

CAPÍTULO II

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

I. Objetivo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto, Joseph Raz afirma que:

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

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

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

²⁸ *Idem*.

²⁹ Shapiro, Scott, *op. cit.*, p. 33.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Íbidem*, p. 34.

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

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

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

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

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

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

³² *Idem*.

³³ *Idem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 35.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Kelsen señala que:

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

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

³⁵ *Idem*.

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

³⁷ *Ibidem*, pp. 18-23.

³⁸ *Ibidem*, p. 89.

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

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

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

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

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

³⁹ *Ibidem*, p. 17.

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

⁴¹ *Ibidem*, p. 24.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁵ *Idem.*

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

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

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

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

⁴⁶ *Ibidem*, p. 5.

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

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

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

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

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

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

⁴⁸ *Ibidem*, p. 17.

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

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

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

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

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

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

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

IV. Modelos teóricos del derecho

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

⁴⁹ *Idem.*

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

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

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

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

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

⁵¹ *Idem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Prioridad conceptual y lógica del punto de vista interno

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

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

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

⁵⁷ *Idem.*

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