H. L. A., *El concepto...*, cit., p. 71.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 75-76.

bierno –en especial, los jueces– adopten el punto de vista interno respecto de la regla de reconocimiento –que es considerada la regla maestra del sistema jurídico–.⁸¹

Hart considera un amplio abanico de motivos para aceptar una regla jurídica. Se acepta la regla por varias razones, entre las cuales se incluye una razón no moral y un sentimiento de obligación provista por la moralidad. La amplitud de fundamentos permite que la aceptación del sistema jurídico se funde en diversos extremos:

[...] el acatamiento al sistema puede estar en muchas consideraciones diferentes: cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás; una actitud tradicional o una actitud no reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros. No hay, por cierto, razón alguna que se oponga a que quienes aceptan la autoridad del sistema continúen haciéndolo por una diversidad de consideraciones, no obstante que un examen de conciencia los haya llevado a decidir que moralmente no deben aceptarla.⁸²

Por un lado, habrá que considerar que: “Bien puede ser que toda forma de orden jurídico adquiere su estado más saludable cuando hay un sentimiento generalmente difundido de que es moralmente obligatorio conformarse a él”.⁸³

Por otro, suceda que:

Sin embargo, la adhesión al derecho puede no estar motivada por ello, sino por cálculos de intereses mediatos, o por el deseo de continuar una tradición, o por una preocupación desinteresada por los demás.⁸⁴

No parece haber ninguna buena razón para señalar alguno de estos motivos como una condición necesaria de la existencia del derecho entre los individuos o entre los Estados.⁸⁵

⁸¹ Gaido, Paula, *op. cit.*, p. 86.

⁸² Hart, H. L. A., *El concepto...*, *cit.*, p. 251.

⁸³ *Ibidem*, pp. 285-286.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 286.

⁸⁵ *Idem*.

La gama de razones posibilita no centrarse en una causa clave como razón fundante para la aceptación de una regla. Esto permite escapar de una concepción restringida del derecho.

El uso, por los jueces y por otros, de regla de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno. Quienes las usan de esta manera manifiestan así su propia aceptación de ellas, en cuanto reglas orientadoras, y esta actitud trae aparejado un vocabulario característico, distinto de las expresiones naturales del punto de vista externo.⁸⁶

III. El positivismo metodológico hartiano

Norberto Bobbio, consciente de la ambigüedad que encierra el término “iuspositivista”, ha identificado tres formas de entender dicha corriente:⁸⁷

a) *Positivismismo metodológico o de enfoque*, cuyo fundamento puede ser resumido con la frase: *el derecho no tiene necesariamente conexión con la moral*. El sentido de esta oración no niega la relación entre derecho y moral; en otras palabras, no se afirma la separación entre ellos, únicamente se defiende la “separabilidad” entre ambas figuras sociales; esto implica que es posible dar cuenta del derecho sin asumir necesariamente compromisos o valoraciones morales. La tesis mencionada conlleva caracterizar al derecho, tomando en cuenta solo propiedades descriptivas,⁸⁸ excluyendo, así, términos valorativos con contenido moral. Es importante referir que un defensor de este enfoque admite la posibilidad de que un sistema jurídico tenga normas jurídicas injustas, pero estas son susceptibles de ser rechazadas a su obediencia o aplicación por ser demasiadas injustas.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 127-128.

⁸⁷ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Buenos Aires, EUDEBA, 1965. Véase con mayor énfasis el capítulo II que versa sobre “El positivismo jurídico”, pp. 37-66. Asimismo, puede consultarse la explicación del tema que realiza Carrió, Genaro R., “Dworkin y el positivismo jurídico”, *Cuadernos de crítica*, México, N° 16, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, 1981, pp. 8-13.

⁸⁸ Nino, Carlos Santiago, *Introducción...*, *cit.*, p. 37.

b) *Positivismismo como ideología*, el cual conlleva hacer una valoración respecto al derecho positivo, es decir, que existe un deber moral de acatar las normas jurídicas sea cual fuese su contenido, ya que tienen plena validez; por ende, tienen que ser obedecidas y aplicadas por los diversos operadores jurídicos. “El positivismo ideológico pretende que los jueces asuman una posición moralmente neutra y que se limiten a decidir según el derecho vigente”⁸⁹ Si bien es cierto que esta posición teórica ha sido imputada a los positivistas, no existe iuspositivista serio que se adhiera o sea capaz de defender dicha postura; en consecuencia, se constata una idea equivocada de algunos partidarios del iusnaturalismo, al atribuir aquel argumento a los iuspositivistas.

c) *Positivismismo como teoría*, que hace alusión a que el derecho solo es producido por el Estado, y que la ley es su fuente principal. En este caso, la facultad de quien tiene la potestad de producir el derecho está claramente identificada, debiendo respetarse la división de poderes. Dicha vertiente admite que el sistema jurídico es coherente, pleno y completo.

Si bien es cierto que H. L. A. Hart es considerado un defensor del positivismo jurídico; sin embargo, él no está dispuesto a defender cualquier concepción o variante de esa corriente del pensamiento; para ello, en las notas finales de su libro *El concepto de derecho* y en su artículo “Independencia entre derecho y moral”, realiza una exposición breve de lo que entiende por positivismo jurídico.

La expresión “positivismo” es usada frecuentemente en la literatura anglo-americana contemporánea en las tesis siguientes: 1) que las normas jurídicas son órdenes dadas por seres humanos; 2) que no hay conexión necesaria entre derecho y moral, o entre lo que es y lo que debe ser; 3) que el análisis y estudio del significado de los conceptos jurídicos es un estudio importante que debe distinguirse de las investigaciones históricas y sociológicas y de la valoración crítica del derecho en términos de la moral, fines sociales, funciones, etcétera (aunque en modo alguno se opone a ellas); 4) que un sistema jurídico es un sistema “lógicamente cerrado”, en el que se pueden deducir decisiones correctas a partir de reglas jurí-

⁸⁹ *Ibidem*, p. 34.

dicas predeterminadas, valiéndose exclusivamente de medios lógicos, y 5) que los juicios morales, a diferencia de los juicios de hechos, no pueden ser establecidos mediante argumento, evidencia o pruebas racionales (“no gnoscitivismo en ética”).⁹⁰

Bentham y Austin sustentaron las opiniones descritas en los apartados 1, 2 y 3, pero no las incluidas en 4 y 5. Frecuentemente, se atribuye la opinión número 4 a los juristas analíticos, pero no tengo conocimiento de ningún ‘analista’ que sostuviera esta opinión.⁹¹

[...] Kelsen sostiene la tesis expresada en (2), (3) y (5), pero no las expresadas en (1) o (4).⁹²

Tomando en cuenta la clasificación que han realizado, tanto Bobbio, como Hart, es indudable que este último es catalogado como un defensor del positivismo metodológico o de enfoque.

En relación con el tema, Genaro Carrió refiere que:

Hart es positivista, en cuanto se adhiere al positivismo jurídico como enfoque o, en otras palabras, en cuanto considera útil, tanto desde el punto de vista teórico, como del punto de vista práctico, insistir en la distinción entre el derecho y la moral. Como sostenedor de esa actitud frente a los problemas que plantea la existencia del derecho positivo y, en particular, la de reglas jurídicas inicuas, Hart es indudablemente positivista.⁹³

⁹⁰ Vid. la nota del capítulo IX en relación a la p. 229, Hart, H. L. A., *El concepto...*, cit., p. 321.

⁹¹ Hart, H. L. A., “Independencia entre derecho y moral”, en R. M. Dworkin (comp.), *La filosofía del derecho*, trad. de Javier Sáinz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 37, nota 1.

⁹² Véase la nota del capítulo IX en relación con la página 229, Hart, H. L. A., *El concepto...*, cit., p. 321.

⁹³ Carrió, Genaro R., *op. cit.*, p. 22.

CAPÍTULO IV

El punto de vista interno en la teoría de Finnis

I. Introducción

John Finnis es uno de los máximos representantes de la filosofía del derecho anglosajón y exponente de una renovada corriente iusnaturalista. Su propuesta teórica ha reformulado los argumentos de la escuela clásica del derecho natural y ha abierto el debate anquilosado entre representantes del iusnaturalismo y del iuspositivismo. El derecho natural que propone Finnis se encuentra estructurado con base en los siguientes elementos:

- Un conjunto de principios prácticos que identifican las formas básicas de la plenitud humana (*human flourishing*), como bienes que han de ser perseguidos y realizados.
- Un conjunto de exigencias metodológicas de la razonabilidad práctica, que distingue el pensamiento práctico consistente del inconsistente, y que permite diferenciar entre actos razonables y no razonables, para formular...

Un conjunto de criterios morales generales.⁹⁴

En relación con la filosofía del derecho, el pensamiento finnisiano se nutre de las formulaciones que se dan a nivel de la filosofía práctica, y su función radica en el análisis y estudio práctico de las normas. Asimismo, considera que la labor de la teoría jurídica no termina con la descripción de lo que es el derecho, la iusfilosofía también tiene que ser evaluativa.

A menudo, se supone que una valoración del derecho como tipo de institución social, si acaso ha de interesarse, debe ser precedida por una descripción y un análisis libres de valoraciones de esa institución tal como existe de hecho. Pero el desarrollo de una moderna teoría del derecho sugiere y la reflexión de la metodología de cualquier ciencia social confirma que un teórico no puede proporcionar un análisis y descripción teórica de los hechos sociales, a menos que también él participe en la tarea de valorar, de comprender qué es realmente bueno para las personas humanas y qué exige realmente la razonabilidad.⁹⁵

⁹⁴ Rodríguez-Toubes Muñoz, Joaquín, “El iusnaturalismo de John Finnis”, *Revista Anuario de Filosofía del Derecho X*, España, 1993, p. 376.

⁹⁵ Finnis, John, *op. cit.*, p. 37.

Si bien es cierto que Finnis admite el enfoque descriptivo para analizar el derecho, también lo califica de insuficiente. Una respuesta adecuada para Finnis sobre lo que se considera derecho debe ineludiblemente contener elementos valorativos moralmente relevantes. La insuficiencia del plano descriptivo y la admisión de insertar ciertos criterios valorativos al análisis del derecho ha hecho que entremezcle la descripción con la valoración. Por otra parte, Mayda Hocevar González refiere que la posición tomada por Finnis ha sido criticada sobre todo a nivel de la funcionalidad que tiene la descripción y la valoración en la connotación del concepto de derecho.⁹⁶ Por un lado, se dice que “[...] un concepto normativo sería inútil en el marco de una investigación sociológica o antropológica, en la que tuviéramos que especificar técnica de control social según cómo ellas contribuyen o no al bien común.”⁹⁷

Por otro, se considera que “[...] una concepción descriptiva no sería útil en el contexto de la argumentación judicial, en la que el concepto de derecho se usa para expresar razones que justifiquen decisiones y en la que sería irrelevante referirse a propiedades descriptivas para la identificación de las normas.”⁹⁸

La moral, la política y el derecho pertenecen a la filosofía práctica, brindan razones para la acción, coordinan el quehacer del individuo en sociedad y orientan la acción humana hacia la consecución de determinados fines o bienes básicos. Para obtener esta finalidad, se exige que las normas, ya sean jurídicas o morales, tienen que ser consideradas como necesidades asentadas en exigencias de la razón y de la ley natural; solamente así, es posible reclamar su obligatoriedad.

El pensamiento práctico es pensar acerca de qué (debe uno) hacer. La razonabilidad práctica es razonabilidad al decidir, al asumir compromisos, al elegir y ejecutar proyectos, y, en general, al actuar. La filosofía práctica es una reflexión disciplinada y crítica sobre los

⁹⁶ Hocevar González, Mayda, “Los casos centrales y periféricos y el punto de vista moral del punto de vista interno en la teoría del derecho de John Finnis”, en J. A. Ramos Pascua y M. Á. Rodilla González (eds.), *El positivismo jurídico a examen*, España, Universidad de Salamanca, 2006, p. 212.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ *Idem*.

bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica.⁹⁹

La conducta humana está constituida –fundamentalmente– por acciones observables, susceptibles de ser descritas y valoradas, de acuerdo con la finalidad u objetivo que se intenta conseguir. La comprensión plena de dichas conductas y prácticas es posible cuando la finalidad, el objetivo, el valor, entre otros, son entendidos tal cual han sido concebidos por sus actores.¹⁰⁰

La filosofía práctica –que profesa Finnis– tiene como labor elemental entender la conducta del ser humano, dirigida a conseguir ciertos bienes o fines que son valiosos para el hombre, los cuales son identificados a través de la razón. El hombre como un ser libre tiene la facultad de razonar y de lograr por medio de la razón, que sus acciones sean inteligibles, de acuerdo con un fin correctamente valioso. El razonamiento práctico es lo que ha de hacerse para conseguir el bien. En cambio, el derecho natural, que está constituido por “un conjunto de principios mediante los cuales la razón práctica dirige la vida humana y social hacia la más plena realización de ciertos valores autoevidentes que conforman un bien común objetivo”¹⁰¹, tiene la tarea de evidenciar la forma de cómo se logra conseguir el bien común.

II. El punto de vista interno en Finnis

Finnis, al igual que Hart, advierte que el derecho es un concepto polisémico, cuyo significado varía de acuerdo con el contexto, tiempo y la persona. “Un teórico desea describir el derecho como una institución social. Pero las concepciones del derecho (*jus, lex, droit, nomos,...*) que las personas han tenido en mente y han usado para determinar su propia conducta son bastante diversas”¹⁰².

⁹⁹ Finnis, John, *op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 38.

¹⁰¹ Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín, *op. cit.*, pp. 375-376.

¹⁰² Finnis, John, *op. cit.*, p. 38.

Además de esto, siendo el derecho la práctica social más importante, viene entremezclado con otras características de la vida social que, muchas veces, es difícil de distinguir cuando “algo” es o no derecho; de igual modo, tiene denominaciones que van diversificándose de acuerdo con los idiomas.¹⁰³

Si se tiene en consideración la advertencia que Finnis ha efectuado sobre la dificultad que se presenta al momento de hacer una teoría del derecho, es preciso tener en cuenta las dos interrogantes que él ha formulado en su libro *Ley natural y derecho naturales*¹⁰⁴: ¿cómo ha de haber, entonces, una teoría general descriptiva sobre estos pormenores cambiantes? y ¿cómo decide el teórico qué ha de considerar como derecho para los fines de su descripción? Estas dos cuestiones son significativas, debido a que inciden de manera directa en la metodología que emplea el teórico del derecho para llevar a cabo su cometido de caracterizar el fenómeno jurídico. En el caso de Finnis, muy al margen de los aciertos y desaciertos que detenta su método y su definición del derecho, presenta una alternativa metódica interesante para hacer frente a dichas interrogantes.

En el capítulo X de su libro, J. Finnis brinda una definición de derecho que denomina multifacética:

[...] el término “derecho” ha sido usado con un significado focal para referirse primariamente reglas producidas, de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (ella misma identificada y, normalmente, constituida como institución mediante reglas jurídicas) para una comunidad “completa”, y apoyada por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones, dirigida a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad (y a ratificar, tolerar, regular o dejar sin efecto las soluciones coordinadoras procedentes de cualquiera otras instituciones o fuentes de normas) para el bien común de esa comunidad, según una manera y forma en sí misma, adaptada a ese bien común por características como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad y el mantenimiento

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ *Idem.*

de la reciprocidad entre los súbditos del derecho, tanto de unos con otros, como en sus relaciones con las autoridades legítimas.¹⁰⁵

Por otro parte, habrá que considerar que “esta concepción multifacética del derecho ha sido construida reflexivamente, siguiendo las implicaciones de ciertas exigencias de la razón práctica, dados ciertos valores básicos y ciertas características empíricas de las personas y las comunidades”.¹⁰⁶

Para que Finnis haya llegado a elaborar una concepción sobre qué es el derecho, tuvo –previamente– que transitar por ciertos pasos metodológicos. Y un acercamiento a la exposición y comprensión del pensamiento del autor en análisis sugiere que se determinen los aspectos metodológicos que le permitieron construir su explicación del derecho.

Un punto de inicio para lograr dicho cometido es mencionar que Finnis adopta, con algunas variantes y especificaciones, el conocido punto de vista interno de origen hartiano. La distinción entre Hart y Finnis, respecto al punto de vista interno, radica en que el primero plantea que los agentes participantes aceptan el derecho por diversas razones; en este sentido, el abanico de posibilidades por lo que se admite el derecho es amplio para Hart.

No solamente es posible que enormes cantidades de personas sean coaccionadas por normas que ellas no consideran moralmente obligatorias, sino que ni siquiera es verdad que aquellos que aceptan voluntariamente el sistema tengan que sentirse moralmente obligados a hacerlo, si bien lo es que cuando hay tal sentimiento el sistema será más estable.¹⁰⁷

Al ser esto así para Hart, que “la adhesión al derecho puede no estar motivada por ello, sino por cálculos de intereses mediatos, o por el deseo de continuar una tradición, o por una preocupación

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 304.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ Hart, H. L. A., *El concepto...*, *cit.*, pp. 250-251.

desinteresada por los demás”.¹⁰⁸ En cambio, Finnis va más allá del simple asentimiento, ya que la aquiescencia por sí sola no es razón suficiente para cumplir con los preceptos normativos, por lo que es necesario, señala Finnis, buscar un motivo sustancial. El cual es dado por la moral y por la finalidad que es capaz de conseguirse, si se acata la norma jurídica moralmente trascendente. Finnis admite la variedad de razones por las que se puede aceptar el derecho, pero las posibilidades de hallar varios puntos de vista desde la perspectiva interna se ven considerablemente incrementadas ante la existencia de distintos motivos que se tienen para aceptar los preceptos normativos. Existen tantos puntos de vistas internos como razones para aceptar el derecho. Este suceso hace que Finnis dirija la elección de un punto de vista interno como el más importante, cuyos motivos de aceptación y cumplimiento del derecho están fundados en argumentos morales.

Solo el individuo que acepta el derecho por razones morales es capaz de describir y valorar –apropiadamente– el fenómeno jurídico. Este enfoque le faculta a Finnis utilizar herramientas del discurso moral. “Solo desde un punto de vista moral, es posible, en opinión de Finnis, elaborar una auténtica teoría del derecho, capaz no solo de describirlo, sino también de evaluarlo moralmente”;¹⁰⁹ por lo tanto, el punto de vista interno con contenido moral constituye un eje central para caracterizar de forma completa el derecho.

III. Caso central y periférico

Otro aspecto resaltante de la metodología finnisiana es la división conceptual entre el caso central –con su significado focal–, que tiene una conexión fundamental con el punto de vista interno moralmente relevante, y el caso periférico. Los antecedentes, como bien lo refiere el propio Finnis, se encuentran en las ideas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, aunque con perspectivas distintas, pero en sustancia, se refieren a lo mismo.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 286.

¹⁰⁹ Hocevar González, Mayda, *op. cit.*, p. 197.

Lo anterior permite a Finnis manejar, distanciándose así de la mayoría de los autores iusnaturalistas, un concepto amplio del derecho y evadir algunos de los errores en los que, según el positivismo jurídico, incurren las teorías de la ley natural, como por ejemplo confundir la validez jurídica con la validez moral.¹¹⁰

La identificación del derecho con los principios morales deducidos a partir de la naturaleza es un error interpretativo que se ha atribuido al derecho natural clásico. Para clarificar el asunto, Finnis reformula la perspectiva iusnaturalista y señala que la vida práctica está encaminada a la realización de ciertos bienes básicos y a la obtención de fines valiosos para el ser humano. Siendo, por tanto, tarea del derecho natural evidenciar la manera en que es posible su obtención. “Pero las acciones, prácticas, etcétera, solamente pueden comprenderse plenamente captando su fin, es decir su objetivo, su valor, su relevancia o importancia, tal como fueron concebidos por quienes realizaron esas acciones, participaron en esas prácticas, etcétera”¹¹¹

Respecto del caso central y su significado focal, es importante plantear las siguientes interrogantes: ¿qué entiende Finnis por caso central y periférico?, ¿qué elementos permiten a Finnis identificar el caso central?, ¿qué función tiene?, y cómo el desarrollo del caso central ayuda a responder la pregunta: ¿cómo decide el teórico lo que debe considerar como derecho para los fines de su descripción?,¹¹² ya que el material para la descripción del que se dedica a la teoría no se encuentra claramente diferenciado y delimitado de otras características de la vida práctica y vida social.¹¹³

En relación con las preguntas del párrafo anterior, se procederá a responder de forma global, debido a la conexión que tienen entre sí.

Finnis no intenta brindar una definición absoluta de lo que es el derecho. Su finalidad es encontrar una noción de derecho que sea útil para explicar de forma teórica, los fenómenos a los que se

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ Finnis, John, *op. cit.*, p. 38.

¹¹² *Idem.*

¹¹³ *Idem.*

refiere.¹¹⁴ Para lograr su pretensión, se apoya en el caso central y su significado focal.

El caso central y su significado focal posibilitan diferenciar de forma puntual el derecho de otras prácticas sociales afines; en cambio, los casos periféricos son extensiones analógicas del término de derecho. Santiago Legarre da un ejemplo que sirve para mostrar la diferencia entre el caso central y el caso periférico:

[...] un vaso de Coca-Cola pura es un caso central de Coca-Cola, mientras que un vaso de Coca-Cola con un pequeño agregado de agua del grifo también es Coca-Cola, pero aguada: es una versión aguada de la bebida, pero no por ello, deja de ser tal, en algún sentido relevante. A tal punto que quien la toma puede engañarse.¹¹⁵

La distinción entre la Coca-Cola pura y la Coca-Cola aguada es gradual, conforme se vaya agregando más agua a la Coca-Cola se va alejando de ser Coca-Cola pura o ideal.

El caso central es el caso ideal o perfecto que contiene todas las características comunes o rasgos generales de lo que se considera derecho; además, por ser la mejor perspectiva, posee un significado completo y útil para explicar el derecho de manera completa. El caso central es el estado de cosas a que hace alusión un concepto teórico según su significado focal.¹¹⁶ En términos simples, el caso central de Finnis constituye el ejemplo ideal. Sin embargo, el caso periférico es una situación imperfecta que, a falta de alguna o algunas características, es catalogada como defectuosa o marginal.

Siguiendo a Aristóteles, Finnis señala que hay casos centrales y periféricos de amistad; asimismo, existen casos centrales de régimen constitucional y casos periféricos, como el caso de la Alemania de Hitler, la Rusia de Stalin o la Uganda de Amin. El profesor de Oxford advierte, por una parte, que no se puede negar que los casos periféricos son ejemplos de amistad o de constitucionalidad y, por

¹¹⁴ Rodríguez-Toubes Muñoz, Joaquín, *op. cit.*, p. 377.

¹¹⁵ Legarre, Santiago, “El concepto de derecho en John Finnis”, *Revista Persona y Derecho*, España, N° 40, Universidad de Navarra, 1990, p. 66, nota 5.

¹¹⁶ Finnis, John, *op. cit.*, p. 44.

otra, la explicación que se realiza del caso central no puede ser útil solo para dilucidar las características del caso central, la explicación que provee el caso central también tiene que ser capaz de dar cuenta de los casos periféricos.

Antes bien, la explicación descriptiva de los casos centrales debería ser tan rica y compleja conceptualmente como fuese querido para responder todas las preguntas pertinentes sobre esos casos centrales. Y después, la explicación de los otros casos puede seguir la pista de las semejanzas y diferencias, de las analogías y las distinciones, por ejemplo, de forma, función o contenido, entre ellos y los casos centrales. De este modo, uno hace patente el “principio o fundamento racional”, en virtud del cual se extiende el término general (“constitución”, “amigo”, “derecho”...) desde los casos centrales a aquellos más o menos marginales, desde su significado focal a sus significados secundarios.¹¹⁷

La diferenciación entre el caso central y los casos periféricos trae consigo ineludiblemente, la clasificación de leyes jurídicas, distinguiéndolas según el grado de importancia. Santiago Legarre señala que sería irrazonable otorgar una igual importancia a todas las leyes que conforman el material jurídico.¹¹⁸

No es igualmente importante, relevante, significativo, el caso de la ley justa que el de la ley injusta. Aquel tiene mucho más que aportar a mi conocimiento de la realidad social; a la vez que ilumina los supuestos de leyes injustas y permite su mejor comprensión –lo cual no ocurre a la inversa–.¹¹⁹

Existe una conexión fuerte entre el punto de vista interno moralmente relevante y el caso central. El primero es quien determina al segundo y su correspondiente significado focal; esto es, la construcción o identificación del caso central se realiza con base al punto de vista interno, desde la perspectiva moral. Ahora, el asunto

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 45.

¹¹⁸ Legarre, Santiago, *op. cit.*, p. 80.

¹¹⁹ *Idem*.

está en determinar quién proporciona el punto de vista moral (el ciudadano de a pie, el operador jurídico, etcétera), es decir, qué tipo de persona es capaz de proveer el argumento moral adecuado, de tal forma que la elección que se haga del punto de vista interno sea precisamente el correcto y no otro. “Esa persona, que constituye el *standard* adecuado para el científico, se identifica con el hombre virtuoso al que Aristóteles denomina *spoudaios*”.¹²⁰ Finnis se apoya en el hombre aristotélico de características virtuosas, ya que solo él está en la capacidad de valorar cuando una norma jurídica está efectivamente en concordancia con los preceptos morales. La labor que tiene el hombre prudente es irrealizable por otros que no tienen dicha aptitud.

“Él está en condiciones de saber cuándo una regla merece crédito moral como medio para favorecer la consecución del bien de la sociedad y cuándo, en cambio, la presunción de obligatoriedad moral debe ceder, pues nos encontramos frente a una ley injusta”.¹²¹

Pero lo novedoso de Finnis es su método para hallar ese núcleo central del derecho. La esencia de su argumentación iusnaturalista consiste en:

Constatar que ciertos bienes se le presentan al hombre de modo evidente como valores finales objetivos.

Especificar las reglas del razonamiento práctico que dirigen a ellos del modo más pleno.

Mostrar que la satisfacción de estas reglas requiere la existencia de comunidades con una autoridad respetada.

Indagar la obligatoriedad moral del derecho emanado por dicha autoridad.¹²²

- John Finnis –en consecuencia– identifica la existencia de los siguientes bienes básicos:
- *La vida*: que se alude a cualquier aspecto de la vitalidad que resulte necesario, para que el ser humano pueda determinar los aspectos claves de su existencia de forma óptima.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 81.

¹²¹ *Idem*.

¹²² Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín, *op. cit.*, p. 377.

- *El conocimiento*: entendido como el que se persigue por el puro deseo de saber y no para conseguir algún otro objetivo.
- *El juego*: definido como aquellas acciones en las que los hombres participan y que no tienen ninguna finalidad, excepto, la de disfrutar.
- *La estética*: se refiere al goce de la belleza en cualquiera de sus modalidades y con independencia de que fuera generada por el hombre (como en el caso del arte) o por la naturaleza (como en el caso de los paisajes).
- *La amistad*: es un bien a través del cual se consigue la paz y la armonía entre los hombres y consiste en la realización de actuaciones, a favor de los propósitos de otra persona por el simple bienestar de esa persona.
- *La razonabilidad práctica*: es un valor complejo que aglutina a la libertad, el razonamiento, la integridad y la autenticidad (es el bien básico que permite enfrentar con inteligencia las decisiones respecto de las acciones, el estilo de vida y la formación del carácter).
- *La religión*: es un bien cuyo contenido deberá ser determinado por cada persona, pues constituye la respuesta al interrogante sobre el origen universal de las cosas (sea esta teológica, atea o agnóstica).

Estos bienes básicos son intrínsecamente valiosos porque resultan buenos en sí mismos, y no deben ser considerados como un instrumento o medio por el cual se pueda alcanzar otro tipo de bienes.

Es importante mencionar que la característica primordial de los bienes básicos es su inconmensurabilidad; lo que significa que no pueden ser reducidos unos a otros, y tampoco pueden ser utilizados instrumentalmente. La consideración de la inconmensurabilidad ubica a todos los bienes básicos en un mismo nivel; por lo tanto, un bien no puede ser considerado sobre o por debajo de otro. No existe un bien mejor que otro ni un bien más básico que otro, tampoco, se admite la posibilidad de existencia de un bien jerárquicamente más valioso que otro. Estos postulados sostienen su irreductibilidad.

La identificación y el conocimiento de los bienes básicos no son suficientes para su realización; para esto, hay que apoyarse en los principios fundamentales del razonamiento práctico. Son los principios básicos los que van a permitir la opción que debe seguirse para su consecución; en este sentido, es el razonamiento práctico quien se encarga de proveer razones que permiten la elección de las opciones que se tienen.

CAPÍTULO V

El punto de vista interno en la teoría de Dworkin

I. Introducción

Son muy conocidas las propuestas que ha realizado Ronald Dworkin a la teoría del derecho, a la filosofía política y filosofía moral. Ciertamente, como iusfilósofo, ha realizado contribuciones importantes para el debate contemporáneo; de igual modo, ha planteado una opción diferente para comprender el derecho, la cual representa una variable alterna a las clásicas y emblemáticas tradiciones del positivismo jurídico y del iusnaturalismo. Dworkin, con su exposición, refresca y vigoriza la desgastada discusión entre los representantes de las ya acotadas posiciones iusfilosóficas.

Ronald Dworkin no únicamente ha esbozado un giro hermenéutico en la comprensión del derecho, pues también, ha replanteado la manera de hacer iusfilosofía; en esta perspectiva, desde su posición epistemológica y metodológica, señala que:

La filosofía del derecho trata de los problemas filosóficos suscitados por la existencia y la práctica de las leyes. Carece, pues, de un núcleo de problemas filosóficos distintos de su categoría específica, como poseen otras ramas de la filosofía, pero su contenido coincide parcialmente con la de estas. Dado que los conceptos de culpa, falta, intención y responsabilidad constituyen el meollo del derecho, la filosofía jurídica se nutre de la ética, de la filosofía del entendimiento y de la filosofía de la acción. En la medida en la que preocupa a los juristas la noción ideal del derecho y la manera en que este debería producirse y aplicarse, la filosofía jurídica se nutre también de la filosofía política. Aún el debate sobre la naturaleza del derecho, que ha dominado la filosofía jurídica durante algunas décadas, es en el fondo, un tema inherente a la filosofía del lenguaje y a la metafísica.¹²³

Las afirmaciones del párrafo citado no son para nada reveladoras, tradicionalmente la agenda de la filosofía del derecho siempre ha estado ligada a temas de filosofía moral, filosofía política, filosofía de la acción, etcétera. El mérito de Dworkin, por lo tanto, no está en haber

¹²³ Dworkin, Ronald, *Filosofía del derecho*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 39.

observado dicha conexión, sino en haber reforzado –sustancialmente– la relación al extremo de trasladar el debate de la teoría jurídica al ámbito de la filosofía moral y filosofía política.

A efecto de dar un viraje en la forma de hacer filosofía del derecho, Dworkin argumenta que el derecho es un concepto interpretativo que encierra en sí cuestiones normativas, valores morales y políticos (como bien se conoce, para Dworkin, los principios morales y políticos juegan un rol central en la interpretación del derecho); en consecuencia, una teoría sólida debe ser capaz de fundamentar estos aspectos, pues solamente así es posible construir una teoría que sea justificativa y normativa de la práctica jurídica. Para lograr esto –dice Dworkin–, se deben analizar los conceptos de justicia, equidad y otros valores sustantivos que están relacionados con el derecho y que –en conjunto– posibilitan un apropiado conocimiento del mismo.

Dado lo anterior, Dworkin pone mayor énfasis en el contenido del derecho, aspecto que –dicho sea de paso– fue desatendido por partidarios del iuspositivismo. Bajo esta tendencia, el derecho ha incluido cualquier contenido, “por tanto, los contenidos eran contingentes, mudables y, en suma, no susceptibles de ser considerados en una teoría *general* del derecho”.¹²⁴

Si bien es cierto que el ideal de Dworkin –respecto al derecho– representa un fin loable para la iusfilosofía; sin embargo, el modo en que lleva a cabo su proyecto y los argumentos que desarrolla para su defensa no son tan claros, lo que imposibilita determinar con certeza si su pretensión teórica es particular o universal. Por un lado, su razonamiento trata de dar respuesta a problemas que se presentan en un determinado sistema jurídico y, por otro, explorar el concepto de lo que establece el derecho en cierto lugar.¹²⁵ Y siendo que el punto de arranque está circunscrito por la práctica legal que acontece en cierto arquetipo jurídico, y responde a una realidad concreta, es factible catalogar a su teoría como particular. En relación con este punto, Prieto Sanchís señala que:

¹²⁴ Prieto Sanchís, Luis, “Cuatro preguntas a propósito de Dworkin”, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 38: *Ronald Dworkin, estudios en su homenaje*, Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 1993, p. 80.

¹²⁵ Dworkin, Ronald, *La justicia en toga*, trad. de Marisa Iglesias Vila y Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, España, Marcial Pons, 2007, p. 12.

[...] la teoría del derecho como integridad es una teoría del derecho particular, solo predicable de aquellas comunidades que compartan un determinado sistema de valores; y por eso, también el jurista que postula es un jurista necesariamente comprometido con la moralidad encarnada en los principios.¹²⁶

Por otro lado, Dworkin defiende la idea de una teoría general del derecho y plantea que su pretensión respecto a los problemas jurídicos no es el de responder solo para un sistema jurídico particular, como el derecho inglés, sino para el derecho en general, ya sea en Alemania, Afganistán o en cualquier otro lugar.¹²⁷ Juan Vega manifiesta que: “Dworkin intenta explicar el derecho en términos generales, su teoría intenta explicar tanto el derecho norteamericano, como el de Guatemala”.¹²⁸ Para llegar a esta aseveración, Vega se sustenta en la siguiente pregunta, que el propio Dworkin se plantea: ¿qué es lo que hace que una proposición del derecho sea verdadera, donde sea que sea verdadera? A esta interrogante, Vega indica que Dworkin “no se refirió a los aspectos contingentes de este derecho o de otro, sino referirse al derecho, donde sea que tengamos derecho”.¹²⁹

Recuérdese que la propuesta de Ronald Dworkin implica tomar en cuenta el contenido del derecho; por ende, su teoría no podrá soslayar tal contenido, y solamente será de utilidad en aquel o aquellos ordenamientos jurídicos, que respondan significativamente con dichos contenidos axiológicos, “[...] y habrá de ser en consecuencia una teoría particular. Esto es algo que confiesa el propio Dworkin: ‘las teorías interpretativas están por su propia naturaleza dirigidas a una cultura legal particular, generalmente a la cultura a la que pertenecen sus autores [...]’”.¹³⁰

Otro problema que se presenta en Dworkin es que al parecer, no hace distinción alguna entre lo que es una teoría del derecho y

¹²⁶ *Ibidem*, p. 84.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 181.

¹²⁸ Vega Gómez, Juan, *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 42.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 81.

una teoría de la adjudicación. Para él, la asimilación entre ambas se justifica, debido a que persiguen la misma finalidad; esto es: ofrecer una mejor interpretación a la *praxis* legal.

El iusfilósofo norteamericano se dedica desde la aparición de sus primeros escritos, a criticar y rebatir al iuspositivismo y al realismo jurídico. Contra el modelo iuspositivista de auspicio hartiano, al que Dworkin denomina “modelo dominante”, explica que “el enfoque metodológico –el cómo hacer filosofía del derecho– de algunos positivistas consistente en llevar a cabo una explicación descriptiva y moralmente neutral del concepto del derecho es errónea”.¹³¹

Esta forma de hacer teoría del derecho, según Dworkin, es insuficiente, puesto que el derecho no puede ser formulado exclusivamente a través de enunciados descriptivos, libre de valoraciones y justificaciones morales, como si se tratase de una simple recolección de datos fácticos.

La osadía de Dworkin consiste en poner en cuestión ese paradigma. Pretende restaurar las relaciones entre la Ciencia de la Legislación y la Jurisprudencia, poniendo de manifiesto que la tarea de la ciencia jurídica no es describir el derecho desde afuera, sino ofrecer solución a los problemas que se plantean.¹³²

El ataque al positivismo jurídico por parte de Dworkin representa un hito fundamental en la filosofía del derecho, ya que no han existido críticas tan agudas que hayan sido capaces de poner en aprietos a los partidarios del iuspositivismo y de despertar adeptos y detractores. El razonamiento dworkiniano parte del hecho de que cuando los juristas están razonando o tienen discusiones que giran en torno a conceptos de derechos y obligaciones jurídicas (sobre todo aquellos que están referidos a los denominados casos difíciles), las disputas se agudizan más y para clarificarlas, se apoyan en es-

¹³¹ Vega Gómez, Juan, *op. cit.*, p. 37.

¹³² Calsamiglia, Albert, “Dworkin y el enfoque de la integridad”, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 38: *Ronald Dworkin, estudios en su homenaje*, Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, 1993, pp. 48-49.

tándares normativos como los principios, debido a que las reglas jurídicas son insuficientes.¹³³

Los matices diferenciadores –a grandes rasgos– entre directriz política y principios jurídicos radican fundamentalmente en que los primeros proponen un objetivo que ha de ser alcanzado, y están ligados a la mejora de una situación económica, política o social de la comunidad; mientras que los segundos están referidos a cuestiones de equidad, justicia o algún otro aspecto de la moral. Para la distinción entre principios y normas jurídicas, Dworkin no se valió solo de formulaciones teóricas, sino que también se basó en cuestiones prácticas y en algunas sentencias judiciales del tribunal norteamericano e inglés.

II. El punto de vista interno en Dworkin

La posición metodológica que Dworkin asume –con sus debidas especificaciones y singularidades– es tributaria, en cierta forma, proviene de la división que Hart ha realizado entre el punto de vista interno y el punto de vista externo. Solo que Dworkin entiende de forma distinta la perspectiva interna y pone énfasis en la propuesta del participante, precisamente en la óptica del juez.

Un argumento central para la toma de dicha postura metodológica, se centra en el papel significativo que tienen los jueces en la práctica jurídica. Y la teoría del derecho debe ser capaz de guiar la práctica del quehacer judicial. El derecho es un fenómeno social.¹³⁴ “Pero su complejidad, su función y su consecuencia, todo depende de una característica especial de su estructura. La práctica legal, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, es argumentativa.”¹³⁵

Cada agente que participa de la práctica comprende que las propuestas que se hagan del derecho tienen sentido dentro de la práctica; fuera de ella pierden su finalidad. El aspecto argumentativo es una par-

¹³³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 2ª reimp., trad. de Marta Guastavino, España, Ariel, 2014, p. 72.

¹³⁴ Dworkin, Ronald, *El imperio...*, cit., p. 23.

¹³⁵ *Idem*.

ticularidad importante para la *praxis* legal, y puede ser estudiado desde dos variantes: “Una es la perspectiva externa del sociólogo o del historiador del porqué algunas pautas del argumento legal se desarrollan más en ciertos periodos o bajo circunstancias que en otras, por ejemplo. La otra es la perspectiva interna de aquellas que hacen el reclamo”.¹³⁶

Esta última posición implica la actitud del participante; esto es, de la persona que usa el sistema jurídico; en este caso, el interés está dirigido a la práctica en sí, es decir, a determinar la contundencia y veracidad de los argumentos que utiliza para justificar su reclamo acerca de lo que le permite o prohíbe el derecho.

Su interés no es histórico, aunque pueden creerlo pertinente a la historia; es práctico, en la misma forma que la presente objeción ridiculiza. No desean predicciones de los reclamos legales que harán, sino argumentos sobre los cuales estos reclamos son acertados y por qué: no desean teorías sobre cómo la historia y la economía han moldeado sus conciencias, sino el lugar de estas disciplinas en el argumento sobre qué es lo que el derecho requiere que hagan o tengan.¹³⁷

Como era de esperarse, Dworkin refiere que hay una conexión entre aquellas perspectivas, por lo que estas [interna y externa] son fundamentales, una necesita de la otra en distinto grado, es decir, se implican una a otra.

El punto de vista del participante envuelve al historiador cuando algún reclamo de derecho depende de una cuestión histórica [...]. La perspectiva del historiador incluye la del participante en forma más penetrante, porque el historiador no puede comprender el derecho como una práctica social argumentativa, incluso como para rechazarla por engañosa, hasta que obtiene la comprensión del participante, hasta que posee su propio sentido sobre lo que cuenta como buen o mal argumento dentro de dicha práctica.¹³⁸

¹³⁶ *Idem.*

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ *Idem.*

He aquí la importancia metódica del punto de vista interno o del participante, solo si se obtiene un adecuado conocimiento de sus razones se puede explicar la teoría del derecho como una práctica argumentativa e interpretativa.

Ciertamente, Dworkin es menos explícito aún respecto de un método para el estudio de ese objeto particular, pero queda claro que tal conocimiento solo es posible desde un punto de vista interno a la práctica misma.¹³⁹

Aquí el asunto principal parece girar alrededor de la pregunta por aquello que se debe conocer o experimentar para ser capaz de comprender una práctica social como el derecho.¹⁴⁰

Desde una orientación sociológica e histórica, es posible llevar a cabo una teorización del derecho como una práctica social, pero esta probabilidad es limitada, a causa de que el sociólogo y el historiador no participan de la práctica legal, y al elaborar sus teorías acerca del derecho, únicamente se dedican a examinar las razones jurídicas que sostienen los participantes, en relación con el derecho durante un periodo específico, con la finalidad de determinar si un argumento es mejor que otro.¹⁴¹ “Las teorías que ignoran la estructura del argumento legal por cuestiones supuestamente mayores de historia y de sociedad son por consiguiente perversas. Ignoran preguntas acerca del carácter interno del argumento legal [...]”.¹⁴² Dworkin reclama una teoría social del derecho, construido desde la jurisprudencia, que tome en consideración el punto de vista interno y capte la esencia argumentativa del derecho.

El punto de vista interno de la teoría dworkiniana está constituido por el punto de vista de los jueces, pues el argumento judicial

¹³⁹ Sarlo, Óscar Luis, “Kelsen y Dworkin: del concepto a la concepción del derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 38: *Ronald Dworkin, estudios en su homenaje*, Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 1993, p. 366.

¹⁴⁰ Marmor, Andrei, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴¹ Schiavello, Aldo, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Italia, G. Giappichelli, 1998, p. 99.

¹⁴² Dworkin, Ronald, *Imperio...*, *cit.*, p. 24.

que estos elaboran de las disputas o reclamos de los derechos, representa un espacio clave para investigar el aspecto central del argumento legal formal.¹⁴³

Ciudadanos, políticos y profesores de derecho también se preocupan y discuten sobre qué es el derecho, y podría haber tomado sus argumentos como nuestros paradigmas en lugar del de los jueces. Pero la estructura del argumento judicial es típicamente más explícita, y el razonamiento judicial tiene una influencia sobre otras formas de discurso legal que no es totalmente recíproco.¹⁴⁴

He aquí la razón del porqué el análisis tiene como punto de referencia el argumento judicial frente a otras formas de razonamiento. El plano judicial es la posición metodológica que adopta Ronald Dworkin para explicar el derecho como una actividad interpretativa. La razón para la elección de la perspectiva del juez radica en que Dworkin atribuye al juez un rol paradigmático y ejemplificador.¹⁴⁵

En la explicación de Dworkin sobre los presupuestos y perspectivas de su aproximación al derecho, destaca ante todo su insistencia en que se ocupa del ‘carácter central de la teoría jurídica (*jurisprudence*), de los que han de ser sus objetivos y métodos’ y, entre ellos, del que considera su tema central: el ‘análisis de lo que podría llamarse el sentido de las proposiciones de derecho’.¹⁴⁶

Las implicaciones que tienen las proposiciones a nivel de la filosofía jurídica son importantes. Como bien se sabe, estas son entendidas como enunciados descriptivos, de los cuales es posible

¹⁴³ *Idem.*

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ Schiavello, Aldo, *op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁶ Colomer, José Luis, “Teoría del derecho, interpretación y punto de vista interno. Algunas observaciones sobre la tesis de Ronald Dworkin”, en J. A. Ramos Pascua y M. Á. Rodilla González (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, España, Universidad de Salamanca, 2006, p. 278.

predicar criterios de verdad o falsedad; es decir, las proposiciones pueden ser verdaderas o falsas según sea el caso. Dworkin entiende las proposiciones jurídicas como “declaraciones que hace la gente sobre lo que la ley les permite, prohíbe o autoriza tener”. El hecho de que las proposiciones jurídicas sean enunciados declarativos que efectúan las personas que participan del derecho, implica que debe comprenderse la actitud comprometida e interpretativa del participante o del punto de vista interno –los jueces–, pues solo así es posible averiguar el “sentido” y las “circunstancias contextuales”, que permiten que las proposiciones jurídicas sean verdaderas o falsas.

Dworkin plantea, conforme a su concepción del derecho como integridad, que las proposiciones jurídicas son verdaderas cuando tienen su origen en principios de justicia y equidad, valores que rigen en una sociedad; y además, deben de ser capaces de ofrecer una mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad. La corrección o incorrección de las proposiciones jurídicas parece depender del razonamiento jurídico judicial y de los hechos que deben suceder para que sea considerada como verdadero. “Resulta así que las proposiciones jurídicas verdaderas, que dicen que es verdad lo que en cada caso el juez resuelve, son verdaderas por definición o tautológicamente, y, por añadidura, inmutables”.¹⁴⁷

La explicación del significado de las proposiciones jurídicas deviene en un asunto primordial para la filosofía jurídica, para comprender la pregunta “¿qué es el derecho?”. Para el iusfilósofo norteamericano, una exposición óptima de los enunciados jurídicos requiere el enfoque del punto de vista de los participantes, precisamente, el de los operadores jurídicos (jueces). Es posible que desde una perspectiva histórica o sociológica, se puedan describir las proposiciones jurídicas; sin embargo, su exposición va a ser restrictiva, ya que es provista por un agente u observador externo. Para tener un conocimiento pleno de las aserciones jurídicas, debe comprometerse el punto de vista interno:

¹⁴⁷ Vernengo, Roberto J., “El derecho como interpretación e integración”, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 38: *Ronald Dworkin, estudios en su homenaje*, Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 1993, p. 38.

[...] para tener un acceso a su dominio ontológico, es preciso encontrarse en la actitud comprometida del participante interno, cuyas decisiones son, de respetar la virtud de integridad, no solo normas válidas de derecho, sino conocimiento verdadero teórico de ese mismo derecho. Para este, el participante interno y, en especial, para el juez, y solo para ellos, se da el derecho de una comunidad como objeto eventual de un conocimiento teórico.¹⁴⁸

III. El derecho como interpretación

Los desacuerdos teóricos y empíricos que Dworkin identifica en el derecho, constituyen la premisa de partida de sus reflexiones.

El desacuerdo empírico sobre el derecho no es para nada misterioso. Las personas pueden disentir sobre qué son las palabras en los códigos de leyes, de la misma forma en que pueden disentir sobre cualquier otro hecho. Sin embargo, el desacuerdo teórico en derecho, el desacuerdo sobre el fundamento del derecho, es más problemático.¹⁴⁹

Es importante tomar en cuenta, que el desacuerdo teórico que se presenta en el derecho se debe a que los operadores jurídicos –abogados, jueces, etcétera– entienden de forma variada, qué es el derecho; razón por la cual las conclusiones a las que arriban difieren una de la otra. La respuesta para superar el asunto proviene de la concepción del derecho como una práctica social interpretativa, pues es el desacuerdo teórico donde la interpretación juega un papel importante.

Dworkin remarca que la teoría interpretativa del derecho admite los desacuerdos teóricos, hecho que no sucede con las denominadas teorías semánticas, puesto que para estas, dichos desacuerdos “simplemente” no existen.

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ Dworkin, Ronald, *Imperio...*, *cit.*, p. 18.

El “derecho es un concepto interpretativo”, al igual que la justicia, el arte, la literatura y la cortesía como práctica social. Refiriéndose a la temática de la interpretación, el filósofo americano hace hincapié en tres modelos interpretativos que se utilizan en contextos distintos. Por un lado, está la interpretación conversacional, que tiene por objetivo desentrañar la intención de lo que el hablante quiere transmitir; este modelo se basa en la intención comunicativa,¹⁵⁰ aquí el marco de referencia está delineado por el propósito que quiere comunicar el orador. A decir de Ronald Dworkin, este esquema interpretativo es familiar, es tan familiar que casi no se le reconoce como tal. “Interpretamos los sonidos o marcas que hace otra persona para decidir lo que esta ha dicho”.¹⁵¹ Por otro lado, se encuentra la interpretación científica, que implica en una primera instancia, la recolección de datos para su posterior interpretación. Por último, se encuentra la interpretación creativa, que sirve para interpretar obras artísticas y las diversas formas de prácticas sociales. “[...] la interpretación de la práctica social es como la interpretación artística en el siguiente sentido: ambas apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas, en lugar de lo que las personas dicen [...]”.¹⁵²

La finalidad de la interpretación creativa es buscar el propósito, significado o sentido de la obra de arte o de la práctica social. “A grandes rasgos, la interpretación constructiva es una cuestión de un propósito, impuesto a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual pertenece”.¹⁵³

Isabel Lifante Vidal menciona que “el problema principal que afecta a esta configuración de los tipos interpretativos radica en que no se sabe muy bien cuál es el criterio utilizado para calificar a una determinada actividad interpretativa como perteneciente a un tipo u otro”.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Marmor, Andrei, *Interpretación...*, cit., p. 56.

¹⁵¹ Dworkin, Ronald, *Imperio...*, cit., p. 47.

¹⁵² *Idem*.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 48.

¹⁵⁴ Lifante Vidal, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 265.

Esta observación es importante, ya que hace notar una imprecisión en el que incurre Dworkin. En una primera instancia, el hilo conductor para la clasificación de los modelos interpretativos parece estar en el objeto de la interpretación; esta primera impresión desaparece cuando Dworkin se ocupa del papel de la intención en los distintos tipos interpretativos, y se centra en el criterio de la actitud del intérprete.¹⁵⁵

Habiéndose efectuado una pequeña descripción de los tipos de interpretación en la teoría del derecho, a continuación, se desarrollarán cuestiones vinculadas con la actitud interpretativa, las etapas interpretativas –la forma como Dworkin aplica al derecho– y el esquema de interpretación creativa (calificada como constructiva). Asimismo, entender la condición de por qué la interpretación creativa es constructiva es básico para captar los lineamientos que Dworkin utiliza, para presentar su propuesta del derecho como interpretación.

Cuando el autor de *Law's Empire* se ocupa de la actitud interpretativa que se tiene frente a una práctica social –en este caso, Dworkin utiliza como ejemplo la cortesía–, señala que aquella tiene dos elementos. El primero se caracteriza por suponer que la práctica social no solo existe, sino también tiene un valor; es decir, sirve para algún propósito o interés, o hace cumplir algún principio que puede ser enunciado de forma independiente del hecho de caracterizar o describir las reglas que integran la práctica. El segundo implica también una suposición en relación con los requisitos y fundamentos de la práctica social; y es importante suponer que aquellos –requisitos y fundamentos– que dan forma y sustancia a la práctica, no tienen la calidad de ser necesarios o exclusivos. Los comportamientos o los juicios que garantizan y justifican la práctica social tienen que responder al propósito de esta, “[...] de modo que las estrictas reglas deben ser entendidas, aplicadas, extendidas, modificadas, calificadas o limitadas por dicho sentido”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ *Idem.*

¹⁵⁶ Dworkin, Ronald, *Imperio...*, *cit.*, p. 45.

Estos dos elementos que conforman la actitud interpretativa son, en opinión de Dworkin, independientes entre sí; de manera que puede encontrarse una práctica social en la que esté presente el primer elemento, pero no el segundo: se considera que la práctica sirve a determinados objetivos, pero no que estos puedan utilizarse para modificar las reglas que conforman la práctica.¹⁵⁷

Dworkin individualiza tres fases de la actividad interpretativa:

a) la preinterpretativa; b) la interpretativa, y c) la postinterpretativa o reformadora.

En la primera fase, la persona que va a realizar la interpretación tiene que identificar el objeto a ser interpretado; asimismo, tiene que distinguirlo de otros objetos. Aquí, se identifican las reglas y normas que dan el contenido provisorio de la práctica. La aplicación de esta etapa al derecho implica que se reconozca el material jurídico, es decir, las reglas jurídicas que hacen parte de la práctica jurídica.

En la segunda fase es:

[...] donde el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa. Esto consistirá en un debate de por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general.¹⁵⁸

El intérprete en este punto comienza a ver al objeto de su interpretación con mayor conciencia.¹⁵⁹

Para realizar esta tarea, es necesario determinar cuáles son los valores y objetivos que se considera que la práctica persigue. Es precisamente esta justificación, compuesta por los valores y objetivos de la práctica, la que constituye, para Dworkin, el ‘sentido’ o ‘significado’ de la práctica.¹⁶⁰

En este sentido, el profesor Dworkin apunta que “la justificación no necesita adaptarse a cada uno de los aspectos o características

¹⁵⁷ Lifante Vidal, Isabel, *op. cit.*, p. 272.

¹⁵⁸ Dworkin, Ronald, *Imperio...*, *cit.*, p. 58.

¹⁵⁹ Schiavello, Aldo, *op. cit.*, p. 131.

¹⁶⁰ Lifante Vidal, Isabel, *op. cit.*, pp. 274-275.

de la práctica permanente, pero sí lo suficiente para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y no inventado una nueva”.¹⁶¹

El nivel interpretativo aplicado al derecho (lo que intenta el intérprete en este caso) es buscar y atribuir un significado o sentido al derecho, teniendo en cuenta los valores, propósitos y fines que persigue. Como bien observa Isabel Lifante:

[...] a partir de aquí, ya puede operar la idea de integridad, en el sentido de que todos los materiales jurídicos deben verse como una unidad que viene conformada por el conjunto de principios que haya optado cada interpretación. En este sentido, el intérprete debe operar como si el derecho fuera fruto de ‘una’ voluntad y esos principios representan sus intenciones.¹⁶²

La tercera fase se denomina también reformadora. El quid del asunto está en adecuar o ajustar la práctica social al sentido o significado que ha sido descubierto por el intérprete en la etapa anterior. La función que cumple el intérprete en esta fase es de suma importancia, ya que debe presentar argumentos de cómo debe interpretarse el objeto, a efecto de presentarlo como un ejemplo paradigmático del género al que pertenece el objeto materia de interpretación.

Esta etapa pretende, por tanto, reestructurar la práctica a la luz de sus objetivos, lo que puede implicar el abandono, reforma o introducción de algunas de las reglas identificadas en la primera etapa; esto coincide precisamente con el requisito del segundo elemento de la actitud interpretativa.¹⁶³

Si se tiene en cuenta lo aseverado hasta ahora, en relación con la tercera etapa, es posible afirmar que esta fase puede fácilmente ser calificada como reformadora o crítica.¹⁶⁴ Y los alcances que tiene

¹⁶¹ Dworkin, Ronald, *Imperio...*, *cit.*, p. 58.

¹⁶² Lifante Vidal, Isabel, *op. cit.*, p. 289.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 275.

¹⁶⁴ Schiavello, Aldo, *op. cit.*, p. 131.

en la interpretación del derecho, están referidos a la selección de la mejor teoría entre todas aquellas que ofrecieron una interpretación del material jurídico.

“Los criterios que, en opinión de Dworkin, sirven para llevar a cabo esta selección se basan en los valores que pueden mostrar a la práctica jurídica en cuestión como el mejor ejemplo posible del género al que considera que pertenece”.¹⁶⁵

Siendo que el derecho es una práctica social, el modelo de interpretación aplicable es la creativa o constructiva. El quehacer jurídico, entendido como un razonamiento de interpretación constructivo, tiene por finalidad justificar la concepción del derecho como integridad. De ahí que el derecho debe entenderse como una práctica interpretativa de tipo constructiva.

El modelo de interpretación constructivo que propone Ronald Dworkin se diferencia de otros esquemas interpretativos, tales como el pragmatismo y el convencionalismo. En la interpretación constructiva –dice Dworkin–, las interpretaciones que se realizan del derecho se presentan en distintos niveles o grados de generalidad. Los jueces efectúan interpretaciones de sus prácticas y responsabilidades, las teorías que estos construyen siempre están intentando presentar de mejor manera sus prácticas. Lo mismo ocurre con los teóricos del derecho, la diferencia entre la argumentación e interpretación entre jueces y filósofos del derecho es una cuestión de grado y generalidad; el fundamento desarrollado por estos últimos sirve como base teórica a las cuestiones de la *praxis* judicial.

La idea de que la interpretación es fundamentalmente constructiva es de importancia decisiva para la teoría de Dworkin, dado que clarifica el modo en el que todas las formas de interpretación dependen radicalmente de valores o, en otras palabras, el modo en el que los juicios valorativos determinan profundamente sus interpretaciones.¹⁶⁶

Recuerde que:

¹⁶⁵ Lifante Vidal, Isabel, *op. cit.*, p. 290.

¹⁶⁶ Marmor, Andrei, *Interpretación..., cit.*, p. 59.

[...] según el modelo constructivo, toda interpretación intenta presentar su objeto como el mejor ejemplo posible del género al cual se considera que pertenece. Se sigue de esto que tenemos que abordar cualquier tarea interpretativa, ya equipados con una idea de aquello que es valioso en determinado género.¹⁶⁷

Con la propuesta interpretativa que efectúa Dworkin, lo que intenta es dar un paso significativo que se diferencie de otras concepciones del derecho, y sea capaz de explicar el derecho en su totalidad desde una óptica distinta a la que –generalmente– se estaba acostumbrado.

¹⁶⁷ *Idem.*

CAPÍTULO VI

El valor metodológico del punto de vista interno en la filosofía del derecho

I. Introducción

La escuela analítica del derecho se ha caracterizado, entre otras cosas, por el enfoque de querer explicar qué es el derecho, diversos autores pertenecientes a dicha tradición se han manifestado inevitablemente sobre el tema. El programa inaugural y la correspondiente base metodológica fueron propuestos por Jeremy Bentham y John Austin, a pesar del tiempo transcurrido y de los avances teóricos que se han conseguido, sus propuestas metodológicas aún ocupan un lugar importante en el debate contemporáneo.

Argumentativamente, las diferencias entre teorías descriptivas y normativas son importantes. Las teorías descriptivas intentan dar cuenta tal cual es el derecho, se cuidan de hacer críticas y valoraciones morales respecto a su objeto de análisis; las preguntas con las que enfrentan su objeto de estudio están referidas a través de cuestiones cómo: “¿qué distingue los sistemas jurídicos de los juegos, las reglas de protocolo y la religión? ¿Todas las normas son reglas? ¿Son los derechos jurídicos una clase de derechos morales? ¿Es el razonamiento jurídico una variante especial de razonamiento? ¿Es la causalidad jurídica idéntica a la causalidad del sentido común? [...], etcétera.”¹⁶⁸ Las aserciones que establecen casi siempre poseen un grado de generalidad, y cuando se preguntan qué es el derecho, están intentando averiguar la “esencia” del derecho en general y no de un sistema jurídico en particular.¹⁶⁹ Las teorías que se inscriben dentro del proyecto analítico-descriptivo del derecho no siempre son entendidas uniformemente; en este sentido, Juan Carlos Bayón presenta hasta cuatro variantes.¹⁷⁰ En cambio, las teorías normativas justifican o explican moralmente el derecho. Al igual que la corriente anterior, también son entendidas de diversas maneras; Scott Shapiro ofrece dos vertientes de la teoría normativa. La primera es denominada *interpretativa* y la segunda es conocida como *crítica*. “Los teóricos del derecho *interpretativos* intentan ofrecer una explicación de la lógica o los fundamentos morales *concretos* del derecho vigente.”¹⁷¹

¹⁶⁸ Shapiro, Scott, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁹ Bix, Brian, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷⁰ Para una adecuada explicación *vid.* Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 20-23.

¹⁷¹ Shapiro, Scott, *op. cit.*, p. 26.

Sin embargo, “aquellos que se dedican a la vertiente crítica de la teoría normativa del derecho [...] desean establecer cómo debería ser el derecho desde un punto de vista moral”.¹⁷² Por su parte, Juan Carlos Bayón identifica hasta tres matices diferentes de lo que puede entenderse por teorías normativas. “El primero de ellos [...] es el de una teoría *prescriptiva* acerca del concepto del derecho; esto es, una teoría que no pretende dar cuenta de cuál es, sino recomendararnos cuál debería ser nuestro concepto de derecho en vista de las consecuencias morales que se seguirían de adoptarlo”.¹⁷³ La segunda postura implica que la adopción de una concepción del derecho, sea cual sea esta, debe ser con base en razones de naturaleza moral y política: “y justamente eso, y no otra cosa, es lo que la teoría del derecho podría y tendría que hacer”.¹⁷⁴ La tercera opción es aquella que mantiene la imposibilidad de analizar el derecho sin apelar a argumentos morales y políticos, “es decir, que para dar cuenta adecuadamente de qué es el derecho es preciso partir de un modo u otro de la acepción de juicios morales”.¹⁷⁵

Muy al margen de las diferencias formales y sustanciales, de los compromisos metodológicos que tiene cada discurso al momento de señalar qué es el derecho, existe un hilo metodológico que comparten ambas posiciones cuando abordan el problema de qué es el derecho. El valor metodológico al que se hace alusión es el denominado “punto de vista interno” o del “participante”; su configuración no ha sido soslayada por los teóricos del derecho y es atendida de forma puntual. Tanto descriptivistas como normativistas, sostienen que es necesario tener en cuenta el punto de vista interno para comprender el derecho desde la perspectiva del que usa las normas jurídicas.

¹⁷² *Idem.*

¹⁷³ Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 23.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 24.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 25.

II. Peter Winch y la propuesta hartiana

En su libro *El concepto de derecho*, el profesor Hart, en una nota de pie de página del capítulo IV, ofrece indicios para pensar que la distinción entre “punto de vista interno” y “punto de vista externo” tiene asidero en algunas reflexiones que en su momento, efectuó Peter Winch acerca de los hábitos y de las reglas en su libro *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*.¹⁷⁶ Está claro que no se puede precisar el grado de contribución que ha tenido este último en el pensamiento hartiano, pero existen atisbos suficientes como para poder señalar que efectivamente hubo una influencia, aunque sea mínima.

Las cavilaciones de P. Winch están dedicadas a trazar diferencias entre las ciencias sociales y las ciencias naturales, demostrando que ambas categorías utilizan diversas concepciones para dar cuenta de los acontecimientos o hechos que ocurren en cada área científica. Las concepciones que utiliza el historiador o el sociólogo son incompatibles con las concepciones explicativas que utilizan los investigadores de las ciencias exactas. “Un aspecto importante del argumento era que el primer tipo de concepciones forman parte de la vida social misma, y no tan solo de la descripción que el observador hace de ella”.¹⁷⁷ Este planteamiento es de suma importancia a nivel metodológico para entender las acciones sociales, ya que la relación entre concepciones y acciones sociales es particularmente cercana, y una valoración adecuada requiere un conocimiento de las reglas lingüísticas.

Peter Winch, siguiendo al segundo Wittgenstein, admite que todas las acciones humanas están guiadas por reglas: “la prueba de que un hombre esté aplicando o no una regla en sus acciones no reside en que podamos *formular* tal regla, sino en averiguar si tiene sentido distinguir entre un modo correcto y uno erróneo de hacer las cosas, con respecto a lo que se está haciendo”.¹⁷⁸ En el caso de que

¹⁷⁶ Libro que fue traducido al castellano por María Rosa Viganó de Bonacalza, con el título *Ciencia social y filosofía*, 7ª reimp., Argentina, Amorrortu, 1990. En adelante, las citas que se hagan están referidas al texto en castellano.

¹⁷⁷ Winch, Peter, *op. cit.*, p. 90.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 57.

se dé que tenga sentido, “[...] entonces también debe tenerlo decir que está aplicando un criterio en lo que hace, aunque no formule o no pueda, tal vez, formularlo”.¹⁷⁹

Si el actuar está conforme con la regla, entonces es una acción calificada como socialmente aceptada, la comprensión y explicación de esa acción es únicamente dable, si se entiende la forma de vida y las reglas que la rigen. El investigador social tiene la tarea de clarificar el aparato conceptual que está vinculado con aquellas formas de vida que son guiadas por reglas sociales. Esto es posible si el investigador tiene como punto de referencia al sujeto que participa, y además, tiene un compromiso con el sentido de la práctica social. Winch pone el ejemplo del sociólogo o del historiador. “Un historiador o sociólogo de la religión debe tener algún sentimiento religioso para captar el movimiento religioso que está estudiando y comprender las consideraciones que rigen la vida de sus participantes”.¹⁸⁰

La regla metodológica de Winch se configura de la siguiente forma: el estudioso debe de tener en cuenta la regla por la cual se rige el sujeto participante.

Hart, adaptando libremente la tesis de Winch al estudio del derecho, distingue el punto de vista interno del externo sobre la base de la aceptación de las normas.¹⁸¹ La aceptación se ha convertido en eje fundamental para la comprensión del derecho desde la perspectiva del que usa la norma como criterio de conducta. “La centralidad en la comprensión del derecho del punto de vista práctico de quienes ‘aceptan’ la reglas constituye, como bien se sabe, una de las aportaciones decisivas del trabajo de Hart, que han hecho de su obra un hito decisivo de la teoría contemporánea del derecho”.¹⁸²

Hart adopta de Peter Winch el método de la comprensión.

Su opción por la metodología “comprensiva” en el conocimiento de prácticas sociales –como la única capaz de dar cuenta de la cuestión central de la normatividad del derecho– se plasma en la adopción de ‘un

¹⁷⁹ *Idem.*

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 84.

¹⁸¹ Schiavello, Aldo, *op. cit.*, p. 101.

¹⁸² Colomer, José Luis, *op. cit.*, p. 293.

método *hermenéutico*, que implica describir la conducta gobernada por reglas tal y como aparece a los participantes, que la contemplan como conforme o disconforme con ciertas pautas compartida.¹⁸³

III. Valor metodológico del punto de vista interno

La utilidad hermenéutica que provee el punto de vista interno para la teoría del derecho es fundamental, al extremo de que no es posible decir algo del criterio normativo del derecho, si no se lo tiene en cuenta. “Lo que Hart ha establecido mediante este conocido diseño podría denominarse la prioridad lógica o conceptual del punto de vista del participante”.¹⁸⁴ Alfonso Ruiz Miguel¹⁸⁵ señala que si no hubiera o en todo caso nadie mantuviera ese punto de vista frente a las reglas, no existiría posibilidad alguna de imaginar la existencia del sistema normativo, ya que no faltaría únicamente la base de creencias y continuidad, “sino que, sobre todo, tal sistema adolecería de la básica pretensión de justificación necesaria para presentarse como conjunto normativo diferenciable del conjunto formado por la suma de órdenes formuladas por distintos asaltantes [...]”.¹⁸⁶

Como primera exigencia para la configuración del punto de vista interno, es la existencia de ciertos individuos que tengan una actitud ante las normas; solo así, se puede dar la posibilidad de hablar de una perspectiva interna o del participante; como segunda exigencia, es dada por la capacidad de comprender adecuadamente dicha actitud.

La insistencia por captar la esencialidad del punto de vista interno, sus características y limitaciones es básica, debido a que es un instrumento metodológico que permite al iusfilósofo comprender mejor el derecho. La pretensión normativa del fenómeno jurídico se entiende mejor, si se tiene como esquema de partida la perspectiva interna; tomarla en cuenta es crucial para una teoría exitosa del derecho.¹⁸⁷ Esto ha sido remarcado por el propio Hart.

¹⁸³ *Idem*.

¹⁸⁴ Ruiz Miguel, Alfonso, *op. cit.*, p. 576.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ *Idem*.

¹⁸⁷ Bix, Brian, *op. cit.*, p. 183.

Es innegable la centralidad del “punto de vista interno” en la teoría del derecho; la utilidad metodológica que ella implica es importante para comprender la normatividad del fenómeno jurídico desde la práctica. Los autores posteriores a Hart están de acuerdo en la metodológica que ofrece la óptica del participante y hacen referencia a la misma cuando argumentan sus postulados acerca del derecho. Pero sucede que no todos los teóricos entienden lo mismo por dicha figura conceptual, pues las diversas posiciones que se han desarrollado del tema distan uno del otro y caracterizan su contenido de forma dispareja.

IV. El enfoque del teórico del derecho

Otro aspecto acuciante en la filosofía del derecho es respecto a la perspectiva que debe optar el teórico para dar cuenta de lo que es el derecho; es decir, cuál es la postura adecuada donde tiene que situarse el estudioso del derecho para comprender el fenómeno jurídico. Aquí, el planteamiento no está referido a si se debe o no tomar en cuenta el punto de vista del participante; este asunto ha quedado claro, el problema al que se hace referencia tiene que ver si el teórico del derecho debe elegir entre posicionarse en la perspectiva interna o externa para enfocar su análisis del derecho. El caso no resulta de fácil elección, ya que las consecuencias que se derivan por elegir el primero y no el segundo o viceversa son determinantes para el conocimiento del derecho, y distan el uno del otro; esto es, que cuando se quiere explicar qué es el derecho desde la vertiente del participante, no necesariamente coincide con la explicación que se da desde la óptica del observador. Un ejemplo paradigmático de esta aseveración es la propuesta de Ronald Dworkin y H. L. A. Hart.

Quizá, como nodo de partida para la exposición, sea pertinente apoyarse en las dos descripciones que realiza Hart, acerca del punto de vista externo o del observador. El citado autor distingue entre lo que es el observador externo extremo y el observador externo crítico o moderado. Este último permite observar los distintos comportamientos de las personas que siguen las reglas y se toma en

consideración que las acciones que efectúan las personas dependen de la existencia de las normas;¹⁸⁸ el observador crítico toma el punto de vista de los participantes de la práctica social. Sin embargo, el punto de vista externo extremo se limita únicamente a registrar la regularidad de los comportamientos, sin tomar en cuenta que dichos comportamientos sean determinados por las reglas;¹⁸⁹ aquí, el observador únicamente ve regularidades o conductas externas.

El problema con Hart es que no dejó clara su opinión, en relación con la posición que debe optar el teórico en su estudio del derecho. Una interpretación plausible del problema es efectuada por el profesor Neil MacCormick, quien sostiene que Hart considera que la perspectiva idónea que debe asumir el teórico del derecho es el punto de vista externo crítico o moderado.

Por su parte, Dworkin es más expresivo y se inclina por elaborar una teoría del derecho desde la perspectiva del participante; se interesa por un proyecto teórico comprometido con la práctica del quehacer judicial que sea capaz de justificarla.

La duda que aquí surge tiene que ver con lo siguiente: cómo es posible que ambas perspectivas tengan resultados distintos al momento de analizar una institución como el derecho, teniendo en cuenta que ambas posiciones necesariamente adoptan cognoscitivamente el denominado “punto de vista interno” de los participantes. Las propuestas obtenidas y las proposiciones elaboradas al momento de identificar o conocer el derecho por ambas nociones, son válidas hasta cierto punto, ya que responden a proyectos distintos.¹⁹⁰ Esto es una concesión que es posible realizar y aceptar sin problema alguno. Ya que los fines que persiguen son diversos, el observador moderado intenta en primer plano, brindar un concepto descriptivo del derecho; sin embargo, la otra opción pretende ofrecer un concepto prescriptivo del fenómeno jurídico. Los lentes con los que se miran al derecho son de distinto alcance, los compromisos metodológicos y el grado de comprensión del punto de vista son diferenciables.

¹⁸⁸ Schiavello, Aldo, *op. cit.*, p. 102.

¹⁸⁹ *Idem.*

¹⁹⁰ Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral...*, *cit.*, pp. 21-45.

Los procedimientos de identificación del derecho distan uno del otro, a pesar de tener un mismo objetivo (dar cuenta de qué es el derecho), sus análisis y conclusiones son dispares. Siendo conscientes de este hecho, el reto entonces, está en determinar qué teoría es la más adecuada; para esto, es necesario examinar la naturaleza de sus proposiciones argumentativas y compararlas. Solo a través de un análisis minucioso y de ver cuáles son los pros y contras; es decir, qué se gana y qué se pierde con cada teoría, es posible dar un veredicto a favor de una de ellas.

V. Enunciados jurídicos internos y externos

Los enunciados jurídicos internos y externos constituyen herramientas conceptuales muy importantes para el quehacer teórico del derecho; sin embargo, a pesar de su valor conceptual, aún no se han podido trazar diferencias contundentes entre una y otra categoría.

Una básica distinción entre ellos fue planteada por el profesor Hart. Los primeros son expresiones que realizan las personas que aceptan el derecho como pauta de conducta; esto es, son enunciados que hacen los sujetos que participan del derecho. Los segundos son enunciados que efectúan las personas que no aceptan el derecho, por lo tanto, no se encuentran dentro del marco jurídico, no participan del derecho y se comportan como simples observadores. La idea que permite trazar una diferencia radica en la noción de aceptación; si el sujeto acepta la norma, pasa automáticamente a ser participante y los enunciados que realiza acerca del derecho son enunciados de derecho; si sucede lo contrario, es decir, el individuo no acepta bajo ninguna razón el derecho, viene a ser un espectador del sistema normativo y los juicios que efectúa son necesariamente enunciados externos que versan acerca del derecho que otros han aceptado. Esta preliminar distinción permite señalar que los enunciados internos pueden ser considerados normativos, de los cuales no es posible predicar valores de verdad y falsedad; en tanto que los enunciados externos son descriptivos y susceptibles de atribuirseles criterios de verdad y falsedad.

El cuadro pintado, tal cual se presenta en el párrafo anterior, no es muy fino, ya que contiene un bosquejo general de lo que implica la escisión entre enunciados jurídicos internos y externos. El quid y lo problemático del asunto se presenta cuando se observa que los enunciados jurídicos internos no tienen únicamente la categoría de ser normativos, pues también presentan un contenido descriptivo. Según esto, los enunciados jurídicos internos son justificativos y explicativos al mismo tiempo.

Bibliografía

- AUSTIN, JOHN, *El objeto de la jurisprudencia*, trad. de Juan Ramón de Paramo y Argüelles, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BIX, BRIAN, *Teoría del derecho: ambición y límites*, trad. de Pablo E. Navarro, Érica Frontini y otros, España, Marcial Pons, 2006.
- BOBBIO, NORBERTO, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Argentina, EUDEBA, 1965.
- CALSAMIGLIA, ALBERT, “Dworkin y el enfoque de la integridad”, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 38: *Ronald Dworkin, estudios en su homenaje*, Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, 1993.
- CALSAMIGLIA, ALBERT, “Teoría del participante versus teoría general del derecho: una aproximación”, *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, España, 1997.
- CARRIÓ, GENARO R., *Dworkin y el positivismo jurídico*, Cuadernos de Crítica, N° 16, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, 1981.
- CARRIÓ, GENARO R., *Un intento de superación de controversia entre positivistas y jusnaturalistas (Réplica a Carlos S. Nino)*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1986.
- COLOMER, JOSÉ LUIS, “Teoría del derecho, interpretación y punto de vista interno. Algunas observaciones sobre la tesis de Ronald Dworkin”, en J. A. Ramos Pascua y M. Á. Rodilla González (eds.), *El positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, España, Universidad de Salamanca, 2006.
- DE PARAMO ARGÜELLES, JUAN RAMÓN, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- DELGADO PINTO, JOSÉ, *Estudios de filosofía del derecho*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- DICKSON, JULIE, *Evaluación en la teoría del derecho*, trad. de Juan Vega Gómez, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006.
- DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, 3ª reimp., España, Gedisa, 2008.

- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, 2ª reimp., España, Ariel, 2014.
- FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego Sánchez, Argentina, Abeledo-Perrot, 2000.
- GAIDO, PAULA, *Las pretensiones normativas del derecho*, España, Marcial Pons, 2011.
- HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrío, 3ª ed., Argentina, Abeledo-Perrot, 2009.
- HART, H. L. A., “Independencia entre derecho y moral”, en R. M. Dworkin (comp.), *La filosofía del derecho*, trad. de Javier Sáinz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012.
- HOCEVAR GONZÁLEZ, MAYDA, “Los casos centrales y periféricos y el punto de vista moral del punto de vista interno en la teoría del derecho de John Finnis”, en J. A. Ramos Pascua y M. Á. Rodilla González (eds.), *El positivismo jurídico a examen*, España, Universidad de Salamanca, 2006.
- LIFANTE VIDAL, ISABEL, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- MACCORMICK, NEIL, *H. L. A. Hart*, trad. de Juan Manuel Pérez Bermejo, España, Marcial Pons, 2010.
- MARMOR, ANDREI, *Interpretación y teoría del derecho*, trad. de Marcelo Mendoza Hurtado, España, Gedisa, 2001.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, España, Ariel, 1994.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, “Cuatro preguntas a propósito de Dworkin”, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 38: *Ronald Dworkin, estudios en su homenaje*, Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 1993.
- RAZ, JOSEPH, *Entre la autoridad y la interpretación*, trad. de Hernán Bouvier, Pablo Navarro y Rodrigo Sánchez Brígido, España, Marcial Pons, 2013.

- REDONDO, MARÍA CRISTINA, “*The Concept of Law, cincuenta años*”, DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, N° 37, 2014.
- RIVAYA, BENJAMÍN, “Estructura y función en la teoría del derecho de H. L. A. Hart”, en J. A. Ramos Pascua y M. Á. Rodilla González (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, España, Universidad de Salamanca, 2006.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, JOAQUÍN, “El iusnaturalismo de John Finnis”, *Revista Anuario de Filosofía del Derecho X*, España, 1993.
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO, “Derecho y punto de vista moral”, *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, España, 1997.
- SARLO, ÓSCAR LUIS, “Kelsen y Dworkin: del concepto a la concepción del derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 38: *Ronald Dworkin, estudios en su homenaje*, Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 1993.
- SHAPIRO, SCOTT J., *Legalidad*, trad. de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña, España, Marcial Pons, 2014.
- SCHAUER, FREDERICK, “Necesidad, importancia y naturaleza del derecho”, en Jordi Ferrer Beltrán *et al.* (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, España, Marcial Pons, 2012.
- SCHIAVELLO, ALDO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Italia, G. Giappichelli Editore, 1998.
- VEGA GÓMEZ, JUAN, *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, España, Dykinson, 2014.
- VERNENGO, ROBERTO J., “El derecho como interpretación e integración”, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 38: *Ronald Dworkin, estudios en su homenaje*, Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 1993.
- VERDUGO, CARLOS, “‘La pregunta por el concepto’, H. L. A. Hart y *El concepto de derecho*”, *Revista de Ciencias Sociales*, Chile, N° 28, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, 1986.
- WALUCHOW, J. WILFRID, *Positivismo jurídico incluyente*, trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, España, Marcial Pons, 2007.
- WINCH, PETER, *Ciencia social y filosofía*, 1ª reimp., trad. de María Rosa Viganó de Bonacalza, Argentina, Amorrortu Editores, 1990.

jeditores.com

ISBN 978-987-4995-54-4



Revista
Disponible
Online

