



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO

**UTILIDAD METODOLÓGICA DEL PUNTO DE VISTA INTERNO EN LA
IUSFILOSOFÍA ANALÍTICA**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO**

**PRESENTA:
IMELDO CASTRO VILLENA**

**TUTOR:
DR. MIGUEL ÁNGEL SUAREZ ROMERO FACULTAD DE DERECHO**

CD. UNIVERSITARIA, D.F. FEBRERO 2016



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

UTILIDAD METODOLÓGICA DEL PUNTO DE VISTA EN LA IUSFILOSOFÍA ANALÍTICA

IMELDO CASTRO VILLENA

DEDICATORIA:

Con amor y gratitud a mi familia, a cuyos integrantes aún me queda una impagable deuda por saldar y me alegro de que sea así.

A RUTH CAROLINA RODRÍGUEZ, cuya existencia incomoda agradablemente mi vida y me encanta de que sea así.

ÍNDICE

Agradecimiento.....	5
Introducción.....	6
Capítulo I: Algunas reflexiones en torno a la filosofía del derecho.....	7
I.- Objetivo.....	7
II.- Importancia de la filosofía del derecho.....	7
III.- Complejidad de la filosofía del derecho.....	9
IV.- Insuficiencia epistemológica del derecho.....	13
V.- ¿A qué se dedican los filósofos del derecho? y ¿cómo es que hacen lo que hacen?.....	14
VI.- Modelos teóricos del derecho y concepciones del derecho	20
VII.- la filosofía del derecho y el punto de vista interno.....	22
Capítulo II: El punto de vista interno en la teoría de H. L. A. Hart.....	27
I.- Introducción.....	27
II.- El Punto de vista interno.....	31
III.- El positivismo metodológico Hartiano	39
Capítulo III: El punto de vista interno en la teoría de John Finnis	43
I.- Introducción.....	43
II.- El punto de vista interno en Finnis.....	46
III.- Caso central y periférico	49
Capítulo IV: El punto de vista interno en la teoría de Ronald Dworkin.....	55
I.- Introducción.....	55
II.- El punto de vista interno en Dworkin.....	59
III.- El derecho como interpretación	64
Capítulo V: El valor metodológico del punto de vista interno en la filosofía del derecho.....	71
I.- Introducción.....	71
II.-Algunos modelos metodológicos de teoría del derecho.....	73
III.- Peter Winch y la propuesta hartiana.....	81
IV.- Valor metodológico del punto de vista interno.....	83
V.- El enfoque del teórico del derecho	85

VI.- Enunciados jurídicos internos y externos.....	87
Conclusiones.....	89
Bibliografía.....	91

AGRADECIMIENTO:

Al CONACYT, por el apoyo económico brindado; al Posgrado de Derecho de la UNAM por albergarme como estudiante; a los maestros de tan distinguida casa de estudios de los cuales aprendí que la inquietud y la criticidad son dos herramientas fundamentales para el quehacer académico; al DR. MIGUEL ÁNGEL SUAREZ ROMERO quien con mucha paciencia y gran mérito tuvo a bien encaminar mis cotidianas torpezas académicas; a mis compañeros de la maestría con especial mención a FRINNE RAMÍREZ COLMENARES quien me acogió como un integrante más de su maravillosa familia.

INTRODUCCIÓN

Uno de los puntos centrales del quehacer de los *ius*-teóricos consiste en responder la pregunta qué es el derecho; intentar abordar el asunto, implica identificar y caracterizar las propiedades que hacen que el objeto materia de análisis sea el que es y no otra cosa; es decir, lo que los filósofos del derecho al formularse qué es el derecho, están buscando aquellas exigencias necesarias que hacen que el derecho sea derecho y no otra cosa, y, sin las cuales el derecho no sería derecho.

Las discusiones que se han originado en relación al tema, han sido nada pacíficas, debido a que los iusfilósofos han mantenido diversas posturas que van de acuerdo a la escuela iusfilosófica al que estaban adscritas. Los argumentos desarrollados no únicamente están destinados a dar respuesta aquella inquietante pregunta; sino también, a responder y criticar las proposiciones de algún teórico de la escuela opuesta.

No obstante de existir un propósito común en el quehacer de la iusfilosofía, los métodos empleados son distintos, cuyos resultados necesariamente son dispares. Pero a pesar de este panorama dificultoso, existe a nivel de la filosofía del derecho un esquema metodológico que puede representar un punto de partida común y que los teóricos concuerdan, el cual tiene que ver con el denominado punto de vista interno, los aportes metodológicos que provee este denominar común son de suma valía y que deben ser analizados para una mejor comprensión, no solo del que ve y utiliza la regla jurídica como un esquema práctico que guía la conducta humana; sino también, del derecho en sí.

El presente trabajo se refiere de forma general, algunos aspectos metodológicos que tiene el punto de vista interno para el quehacer de la filosofía del derecho y para la discusión de qué es el derecho, discusión que pese a ser antiguo y continuo aún falta mucho por hacer e investigar.

CAPÍTULO I: ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

I.- OBJETIVO

El objetivo del presente apartado, es mostrar algunas reflexiones en torno a la filosofía del derecho y la manera de como los teóricos han venido afrontando su objeto de estudio; para ello, se hará referencia algunos elementos formales de la iusfilosofía y determinados aspectos teóricos y metodológicos que han desarrollado los iusfilósofos para explicar el derecho.

II.- IMPORTANCIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

A pesar de existir una larga trayectoria de la actividad iusfilosófica, hoy en día se asiste a un «plano infecundo» y «banal» del camino, donde los esfuerzos por mantener encendido el espíritu de la filosofía del derecho son muy escasos; sobre todo en América Latina. El panorama al que se concurre está marcado por el rápido crecimiento de los cursos prácticos de especialización en materia jurídica, dejándose relegado planteamientos de interés iusfilosófico. Ante esta situación, tal vez convenga recordar algunas de las razones del porqué debe impulsarse la filosofía del derecho; quizá así, se pueda hacer notar la importancia que tiene esta área del conocimiento jurídico.

El derecho, necesita ser comprendido y explicado en su integridad a partir de sus principales fundamentos que residen en preguntas como: ¿qué es el derecho? ¿qué estructura tiene el derecho? ¿cuál es la función del derecho? Entre otras cuestiones. Interrogantes que no se explican adecuadamente desde del propio sistema jurídico, esto es, que las posibilidades de encontrar una respuesta convincente acerca de lo qué es el derecho a partir de los ordenamientos jurídicos existentes o de la norma jurídica positiva es casi insuficiente, es por ello, a efecto de una comprensión pertinente acerca de la realidad jurídica, que los puntos de explicación del derecho, deben de tener una óptica distinta.

La perspectiva a la que se hace alusión es ofrecida por la filosofía del derecho, la misma que es capaz de brindar justificaciones racionales que explican y ayudan a entender mejor el derecho y sus conceptos fundamentales.

Es importante hacer una distinción entre filosofía del derecho y “ciencia” del derecho, previo a trazar líneas diferenciadoras entre ambos campos del conocimiento jurídico, es necesario resaltar que, entre ellas hay una conexión insoslayable, ya que la filosofía del derecho se encarga de analizar y evaluar la validez de los postulados con los que trabaja la denominada “ciencia” jurídica.

Un punto de arranque que permite distinguir entre filosofía y “ciencia” del derecho, tiene que ver con: a) el propósito y función que cumplen; b) los problemas concretos a los que se enfrentan y la manera de cómo se enfrentan, es decir, en virtud a su temática y su método.

El propósito de la “ciencia” del derecho es explicar, interpretar un sistema jurídico en particular, esto es, un ordenamiento jurídico previamente determinado e individualizado, con la intención de justificar su correcta aplicación. Carlos Santiago Nino, señala que los sistemas jurídicos constituyen el objeto de estudio de la “ciencia” del derecho¹; los problemas a los que se enfrenta están necesariamente vinculados con el derecho positivo y tienen que ver con cuestiones de coherencia normativa, completitud e interpretación de las reglas jurídicas, entre otras cosas. Las áreas de conocimiento de la “ciencia” jurídica están constituidas por cuatro sectores, tales como: a) la dogmática jurídica, que se encarga de explicar los diversos campos del derecho, sus instituciones y figuras jurídicas; b) la teoría general del derecho, la cual está dividida en: 1) teorías de las normas y, 2) teoría del ordenamiento jurídico. “Bajo el primer título se estudia la norma jurídica, considerada de manera aislada; la materia del segundo título es el conjunto, complejo o sistemas de normas, que constituyen un ordenamiento jurídico”²; c) la teoría de la legislación, bajo este rubro se analiza

¹ Nino, Santiago Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, 2da edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980, pág. 315

² Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Trad. Jorge Guerrero, 2da edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 199, pág. 141.

todo el proceso de producción de leyes; y, d) el derecho comparado, se estudia los diversos ordenamientos jurídicos, con la finalidad de observar similitudes y diferencias.

La filosofía del derecho tiene como finalidad analizar y dar cuenta del concepto del derecho desde una perspectiva universal, el compromiso de la iusfilosofía está vinculado con el derecho en general, de ahí que se entienda a esta como la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica³, discute y reflexiona de manera filosófica en torno a los fundamentos últimos del derecho y a los problemas jurídicos fundamentales⁴. Asimismo, la filosofía del derecho indaga cuestiones de tipo epistemológico, axiológico y ontológico, los cuales casi siempre son analizados de forma conjunta y paralela. La epistemología jurídica, descrita en rasgos generales entra en la reflexión acerca de la esencia, origen, forma, estructura y posibilidad o no del conocimiento del derecho. En el derecho se han presentado diversos modelos teóricos –positivismo jurídico, iusnaturalismo, realismo jurídico, etc.– que explican el fenómeno jurídico desde diversas posturas epistemológicas. La ontología jurídica, trata de averiguar el ser en sí del derecho, es decir, circunscribe el objeto del cual se va a indagar, para ello, determina el concepto y su “naturaleza”. Por último, la axiología jurídica, constituye un sector importante de la filosofía del derecho que versa acerca de los valores en el derecho.

III.- COMPLEJIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Referirse a la teoría del derecho⁵, o al estudio del derecho, implica necesariamente enfrentarse a una situación compleja, que ha sido ocasionada por

³ Vecchio, Giorgio del, *Filosofía del Derecho*, 9ª Edición revisada por Luis Legaz y Lacambra, corregida y aumentada, Bosch Casa Editorial, 2ª reimpresión, España, Barcelona, 1991, pp. 275 y 279.

⁴ Kaufmann y Hassemer (1992), Winfried, p. 27.

⁵Desde mi perspectiva y con motivos de utilidad práctica, tomamos como términos intercambiables teoría del derecho, filosofía del derecho y «jurisprudencia» (en su significado de habla inglesa) como denominaciones que hacen referencia a una misma actividad. De este mismo parecer son las posturas de Scott J. Shapiro y Juan Vega. El primero señala que: “De hecho, algunos académicos han sido un poco más meticulosos y distinguen entre jurisprudencia, por una parte, y filosofía jurídica, por otra. Francamente desconozco la relevancia de esta

las intrincadas discusiones teóricas que acerca del derecho se han entablado en distintos contextos. El apuntado estado, parece ser una característica ineludible de la filosofía jurídica, que muestra un programa incomprensible de la “naturaleza” de las proposiciones que se han elaborado sobre su objeto de estudio; asimismo, nos hace ver que al hablar de filosofía del derecho, es encontrarse ante un terreno engañoso e impreciso, incapaz de determinar y explicar con claridad la “esencia” o “naturaleza” del derecho.

Las teorías desarrolladas hasta el momento, no solo no son expuestas teniendo en cuenta sus limitaciones; sino que pugnan por imponerse y desacreditarse entre ellas. La lucha constante entre posturas teoréticas de positivistas y no positivistas se ha convertido en una guerra sin cuartel, en donde no hay vencedores ni vencidos, pero si existen muchos heridos y perjudicados. Las complicaciones que se generan, no solo afectan al que se dedica al derecho por razones teóricas; sino también, a aquellos que por razones prácticas se dedican a dicha actividad – abogados, operadores jurídicos en general, estudiantes– y profesionales que no tienen la formación de juristas –piénsese en historiadores, sociólogos, etc.–, quienes están interesados por intentar comprender la “naturaleza” del fenómeno jurídico, ya sea desde una perspectiva del quehacer de la iusfilosofía, o desde su propio punto de vista⁶.

“La teoría jurídica se encuentra en un estado que causa perplejidad. En efecto, los límites tradicionales entre puntos de vista rivales se han desdibujado hasta tal punto que es dable preguntarse cuáles son las cuestiones en juego y si acaso los

distinción, de modo que la dejaré de lado en las siguientes secciones y emplearé los términos «jurisprudencia» y «filosofía jurídica» de manera indistinta”. *Vid.* el libro *Legalidad*, Trad. Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña, Editorial Marcial Pons, España, 2014, pág. 26. El segundo refiere que: no ha encontrado razones suficientes que permitan de forma convincente llevar a cabo la distinción entre teoría del derecho y filosofía del derecho. *Vid.* la nota del traductor del libro de Julie Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, Trad. Juan vega, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, pág. XIII.

⁶ Pero no sólo existen razones profesionales, para averiguar qué es el derecho, en otros términos, no únicamente el filósofo del derecho y otros académicos están preocupados en saber y comprender el fenómeno jurídico, puesto que ha dicho asunto; asisten asimismo motivos no profesionales, y tal es así; que el hombre común o de la calle, también habla y se interesa acerca del derecho, claro, no con el mismo interés reflexivo de los iusfilósofos.

protagonistas no pasan la mayor parte del tiempo discutiendo infructuosamente, como si hablasen idiomas diferentes”⁷. El tiempo y los esfuerzos dedicados a debatir qué es el derecho, los resultados obtenidos, las teorías elaboradas y sus propias metodologías al abordar la materia, no únicamente causan confusión, también; a veces son incomprensibles. La diversidad de modelos teóricos que se han desarrollado para explicar el tema, las perspectivas en las que abordan a su objeto de estudio y los métodos que aplican, muestran un aparente y engañoso escenario de debate “vivificante” en la filosofía del derecho.

“Una barrera para la existencia de un mayor diálogo y entendimiento dentro de la teoría jurídica es la falta de reconocimiento de la variedad de formas y propósitos de las diferentes teorías de (o sobre) la naturaleza del derecho. 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 versus prescriptivas, conceptuales versus empíricas), o al proyecto general del cual sus teorías son parte”⁸.

Por su parte Julie Dickson, sostiene que: “La teoría jurídica o filosofía jurídica, como vertiente teórica de una disciplina sumamente práctica, en algunas ocasiones parece sumergirse en una crisis de perpetua identidad, una autocomposición y aspiraciones nada claras, incluso en la literatura iusfilosófica del más alto nivel”⁹. Esta permanente crisis de identidad, que hace alusión Dickson, se debe a que la filosofía del derecho, como una forma de pensamiento,

⁷ Waluchow, J. Wilfrid, *Positivismo jurídico incluyente*, Trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2007, pág. 15.

⁸ Bix, Brian, *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Trad. Pablo E. Navarro, Érica Frontini y otros, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2006, pág. 17.

⁹ Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, Trad. Juan Vega Gómez, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, México, 2006, pág. 2.

aún no ha podido, determinar con claridad su razón de ser, de igual manera; no ha sido capaz de circunscribir convincentemente su campo de actuación¹⁰.

La filosofía del derecho, se ha desarrollado considerablemente, sobre todo a partir de los planteamientos de Hart, cuyas proposiciones a cerca de la “naturaleza” del derecho, representan un hito fundamental para la teoría jurídica. Junto a él, puede mencionarse personalidades sobresalientes como Josep Raz, John Finnis y Ronald Dworkin, quienes han contribuido al avance de la iusfilosofía, logrando conformar un cinturón de conceptos y problemas que sirven como pautas para los debates. Las posteriores discusiones que han surgido y que se presentan hasta el momento, giran en torno a las ideas de dichos autores, ya sea defendiendo, criticando o interpretando una posición. Muy poco o casi nada, se ha efectuado por mejorar las proposiciones argumentativas de aquellos, salvo esfuerzos aislados; pero que no constituyen un hito dentro de la teoría jurídica. Por el contrario, se ha hecho de la filosofía jurídica, de las propuestas y de los problemas un campo nubloso y enigmático, donde, no es posible distinguir con claridad quién es quién y qué cosas señalan sobre el derecho, convirtiendo planes ambiciosos y sus alcances en programas banales, de contenidos y conclusiones fútiles.

¹⁰ “Al considerar cuál puede ser la labor de la filosofía del derecho, una consideración preliminar que debe tomarse en cuenta es la magnitud de áreas de indagación intelectual y preguntas que esta disciplina ha agrupado en su dominio en uno y otro tiempo y de alguna u otra forma. Para citar sólo algunos ejemplos: cuestiones concernientes a la criminología, aspectos sociológicos del Poder Judicial, antropología jurídica, métodos alternativos de solución de controversias, explicaciones conductivistas sobre la relación entre el derecho y otros tipos de normas sociales, o incluso, el papel de la inteligencia artificial en el razonamiento jurídico, todas las cuales pueden ser vistas desde el dominio de la teorización sobre el derecho. En algunos de estos casos, la sombra de las indagaciones interdisciplinarias claramente añade a la potencial variedad en temas y enfoques. Además, cuestiones teóricas abundan en cualquier indagación que se conduce con un grado suficiente de abstracción, lo que da como resultado que casi cualquier tópico desde la dogmática en cierta jurisdicción pueda abordarse desde una forma iusfilosófica. Esto sin considerar la copiosa literatura jurídica crítica que busca denunciar las formas tradicionales de teorizar sobre el derecho y la forma en que lo concebimos.

Dada esta casi abrumadora heterogeneidad, pareciera que no podemos llegar a conclusiones útiles sobre la labor de la filosofía del derecho, salvo que su ámbito sea delimitado de manera drástica”. *Ibidem*, págs. 20-21.

En el marco de la teoría del derecho, han venido apareciendo teorías, con planteamientos metodológicos y proposiciones dispares sobre la “naturaleza” del derecho, que deben necesariamente ser aclarados y ordenados, conforme a las características de sus proposiciones o de acuerdo al objetivo que reclaman sus postulados metodológicos.

El reto está entonces, en disipar las dudas metodológicas, en aclarar los planteamientos de los distintos modelos teóricos, y, en marcar un límite entre una y otra teoría, ello a efecto de hacer comprensible el debate y caracterizar el núcleo sustantivo que defiende cada escuela teórica. Solo así, va a ser posible, evaluar con objetividad las ventajas y desventajas que presentan los distintos estilos teóricos al momento de explicar la “naturaleza” del derecho y los problemas que se presentan en relación a dicho dilema.

IV.- INSUFICIENCIA EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO

La disciplina jurídica, ha sido siempre desdeñada y tratada como una «ciencia menor» debido a que no es posible un conocimiento exacto y certero del derecho, lo cual ha llevado a pensar que la labor del jurista carece de una debilidad metodológica y epistemológica, cuyos resultados, no pueden ser equiparados a los obtenidos por otras ramas del conocimiento que son catalogadas como verdaderas ciencias. Este asunto un tanto desconcertante no debe de causar angustia alguna; si bien es cierto, el derecho no es una *ciencia* y los teóricos del mismo no son *científicos*, según la acepción naturalista de dichos términos, ello no impide que se puedan elaborar proposiciones con base a argumentos “convincientes”, con la intención de construir un conocimiento coherente y sistemático de su objeto de estudio.

Dada la supuesta; debilidad epistemológica del derecho, es importante proceder en su estudio de manera diversa a los procedimientos implantados por los cánones científicos de las disciplinas físico-naturales. Los problemas de la filosofía jurídica, no pueden ser abordados desde perspectivas científicas, debido a que el fenómeno jurídico ha demostrado ser de una “realidad” peculiar y variable, que se resiste ser atrapada por lo heterogéneo y cambiante que es. La “objetividad” en

el derecho no puede ser establecida de la misma manera en que es determinada la objetividad de las ciencias lógicas, matemáticas o físicas. La “objetividad” en la filosofía jurídica, tiene que ver con la claridad de los conceptos iusfilosóficos y con su coherencia en la interpretación y argumentación.

El fenómeno jurídico, es lo que la filosofía del derecho tiene que explicar y, la mejor manera de entenderlo, no tiene nada que ver con los intentos de hacer del derecho una disciplina “fría” al estilo de las ciencias, muy por el contrario, una adecuada comprensión del mismo, implica ver al fenómeno jurídico en su real dimensión, esto es, tratar al derecho como la práctica social más importante que tiene la sociedad para regularse. El propósito del derecho, es regular la constante interacción de la vida intersubjetiva, en donde los sujetos están tomando decisiones que influyen en el desenvolvimiento de la sociedad. La forma como normalmente se organizan los individuos en sociedad es la materialización concreta de la organización jurídica, en donde los miembros de una sociedad están sujetos a oportunidades y constricciones por parte del derecho.

V.- ¿A QUÉ SE DEDICAN LOS FILÓSOFOS DEL DERECHO? Y ¿CÓMO ES QUE HACEN LO QUE HACEN?

Estas interrogantes requieren respuestas concretas debido a que se refieren a problemas específicos y fundamentales que están ligados a lo que hacen los filósofos del derecho, su tarea o función dentro de las discusiones del derecho; y cómo es que llevan a cabo esta actividad teórica, es decir, la manera como realizan su cometido.

La primera pregunta, está limitada a la actividad del teórico del derecho, y tiene que ver con su objeto de estudio, esto es, con la pretensión de averiguar ¿qué es el derecho? en otras palabras, lo que intentan principalmente los iusfilósofos es, explicar por medio de posturas teóricas la “naturaleza” o “esencia” del fenómeno jurídico. La segunda interrogante, refiere a la manera de cómo los teóricos del derecho enfrentan su quehacer, el cual está conectado a la metodología utilizada para explicar la “naturaleza” del derecho. Los dos asuntos, pueden ser fácilmente

identificados como: a) problemas en torno a la “naturaleza” del derecho; b) problemas de tipo metodológico.

La literatura jurídica¹¹ especializada en el tema se encuentra marcada por una actividad constante, que es catalogada como el objetivo principal de los investigadores de la ciencia del derecho¹², pretensión que se encuentra circunscrita por la intención de los teóricos del derecho a determinar la “naturaleza” del fenómeno jurídico. Este propósito, se ha hecho patente sobre todo a partir de la influencia de la corriente *analytical jurisprudence*.

Pero ¿qué implica hablar de la “naturaleza” del derecho? Intentar buscar la “naturaleza” del derecho, conlleva indagar 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 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”¹³. Resolver este planteamiento un tanto enigmático y problemático, ha sido para los iusfilósofos contemporáneos, un proyecto de primer orden, difícilmente insoslayable y aún no culminado.

Las propiedades que denotan la “esencia” del derecho son primeramente características formales *generales*, esto es, deben necesariamente de estar presentes en todos los ordenamientos o sistemas jurídicos; otro rasgo fundamental, es la *no contingencia* o no dependencia de factores sociales, económicos y políticos para su existencia. Dados estos dos aspectos, lo buscado como propiedades esenciales del derecho al parecer tienen notas distintivas de

¹¹ Puede consultarse los libros y artículos de autores como: Austin, Kelsen, Hart, Raz, Dworkin, etc.

¹² Schauer, Frederick, “*Necesidad, importancia y naturaleza del derecho*”, En Ferrer Beltrán, Jordi; Moreso, José Juan; Papayannis, Diego M. (eds.), *Neutralidad y Teoría del Derecho*. Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2012, pág. 41.

¹³ Raz, Joseph, *Entre la autoridad y la interpretación*, Trad. Hernán Bouvier, Pablo Navarro y Rodrigo Sánchez Brígido, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2013, pág. 38.

ser: ahistóricos, universales, además de ello, tienen el carácter de ser calificadas como verdades necesarias.

Josep 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”¹⁴.

Habiendo llegado a este punto, si se realiza la concesión de que efectivamente el derecho tiene características necesarias que son buscadas afanosamente por la iusfilosofía, resulta oportuno preguntarse dos asuntos trascendentes para la teoría jurídica: 1) ¿qué cosas hacen pensar que el derecho tiene una “naturaleza”? Otra forma de plantearse el asunto es ¿tiene el derecho una “naturaleza”? Y, 2) ¿en qué medida es posible averiguar la “naturaleza” del fenómeno jurídico?

No es la intención brindar en este momento respuestas adecuadas a dichos dilemas, sino simplemente, dar algunas pinceladas toscas que han de ser pulidas en otro espacio y en otra ocasión. En relación al primer asunto existen dos posibilidades, por una parte, se puede admitir y presuponer que efectivamente el derecho tiene una “naturaleza”, de la misma manera como se presupone la existencia de otras cosas, esta actitud es un derrotero sencillo fácilmente

¹⁴ *Ídem.*

adoptable, ya que no implica construir argumentos que justifiquen el porqué. Se asume o se presupone y se concluye la discusión, desaparece el dilema por arte de magia; por otra parte, se puede transitar por un camino más complicado e interesante, que tiene que ver con demostrar argumentativamente que el derecho tiene una “naturaleza”, esto solo es posible, si se construyen razonamientos o argumentos plausibles para su justificación. La segunda pregunta, está referida a la posibilidad o no de descubrir las propiedades esenciales del derecho, esto es, en qué medida puede decirse que “algo” efectivamente constituye una propiedad esencial del derecho y otros no.

Scott J. Shapiro, en relación a la naturaleza del derecho y la naturaleza de un objeto, se plantea el asunto de “examinar qué es lo que deseamos saber exactamente cuándo indagamos sobre la naturaleza de algo”¹⁵ y brinda dos posibilidades.

El primero es, preguntar por la identidad del objeto, esto es, “en qué consiste ser ese objeto”¹⁶, y “preguntarse por la identidad de X equivale a preguntarse 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”¹⁷. El planteamiento de la pregunta de identidad, requiere un proceso de reconocimiento de las características o propiedades de X, a tal punto que, sean capaces de determinar con claridad que X es X por dichas características 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

¹⁵ Scott J. Shapiro, *Legalidad*, Trad. Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña, Marcial Pons, Madrid, España, 2014, pág. 33.

¹⁶ *Ídem*.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 34.

hace que todas las instancias de derecho, y solo ellas, sean instancias de *derecho* y no otra cosa”¹⁸.

La segunda posibilidad, tiene que ver con lo que Shapiro denomina «Pregunta de Implicación», en este punto, las ideas que desarrolla, encierra dos significados que de alguna u otra forma se complementan. Por un lado, la denominada 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 sino podría carecer de ella. Por lo tanto, determinar la naturaleza del derecho, en este segundo sentido, consiste en parte descubrir sus propiedades necesarias, es decir, aquellas propiedades que el derecho no podría dejar de tener”¹⁹. Por otro lado, la «Pregunta de Implicación», engloba también aquellas propiedades no necesarias del objeto, esto es, 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”²⁰.

Entre los primeros esfuerzos por intentar circunscribir el objeto de la “jurisprudencia” se encuentran en los trabajos de John Austin, quien en su texto *The province of jurisprudence determined* y su ensayo *On the uses of the study of jurisprudence*, señala que; “la jurisprudencia tiene por objeto el derecho positivo: es el derecho simple y estrictamente así llamado, esto es, el derecho impuesto por los superiores políticos a sus súbditos”²¹, e inscribe metódicamente “una de las ideas que mayor influencia han ejercido en la teoría del derecho contemporáneo, y

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ *Ibídem*, pág. 35.

²¹ Austin, John, *El objeto de la jurisprudencia*, Trad. de Juan Ramón de Paramo y Argüelles, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2002, pág. 33.

que, todavía hoy, representa un elemento constitutivo de nuestra conciencia jurídica: la idea de que todo Derecho posee una estructura formal idéntica, y que esta estructura se expresa en un repertorio de «principios» o conceptos fundamentales, que se encuentran, por ello mismo, en la base de todo orden jurídico pensable”²². Austin entiende que: “(...) aun cuando cada sistema de derecho tiene sus diferencias específicas y peculiares, hay principios, nociones y distinciones comunes a varios sistemas, las cuales forman analogías o semejanzas que los hacen afines”²³.

Cuando los teóricos del derecho, se preguntan ¿qué es el derecho? se están interrogando acerca de la “esencia” o “naturaleza” del derecho, dicho en otros términos, están procurando buscar las características principales o primordiales del derecho; en palabras de Julie Dickson, están buscando las características representativas e importantes del derecho. A esta cuestión, los filósofos del derecho han dado una serie de respuestas, las mismas que pueden ser estudiadas desde “dos perspectivas metodológicas”.

La primera, señala que es posible dar una respuesta o hacer un estudio del derecho libre de valoraciones morales, esta postura es defendida por los “positivistas analíticos del derecho”, encontrándose dentro de la misma, autores como: H. L. A. Hart, Joseph Raz, Julie Dickson, entre otros.

La segunda, afirma que una adecuada respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho? debe necesariamente recurrir a argumentos morales, por ende, un análisis del derecho tiene que ser sometido de manera insoslayable a una evaluación o justificación moral. Esta posición es sostenida por los “iusnaturalistas” modernos como John Finnis, y por autores que no necesariamente pertenecen a esta escuela, un ejemplo de ello es Ronald Dworkin y Carlos Santiago Nino.

Por una cuestión didáctica a los representantes de la segunda tendencia los denominare como “no positivistas analíticos”, esto con la única intención de

²² Felipe Gonzales Vicen, estudio preliminar del texto de Austin, pág. 5.

²³ Austin, John, *Op. cit.*, pág. 24

encuadrar a autores que no pueden ser catalogados como iusnaturalistas, pero que si defienden la justificación moral del derecho.

Hay entre los teóricos del derecho una inicial y feliz coincidencia en el propósito de su actividad; sin embargo, existe una escisión metodológica en la manera de llevar a cabo dicho cometido, los compromisos y los presupuestos metodológicos que están dispuestos a defender, así como la forma de proceder son distintos. De lo señalado hasta el momento, es fácil advertir que el problema de los teóricos del derecho no está referido a su actividad, pues en esta hay plena concordancia empresarial; el quid del asunto, el parte aguas, tiene que ver con los presupuestos y compromisos metodológicos.

Las implicancias del desacuerdo metodológico son complejas e importantes y, se ven reflejadas en los diversos modelos teóricos que se elaboran para dar cuenta de lo que es la “naturaleza” del derecho, en la forma de entender la estructura de los conceptos y en la labor de la filosofía del derecho.

VI.- MODELOS TEÓRICOS DEL DERECHO Y CONCEPCIONES DEL DERECHO

Los modelos teóricos del derecho, son construcciones sistemáticas que pretenden explicar conceptos fundamentales del ámbito jurídico, para ello elaboran postulados básicos que están en estrecha relación y guardan coherencia entre sí, e intentan dar respuestas racionales a lo que se está investigando. Estas respuestas, hacen que los modelos teóricos, estén siempre “pretendiendo” ser verdaderos sin llegar a ser tales, pues como bien se sabe, no es posible descubrir en el derecho verdades inamovibles e inatacables, sino simplemente aproximaciones racionales y plausibles, que explican y ayudan a comprender mejor el fenómeno jurídico.

Los estilos teóricos que se dan en la disciplina jurídica, constituyen elaboraciones que no tienen el carácter de ser acabados, siempre están en constante renovación y replanteamiento de sus postulados. Las contrastaciones con otras teorías hacen que la comprensión del derecho se enriquezca. Porque ante la sapiencia absoluta, ante las certezas o verdades, se acaban las dudas, por este motivo las teorías jurídicas siempre están sometidas constantemente a la

crítica y a una revisión de los postulados que explican el fenómeno normativo. Estas cuestiones hacen que los modelos teóricos y el derecho en sí sean consideradas como realidades dialógicas.

Al momento de abordar el análisis de una teoría del derecho, es preciso tener en cuenta las siguientes características: 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 contienen proposiciones de carácter racional que deben ser convincentes y no contradictorias.

La finalidad principal de las teorías jurídicas es explicar la “naturaleza” del derecho, pero a pesar de tener un mismo propósito, de utilizar un mismo lenguaje, de centrarse en los mismos conceptos, suelen muchas veces plantear conjeturas e hipótesis disparejas, a veces opuestas en sus conclusiones y argumentos. Este hecho un tanto paradójico, se debe a cuestiones de análisis y métodos dispares que emplean los iusfilósofos al momento de enfrentar su objeto de estudio.

La existencia de la multiplicidad de teorías que se presentan en el campo jurídico, no es observable en otras áreas del conocimiento, no existe por ejemplo múltiples teorías acerca de lo que es la matemática, la física o la química. La diversidad de modelos teóricos que acerca del derecho se han construido, se debe quizá, a que cada teoría explica de forma particular y con características singulares de lo que cada autor cree que es el derecho; asimismo, los puntos de partida de cada escuela, son peculiares, tal es así que, por ejemplo, los defensores del realismo jurídico son más empiristas y ponen mayor énfasis en cuestiones fácticas, lo cual no va 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 luchan por explicar mejor las cuestiones jurídicas.

Los desacuerdos que se observan en los planteamientos de las teorías muestran una realidad que no han querido ver y aceptar los teóricos, la cual gira en torno a la diversa comprensión que se tiene del derecho; si esto es así, entonces queda claro, que no es posible 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 es posible hablar no de una noción del derecho, sino de varias concepciones del mismo.

Teniendo en cuenta lo descrito anteriormente, se puede decir que el reto de la filosofía del derecho, está en la propia diversidad de las teorías que se presentan para explicar el derecho; entonces, no habiendo una única teoría que posea la verdad, ni un solo método, es posible escoger uno de ellos y discriminar el resto como insuficientes, en base a la “naturaleza” de sus argumentos.

Los modelos teóricos que acerca del derecho se han construido hasta el momento, tienen como objetivo fundamental descubrir la “esencia” o “naturaleza” del derecho que, a pesar de haber sido abordado el tema desde tiempo atrás, aún no ha sido resuelto. Pero este resultado, no debería de causar susto o desaliento, muy por el contrario, debería de incentivar a querer seguir preguntando acerca de qué es el derecho, ya que, por muy trivial y banal que suene, ahí está lo interesante y complejo del asunto. Con lo afirmado no pretendo en absoluto que la filosofía jurídica se dedique sólo a atender dicho problema, ya que existen otros problemas que también deben de ser analizados por los teóricos del derecho. Pero al preguntarse y responder ¿qué es el derecho? no es como dar respuesta a cualquier pregunta, es más bien resolver «la pregunta». Ya que se está planteando la pregunta fundamental de la teoría del derecho.

VII.- 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”²⁴. Los conceptos que los teóricos del derecho

²⁴ Calsamiglia, Albert, “*Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación*”, *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, España, 1997, pág. 485

manejan, responden a una larga tradición teórica, que ha sido desarrollada por diversos iusfilósofos con la intención de comprender o caracterizar mejor el fenómeno jurídico. De las herramientas conceptuales, hay una que tiene una peculiar importancia y relevancia, ya que es un eje rector para comprender el derecho y cualquier sistema de control o regulación social. El concepto al cual apuntamos es el denominado «punto de vista interno» de fuente hartiana.

«El punto de vista», es uno de los aspectos fundamentales para la metodología de la filosofía del derecho. El análisis 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 problema epistemológico de aquel. La comprensión del punto de vista en su consideración general, esto es, sin el calificativo de interno y externo, puede ser entendida como el sujeto capaz de comprender, desde una óptica particular y subjetiva un determinado objeto. Los criterios y los alcances que tiene tal comprensión dependen metodológicamente de si se trata al derecho desde la perspectiva interna o externa. Los beneficios de tratar o considerar algo desde el punto de vista –como bien lo señala Alfonso Ruiz Miguel- trae consigo ventajas teóricas, “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 (...)”²⁵.

Hart al momento de caracterizar su modelo teórico del derecho, puso énfasis en el punto de vista interno, ya que este es capaz de proveer razones –que no necesariamente son de tipo moral- para una adecuada comprensión del derecho, la aguda observación de Hart en este aspecto, le permite construir elementos necesarios para entender el elemento normativo del fenómeno jurídico. La actitud normativa es pilar fundante para concebir el derecho. El punto de vista interno hartiano, ha servido a la teoría del derecho y a los teóricos del mismo para

²⁵ Ruiz Miguel, Alfonso, “*Derecho y punto de vista moral*”, *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, España, 1997, pág. 572.

caracterizar mejor el fenómeno jurídico, tal es así que autores como Finnis, Raz, Dworkin, Nino, Bulygin, Alexy, MacCormick, entre otros, han adoptado con algunas modificaciones el «punto de vista interno» para explicar el fenómeno jurídico.

Las discusiones que se han suscitado con posterioridad en vinculación al tema, están relacionados con: 1) cuál es el contenido que caracteriza adecuadamente a aquel; y, 2) si el teórico del derecho debe posicionarse en la vertiente del punto de vista interno, a efecto de comprender y analizar mejor el derecho. Estas dos cuestiones están en estrecha conexión, y traen consigo repercusiones importantes al momento de justificar qué es el derecho. Las implicaciones que tiene el punto de vista interno en la metodología de la filosofía del derecho son trascendentales.

Como bien se sabe, en el contexto de la filosofía jurídica existen dos tipos de discurso en la forma de caracterizar al derecho. Por un lado, están los que refieren que dar cuenta de la “naturaleza” del fenómeno jurídico es emprender una teoría descriptiva del mismo, este posicionamiento, implica que en la explicación, de qué es el derecho debe suprimirse todo compromiso con valoraciones morales, ya que una adecuada teoría del derecho debe únicamente describir lo que es el derecho positivo, sin inmiscuirse en calificaciones negativas o afirmativas del contenido, objetivo y función del mismo (concepto descriptivo del derecho). Por otro lado, está la postura que refiere que una adecuada teoría del derecho debe ser evaluativa moralmente, es decir, que una caracterización del concepto normativo del derecho, solo es posible si se tiene en cuenta valores morales como criterios justificativos e interpretativos del derecho (concepto valorativo del derecho).

Las dos denominaciones anteriores, pueden fácilmente distribuirse, según la escisión que realiza Hart, respecto al punto de vista externo (del observador externo) y al punto de vista interno (del participante), señalando que el primero se ajusta a la concepción descriptiva del derecho y el segundo a la noción valorativa del mismo. Los teóricos del derecho que intentan brindar una descripción del fenómeno jurídico, estarían posicionados en el punto de vista externo, y los iusfilósofos que defienden la concepción valorativa del derecho, estarían situados

en la óptica del participante o del punto de vista interno; sin embargo, si aceptamos así llanamente esta distribución tan simplista del asunto, es caer en equivoco. Ya que cuando los teóricos del derecho se preguntan acerca de la “naturaleza” o “esencia” del derecho, están siempre ubicados metodológicamente desde la perspectiva del punto de vista interno, únicamente así, es posible que la teoría del derecho de cuenta de la actitud de los participantes. E de ahí el puesto privilegiado del denominado punto de vista interno en la teoría del derecho, la relevancia es tanto a nivel epistemológico como metodológico.

“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”²⁶. Las intenciones y objetivos que se tiene que caracterizar, pueden ser solo comprendidos desde la perspectiva del punto de vista interno. Ahora, el asunto está en determinar cómo es que desde la óptica interna, es posible que el teórico del derecho de corte positivista obtenga una descripción del fenómeno jurídico. En relación al tema, recuérdese el planteamiento que en su momento realizó Carlos Santiago Nino, que: “El 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”²⁷. Para superar el planteamiento de Nino, es preciso que nos apoyemos en las ideas que desarrolla MacCormick, acerca del punto de vista interno, ya que representa una superación a las deficiencias metodológicas 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

²⁶ Vid. Pérez Bermejo, Juan Manuel, “*Estudio preliminar. Hart, o el tiempo recobrado*”, que hace en el libro *H. L. A. Hart* de Neil MacCormick, Editorial Marcial Pons, España, 2010, pág. 22.

²⁷ Carrió, Genaro R, *Un intento de superación de controversia entre positivistas y jusnaturalistas. (Réplica a Carlos S. Nino)*, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1986, pág. 15.

con la diferencia entre observadores y participantes en esa misma práctica”²⁸. 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, necesariamente tiene 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”²⁹. Asimismo, no todo observador está obligado a posicionarse únicamente en la perspectiva externa.

²⁸ Ruiz Miguel, Alfonso, *Op. cit.*, pág. 573.

²⁹ *Ídem.*

CAPITULO II: EL PUNTO DE VISTA INTERNO EN LA TEORÍA DE H. L. A. HART

I.- INTRODUCCIÓN

“El Concepto de Derecho” publicado en 1961 por Hart es uno de los textos que mayor influencia ha tenido en el campo de la teoría del derecho, siendo concebido por su autor 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”³⁰. La calificación que hace Hart de su obra, manifiesta abiertamente sus ganas de seguir manteniendo los lineamientos metodológicos que distinguen entre lo que significa describir tal cual es el derecho, es decir, lo que el derecho es, y; lo que implica plantearse reflexiones en torno a lo que *debería ser* el mismo.

La dicotomía entre *ser* y *deber ser*, es una herencia del iuspositivismo analítico, que Hart ha decidido abiertamente aceptar, a efecto de realizar una descripción del derecho sin asumir un compromiso crítico-moral; admitiendo así, una *separabilidad* entre derecho y moral. El derecho puede a veces contener principios morales, pero esto no implica que *necesariamente* exista conexión entre ambos. Una propuesta clara de este asunto, se ve en el “*Post scriptum* al concepto de derecho”, en donde Hart puntualiza 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”)”³¹. Para esto, parte del “conocimiento común de las características distintivas de un orden jurídico nacional”³². Es “*descriptiva* en que es moralmente neutral y no tiene ningún propósito justificativo: no busca justificar o recomendar en fundamentos

³⁰ Hart, H. L. A, *El concepto del derecho*, Trad. Genaro R. Carrió, Editorial Abeledot Perrot, 3ra. Edición, Argentina, 2009, pág. XI.

³¹ Hart, H. L. A, *Post scriptum al concepto del derecho*, Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Penélope A. Bulloch y Josep Raz (Eds.), Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, pág. 11.

³² *Ibidem*, págs. 11-12.

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”³³.

El profesor Hart, intenta con sus planteamientos teóricos, hacer progresar la comprensión del derecho, de la coacción y la moral, como fenómenos totalmente distintos pero relacionados, para ello; emplea distinciones lingüísticas, que son de suma utilidad para comprender situaciones de cuando uno “tiene la obligación de” (tener una obligación) y de cuando uno “se ve en la obligación de” (verse obligado) también, introduce terminología³⁴, que hasta ese momento aún era desconocida en el ámbito jurídico, entre las cuales tenemos: la regla de reconocimiento, las reglas primarias y secundarias, las nociones de los puntos de vista interno como externo, etc., estos conceptos, que si bien, han sido en su momento novedosos en el campo jurídico, algunos de ellos encuentran cierta analogía con los conceptos utilizados por Hans Kelsen, por ejemplo, la famosa regla de reconocimiento es fácilmente equiparable a la norma fundamental, claro, con algunos matices diferenciadores de tipo sustancial y formal, también; las reglas *primarias* y *secundarias* se asemejan a las normas de *aplicación* y *creación* del inventor de la Teoría Pura del Derecho.

Hart al averiguar la cuestión a cerca de ¿qué es el derecho? no pretende referirse a definiciones, ni recordar los usos convencionales que ha tenido la expresión derecho; asimismo, desecha las especulaciones medievales que se han realizado de la interrogante qué es derecho; el proceder de Hart es realizar una búsqueda y descripción de los elementos “esenciales” o la “naturaleza” del derecho. Esta interpretación es la más aceptada y conocida por los estudios del derecho³⁵. “(...) la explicación de la naturaleza del objeto derecho que estaría

³³ *Ibidem*, pág. 12.

³⁴ 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”. *Op. cit.*, pág. IX.

³⁵ 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*, Nro. 37, España, 2014, págs. 111-124.

proponiendo Hart no puede entenderse en el sentido medieval de la búsqueda de una estructura única e inmutable de una realidad independiente de nuestras creencias³⁶. El proyecto hartiano dista mucho de ser un estudio al estilo tradicional del significado, ya que la averiguación de la “naturaleza” del derecho que propone el autor, “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»³⁷.

Carlos Verdugo, realiza una observación fundamental en relación al título del libro de Hart: “El Concepto de Derecho”. ¿Por qué “el” y no “un” concepto de derecho? De parecida forma Carlos Santiago Nino, quien en 1981 publicó un artículo con el título “Los conceptos del derecho”, se ha formulado 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, etc. 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 derecho³⁸. El segundo manifiesta que existe un prejuicio extendido y casi aceptado por la filosofía del derecho de que hay 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 uno, por el que le parecía mejor. 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

³⁶ *Ibidem*, pág. 114.

³⁷ *Ídem*.

³⁸ Verdugo, Carlos. “*La pregunta por el concepto*”, *H. L. A. Hart y El Concepto de Derecho*, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Nro. 28, Universidad de Valparaíso, Chile, 1986, pág. 495.

más adecuado o el único posible”³⁹. El que mejor se acomoda con su filiación positivista⁴⁰.

Pero qué concepción del derecho defiende y está dispuesto a defender Hart que sea concorde con su posición metodológica y positivista. Cuando él se pone a reflexionar sobre qué concepto del 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 derecho, entonces se admite que las normas inicuas no son derecho. Asimismo, señala que de admitirse una concepción restringida nada bueno se gana a nivel teórico y práctico. En cambio, si se tiene una concepción amplia del derecho, se concibe que todas las reglas jurídicas –inicuas o no– son tenidas como válidas siempre en cuando cumplan los requisitos formales de un sistema de reglas primarias y secundarias. “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”⁴¹.

Por último Hart refiere que: “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 inicuas puede cegarnos frente a ellas”⁴².

³⁹ *Ibidem*, pág. 496.

⁴⁰ 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*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 2006, pág. 238.

⁴¹ Hart, H. L. A, *Op. cit.*, pág. 258.

⁴² *Ibidem*, pág. 261.

II.- EL PUNTO DE VISTA INTERNO

Hart advierte que intentar responder a la pregunta ¿qué es el derecho? implica abordar “(...) ciertos temas principales recurrentes que han formado un foco constante de argumento y contra-argumento acerca de la naturaleza del derecho, (...)”⁴³. Dentro del debate argumentativo, el autor señala tres problemas⁴⁴ persistentes que son planteados del siguiente modo: ¿En qué medida se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene entre ellas? ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas? De las interrogantes apuntadas la última es la que ahora interesa más, esto en razón de que Hart canaliza su explicación del derecho como un sistema de reglas sociales, propiamente dicho, como un variante peculiar sistema de reglas sociales.

“Las reglas jurídicas se diferencian del resto de reglas sociales mediante dos rasgos: El primero es que, como las reglas morales, versan sobre «obligación» o «deberes», es decir, convierten algunas conductas en «vinculantes» o «debidas». En cuanto tales, representan un tipo de razón «perentoria» para la acción”⁴⁵. El segundo aspecto distintivo es que, “a diferencia de las reglas morales, poseen una cualidad sistémica que depende de la interrelación de dos tipos de reglas denominados por Hart «reglas primarias» y «reglas secundarias»”⁴⁶. Las mismas que se desarrollaran más adelante.

Hart no se limita a señalar diferencias entre reglas jurídicas y el género de reglas sociales; pues también, realiza una escisión entre reglas y hábitos. Los criterios que utiliza Hart para distinguir reglas de hábitos están fundados en la noción del «punto de vista interno». Esta categoría juega un rol importante para

⁴³ *Ibidem*, pág. 7

⁴⁴ “El principal propósito de la mayor parte de la especulación sobre la “naturaleza” del derecho ha sido eliminar dudas y perplejidades acerca de estas tres cuestiones”. *Ibidem*, pág. 16.

⁴⁵ MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, Trad. Juan Manuel Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, España, 2010, pág. 91.

⁴⁶ *Ídem*.

comprender la noción de regla. “Sin duda alguna, el concepto más interesante de la metodología de Hart –y, a la vez ambiguo– se refiere a la consideración del uso del discurso interno: este tipo de discurso será necesario no sólo para explicar y comprender los fenómenos jurídicos, sino también para comprender la naturaleza de las normas sociales y distinguir las de los hábitos sociales”⁴⁷.

Como contra partida del punto de vista interno, existe el punto de vista externo, esto es, la perspectiva que tiene un observador acerca del derecho. Hart, en relación al punto de vista interno y externo, en el prefacio a la edición inglesa ha escrito: “(...) es que ni el derecho, ni ninguna otra forma de estructura social, puede ser comprendido sin una apreciación de ciertas distinciones cruciales entre dos tipos diferentes de enunciados, que he denominado “internos” y “externos” y que pueden ser formulados dondequiera se observan reglas sociales”⁴⁸. “Pero un análisis del derecho que se limitara al punto de vista externo sería, sostiene Hart, una seria distorsión. La teoría debe tomar en cuenta el punto de vista interno, de los participantes”⁴⁹. “Para Hart, el discurso interno es un imprescindible objeto de descripción y explicación comprensiva de los fenómenos jurídicos”⁵⁰.

Hart admite que las reglas comparten con los hábitos sociales el carácter de la generalidad, es decir, que 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 comportan de manera homogénea, constituye una regularidad de conducta externa que es denominado por Hart, como el aspecto externo de los hábitos y de las reglas, el cual es posible que un observador pueda registrarlos. La regularidad que se percibe y describe a simple vista no es instrumento suficiente para explicar adecuadamente la idea de regla, es decir, que el patrón de conducta que se repite de forma constante no da

⁴⁷ De Paramo Argüelles, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1984, págs. 24-25.

⁴⁸ Hart, H. L. A, *Op. cit.*, pág. XI.

⁴⁹ Marmor, Andrei. *Interpretación y Teoría del Derecho*, Trad. Marcelo Mendoza Hurtado, Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2001, pág. 66.

⁵⁰ De Paramo Argüelles, Juan Ramón, *Op. cit.*, pág. 25.

luzes para comprender lo que son las reglas, para esto, es preciso buscar «algo más» que meros actos repetitivos. El elemento referente, ese «algo más», es la «actitud» de los sujetos que forman parte del grupo y ven en las reglas un patrón o guía de conducta.

El aspecto externo –la regularidad– es el denominador común que comparten las reglas y los hábitos, pero entre ambas categorías, existen varias diferencias, entre las cuales se encuentra una desemejanza fundamental y tiene que ver con el aspecto interno que las primeras poseen y que los segundos carecen.

La compostura interna que tienen las reglas da pie a que las personas que participan de estas, vean en ellas, una orientación para sus conductas o criterios generales de comportamientos a ser seguidos por el grupo como un todo⁵¹. “En efecto, para Hart solo 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–”⁵².

El punto de vista interno le permite a Hart construir la idea social de obligación, para ello el autor, se apoya en la aceptación que tiene el sujeto que participa de la regla social. Habiendo llegado hasta este punto, previo a seguir desarrollando el punto de vista interno y las implicaciones que tiene para comprender el fenómeno de la obligación jurídica, es importante hacer mención algunas ideas en relación a la forma de cómo Hart estructura el fenómeno jurídico a partir de la unión de reglas primarias y secundarias⁵³, ya que, “(...), la mayor parte de las características del derecho que se han presentado como más desconcertantes y que han provocado, y hecho fracasar, la búsqueda de una definición, pueden ser clarificadas mejor si entendemos estos dos tipos de reglas y la acción recíproca

⁵¹ Cf. Hart, H. L. A, *Op. cit.*, pág. 71.

⁵² Gaido, Paula, *Las pretensiones normativas del derecho*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2011, pág. 85.

⁵³ Cf. Hart, H. L. A, *Op. cit.*, págs. 137-138

entre ellos”⁵⁴. Como bien se observa la noción de regla, es fundamental para una adecuada comprensión del derecho, y, “sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho”⁵⁵.

Hart diferencia dos tipos de reglas, que son ampliamente conocidas como «primarias» y «secundarias». La unión de las mismas constituyen las bases sobre la cual ha de construirse la arquitectura del ordenamiento o sistema jurídico.

“Según las reglas de uno de los dos tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas de segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo, diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversa maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones”⁵⁶.

“Esta clasificación de dos tipos diferentes de reglas jurídicas, ocupa un lugar central en la Teoría del Derecho de Hart, cuya finalidad fundamental es la de clarificar y explicar de una manera satisfactoria el funcionamiento y la complejidad de los modernos ordenamientos jurídicos”⁵⁷. El iusfilósofos ingles luego de analizar

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 102.

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 101.

⁵⁶ *Ídem*.

⁵⁷ De Paramo Argüelles, Juan Ramón, *Op. cit.*, pág. 211.

la estructura social primitiva, muestra las dificultades que esta tiene debido a que están fundamentalmente configuradas únicamente en base a reglas primarias de obligación. Los problemas que presentan las organizaciones simples se resumen en los siguientes aspectos⁵⁸: La falta de certeza, debido a que no existe regla alguna que permita identificar por medio de un procedimiento adecuado la identidad y pertenencia de las normas, “así como tampoco existe una autoridad que pueda reconocer oficialmente tales reglas”⁵⁹; el carácter estático de las reglas, lo cual implica que las reglas de la sociedad primitiva no pueden acomodarse a los cambios de la estructura social, ello debido a que no tienen un sistema que permite la introducción de nuevas reglas y la derogación de las antiguas; y la ausencia de una institución oficial de sanciones que imponga el castigo respectivo al incumplimiento de las reglas de obligación.

Estos problemas son resueltos por Hart por medio de las reglas secundarias, los que a su vez se distinguen en tres tipos: reconocimiento, cambio y adjudicación. La primera está pensada para solucionar el problema de la falta de certeza, la segunda remedia el asunto estático, y, el tercero viene a dar respuesta al problema de la carencia del monopolio oficial de sanción.

La introducción de las reglas secundarias como complemento de las reglas primarias, no solo permite pasar del campo pre-jurídico al mundo jurídico; sino que también, ofrecen elementos que distinguen el derecho como control social de otras formas de regulación y coerción que se asemejan al fenómeno jurídico; asimismo, amplían las figuras jurídicas conceptuales. “Los conceptos jurídicos que interesan profesionalmente al jurista tales como obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación, jurisdicción y sanción, son explicitados mejor en términos de esta combinación de elementos, así como los concepto límites de la teoría jurídica y política –Estado, autoridad y funcionario”⁶⁰. Los conceptos apuntados, son mejor comprendidos desde el punto de vista interno. “Para Hart,

⁵⁸ Para una adecuada exposición de los mismos, puede observarse los capítulos tres y cuatro de *El Concepto de Derecho*.

⁵⁹ De Paramo Argüelles, Juan Ramón, *Op. cit.*, pág. 213.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 215.

estos conceptos implican una referencia a lo que se ha llamado punto de vista interno (...). El discurso científico, que enuncia hechos, o el discurso predictivo, sólo pueden producir el aspecto externo de tales nociones, aspecto que debe ser completado mediante el análisis interno (...)”⁶¹

El punto de vista interno, es la perspectiva del agente que acepta la regla y, ve en esta, una pauta que guía y justifica su conducta. Los integrantes que participan de la práctica social que promueven las reglas, tienen una actitud crítica y reflexiva respecto al patrón de conducta. La cual no puede ser conocida por un agente externo que actúa únicamente como un mero 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”⁶². 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 la formulan”⁶³. “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»”⁶⁴. Hart señala que para la formulación de dichas críticas, exigencia y reconocimientos, se utiliza 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”⁶⁵. Estos enunciados normativos únicamente tienen sentido, en un ámbito en donde los integrantes que

⁶¹ *Ídem.*

⁶² Hart, H. L. A, *Op. cit.*, pág. 71.

⁶³ *Ídem.*

⁶⁴ Delgado pinto, José, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2006, pág. 339.

⁶⁵ *Cf.* Hart, H. L. A, *Op. cit.*, pág. 71.

participan de una práctica social usan las reglas como criterios de interacción, esto es, comparten reglas que justifican el comportamiento de los mismos.

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

Hart, manifiesta que: “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. Sólo 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”⁶⁶. Como bien se puede observar, el profesor Hart, únicamente solicita que las reglas sean aceptadas por un sector especializado de personas y, no es necesario que los integrantes que participan de la práctica social en su conjunto acepten las reglas jurídicas, esto por una parte. No es imprescindible que todas las reglas que conforman el ordenamiento jurídico sean aceptadas y verificadas desde la perspectiva del punto de vista interno, esto por otra parte. 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 gobierno –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–”⁶⁷.

⁶⁶ *Ibidem*, págs. 75-76.

⁶⁷ Gaido, Paula, *Op. cit.*, pág. 86.

Hart considera un amplio abanico de motivos para aceptar una regla jurídica, tal es así, que 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 motivos le permite decir a Hart que la aceptación del sistema jurídico se funda en motivos de 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”⁶⁸.

“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”⁶⁹, esto por un lado. “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”⁷⁰, esto por otro lado. “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”⁷¹. La gama de razones posibilita a Hart, no centrarse en un motivo clave como razón fundante para la aceptación de una regla, lo cual le 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

⁶⁸ Hart, H. L. A, *Op. cit.*, pág. 251.

⁶⁹ *Ibidem*, pág. 285-286

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 286.

⁷¹ *Ídem*.

ellas en cuanto reglas orientadoras, y esta actitud trae aparejado un vocabulario característico, distinto de las expresiones naturales del punto de vista externo”⁷².

III.- EL POSITIVISMO METODOLÓGICO HARTIANO

El profesor Norberto Bobbio, consciente de la ambigüedad que encierra el término “*iuspositivista*”, ha identificado tres formas de entender dicha corriente⁷³: a) positivismo metodológico o de enfoque, cuyo fundamento puede ser resumido con la siguiente frase: “el derecho no tiene necesariamente conexión con la moral”. Aquí no se niega la relación entre derecho y moral; en otras palabras, no se afirma la separación entre derecho y moral, únicamente se defiende la «separabilidad» entre ambas figuras sociales, es decir, que es posible dar cuenta del derecho sin asumir necesariamente compromisos o valoraciones morales. La tesis mencionada implica caracterizar al derecho tomando en cuenta solo propiedades descriptivas⁷⁴, 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; b) positivismo como ideología, el cual conlleva hacer una valoración respecto al derecho positivo, esto es, que existe un deber moral de acatar las normas jurídicas, sea cual fuese su contenido, ya que estas tienen plena validez; por ende, tienen que ser necesariamente 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”⁷⁵. Si bien es cierto que esta posición teórica ha sido imputada a los positivistas; sin embargo, no existe iuspositivista serio que sea adhiere y sea

⁷² *Ibidem*, págs. 127-128

⁷³ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Trad. Ernesto Garzón Valdez, Editorial EUDEBA, Argentina, 1965. Véase con mayor énfasis el capítulo II que versa sobre: “El positivismo jurídico”, págs. 37-66. Asimismo puede consultarse la explicación del tema que realiza Genaro R. Carrió, *Dworkin y el positivismo jurídico*, Cuadernos de crítica núm. 16, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, págs. 8-13.

⁷⁴ Nino, Santiago Carlos, *Op. cit.*, pág. 37.

⁷⁵ Nino, Santiago Carlos, *Op. cit.*, pág. 34.

capaz de defender dicha postura, existe por lo tanto, una idea equivocada de algunos iusnaturalistas por atribuir aquel argumento a los positivistas; c) positivismo como teoría, esta variante hace alusión a que el derecho solo es producido por el Estado y que la ley es su fuente principal. La facultad de quien tiene la potestad de producir el derecho está claramente identificada, debiendo así respetarse la división de poderes; asimismo, dicha vertiente admite que el sistema jurídico es: coherente, pleno y completo.

Si bien es cierto que H. L. A. Hart, es considerado como uno de los defensores del positivismo jurídico, pero él no está dispuesto a defender cualquier concepción o variante del *iuspositivismo*, para ello, él mismo 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 él entiende por positivismo jurídico; sin embargo, no deja de forma expresa la variante de positivismo que está dispuesto a defender, pues los argumentos que han de sustentar su posición se extraen de los planteamientos que realiza Hart acerca del derecho.

Hart señala que:

“La expresión “positivismo” es usada en la literatura anglo-americana contemporánea una o más de las tesis siguientes: (1) que las norma jurídicas son órdenes dadas por seres humanos; (2) que no hay conexión necesaria entre derecho y moral, o entre lo que es y el 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, etc. (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 jurídicas predeterminadas valiéndose exclusivamente de medios lógicos; (5) que los juicios morales, a diferencia de los juicios de

hechos, no pueden ser establecidos mediante argumento, evidencia o prueba racionales (“no cognoscitismo en ética”)⁷⁶.

“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”⁷⁷. “(...); Kelsen sostiene la tesis expresada en (2), (3) y (5), pero no las expresadas en (1), o (4)”⁷⁸.

Tomando en cuenta la clasificación del positivismo jurídico que han realizado tanto Bobbio como Hart, es posible que este último sea catalogado como un defensor del positivismo metodológico o de enfoque. En relación al tema el profesor 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”⁷⁹.

Hart refiere que los términos derecho natural y derecho positivo se utiliza para designar tesis distintas acerca del derecho y la moral⁸⁰. Agregando que; “Aquí entenderemos por “Positivismo Jurídico” la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”⁸¹.

⁷⁶ *Vid.* la nota del Capítulo IX en relación a la página 229 en: Hart, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, pág. 321.

⁷⁷ Hart, H. L. A., “*Independencia entre derecho y moral*”, En: *Filosofía del Derecho*, Comp. R. M. Dworkin, Trad. Javier Sáinz de los Terreros, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pág. 37, nota 1.

⁷⁸ *Vid.* la nota del Capítulo IX en relación a la página 229, Hart, H. L. A, *Op. cit.*, 321.

⁷⁹ Carrió, Genaro R, *Op. cit.*, pág. 22.

⁸⁰ Hart, H. L. A, *Op. cit.*, pág. 230.

⁸¹ *Ídem.*

Siguiendo la línea argumentativa de la cita, es importante mencionar que Hart, al manifestarse acerca de la separación entre derecho y moral es sumamente cauteloso y, a efecto de no cometer error alguno plantea: la no conexión necesaria entre derecho y moral, esto es, que es posible que exista un nexo entre derecho y moral, pero ello responde a cuestiones contingentes, es decir, que podría o no darse la conexión. La unión entre derecho y moral es algo que es visible en algunos sectores de los sistemas jurídicos modernos, pero también, es posible encontrar normas jurídicas que vayan en contra de algunos preceptos de la moral.

CAPÍTULO III: EL PUNTO DE VISTA INTERNO EN LA TEORÍA DE JOHN FINNIS

I.- INTRODUCCIÓN

John Finnis es uno de los máximos representantes de la filosofía del derecho anglosajón —*analytical jurisprudence*—. Exponente de una renovada corriente iusnaturalista, cuyos méritos fundamentales pueden ser situados en dos puntos: 1. replanteó los argumentos tradicionales de la escuela clásica iusnaturalista; 2. reabrió con planteamientos interesantes y novedosos el debate entre las tendencias del iusnaturalismo y del positivismo jurídico.

El derecho natural que Finnis defiende, se encuentra estructurado en base a los siguientes elementos:

“(a) un conjunto de principios prácticos básicos que identifican las formas básicas de la plenitud humana (*human Flourishing*) como bienes que han de ser perseguidos y realizados; (b) un conjunto de exigencias metodológicas de la razonabilidad práctica, que distingue el pensamiento práctico consistente del inconsistente, y que permiten diferenciar entre actos razonables y no razonables, y así formular (c) un conjunto de criterios morales generales”⁸².

El pensamiento de Finnis en relación a la filosofía del derecho se nutre de las formulaciones que se dan a nivel de la filosofía práctica, entendiendo que la función de la iusfilosofía radica en el análisis y estudio práctico de las normas; asimismo, la labor de la teoría jurídica no termina con la mera descripción de lo que el derecho es, ya que la iusfilosofía debe también ser justificativa o explicativa, esto es, que debe dar razones más allá de la mera descripción de lo que es el derecho.

El profesor australiano entiende que:

“A menudo se supone que una valoración del derecho como tipo de institución social, si acaso ha de interesarse, debe ser precedida por

⁸² Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín, “*El iusnaturalismo de John Finnis*”, *Revista Anuario de Filosofía del Derecho X*, España, 1993, pág. 376.

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”⁸³.

Si bien es cierto que el profesor Finnis, admite el enfoque descriptivo para analizar el derecho, pero lo califica de insuficiente ya que para él, una respuesta adecuada de lo que se considera derecho debe necesariamente contener elementos valorativos de relevancia moral.

La insuficiencia del plano descriptivo y la admisión de insertar criterios valorativos al análisis del concepto del derecho ha hecho que Finnis entremezcle la descripción con la valoración. Como bien lo refiere Mayda Hocevar González, la posición tomada por Finnis ha sido criticada sobre todo a nivel de la funcionalidad que tienen la descripción y la valoración en la connotación del concepto del derecho⁸⁴. 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”⁸⁵. Por otro lado: “(...) 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”⁸⁶.

⁸³ Finnis, John, *Ley Natural y derechos naturales*, Trad. de Cristóbal Orrego Sánchez, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 2000, pág. 37

⁸⁴ 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*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2006, pág. 212.

⁸⁵ *Ídem*.

⁸⁶ *Ídem*.

La moral, la política y el derecho, pertenecen a la filosofía práctica, brindan razones para la acción que coordinan el quehacer del individuo en sociedad, orientando la acción humana hacia la consecución de determinados fines o bienes básicos. El razonamiento práctico de Finnis llega a plantear que las normas ya sean jurídicas o morales, constituyen una necesidad racional que deben necesariamente fundamentarse en exigencias de la razón y de la ley natural, únicamente así pueden reclamarse 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 bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica”⁸⁷. Siendo que la conducta humana está constituida fundamentalmente por acciones o hechos observables, que son susceptibles de ser descritos y valorados de acuerdo a un fin, objetivo que pretenden conseguir, la comprensión plena de dichas conductas y prácticas, solo es posible cuando la finalidad, el objetivo, el valor, etc., sean entendidas tal cual hayan sido concebidos por sus actores⁸⁸.

La filosofía práctica de Finnis, tiene como labor fundamental comprender la conducta del ser humano que se dirige a conseguir determinados bienes o fines que son valiosos para el hombre y que puede llegar a ser identificados gracias a la razón. El hombre como un ser libre, tiene la facultad de razonar y de llegar por medio de ella a que sus acciones sean inteligibles de acuerdo a un fin correctamente valioso. El razonamiento práctico, es lo que ha de hacerse o realizarse procurando el bien y 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”⁸⁹. La finalidad de toda conducta racional es la

⁸⁷ Finnis, John, *Op. cit.*, pág. 48

⁸⁸ *Ibidem*, pág. 38

⁸⁹ Rodríguez –Toubes Muñiz, Joaquín, *Op. cit.*, págs.375-376.

realización de dicho bien y es tarea del derecho natural evidenciar la forma de cómo se logra conseguir el bien común.

Habiéndose llevado a cabo una brevísima exposición sobre algunas nociones del pensamiento de Finnis, es oportuno adentrarse al asunto metodológico del autor en análisis. Ya que la finalidad es –por decirlo así–, hacer una exposición comprensible a grandes rasgos del método que utiliza el profesor Finnis para llevar a cabo su comprensión del derecho.

II.- EL PUNTO DE VISTA INTERNO EN FINNIS

Finnis al igual que Hart, advierte que el derecho es un concepto que tiene muchos significados que varían de acuerdo al contexto, tiempo y persona. “Un teórico desea describir el derecho como, por ejemplo, una institución social. Pero las concepciones del derecho (y de *jus*, *lex*, *droit*, *nomos*,...) que las personas han tenido en mente y han usado para determinar su propia conducta son bastante diversas”⁹⁰. 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; también, el derecho tiene denominaciones diversas que van cambiando de acuerdo a los idiomas⁹¹. Si se tiene presente lo que Finnis señala acerca de las dificultades que se tiene al momento de hacer una teoría del derecho, es preciso tener en cuenta las siguientes preguntas que se formula Finnis en su libro *Ley natural y derecho naturales*⁹²: 1) *¿Cómo ha de haber, entonces, una teoría general descriptiva sobre estos pormenores cambiantes?* Y, 2) *¿Cómo decide el teórico qué ha de considerar como derecho para los fines de su descripción?* Responder a estas dos cuestiones es fundamental; ya que son interrogantes que tienen incidencia directa en la metodología que emplea el teórico para llevar a cabo su cometido de caracterizar adecuadamente el fenómeno jurídico. En el caso de Finnis, muy al margen de los aciertos y desaciertos que pueda tener su método y su definición

⁹⁰ Finnis, John, *Op. cit.*, pág. 38

⁹¹ *Ídem.*

⁹² *Ídem.*

del derecho, presenta una alternativa metódica interesante para hacer frente a dichas cuestiones.

John M. Finnis, en el capítulo X de su libro “Ley natural y derechos naturales” da una definición de derecho que él mismo denomina multifacética y, señala que:

“(…), 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 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 de la reciprocidad entre los súbditos del derecho, tanto de unos con otros como en sus relaciones con las autoridades legítimas”⁹³.

“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”⁹⁴. Para que Finnis haya llegado a elaborar lo que considera como derecho, ha debido recorrer ciertos pasos, y un acercamiento a la exposición y comprensión del pensamiento del profesor australiano sugiere previamente; determinar los aspectos metodológicos que permitieron a Finnis construir su explicación del derecho.

⁹³ Finnis, John, *Op. cit.*, pág. 304

⁹⁴ *Ídem.*

Un buen punto de inicio para llevar a cabo el cometido, es mencionar que John Finnis adopta con *algunas variantes* el muy conocido punto de vista interno de Hart, es decir, el punto de vista del que acepta el derecho como una razón motivante para actuar o comportarse, los enunciados que se formulan desde esta perspectiva es de una persona que forma parte del grupo de la sociedad que acepta las reglas jurídicas y las usa como pautas o guía de su propia conducta y de la sociedad en general. La distinción entre Hart y Finnis respecto al punto de vista interno radica en que; al primero, sólo le interesa la mera aceptación del derecho por diversas razones. “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”⁹⁵. Tal es así que para Hart, “la adhesión al derecho puede no estar motivado por ello, sino por cálculos de intereses mediatos, o por el deseo de continuar una tradición, o por una preocupación desinteresada por los demás”⁹⁶. Al segundo, le importa algo más que la simple aceptación, para el profesor australiano, la aceptación por sí sola no es razón suficiente para cumplir con los preceptos normativos, por lo cual, busca un motivo sustancial que le es proveída por la moral y la finalidad que es capaz de conseguirse si se acata la norma jurídica. Finnis, admite la variedad de razones por el cual es posible aceptar las reglas jurídicas, las posibilidades de hallar varios puntos de vista desde la perspectiva interna se ve considerablemente en aumento ante la existencia de distintos motivos que se tiene para aceptar los preceptos normativos. Existen tantos puntos de vista internos al igual que se tiene las razones para aceptar el derecho. Este hecho, hace que Finnis dirija la elección de un punto de vista interno como el más importante, cuyas razones de aceptación están fundadas en valoraciones morales. El autor en mención entiende que únicamente un punto de vista interno desde la perspectiva moral es capaz de describir y valorar adecuadamente el fenómeno jurídico, este enfoque le permite

⁹⁵ Hart, H. L. A, *Op. cit.*, págs. 250-251.

⁹⁶ *Ibidem*, pág. 286.

utilizar herramientas argumentativas de la moral. “Sólo desde un punto de vista moral es posible, en opinión de Finnis, elaborar una autentica teoría del derecho capaz no sólo de describirlo sino también de evaluarlo moralmente”⁹⁷.

Ante la variedad de razones por la cual puede uno aceptar la norma jurídica, John Finnis, se centra en el punto de vista moral, ya que el elemento moral como una razón para aceptar la norma jurídica, constituye en 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 que efectúa 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”, cuyos antecedentes como bien lo refiere el propio Finnis se encuentran en Aristóteles y Tomás de Aquino con diversa formulación, pero que en sustancia quieren referirse a lo mismo. “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”⁹⁸.

Finnis considera que 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, y reformula la posición iusnaturalista en base a los postulados de Aristóteles y Tomás de Aquino, señalando que la vida práctica está encaminada a la realización de ciertos bienes básicos y la obtención de fines valiosos para el ser humano, siendo tarea del derecho natural evidenciar la manera de cómo es posible su obtención. “Pero las acciones, prácticas, etc., solamente pueden comprenderse plenamente captando su fin, es decir su

⁹⁷ Hocevar González, Mayda, *Op. cit.*, pág. 197.

⁹⁸ *Ídem.*

objetivo, su valor, su relevancia o importancia, tal como fueron concebidos por quienes realizaron esas acciones, participaron en esas prácticas, etc.”⁹⁹.

Retomando la cuestión del caso central y su significado focal, es importante plantearse 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 que él mismo se plantea acerca de: ¿Cómo decide el teórico qué ha de considerar como derecho para los fines de su descripción?¹⁰⁰ Ya que como bien lo refiere el propio Finnis, 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 social¹⁰¹.

En relación a las preguntas apuntadas en el párrafo anterior, se procederá a dar respuestas en forma global debido a la conexión que tienen entre sí.

Finnis no intenta de manera alguna dar un concepto de derecho absoluto; asimismo, no pretende sintetizar el concepto ordinario de derecho que se tiene, la finalidad que quiere conseguir es encontrar una noción de derecho que sea útil para explicar de forma teórica de los fenómenos a los que aquél se refiere¹⁰². Para esto, busca lo que él denomina el caso central y su significado focal, distinguiéndolo de los casos secundarios o periféricos. El caso central y su significado principal permiten a Finnis diferenciar de forma puntual el derecho de otras prácticas sociales afines, en cambio los casos periféricos son extensiones analógicas del término derecho. Santiago Legarre, da un ejemplo que sirve para mostrar la diferencia entre lo que es el caso central y lo que es 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

⁹⁹ Finnis, John, *Op. cit.*, pág. 38.

¹⁰⁰ *Ídem.*

¹⁰¹ *Ídem.*

¹⁰² Rodríguez -Toubes Muñiz, Joaquín, *Op. cit.*, pág. 377.

de ser tal, en algún sentido relevante. A tal punto que quien la toma puede engañarse”¹⁰³. La distinción entre la Coca Cola pura y la Coca Cola aguada es gradual, conforme se vaya agregando más agua a la Coca Cola esta 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 posee un significado completo, y, útil para explicar el derecho de manera completa por ser el mejor. El caso central es el estado de cosas a que hace alusión a un concepto teórico según su significado focal¹⁰⁴. En términos simples el caso central de Finnis viene a constituir el ejemplo ejemplar. Sin embargo, el caso periférico es una situación imperfecta, que a falta de alguna o algunas características es catalogada como defectuosa o marginal.

Finnis siguiendo a Aristóteles, señala que hay casos centrales y periféricos de amistad, asimismo existe, casos centrales de régimen constitucional y casos periféricos como vienen hacer la Alemania de Hitler, la Rusia de Stalin, o la Uganda de Amin. Advierte el profesor de Oxford que no se puede negar que los casos periféricos son ejemplos de amistad o de constitucionalidad, esto por una parte, la explicación que se realiza del caso central no puede limitarse su aplicación a las características de éstos, sino también, la explicación tiene que ser capaz de dar cuenta de los casos periféricos, esto por otro lado.

“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 termino general (“constitución”, “amigo”, “derecho”....) desde los casos

¹⁰³ Legarre, Santiago, “*El concepto de derecho en Jhon Finnis*”, Revista Persona y derecho, Nro. 40, Universidad de Navarra, España, 1990, pág. 66, nota5.

¹⁰⁴ Finnis, John, *Op. cit.*, pág. 44.

centrales a aquellos más o menos marginales, desde su significado focal a sus significados secundarios¹⁰⁵”.

La diferenciación entre los casos centrales y periféricos trae consigo ineludiblemente a la clasificación de leyes jurídicas distinguiéndolos según el grado de importancia, como bien lo señala Santiago Legarre, sería irrazonable otorgar una igual importancia a todas las leyes que conforman el material jurídico¹⁰⁶. “No es igualmente importante, relevante, significativo, el caso de la ley justa que el de la ley injusta. Aquél 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”¹⁰⁷.

Existe una conexión fuerte entre el punto de vista interno moral y el caso central, ya que aquél es quien determina el caso central y su significado focal, esto es, la construcción o identificación del caso central se realiza en base al punto de vista interno desde la perspectiva moral. El asunto, aquí es determinar, de quién es el punto vista moral, del ciudadano de a pie, del operador jurídico, qué tipo de persona es capaz de proveer el argumento moral adecuado, de tal forma que, la elección que se haga del caso central 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*”¹⁰⁸. Finnis se apoya en el hombre aristotélico de características virtuosas, ya que solo él está en la capacidad de valorar cuándo una norma jurídica esta 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,

¹⁰⁵ *Ibidem*, pág. 45

¹⁰⁶ Legarre, Santiago, *Op. cit.*, pág. 80.

¹⁰⁷ *Ídem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pág. 81.

la presunción de obligatoriedad moral debe ceder, pues nos encontramos frente a una ley injusta”¹⁰⁹.

“Pero lo novedoso de Finnis es su método para hallar ese núcleo central del Derecho. La esencia de su argumentación naturalista consiste en: 1) constatar que ciertos bienes se le presentan al hombre de modo evidente como valores finales objetivos; 2) especificar las reglas del razonamiento práctico que dirigen a ellos del modo más pleno; 3) mostrar que la satisfacción de estas reglas requiere la existencia de comunidades con una autoridad respetada; y, finalmente, 4) indagar la obligatoriedad moral del Derecho emanado por dicha autoridad”¹¹⁰.

John Finnis, identifica la existencia de ciertos bienes básicos, los cuales son: La vida, con la que se alude a cualquier aspecto de la vitalidad que resulte necesaria para que el ser humano pueda determinar los aspectos claves de su existencia de forma óptima. El conocimiento, entendido como el que se persigue por el puro deseo de saber y no para conseguir algún otro objetivo por su intermedio. El juego, entendido como aquellas acciones en las que los hombres participamos y que no tienen ninguna finalidad, excepto la de disfrutar con ellas mismas. La estética, este bien 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, se trata de un bien a través del cual se consigue la paz y la armonía entre los hombres, y que consiste en la realización de actuaciones a favor de los propósitos de otra persona por el simple bienestar de esa persona. La razonabilidad práctica, se trata de 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, se trata de un bien cuyo contenido, según Finnis, deberá

¹⁰⁹ *Ídem.*

¹¹⁰ Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín, *Op. cit.*, pág. 377.

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 que son inconmensurables, lo cual significa que no pueden ser reducidos unos a otros, y tampoco pueden ser utilizados instrumentalmente. La consideración de la inconmensurabilidad, ubica a los bienes básicos en un mismo nivel, lo cual trae consigo que un bien no puede ser considerado sobre otro 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 valioso que otro. Estos postulados defendidos por parte de Finnis, sostienen la irreductibilidad de los mismos.

La identificación y el conocimiento de los bienes no son suficientes para su realización, para esto, hay que apoyarse en los principios básicos del razonamiento práctico, ya que son los principios básicos los que van a permitir la opción que debe seguirse para su consecución. Las razones proveídas por el razonamiento práctico cumplen de guía para la elección de entre todas las opciones que se tienen

CAPÍTULO IV: EL PUNTO DE VISTA INTERNO EN LA TEORÍA DE RONALD DWORKIN

I.- INTRODUCCIÓN

Son bastantes conocidas las propuestas que ha realizado Ronald Dworkin a la teoría del derecho, filosofía política y moral. Ciertamente, como teórico del derecho no únicamente ha hecho contribuciones importantes para el debate académico contemporáneo; sino que también, ha planteado una opción diferente para comprender el derecho, la cual representa una alternativa distinta a las clásicas y emblemáticas escuelas del positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Dworkin, con su exposición refresca y dota de nuevas aguas al estancado, desgastado e infructuoso debate entre los representantes de las ya acotadas corrientes.

El filósofo norteamericano, se dedica, desde la aparición de sus primeros escritos a criticar y rebatir las tendencias positivistas y realistas del derecho. Como bien lo apunta el profesor Albert Calsamiglia, “Ronald Dworkin es un autor que rechaza explícitamente las doctrinas positivistas y realistas que han dominado el pensamiento jurídico en los últimos tiempos. Y precisamente rechaza el positivismo desde la perspectiva metodológica, única vía que permitía unificar la diversidad de escuelas positivistas”¹¹¹. Contra el modelo iuspositivista, sobre todo el de auspicio hartino al que Dworkin denomina «modelo dominante», refiere 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”¹¹². Esta forma de hacer teoría del derecho es insuficiente –dice Dworkin– señalando que el derecho no puede ser formulado únicamente por medio de enunciados descriptivos, libre de valoraciones y justificaciones morales, como si se tratase de una mera recolección de datos fácticos.

¹¹¹ *Vid.* el prólogo que hace A. Calsamiglia, al texto *Los Derechos en Serio*, pág. 8.

¹¹² Vega Gómez, Juan, *Ensayos de Filosofía Jurídica Analítica*, Editorial DYKINSON, Madrid, España, 2014, pág. 37.

“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”¹¹³. Sobre todo a aquellos que se presentan en el ámbito judicial, debido a que Dworkin da mayor importancia a la manera como los jueces deciden los casos. “Pretende, por tanto, construir una teoría completa del derecho que tenga un aspecto justificador de las decisiones que adoptan las distintas instancias judiciales”¹¹⁴.

A efecto de dar un giro en la forma de hacer filosofía del derecho, Dworkin, argumenta que el derecho es un concepto interpretativo, que encierra en sí cuestiones normativas y valores de tipo moral y político; por lo tanto, una adecuada teoría del derecho debe ser capaz de dar cuenta de dichos aspectos, solo así es posible construir una teoría del derecho que sea justificativa y normativa de la práctica jurídica, para ello, se debe analizar conceptos de justicia, equidad y otros valores sustantivos, que se encuentran relacionados con el derecho y que en su conjunto van a brindar una adecuada comprensión del fenómeno jurídico.

La estrategia de Dworkin para llevar a cabo una teoría del derecho, esta cimentada en poner atención al contenido del derecho, aspecto que ha sido de alguna manera desatendido por el positivismo jurídico. Para esta tendencia, el derecho puede tener cualquier contenido; “por tanto, los contenidos eran contingentes, mudables y, en suma, no susceptibles de ser considerados en una teoría *general* del derecho”¹¹⁵. El proyecto de una teoría del derecho propugnado por Ronald Dworkin, dista totalmente del enfoque positivista, para él un programa

¹¹³ Calsamiglia, Albert, “*Dworkin y el enfoque de la integridad*”, *Ronald Dworkin Estudios en su Homenaje*, Revista de ciencias sociales, Nro. 38, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Edición dirigida por Agustín Squella, Chile, 1993, págs. 48-49.

¹¹⁴ *Ídem*.

¹¹⁵ Prieto Sanchis, Luis, “*Cuatro preguntas a propósito de Dworkin*”, *Ronald Dworkin estudios en su homenaje*, Revista de Ciencias Sociales Nro. 38, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Edición dirigida por Agustín Squella, Chile, 1993, pág. 80.

teórico tiene que estar arraigado en función de su contenido, es decir, a la luz de la idea de justicia y valores morales, ya que para el autor en mención, queda en claro que el problema del derecho no se resume en cuestiones lingüísticas – aguijón semántico– como lo refiere el positivismo analítico.

Si bien es cierto, que el ideal de Dworkin constituye un fin loable a nivel de la iusfilosofía, sin embargo, llama la atención de forma considerable la manera en que lleva a cabo su proyecto, esto, en razón de los siguientes considerandos: a) el punto de arranque de Dworkin está circunscrito por la práctica legal que acontece en un determinado arquetipo jurídico y que responde a una realidad concreta, este hecho, marca en primera instancia que la teoría formulada por aquél sea catalogada como particular. “Por ello, la teoría del derecho como integridad es una teoría del derecho particular, solo predicable de aquellas comunidades que comparten 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”¹¹⁶. Frente a lo afirmado, existe una interpretación plausible y sumamente discutible que realiza Juan Vega Gómez, quien manifiesta que: “Dworkin intenta explicar el derecho en términos generales, su teoría intenta explicar tanto el derecho norteamericano como el de Guatemala”¹¹⁷. Para llegar a esta aseveración Vega Gómez se fundamenta 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 responde Juan Vega Gómez, que Dworkin “no se refirió a los aspectos contingentes de este derecho o de otro, sino referirse al derecho, donde sea que tengamos derecho”¹¹⁸. Recuérdese que la propuesta de Ronald Dworkin implica necesariamente tener en cuenta el contenido del derecho, por ende, la teoría del derecho no podrá soslayar tal contenido y únicamente será de utilidad en aquel o aquellos derechos que respondan significativamente con dichos contenidos axiológicos, “(...) y habrá de ser en consecuencia una teoría particular. Esto es algo que confiesa el propio

¹¹⁶ *Ibidem*, pág. 84.

¹¹⁷ Vega Gómez, Juan, *Op. cit.*, pág. 42.

¹¹⁸ *Ídem*.

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 (...)»¹¹⁹; y, b) Al parecer Dworkin no hace distinción alguna entre lo que es una teoría del derecho y una teoría de la adjudicación. La asimilación entre ambas se justifica para el autor, ya que tanto la primera como la segunda tienen la misma finalidad, y es el de dar una mejor interpretación a la práctica legal.

Dejando de lado las cuestiones apuntadas en párrafos anteriores, a continuación se presentan algunas críticas que ha realizado Ronald Dworkin a los postulados teóricos de Hart. Aquí no se entrará a valorar la contundencia o no de los argumentos de Dworkin en contra del positivismo jurídico, ya que no es esta la finalidad. Dworkin, manifiesta que la regla de reconocimiento de Hart, no permite dar cuenta de estándares jurídicos distintos a las reglas jurídicas, como es el caso de los principios jurídicos y directrices políticas. Para Dworkin, los principios jurídicos y las directrices no pueden ser identificados a través de la regla de origen o *pedigree*, debido a que la validez de los mismos radica en un adecuado conocimiento de lo que es la justicia, con esta crítica, el mencionado autor muestra que el derecho, a) no únicamente está compuesto por reglas jurídicas como lo refiere el paradigma positivista defendido por Hart; b) asimismo, intenta evidenciar la incapacidad de la regla de reconocimiento como regla maestra para identificar estándares jurídicos diversos a las reglas.

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 despertar adeptos y detractores de los postulados de Dworkin. 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, para la clarificación de

¹¹⁹ Prieto Sanchis, Luis, *Op. cit.*, pág. 81.

las discusiones se apoyan en estándares normativos como son los principios, ya que las reglas jurídicas devienen insuficiente¹²⁰.

Los matices diferenciadores a grandes rasgos entre directriz política y principios jurídicos, radica fundamentalmente en que: los primeros, proponen un objetivo que ha de ser alcanzado y está ligado a la mejora de una situación económica, política o social de la comunidad; y, 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 únicamente se valió de distinciones teóricas, sino que también echó mano a cuestiones prácticas como de algunas sentencias judiciales del tribunal norteamericano e inglés.

II.- EL PUNTO DE VISTA INTERNO EN DWORKIN

En su escrito *Law's Empire* que data de 1986, el profesor Ronald Dworkin da un paso trascendente, ya que en dicho texto presenta nuevas bases filosóficas que le sirven como soporte teórico de cómo comprende el derecho, asimismo, se esfuerza en presentar su teoría jurídica como un esquema de integración, para esto, concibe al derecho como una actividad interpretativa, noción que se desarrolla más adelante, ya que en este acápite está dedicado a caracterizar la metodología elegida por Ronald Dworkin para construir su teoría jurídica.

La posición metodológica de Dworkin, con sus debidas especificaciones y singularidades, es tributaria a grandes rasgos de la división metodológica que Hart realiza entre los denominados puntos de vista externo e interno. Pero Dworkin entiende de forma distinta la perspectiva interna, poniendo énfasis en la propuesta del participante y más precisamente en la óptica del juez.

El argumento central para la toma de dicha postura metodológica se centra en el papel significativo que tienen los jueces en la práctica jurídica, debe recordarse que el profesor Dworkin manifiesta abiertamente que importa mucho la forma en

¹²⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Trad. Marta Guastavino, 2da reimpresión, Editorial Ariel, España, 2014, pág. 72.

que los jueces deciden en sus casos. “Pretende, por tanto, construir una teoría completa del derecho que tenga un aspecto justificador de las decisiones que adoptan las distintas instancias judiciales”¹²¹. Una teoría del derecho debe de ser capaz de guiar la práctica del quehacer judicial.

Ronald Dworkin, apunta que el derecho es un fenómeno social¹²². “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”¹²³. Cada agente que participa de la práctica comprende que las propuestas que se hagan del derecho, únicamente tienen sentido dentro de la práctica, fuera de ella pierden su finalidad. El aspecto argumentativo, es una característica del derecho, que es importante para la *praxis* legal, el mismo que puede ser estudiado desde dos variantes. “Una es la perspectiva externa del sociólogo o del historiador por qué 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”¹²⁴. Esta última posición, implica la actitud del participante, esto es, de la persona que hace uso del 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 se utilizan 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 de 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

¹²¹ *Ídem.*

¹²² Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Trad. Claudia Ferrari, 3ra Reimpresión, Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2008, pág. 23.

¹²³ *Ídem.*

¹²⁴ *Ídem.*

disciplinas en el argumento sobre qué es lo que el derecho requiere que hagan o tengan”¹²⁵.

Como era de esperarse Dworkin, refiere que hay una conexión entre aquellas perspectivas, la interna como la externa son fundamentales, una necesita de la otra en distinto grado, motivo por el cual, una debe abarcar o tomar en cuenta a la 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”¹²⁶. E aquí la importancia metódica del punto de vista interno o del participante, solo sí se obtiene un adecuado entendimiento de las razones del mismo, 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 sólo es posible desde un punto de vista interno a la práctica misma”¹²⁷. “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”¹²⁸.

Desde una orientación sociológica e histórica es posible llevar a cabo una teorización del derecho como una práctica social, pero esta posibilidad es limitada, ya que tanto el sociólogo como el historiador no participan de la práctica legal y, al

¹²⁵ *Ídem.*

¹²⁶ *Ídem.*

¹²⁷ Sarlo, Oscar Luis, “Kelsen y Dworkin: del concepto a la concepción del derecho”, *Ronald Dworkin, estudios en su homenaje*, Revista de Ciencias Sociales Nro. 38, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Edición dirigida por Agustín Squella, Chile, 1993, pág. 366.

¹²⁸ Marmor, Andrei, *Op. cit.*, pág. 70.

elaborar sus teorías sobre el derecho, únicamente se dedican a examinar las razones jurídicas que sostienen los participantes en relación al derecho durante un periodo de tiempo, con la finalidad de determinar si un argumento es mejor que otro¹²⁹. “Las teorías que ignoran la estructura del argumento legal por cuestiones supuestamente mayores de historia y de sociedad son por consiguientes perversas. Ignoran preguntas acerca del carácter interno del argumento legal (...)”¹³⁰. Dworkin reclama una teoría social del derecho construida desde la jurisprudencia, que tome en cuenta el punto de vista interno y que capte la esencia argumentativa del derecho.

El punto de vista interno de la teoría de Ronald Dworkin, está constituido por el punto de vista de los jueces, debido a que el argumento judicial que ellos elaboran acerca de las disputas o reclamos de los derechos, representa un punto clave para investigar el aspecto central del argumento legal formal¹³¹. Dworkin señala que: “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”¹³². E aquí la razón del porque el autor en análisis prefiere 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 fundamental para la elección de la perspectiva del juez, radica en que Dworkin atribuye al juez un rol paradigmático y ejemplificador¹³³.

¹²⁹ Schiavello, Aldo, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, G. Giappichelli Editore, Torino, Italia, 1998, pág. 99.

¹³⁰ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, pág. 24.

¹³¹ *Ídem*.

¹³² *Ídem*.

¹³³ Schiavello, Aldo, *Op. cit.*, pág. 99

“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»¹³⁴. 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 predicar criterios de verdad o falsedad, es decir, las proposiciones pueden ser verdaderas o falsas según sea el caso. Retomando la exposición que hace Dworkin de las proposiciones jurídicas, este entiende a estas como: “declaraciones que hace la gente sobre lo que la ley les permite, prohíbe o autoriza tener”. Las proposiciones jurídicas, como 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 sólo 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, que son 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 considerado como verdadero. “Resulta así que las proposiciones jurídicas verdaderas, que dicen que es verdad lo que en cada caso

¹³⁴ 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. A. Rodilla González (Eds.), *El positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 2006, pág. 278.

el juez resuelve, son verdaderas por definición o tautológicamente, y, por añadidura, inmutables”¹³⁵.

La explicación del significado de las proposiciones jurídicas, deviene en un asunto primordial para la filosofía jurídica, debido que es fundamental para comprender la pregunta ¿qué es derecho? Para el filósofo norteamericano, una exposición adecuada de los enunciados jurídicos, requiere el enfoque del punto de vista de los participantes, más precisamente el de los operadores jurídicos – jueces-. Es posible que desde una perspectiva histórica o sociología se pueda describir las proposiciones jurídicas, sin embargo, la exposición de las mismas va ser limitativa, ya que es proveída por un agente u observador externo. Para tener un conocimiento pleno de las aserciones jurídicas, debe comprometerse el punto de vista interno, “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 sólo normas válidas de derecho, sino conocimiento verdadero teórico de ese mismo derecho. Para éste, el participante interno y, en especial, para el juez, y sólo para ellos, se da el derecho de una comunidad como objeto eventual de un conocimiento teórico”¹³⁶.

III.- EL DERECHO COMO INTERPRETACIÓN

Los dos tipos de desacuerdos que identifica Dworkin en el derecho, constituyen la premisa o punto de partida de sus reflexiones, los cuales son: el empírico y el teórico: “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”¹³⁷.

¹³⁵ Vernengo, Roberto J, “*El derecho como interpretación e integración*”, *Ronald Dworkin, Estudios en su homenaje*. Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Nro. 38, Universidad de Valparaíso, Edición dirigida por Agustín Squella, Chile, 1993, pág. 38.

¹³⁶ *Ídem*.

¹³⁷ Dworkin, Ronald, *Op cit.*, pág. 18

Es tan importante tener en cuenta que el desacuerdo teórico que se presenta en el derecho, es debido a que los operadores jurídicos –abogados, jueces, etc.- entienden de forma variada qué es el derecho, razón por la cual las conclusiones a los cuales arriban difieren uno del otro. La forma de superar el dilema es una respuesta que únicamente puede ser proveída por la alternativa concepción del derecho como una práctica social interpretativa, ya que es en el desacuerdo teórico donde la interpretación entra a representar un papel importante.

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

Dworkin plantea que 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 a 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 comunicativa¹³⁸, 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 la reconocemos como tal. “Interpretamos los sonidos o marcas que hace otra persona para decidir lo que está ha dicho”¹³⁹. 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, la misma 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, (...)”¹⁴⁰. La

¹³⁸ Marmor, Andrei, *Op. cit.*, pág. 56.

¹³⁹ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, pág. 47.

¹⁴⁰ *Ídem.*

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”¹⁴¹.

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”¹⁴². Esta observación hecha por Lifante es de gran importancia, 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 apoyarse en el objeto de la interpretación pero esta primera impresión desaparece cuando Dworkin se ocupa del papel de la intención en los distintos tipos interpretativos, y parece dejar paso al criterio de la actitud del interprete¹⁴³.

Habiéndose hecho una pequeña descripción general sobre la clasificación que Dworkin realiza de la interpretación, a continuación, se desarrolla cuestiones que tienen que ver con la actitud interpretativa, las etapas interpretativas –la forma como Dworkin aplica al derecho- y el esquema de interpretación creativa, que es calificada por Dworkin como constructiva. Entender el asunto de porqué la interpretación creativa es constructiva, es básica para captar los delineamientos que utiliza el autor en mención 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

¹⁴¹ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, pág. 48.

¹⁴² Lifante Vidal, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporáneo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1999, pág. 265

¹⁴³ *Ídem*.

suponer que la práctica social no únicamente existe, sino que también, tiene un valor, esto es, que sirve para algún propósito o interés, o hace cumplir algún principio que pueden ser enunciados de forma independiente del hecho de caracterizar o describir las reglas que integran la práctica. El segundo implica también una suposición en relación a los requisitos y fundamentos de la práctica social, es decir, que 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 a 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”¹⁴⁴. “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 éstos puedan utilizarse para modificar las reglas que conforman la práctica”¹⁴⁵.

Dworkin individualiza tres fases de la actividad interpretativa: a) la preinterpretativa; b) la interpretativa; y, c) postinterpretativa o reformadora.

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

La segunda etapa, es definida como interpretativa, es en esta fase “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

¹⁴⁴ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, pág. 45.

¹⁴⁵ Lifante Vidal, Isabel, *Op. cit.*, pág. 272.

por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general”¹⁴⁶. “El intérprete en este punto comienza a ver al objeto de su interpretación con mayor conciencia”¹⁴⁷. “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”¹⁴⁸. El profesor Dworkin apunta que: “La justificación no necesita adaptarse a cada uno de los aspectos o características 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”¹⁴⁹. 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 lo 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”¹⁵⁰.

La última y tercera etapa es la postinterpretativa, también denominada 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 al objeto, a efecto de presentarlo como un ejemplo ejemplar 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

¹⁴⁶ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, Pág. 58

¹⁴⁷ Schiavello, Aldo, *Op. cit.*, pág. 131

¹⁴⁸ Lifante Vidal, Isabel, *Op. cit.*, págs. 274-275

¹⁴⁹ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, pág. 58.

¹⁵⁰ Lifante Vidal, Isabel, *Op. cit.*, pág. 289.

coincide precisamente con el requisito del segundo elemento de la actitud interpretativa”¹⁵¹. Si tenemos en cuenta lo aseverado hasta ahora en relación a esta tercera etapa, es posible afirmar que esta fase puede fácilmente ser calificada como reformadora o crítica¹⁵². Los alcances que esta tiene 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”¹⁵³.

Siendo que el derecho es una práctica social, el modelo de interpretación aplicable a este es la creativa, a la cual Dworkin califica como constructiva. El quehacer jurídico es un razonamiento de interpretación constructiva, que tiene como finalidad justificar el derecho como integridad. Es 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 –como el mismo lo señala- 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 cuestión de grado y generalidad, el fundamento desarrollado por esos últimos sirven 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

¹⁵¹ *Ibidem*, pág. 275

¹⁵² Schiavello, Aldo, *Op. cit.*, pág. 131.

¹⁵³ Lifante Vidal, Isabel, *Op. cit.*, pág. 290.

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”¹⁵⁴. Recuerde que; “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”¹⁵⁵.

Con la propuesta interpretativa que efectúa Dworkin, lo que intenta es dar un paso significativo que, no únicamente se diferencie de otras concepciones del derecho; sino que también, sea capaz de explicar el derecho en su totalidad y desde una óptica distinta al que generalmente se estaba acostumbrado.

¹⁵⁴ Marmor, Andrei, *Op. cit.*, pág. 59.

¹⁵⁵ *Ídem.*

CAPÍTULO V: EL VALOR METODOLÓGICO DEL PUNTO DE VISTA INTERNO EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

I.- INTRODUCCIÓN

La tradición teórica de la Jurisprudencia analítica se ha caracterizado -entre otras cosas- por el enfoque constante de querer explicar la “naturaleza” del derecho, los diversos autores pertenecientes a dicha escuela no han podido no manifestarse sobre el tema. Jeremy Bentham y John Austin, han cimentado las bases metodológicas, que a pesar del tiempo transcurrido y de los avances teóricos que se han hechos respecto al asunto; hoy en día, las propuestas metodológicas de aquellos aún siguen ocupando el centro de las discusiones. La propuesta sugerida de la dicotomía entre *ser* y *deber ser*, ha sido asumida por la moderna teoría analítica del derecho y es puesta como punto de partida de sus intrincadas discusiones, pero a pesar de existir un reconocimiento de dicha división, los teóricos del derecho disienten en la manera de enfocar y comprender aquella. Este hecho se refleja claramente en el debate constante que mantienen los iusfilósofos, sus programas teóricos, descriptivistas y normativistas y, sus alcances están ligados a los planteamientos de lo que *es* y *debe ser* el derecho.

En el plano argumentativo las diferencias entre ambas posturas teóricas, es decir entre descriptivas y normativas, son muchas e importantes, que es difícil no mencionar algunas aunque sea de forma general. Las teorías puramente descriptivas son aquellas cuyas reflexiones están dedicadas a descubrir la “naturaleza” del derecho y otros conceptos jurídicos. E intentan dar cuenta tal cual son las cosas, se cuidan de hacer críticas y valoraciones morales respecto a su objeto de análisis. Las preguntas con las cuales enfrenta 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”¹⁵⁶. Las

¹⁵⁶Shapiro, Scott J, *Op. cit.*, pág. 27

aserciones que establecen los teóricos analíticos descriptivos generalmente poseen un grado de generalidad, en otros términos, cuando se preguntan qué es el derecho están intentando averiguar la esencia del derecho en general y no de un sistema jurídico en particular¹⁵⁷. Pero las teorías que se inscriben dentro del proyecto analítico-descriptivo del derecho, no siempre son entendidas uniformemente, como bien indica Juan Carlos Bayón, hay hasta cuatro sentidos diferentes¹⁵⁸. En cambio, las teorías normativas presentan un estudio del derecho desde la vertiente moral, justifican o explican moralmente el derecho. Al igual que la corriente anterior, esta también es entendida de formas diferentes, Shapiro presenta dos vertientes de esta postura, a las cuales denomina *interpretativa* y *crítica*. “Los teóricos del derecho *interpretativos* intentan ofrecer una explicación de la lógica o los fundamentos morales *concretos* del derecho vigente”¹⁵⁹. 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”¹⁶⁰. Por su parte 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 recomendarnos cuál debería ser nuestro concepto de derecho en vista de las consecuencias morales que se seguirían de adoptarlo”¹⁶¹. La segunda postura implica que la adopción de una concepción del derecho, sea cual sea esta, debe ser en base a 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”¹⁶². Una última opción es aquella que mantiene la imposibilidad de analizar el derecho sin apelar a argumentos morales y políticos, “es decir, que

¹⁵⁷ Bix, Brian, *Op. cit.*, pág. 19

¹⁵⁸ Para una adecuada explicación *vid.* Bayón, Juan Carlos, *Op. cit.*, pág. 20-23.

¹⁵⁹ Shapiro, Scott J, *Op. cit.*, pág. 26.

¹⁶⁰ *Ídem.*

¹⁶¹ Bayón, Juan Carlos, *Op. cit.*, pág. 23.

¹⁶² *Ibidem*, pág. 24.

para dar cuenta adecuadamente de qué es el derecho es preciso partir de un modo u otro de la acepción de juicios morales”¹⁶³.

Muy al margen de las diferencias formales, sustanciales y de los compromisos metodológicos que tienen cada discurso al momento de señalar la “naturaleza” o “esencia” del derecho, intentaremos mostrar que hay un hilo metodológico que comparten ambas posiciones cuando abordan la cuestión de qué es el derecho. El valor metodológico al que hacemos referencia tiene que ver con el denominado «punto de vista interno» o del «participante», la configuración del mismo, no ha sido un asunto ajeno o soslayado por los teóricos del derecho, al contrario ha sido atendido de forma puntual por los mismos. Los teóricos del derecho ya sean de la vertiente descriptiva o normativa sostienen que es necesario tener en cuenta dicha perspectiva a efecto comprender el derecho desde la óptica del que usa las reglas jurídicas.

Más adelante se intenta mostrar el valor metodológico que representa el «punto de vista interno» para la teoría del derecho, si bien, no se llega a conclusiones contundentes ya que no es la intención diseñar un programa sustancial del «punto de vista interno», sino simplemente hacer ver la utilidad que tiene para el quehacer de la filosofía jurídica.

II.- ALGUNOS MODELOS METODOLÓGICOS DE TEORÍA DEL DERECHO

La literatura iusfilosófica ha construido diversos modelos metodológicos, que tiene como intención caracterizar al fenómeno jurídico. Entre los modelos más resaltantes se tiene: al derecho natural, al positivismo jurídico y, al realismo jurídico. Cuyos exponentes dibujan al derecho en cuanto contenido, forma y función de manera diversa.

Existe un acuerdo casi unánime al considerar que el término “Derecho Natural”¹⁶⁴, encierra en sí mismo, una variedad de significados, los cuales han

¹⁶³ *Ibidem*, pág. 25.

¹⁶⁴ “La expresión derecho natural es, hoy ya, tan rica en significados, que no se puede hablar de derecho natural, sin precisar antes exactamente lo que se entiende por tal, so pena de caer en equívocos”. Puy, Francisco, *Teoría Científica del Derecho Natural*, 4ta edición, México, Editorial Porrúa, 2006, pág. 3. “La voz “naturaleza” es la causa del equivoco. La insuficiente y poca clara distinción entre sus diferentes

venido cambiando y matizándose de forma heterogénea conforme iban apareciendo nuevas maneras de comprender al mismo. Las tendencias de explicar el derecho desde la corriente iusnaturalista, no guardan una continuidad, los autores que se denominan o son clasificados como representantes de dicha escuela, exponen una teoría del derecho natural, según lo que para cada autor significa el derecho natural. “Nadie *sabe* nada seguro de ese derecho natural, pero todo el mundo *siente* con seguridad que existe”¹⁶⁵.

A la heterogeneidad de ideas y al significado multívoco que tiene el derecho natural; se suma que, dentro de la referida escuela, no es posible encontrar una unidad sustantiva en sus postulados que permita con claridad y facilidad señalar las ideas principales de dicho modelo metodológico en relación al derecho. Las construcciones teóricas de los iusnaturalistas, solo comparten algunas características externas o formales, de las cuales no es posible derivar nada significativo, los mismos que podrían ser resumido en tres puntos: i) el iusnaturalismo, es un orden natural independiente y ajeno al derecho positivo; ii) el derecho natural sirve como criterio evaluador del derecho positivo y; iii) el derecho natural es atemporal y universal.

Es fundamental señalar que la tendencia del iusnaturalismo que se desarrolla, es al denominado iusnaturalismo racionalista moderno, con esta aclaración se deja de lado las otras variantes del mismo –clásico y medioeval-, únicamente haremos referencia a estos cuando sea necesario. Intentar hacer una exposición de todo el modelo iusnaturalista, teniendo en cuenta los procesos históricos y las formas en las que han sido clasificados, supera las limitaciones académicas y demanda un factor tiempo que por ahora no es posible brindar a dicho estudio.

La concepción moderna del derecho natural, es deudora de Grocio, como bien lo señala Javier Hervada, “el camino hacia el iusnaturalismo moderno fue desbrozado –en la encrucijada cultural de fines del s. XVI y primera mitad del s.

significados es el origen de todas las ambigüedades en la doctrina del Derecho Natural”. A. P. D’Entreves, *Derecho Natural*, trad. M. Hurtado Bautista, Madrid, Ediciones Aguilar, 1972, pág. 4.

¹⁶⁵ Wolf, Erik, *El Problema del Derecho Natural*, trad. Manuel Atienza, Barcelona, Ediciones Ariel, 1960, pág. 15.

XVII- por el holandés Hugo Grocio (...)”¹⁶⁶, al camino cimentado por este, siguieron personalidades como Samuel Pufendorf, Christian Wolff, entre otros, hasta llegar a configurar lo que hoy en día se conoce como iusnaturalismo racional o moderno.

El calificativo de racional o moderno no responde a una cuestión de gusto, sino más bien; a un parámetro de utilidad, la cual consiste en diferenciar otras formas de iusnaturalismo. «Lo racional» también muestra la influencia del movimiento racionalista, que se ha originado en la Europa continental a partir de la postura renacentista surgida en Italia, logrando expandirse y tomar posición en todas las áreas del conocimiento, incluyendo la jurídica. “El racionalismo fue un fenómeno de sustitución que pretendió crear un sistema de pensamiento nuevo, basado exclusivamente en la razón como informadora de todo conocimiento. Pretendió hacer tabla rasa del pasado autoritario que había concebido a la razón como límite e incapaz de explicar nada por si misma a la razón subordinada a la fe, como única posibilidad de verdad”¹⁶⁷. El pensamiento “racionalista”¹⁶⁸ logró calar

¹⁶⁶ Hervada, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, 3ra edición, Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1996, pág. 262.

¹⁶⁷ Fuentes López, Carlos, *El Racionalismo jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pág. 127.

¹⁶⁸ “El término *racionalismo* tiene significación multívoca, (...) En un sentido general, y como la propia palabra expresa, «racionalismo» hace referencia a la razón, de suerte que, en principio, habremos de considerar como racionalista todo sistema, postura o tesis que de algún modo valore positivamente la función del entendimiento y sitúe a éste por encima de cualquier otra potencia o actividad.

De modo más concreto, pueden deducirse a tres las acepciones del vocablo:

a) *El racionalismo psicológico*, que, en un examen comparativo entre razón y voluntad como manifestaciones o formas del obrar, da prevalencia a aquélla sobre ésta e incluso considera la actividad racional como la que tipifica en exclusiva al hombre.

b) *El racionalismo epistemológico*, que hace referencia al modo de conocer humano, entendiendo que únicamente la razón es fuente de nuestro conocimiento; opónese así racionalismo a sensismo (las ideas proceden de las puras sensaciones) y a intuicionismo (el conocimiento se alcanza por una captación inmediata y simpática de las esencias).

c) *El racionalismo metafísico u ontológico*, el cual entiende que toda realidad es racional, que el mundo tiene una estructura racional captable por el entendimiento humano. Antonio Fernández-Galiano, *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*, universidad de complutense, 2da edición, Madrid, 1977, págs. 271-272.

decisivamente en el iusnaturalismo moderno, haciéndose evidente en los postulados de Christian Wolf, al momento de construir el derecho natural como un «*more geométrico*».

Entre los elementos que caracterizan al iusnaturalismo moderno, es la marcada escisión con la teología, la idea de dios como fundamento justificador del derecho natural fue dejado de lado, buscándose en la razón la fuente de explicación de este, es de esta manera que se pudo llegar a la autonomía del iusnaturalismo frente a la idea de dios. “El derecho natural existe aunque dios no exista”¹⁶⁹. La fe, fue desplazada a segundo nivel, y se empezó a construir un conocimiento secularizado del derecho natural, en donde la ley natural y el derecho natural fueron arrancados y separados de la idea de fe y de Dios. “ [...] la ciencia jurídica mantuvo su autonomía, de modo que los juristas no incidieron en cuestiones teológicas; es más, cuando trataron del derecho natural su punto de referencia fue el derecho romano y no la doctrina teológica del derecho natural, sin que faltasen quienes se planteasen las relaciones entre ciencia jurídica y teología, defendiendo vigorosamente la autonomía de la primera”¹⁷⁰.

“Si la moderna doctrina del Derecho natural ha demostrado ser tan distinta a la antigua, tanto en sus conexiones como en sus vastas consecuencias, la razón consiste en que una nueva concepción del hombre y del universo transformó lo que había sido durante siglos una doctrina inocua y ortodoxa en un poderoso instrumento de progreso y revolución, que dio un giro enteramente nuevo a la historia y cuyos efectos todavía nosotros experimentamos”¹⁷¹.

Como consecuencia de la separación apuntada, se logra distinguir al derecho de la moral religiosa, admitiéndose así; la existencia de otras opciones de regulación normativa de la conducta humana distintas al derecho.

“Frente a esta mentalidad, característica de la concepción moderna del derecho natural fue la ruptura –en línea similar a lo que ocurrió en otros campo de la

¹⁶⁹ Hervada, Javier, Op. cit., pág. 252

¹⁷⁰ Ídem.

¹⁷¹ D’Entreves, Renato, Op. cit., pág. 10

cultura- de esta visión de la sociedad y la sustitución de la teología por el derecho natural como ciencias de principio supremos de la convivencia social. En definitiva el derecho natural, de ser una de las leyes de la convivencia humana, pasó a ser la ley básica de esa convivencia. Y como lógica consecuencia, la ciencia del derecho natural se transformó en el sustituto de la teología moral como ciencia suprema de la vida del hombre en sociedad. Naturalmente, esto implicaba la aparición de la disciplina del derecho natural como ciencia específica y la de los correspondientes tratados”¹⁷².

Las pretensiones del derecho natural moderno, no únicamente es, justificar de donde se derivan las leyes y como deben de comportarse los hombres en sociedad, sino que también, intenta construir un sistema de derecho basado en principios universalmente validos e inmutables, que sean capaces de resistir y permanecer al margen de las influencias históricas y temporales, los cuales han de servir como criterios de fundamentación y validez del derecho positivo. “(...): si se afirma la existencia del derecho natural tiene que admitirse que el derecho positivo debe, inexorablemente, atenerse en sus prescripciones a las de aquél, pues un ordenamiento jurídico que conculcase los mandatos y prohibiciones del derecho natural estaría violentando las tendencias de la naturaleza humana”¹⁷³. En base a la perspectiva descrita, el derecho natural funciona como un elemento discriminador y evaluador de lo que debe o no regular los sistemas jurídicos positivos. Las valoraciones de lo justo e injusto que puede ser el derecho positivo, son elaboradas por el iusnaturalismo.

El derecho natural y el derecho positivo, es visto por los iusnaturalistas como dos órdenes que regulan la sociedad. El primero de ellos, está constituido por las denominadas leyes naturales, que tienen a la razón como fuente única. El segundo, está compuesto por las leyes que emanan del estado y son producto de la voluntad humana. “Desde esta perspectiva era lógico que la ciencia del derecho o jurisprudencia se escindiese en dos ramas: la jurisprudencia natural o ciencia del

¹⁷² Hervada, Javier, Op. cit., págs. 252-253.

¹⁷³ Antonio Fernandez-Galiano, *Derecho Natural. Introducción filosófica al derecho*, Universidad de complutense, 2da. Edición. España, 1977, pág. 76

derecho natural, con sus tratados propios y las cátedras universitarias correspondientes, y la jurisprudencia positiva o ciencia del derecho”¹⁷⁴. Esta división metodológica, ha hecho que exista una riña constante entre positivistas e iusnaturalistas.

Dos órdenes jurídicos totalmente distintos que están vigentes en la sociedad, esta afirmación hecha por los iusnaturalistas, encierra por sí misma una paradoja, que no ha sido clarificada por los defensores del iusnaturalismo moderno. Si el derecho natural, constituye una regulación de la sociedad, salta a la vista una pregunta ¿cómo es que logra diferenciarse del derecho positivo? Este asunto, fue muy bien apuntado por el profesor Javier Hervada, al señalar que:

“Paradójicamente, el iusnaturalismo racionalista llevaba en sí un germen de una concepción positivista del derecho, pues al escindir el orden jurídico en dos, el derecho emanado del Estado se debía entender como mero derecho positivo – aun cuando recogiese las leyes *racionales* de la naturaleza-, puesto que el sistema de normas naturales es *otro* orden jurídico, separado del positivo. El jurista, abocado a aplicar el derecho del Estado, quedaba reducido al derecho positivo. El derecho natural era lo propio de los tratadistas de él o sea, de los que más adelante se llamaron los filósofos del derecho. Con ello conducían al derecho natural a u callejón sin salida: o era vigente y entonces tenía características peculiares distintas de las propias del derecho positivo, o era ideal del derecho más que un derecho vigente”¹⁷⁵.

La salida a la cuestión señalada, ha sido mediante dos vías, 1) el primero que el derecho natural es un ideal que el derecho positivo debe de alcanzar, 2) que el derecho natural constituye una moral crítica.

El derecho natural moderno, pretendió fundamentar las condiciones de validez del derecho positivo, las limitaciones que debía de tener este, e intentó justificar la existencia de un derecho válido universalmente, no en virtud de su fuerza, sino en mérito de su razón.

¹⁷⁴ Hervdad, Javier, Op. cit., pág. 257.

¹⁷⁵ Ídem.

Entre finales del siglo XIX y comienzos del XX, se ha originado en el campo de la filosofía jurídica, la corriente del realismo jurídico, modelo que ha marcado un hito en el desarrollo del pensamiento iusfilosófico.

La escuela realista del derecho, presenta dos vertientes; por un lado, tenemos al modelo realista de tradición escandinava y, por otro, al realismo de corte norteamericano, esta última con matices más extremos que la primera. “Las tradiciones del mundo anglo-sajón y de los países escandinavos se han diferenciado así, por esa tendencia común, de las doctrinas jusnaturalistas y de otras ramificaciones de la filosofía jurídica idealista que prevalecen en la Europa continental”¹⁷⁶. Entre los representantes de la tradición escandinava tenemos a: Axel Hägerström, Alf Ross, Karl Olivecrona, entre otros. Partidarios del realismo americano se pueden nombrar a: Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank, Karl Llewellyn, J. C. Gray, Morris Cohen, etc.

Previo a elaborar una diferencia no exhaustiva entre los postulados del realismo escandinavo y americano, mencionare algunas cuestiones generales del realismo jurídico. El auspicio básico del modelo realista, puede ser agrupado en los siguientes enunciados: a) el derecho no debe ser identificado con reglas de contenido ideal de lo que es obligatorio, sino por normas que efectivamente son obedecidas por la sociedad; b) el derecho es necesariamente impuesto por el Estado. En cuanto a las diferencias es posible apuntar que: el realismo moderado –escandinavo- considera que: “el derecho es un sistema de normas que pueden ser verificadas de manera empírica”, en cambio; el realismo extremo –americano- señala que: “el derecho está constituido por las predicciones judiciales”.

Siguiendo el orden prefijado en el párrafo anterior, primero se empezara a desarrollar y nombrar los postulados básicos del realismo escandinavo, para posteriormente hacer una descripción del modelo norteamericano, esto, a efecto de que se comprenda mejor la exposición del modelo realista en sus dos aspectos.

¹⁷⁶ Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Trad. De Genaro Carrió, EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1963, pág. XIII.

El planteamiento metodológico que mejor caracteriza al realismo escandinavo, lo encontramos en el prefacio del libro “Sobre el Derecho y la Justicia” de Alf Ross, quien ha dejado escrito lo siguiente: “La idea principal de este libro es desarrollar los principios empiristas, en el campo del derecho, hasta sus conclusiones últimas. De esta idea surge la exigencia metodológica de que el estudio del derecho siga los tradicionales patrones de observación y verificación que inspiran a toda la ciencia empírica moderna”¹⁷⁷. Con esta premisa metodológica, el realismo escandinavo demuestra su oposición y crítica al idealismo epistemológico¹⁷⁸, ya que al elaborar su teoría, pretendieron que el derecho sea tratado y equiparado como una ciencia empírica. De ahí que es tarea imprescindible desgajar del derecho toda cuestión metafísica, pues el concepto de “ciencia” implica una contrastación con la realidad, con algo efectivo que es susceptible de ser interpretado y analizado. Para aquel sector iusfilosófica, una adecuada comprensión del fenómeno jurídico implica asir al derecho en el marco de la realidad.

La posición anti-metafísica del realismo escandinavo da pie a criticar los conceptos tradicionales claves del derecho, catalogándolos como irreales, los conceptos de derecho subjetivo, deber jurídico y otros no existen. Esta premisa metodológica tiene como fundamento las concepciones anti-metafísicas que desde la filosofía ha estructurado Axel Hägerström.

Para el realismo escandinavo una averiguación de la “naturaleza” del derecho implica asemejar este con la realidad. El derecho está compuesto por un conjunto de hechos sociales que tienen como propósito principal proteger a la sociedad y mantener el orden dentro de ella.

Por su parte el realismo americano sostiene que el derecho es experiencia y por medio del estudio de esa experiencia y de la aplicación del derecho a los casos en concreto, es posible, dar con la “naturaleza” del fenómeno jurídico. Para este sector del realismo, el derecho es creado por los jueces a través de sus

¹⁷⁷ Ídem.

¹⁷⁸ De Paramo Argüelles, Juan Ramón, *Op. cit.*, pág. 173.

sentencias judiciales. «El derecho, es lo que los jueces deciden», e de ahí que la conducta de los jueces es más importante que la ley escrita.

El derecho constituye un medio para conseguir fines sociales y no debe ser considerado un fin en sí mismo, es decir, que el derecho en su conjunto responde a un propósito social, asimismo, cada sector del mismo está encaminado a determinados objetivos sociales. Otro postulado fundamental del iusrealismo norteamericano es la concepción de la indeterminación de las normas jurídicas.

Por último se menciona el modelo metodológico del positivismo jurídico, para ello se toma un conjunto de postulados básicos que sostienen la arquitectura del apuntado modelo metodológico. Para el modelo positivista conceptual o metodológico, es esencial la separación entre ser y deber ser; asimismo, mantiene la distinción conceptual entre derecho y moral y, admite las fuentes sociales del derecho.

Los defensores del positivismo jurídico sostienen que; el derecho debe ser descrito tal y cual se presenta en la realidad, solo así, es posible dar cuenta de lo que es el derecho, para esto, es necesario no asumir ningún tipo de compromiso moral, las valoraciones que se hacen del derecho no tiene que ser moral. El acuerdo casi homogéneo está en que el positivismo jurídico es un modelo descriptivo del derecho, en donde, para identificar la “naturaleza” del derecho es preciso circunscribir lo jurídico de lo no jurídico.

III.- PETER WINCH Y LA PROPUESTA HARTIANA

En “El Concepto de Derecho” el profesor Hart, en una nota de pie de página del capítulo IV nos hace pensar que la distinción entre «punto de vista interno» y «punto de vista externo» efectuada por él, tiene asidero en algunas reflexiones que hace Peter Winch acerca de los hábitos y reglas en su libro “*The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*”¹⁷⁹. Claro está que, no se puede precisar el grado de influencia que ha tenido este último en el pensamiento

¹⁷⁹ Libro que fue traducido al castellano por María Rosa Viganó de Bonacalza, con el título de: *Ciencia Social y Filosofía*. En adelante las citas que se hagan están referidas al texto en castellano.

hartiano, pero si existen atisbos suficientes como para poder señalar que efectivamente hubo una influencia aunque sea mínima.

Cabe mencionar que las cavilaciones de Winch están dedicadas a trazar una diferenciación entre las denominadas ciencias sociales y 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”¹⁸⁰. Este punto es de suma importancia a nivel metodológico para proceder a 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, y “la prueba de que un hombre este 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 la cosas, con respecto a lo que se está haciendo”¹⁸¹. Y en el caso de que 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”¹⁸².

Si el actuar es conforme a la regla, entonces en una acción calificada como socialmente aceptada, pero la comprensión y explicación de aquel únicamente es dable si entendemos 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 se guían por reglas sociales, esto es posible si el investigador tiene como punto de referencia al sujeto que participa y además tiene

¹⁸⁰ Winch, Peter, *Op. cit.*, pág. 90.

¹⁸¹ *Ibidem*, pág. 57.

¹⁸² *Ídem*.

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”¹⁸³.

La regla metodológica de Winch se configura de la siguiente forma: que el estudioso debe de tener en cuenta la regla por el 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”¹⁸⁴. 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 decisivo de la obra de Hart que han hecho de su obra un hito decisivo de la teoría contemporánea del derecho”¹⁸⁵.

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 método *hermenéutico* que implica describir la conducta gobernada por reglas tal y como se aparece a los participantes, que la contemplan como conforme o disconforme con ciertas pautas compartidas»”¹⁸⁶.

IV.- VALOR METODOLÓGICO DEL PUNTO DE VISTA INTERNO

El derecho constituye una práctica social que provee razones que justifican la conducta del ser humano en sociedad, claro está que no es el único ni el último motivo justificante, ya que junto a él se configuran otras formas de regulación

¹⁸³ *Ibidem*, pág. 84.

¹⁸⁴ Schiavello, Aldo, *Op. cit.*, pág. 101.

¹⁸⁵ Colomer, José Luís, *Op. cit.*, pág. 293.

¹⁸⁶ *Ídem*.

social, que si bien son importantes pero no al nivel que representa el fenómeno jurídico. Pero al decir esto, no se está mencionando nada trascendente en relación al aspecto normativo del mismo, o por lo menos no se capta la esencia normativa del derecho, pues una comprensión de la normatividad requiere abordar criterios metodológicos que únicamente pueden ser obtenidos desde la perspectiva del famoso «punto de vista interno».

La utilidad hermenéutica que este provee para la teoría del derecho es fundamental, al punto de que no es posible decir algo del criterio normativo del derecho sino se tiene en cuenta aquel –punto de vista interno-. “Lo que Hart ha establecido mediante este conocido diseño podría denominarse la prioridad lógica o conceptual del punto de vista del participante”¹⁸⁷. Alfonso Ruiz Miguel¹⁸⁸, 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 únicamente faltaría 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 ordenes formuladas por distintos asaltantes (...)”¹⁸⁹. Una primera exigencia para la configuración del punto de vista interno es la existencia de ciertos individuos que tengan una actitud ante las normas, únicamente así se puede dar la posibilidad de hablar de una perspectiva interna o del participante; la 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 teórico del derecho comprender mejor al fenómeno jurídico. La pretensión normativa del derecho se entiende mejor si se tiene como

¹⁸⁷ Ruiz Miguel, Alfonso, *Op. cit.*, pág. 576.

¹⁸⁸ *Ídem.*

¹⁸⁹ *Ídem.*

punto de partida la perspectiva interna, tomar en cuenta esta es crucial para una teoría exitosa del derecho¹⁹⁰. Este aspecto ha sido remarcado por el propio Hart.

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 perspectiva práctica. Los autores después de Hart están de acuerdo en la metodológica que ofrece la óptica del participante y hacen referencia al mismo cuando argumentan sus postulados acerca del derecho. Claro está, que no todos los teóricos entienden lo mismo por el esquema conceptual, pues las diversas posiciones que se han desarrollado del tema distan uno del otro ya que caracterizan el contenido del mismo de forma dispereja.

V.- 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 qué es el derecho, es decir, cuál es la postura adecuada en que debe colocarse 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, creo que este asunto ha quedado más que claro, el problema al que se hace referencia tiene que ver si el teórico del derecho debe elegir entre situarse en la perspectiva interna o externa para enfocarse en su análisis del derecho. El caso no resulta de fácil elección ya que las consecuencias que se derivan por optar el primero y no por el segundo o viceversa son determinantes para el conocimiento del derecho, y distan el uno del otro, es decir, que cuando se quiere explicar qué es el derecho desde la perspectiva del participante no necesariamente coincide con la explicación que se da desde la perspectiva del observador. Un ejemplo paradigmático de esta aseveración constituyen las propuestas de Ronald Dworkin y H. L. Hart.

Quizá como un punto de partida para esta exposición sea pertinente apoyarnos 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

¹⁹⁰ Bix, Brian, *Op. cit.*, pág. 183.

extremo y el observador externo crítico o moderado. Esta última 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 normas¹⁹¹, 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 reglas¹⁹², aquí el observador únicamente ve regularidades o conductas externas.

El problema con Hart es que no dejó claro su opinión en relación a la posición que debe optar el teórico en su estudio del derecho, una interpretación plausible de la misma es efectuado por el profesor Neil MacCormick, quien sostiene que aquel –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 el siguiente asunto, 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 distintos¹⁹³. Esto es una concesión que es posible realizar y aceptar sin problema alguno, ya que los fines que persiguen son líneas diversas, el observador intenta en primer plano brindar un concepto descriptivo del derecho, sin embargo, la otra opción pretende

¹⁹¹ Schiavello, Aldo, *Op. cit.*, pág. 102.

¹⁹² *Ídem.*

¹⁹³ Cf. Nino, Carlos Santiago, *Derecho, Moral y Política, Una revisión de la teoría general del derecho*, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, España, 1994, capítulo I.

ofrecer un concepto prescriptivo del fenómeno jurídico. Los lentes con el cual miran al derecho son de distinto alcance, los compromisos metodológicos y el grado de comprensión del punto de vista son diferenciables.

Los procedimientos de identificación del derecho distan uno del otro, a pesar de tener un mismo objetivo que es dar cuenta de lo qué es el derecho, sus análisis y conclusiones son disparejas, siendo conscientes de este hecho, el reto entonces está en determinar que 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 pro y contra, es decir, que se gana y que se pierde con cada teoría, es posible dar un veredicto a favor de una de ellas.

No es la intención hacer ver cuál es la caracterización adecuada, y hacer inclinar la balanza en favor de una corriente determinada o de un autor en especial, pues lo que se intenta no es nada pretensioso, ya que únicamente lo que se quiere es graficar los enfoques que han tomado los teóricos más representativos para dar cuenta de lo que es el derecho.

VI.- 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 conocido valor conceptual, aún, no se ha podido trazar diferencias contundentes entre una y otra categoría conceptual.

Una básica distinción entre los enunciados jurídicos internos y externos, fue planteado por el profesor Hart, al señalar que: los primeros son expresiones que son realizadas por las personas que aceptan el derecho como pauta de conducta, es decir, son sujetos que participan del derecho; los segundo son enunciados que son efectuados por personas que no aceptan el derecho, esto es, que no se encuentran dentro del marco normativo del derecho, por ende, no participan del derecho y se comportan como simples observadores. El punto que permite trazar una diferencia radica en la noción de aceptación, sí 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 atribuírseles criterios de verdad y falsedad.

El cuadro pintado tal cual se presenta en el párrafo anterior, no es muy fino, ya que solo 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 únicamente tienen la categoría de ser normativos, puesto que también, presentan un contenido descriptivo. Según esto, los enunciados jurídicos internos son justificativos y explicativos al mismo tiempo.

CONCLUSIONES

Primera.- La Escuela analítica del Derecho representada fundamentalmente por los principales juristas de Oxford en donde destacan J. Bentham, J. Austin, H.L.A. Hart, John Finnis y Ronald Dworkin, ha marcado las pautas teóricas para el quehacer de muchas de las posiciones iusfilosóficas contemporáneas.

Segunda.- Existe una insuficiencia metodológica y epistemológica a nivel de la filosofía del Derecho, la cual no permite que se configure con claridad el objeto de estudio de esta última.

Tercera.- La pregunta qué es el Derecho es un proyecto de primer orden que a pesar de haber sido discutido desde algún tiempo atrás y desde diversas perspectivas teóricas aún no ha tenido su punto final.

Cuarta.- La actividad iusfilosófica destinada a determinar la “naturaleza” del Derecho, se encuentra en un punto estancado, ya que las proposiciones que se plantean sobre el tema, generalmente giran en torno a interpretar argumentos que han sido formulados por autores como Hart, Finnis, y Dworkin.

Quinta.- Las respuestas proveídas a la cuestión de la “esencia” del Derecho, son muy disimiles y responden a proyectos teóricos que cada escuela iusfilosófica se perfila, lo cual hace que las proposiciones argumentativas que se formulan del tema, devienen muchas veces en programas incomprensibles.

Sexta.- Las teorías que han sido desarrolladas por Hart, Finnis y Dworkin son las que han tenido mayor impacto en la actividad iusfilosófica, y han contribuido formidablemente a comprender el fenómeno jurídico.

Octava.- Hay dos modelos metodológicos en la manera de enfrentar la pregunta qué es el derecho, los cuales han sido tildadas como: descriptivas y normativas, dando origen a dos perspectivas teóricas en la manera de comprender el Derecho.

Novena.- Desde una posición metodológica el denominado punto de vista interno, constituye la piedra angular para comprender y configurar adecuadamente la arquitectura y la “esencia” del derecho.

Décima.- Los teóricos del derecho, a pesar de que admiten la importancia del punto de vista interno para el quehacer iusfilosófico, entienden de distinta forma el alcance y el contenido del mismo.

Onceava.- En el plano jurídico se dan primordialmente dos tipos de enunciados jurídicos, que han sido clasificados por Hart como: enunciados jurídicos internos y enunciados jurídicos externos, los primeros son enunciados de derecho, y son de tipo normativo y descriptivo; en tanto, los segundos son enunciados acerca del derecho y son de carácter descriptivo.

Doceava.- Los antecedentes del punto de vista interno, lo encontramos en las reflexiones que ha efectuado Peter Winch en torno al elemento que distingue las ciencias sociales de las ciencias formales.

BIBLIOGRAFÍA

AUSTIN, JOHN, *El objeto de la jurisprudencia*, Trad. de Juan Ramón de Paramo y Argüelles. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Bix, Brian, *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Trad. Pablo E. Navarro, Érica Frontini y otros, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2006.

BOBBIO, NORBERTO, *El problema del positivismo jurídico*, Trad. Ernesto Garzón Valdez. Editorial EUDEBA. Argentina, 1965.

CALSAMIGLIA, ALBERT, “*Dworkin y el enfoque de la integridad*”, *Ronald Dworkin Estudios en su Homenaje*, Revista de ciencias sociales, Nro. 38, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Edición dirigida por Agustín Squella, Chile, 1993.

“*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 núm. 16, Instituto de investigaciones filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981.

Un intento de superación de controversia entre positivistas y jusnaturalistas. (Réplica a Carlos S. Nino), Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 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. A. Rodilla González (Eds.), *El positivismo Jurídico a examen, Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 2006.

DE PARAMO ARGÜELLES, JUAN RAMÓN, *H. L. A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1984.

DELGADO PINTO, JOSÉ, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2006.

DICKSON, JULIE, *Evaluación en la teoría del derecho*, Trad. Juan Vega Gómez, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM. México, 2006.

DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia*, Trad. Claudia Ferrari. 3ra Reimpresión, Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2008.

Los derechos en serio, Trad. Marta Guastavino, 2da reimpresión, Editorial Ariel, España, 2014.

FINNIS, JOHN, *Ley Natural y derechos naturales*, Trad. de Cristóbal Orrego Sánchez, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 2000.

GAIDO, PAULA, *Las pretensiones normativas del derecho*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2011.

HART, H. L. A. El concepto del derecho. Trad. Genaro R. Carrió. Editorial Abeledot Perrot, 3ra. ed. Argentina, 2009.

“Independencia entre derecho y moral”, En: *Filosofía del Derecho*, Comp. R. M. Dworkin, Trad. Javier Sáinz de los Terreros, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

Post scriptum al concepto del derecho, Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Penélope A. Bulloch y Josep Raz (eds.), Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 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*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2006.

LIFANTE VIDAL, ISABEL, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporáneo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1999.

MACCORMICK, NEIL, H. L. A. *Hart*, Trad. Juan Manuel Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, España, 2010.

MARMOR, ANDREI, *Interpretación y Teoría del Derecho*, Trad. Marcelo Mendoza Hurtado, Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2001.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *Derecho, Moral y Política, Una revisión de la teoría general del derecho*, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, España, 1994.

PRIETO SANCHIS, LUIS, “Cuatro preguntas a propósito de Dworkin”, *Ronald Dworkin estudios en su homenaje*, Revista de Ciencias Sociales Nro. 38, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Edición dirigida por Agustín Squella, Chile, 1993.

RAZ, JOSEPH, *Entre la autoridad y la interpretación*, Trad. Hernán Bouvier, Pablo Navarro y Rodrigo Sánchez Brígido, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2013.

REDONDO, MARÍA CRISTINA, “The Concept of law, Cincuenta años”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nro. 37, España, 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*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 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, OSCAR LUIS, “Kelsen y Dworkin: del concepto a la concepción del derecho”, *Ronald Dworkin, estudios en su homenaje*, Revista de Ciencias Sociales Nro. 38, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Edición dirigida por Agustín Squella, Chile, 1993.

SCOTT J. SHAPIRO, *Legalidad*, Trad. Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña, Marcial Pons, Madrid, España, 2014.

SCHAUER, FREDERICK, *“Necesidad, importancia y naturaleza del derecho”*, En Ferrer Beltrán, Jordi; Moreso, José Juan; Papayannis, Diego M. (eds.), *Neutralidad y Teoría del Derecho*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2012.

SCHIAVELLO, ALDO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, G. Giappichelli Editore, Torino, Italia, 1998.

VEGA GÓMEZ, JUAN, *Ensayos de Filosofía Jurídica Analítica*, Editorial DYKINSON, Madrid, España, 2014.

VERNENGO, ROBERTO J, *“El derecho como interpretación e integración”*, Ronald Dworkin, *Estudios en su homenaje*, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Nro. 38, Universidad de Valparaíso, Edición dirigida por Agustín Squella, Chile, 1993.

VERDUGO, CARLOS, *“La pregunta por el concepto”*, H. L. A. Hart y El Concepto de Derecho, *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Nro. 28, Universidad de Valparaíso, Chile, 1986.

WALUCHOW, J. WILFRID, *Positivism jurídico incluyente*, Trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2007.

WINCH, PETER, *Ciencia social y filosofía. Primera reimpresión*, Trad. María Rosa Viganó de Bonacalza, Amorrortu Editores S. A., Buenos Aires, Argentina, 1990.