

EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL PUNTO DE VISTA INTERNO

SANTIAGO SASTRE ARIZA (*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PUNTO DE VISTA INTERNO EN HART.—3. EL PUNTO DE VISTA INTERNO COMO PUERTA DE ENTRADA DE LA MORAL EN EL DERECHO.—4. NEUTRALIDAD, PUNTO DE VISTA EXTERNO Y POSITIVISMO JURÍDICO.—5. EL PAPEL DE LA CONVERGENCIA DE LOS FUNCIONARIOS EN LA INTERPRETACIÓN POSITIVISTA DEL PUNTO DE VISTA INTERNO.

(*) Universidad de Castilla-La Mancha.

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que la distinción hartiana entre punto de vista externo y punto de vista interno constituye una herramienta metodológica importante en la teoría del Derecho contemporánea. Se suele admitir que el positivismo jurídico adopta en su análisis la perspectiva propia del punto de vista externo y que el punto de vista interno se presenta como un punto de partida adecuado para apoyar el no positivismo. Por esta razón, las relaciones entre el positivismo jurídico y el punto de vista interno no parecen ser muy amistosas. Así, por ejemplo, se afirma que el positivismo es incompleto porque no puede ofrecer respuestas a los problemas prácticos que se plantea el participante (1) y que el carácter normativo del punto de vista interno supone la autodestrucción del positivismo jurídico (2).

En este artículo me propongo: i) Exponer algunas interpretaciones que ha recibido el punto de vista interno a partir del planteamiento de Hart y analizar su virtualidad para arrojar luz sobre el problema de las relaciones entre Derecho y moral. ii) Poner de manifiesto cómo el positivismo jurídico es compatible con algunas versiones del punto de vista interno y resaltar la

(1) «El positivista coherente describe las normas, pero ante la pregunta: ¿qué debe hacer?, se encoge de hombros, puesto que su teoría no puede ofrecer respuesta. El participante se encuentra que el positivismo coherente enmudece cuando le pregunta lo que más le interesa. En este sentido, el positivismo es incompleto», A. CALSAMIGLIA, «Teoría del participante *versus* teoría general del Derecho: una aproximación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1997, págs. 485-507, pág. 488.

(2) J.D. GOLDSWORTHY, «The Self-Destruction of Legal Positivism», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, 1990, págs. 449-486, págs. 452 y sigs.

importancia que en este debate desempeña el análisis conceptual, especialmente la noción de positivismo jurídico que se maneja. iii) Profundizar en la visión del punto de vista interno como una convergencia de comportamientos en la línea sugerida en algunos artículos por Coleman.

2. EL PUNTO DE VISTA INTERNO EN HART

Hart introduce el punto de vista interno con la finalidad de explicar el aspecto normativo del Derecho recalcando el papel central de las reglas y, por tanto, insistiendo en la noción de «seguir una regla» frente a la idea de un hábito de obediencia (Austin) y de un sentimiento de obligatoriedad (Ross).

Se ha subrayado que este enfoque no es sino la aplicación del método hermenéutico en el ámbito jurídico (3); es decir, se mantiene que para afrontar el estudio de un fenómeno social como es el Derecho quizá es conveniente dejar a un lado los métodos tradicionales de las ciencias naturales (que permiten formular descripciones puras) y poner en un primer plano la necesidad de comprender y profundizar en el significado que tienen las acciones para los participantes (para hacer, según la terminología de Gilbert Ryle, descripciones densas) (4).

Lo que interesa resaltar aquí es la caracterización hartiana del punto de vista interno que, como es sabido, no está exenta de ambigüedad. Para el autor de *The Concept of Law* el punto de vista interno se define por la concurrencia de tres aspectos: la aceptación, el elemento de adecuación y el elemento lingüístico (5). Quien se sitúa en el punto de vista interno acepta las reglas jurídicas por diferentes razones (razones no sólo morales) y esta

(3) Vid. P.M.S. HACKER, «Harts Philosophy of Law» en P.M.S. HACKER y J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977, págs. 1-25, págs. 12 y sigs. N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Edward Arnold, London, 1981, pág. 32. Una crítica a esta terminología en V. VILLA, «Hermeneutic point of view a analisi delle norme», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1982, págs. 721-731, pág. 724.

(4) Tomo la cita de H. HAMNER HILL, «H.L.A. Harts Hermeneutic Positivism: On Some Methodological Difficulties in The Concept of Law», *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. III, n.º 1, 1990, págs. 113-128, pág. 116.

(5) H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 2.ª edición, págs. 78 y sigs.

aceptación se refleja externamente a través de la obediencia a dichas reglas en la medida en que sea posible y mediante el uso de un lenguaje normativo al tomar las normas aceptadas como criterio de corrección para la conducta propia y la de los demás. De esta concepción es importante destacar, como señala Sartorius, dos notas: a) se fija en los comportamientos, y b) advierte que la obligación legal no está necesariamente conectada con la obligación moral (6).

Pues bien, muchos autores han criticado esta noción amplia de aceptación. Ya sea por razones conceptuales, pues para poder distinguir la aceptación frente a otros comportamientos como la simple obediencia y la simulación es preciso acudir al tipo de razonamiento práctico que suscribe el aceptante y señalar que actúa por razones morales, ya por interpretar que la dimensión externa de la aceptación sólo se puede llevar a cabo cuando se considera en realidad que la pauta de conducta está justificada moralmente, han defendido una noción restringida de aceptación que supone reducir su motivación a las razones de naturaleza moral (7).

Me parece que con la inclusión de las razones no morales en la noción de aceptación Hart pretende reflejar la relación contingente entre el Derecho y la moral que predica el positivismo jurídico. En mi opinión, defender que una aceptación no moral no es una genuina aceptación resulta útil para analizar si el punto de vista interno hartiano se encuentra en mejor disposición para explicar la naturaleza normativa del Derecho frente al planteamiento austiniiano, pero no veo de qué modo esta tesis, sin más especificaciones, puede ser un camino adecuado para rebatir el positivismo jurídico. Como afirma Holton, el positivismo jurídico es consistente con la idea de que el

(6) R. SARTORIUS, «The Concept of Law», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1996, LII, 2, págs. 161-193, pág. 176.

(7) Por ejemplo, U. SCARPELLI, «Punto di vista interno e punto di vista esterno» en R. GUASTINI (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980, págs. 343-347, pág. 344. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, págs. 240-241 y 275-292. A. CATANIA, «L'accettazione nel pensiero di Herbert L.A. Hart» en A. CATANIA, *Il diritto tra forza e consenso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, págs. 17-42, pág. 266. C.S. NINO, «El concepto de derecho de Hart» en A. SQUELLA (ed.), *H.L.A. Hart y el concepto de derecho*, Edeval, Valpaíso, 1986, págs. 33-54, págs. 49 y sigs. J.C. BAYÓN, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, CEC, Madrid, 1991, págs. 448 y sigs. Ésta es la interpretación que yo mismo he defendido en mi libro *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw- Hill, Madrid, 1999, págs. 107 y sigs.

punto de vista interno es un punto de vista moral (8). Ahora bien, esto no impide que algunas lecturas del punto de vista interno como punto de vista moral sí que puedan resultar claramente no positivistas, como se verá en el siguiente epígrafe.

3. EL PUNTO DE VISTA INTERNO COMO PUERTA DE ENTRADA DE LA MORAL EN EL DERECHO

El desarrollo posterior de las tesis hartianas no condujo, como afirma Soper, «a un eclipse de las preocupaciones morales del participante por el interés epistemológico del observador» (9), sino más bien parece que todo lo contrario: el punto de vista interno se transformó en un instrumento idóneo para destacar la relevancia de la moralidad en el análisis del Derecho. Si hubiera que resumir de qué modo se ha puesto de relieve este desarrollo creo que habría que hacer referencia, fundamentalmente, a cuatro aspectos: el concepto de justificación, la identificación de las normas jurídicas, la noción de interpretación y el problema de la existencia del Derecho. A continuación haré un breve comentario sobre estos argumentos.

3.1.— Algunos autores defienden que el uso de las normas jurídicas en los razonamientos que pretenden justificar acciones y decisiones requiere la presencia de premisas morales (10). De esta forma, la noción de justificación exige la adopción de un punto de vista interno que sólo puede tener un carácter moral.

Nino ha sido quizá quien más ha insistido en esta idea (11). Según el autor argentino, el tipo de justificación que realiza quien adecua su compor-

(8) R. HOLTON, «Positivism and The internal point of view», *Law and Philosophy*, 17, 1998, págs. 597-625, pág. 606.

(9) P. SOPER, *Una teoría del Derecho* (1984), trad. R. CARACCILO con la colaboración de S. VERA, CEC, Madrid, 1993, pág. 28.

(10) Vid. C.S. NINO, «Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico», trad. It. M. BARBERIS, *Ragion Pratica*, 1993, págs. 32-37. J.R. DE PÁRAMO, «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22, 1988, págs. 89-119. A. CALSAMIGLIA, «Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación», citado, págs. 485 y sigs. J.C. BAYÓN, «Deber jurídico», E. GARZÓN VALDÉS y F. LAPORTA (ed.), *El Derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996, págs. 313-331.

(11) C.S. NINO, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, págs. 137 y sigs.

tamiento a las normas jurídicas y también los jueces cuando aplican el Derecho requiere la presencia de una pauta moral. Nino sostiene un concepto material de justificación que no permite justificar acciones y decisiones con independencia de la moral (12). De acuerdo con esta interpretación, el participante es el único que tiene acceso al territorio de la justificación.

Frente a esta posición, hay quien ha defendido la necesidad de una noción de justificación más amplia que permita así hablar de una justificación jurídica, con la que se aludiría al uso de las normas jurídicas como premisas en un razonamiento justificatorio (13). En este sentido, podríamos denominar justificación al razonamiento lógico-deductivo que formula un juez al aplicar una norma que pertenece a un sistema jurídico determinado (aplicación que puede estar motivada por cualquier razón). Hay que dejar claro que con esta noción de justificación en sentido formal no se hace referencia a la cuestión de la obediencia al Derecho sino a un problema de adecuación de una decisión a normas jurídicas válidas, de tal modo que en este caso el aspecto psicológico de la motivación moral resulta irrelevante para poder afirmar que una decisión está justificada (14).

Quien mantenga la primera postura dirá que la justificación jurídica no es una genuina justificación, que se trata de una fundamentación, como argumenta Garzón Valdés (15). Quien sostenga que, del mismo modo que cabe distinguir entre deber jurídico y deber moral, es posible diferenciar entre justificación jurídica y justificación moral no tendrá necesidad de llamar de otra manera a la justificación que, aun coincidiendo externamente con el razonamiento justificatorio de quien aplica las normas jurídicas por razones morales, no tiene sin embargo una motivación moral.

Ahora bien, es importante señalar, en mi opinión, que si bien la visión amplia del concepto de justificación parece más acorde con el planteamiento

(12) D. MENDONCA, «Sobre una concepción compleja de las normas», *Doxa*, 20, 1997, págs. 295-315, pág. 307.

(13) En este sentido, M.C. REDONDO, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, CEC, Madrid, 1996, págs. 215 y sigs.

(14) Vid. E. BULYGIN, «Some Replies to Critics», L. GIANFORMAGGIO y S.L. PAULSON (ed.), *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Torino, 1995, págs. 305-313, pág. 309.

(15) E. GARZÓN VALDÉS, «Some Remarks on Bulygins Cognition and Interpretation of Law», *Cognition and Interpretation of Law*, citado, págs. 277-284.

to hartiano, la defensa de que todo razonamiento justificatorio requiere de forma inexcusable la presencia de una premisa de carácter moral no tiene por qué ser interpretada como una argumentación que aspira a refutar el positivismo. En ningún caso esta tesis, que pone su acento más en subrayar la existencia de algún vínculo del Derecho con la moral en vez de resaltar su dimensión de fuerza, supone afirmar que existe una relación necesaria entre el Derecho y la moral crítica y en ningún momento se niega que el origen del Derecho está relacionado con ciertos hechos sociales.

3.2.— Algún autor ha sostenido que el punto de vista interno influye decisivamente en el conocimiento del Derecho debido a su carácter moral. En este sentido, se afirma que el participante puede llegar a convertir su moralidad en criterio de validez jurídica.

Ejemplo de esta posición es Alexy. Según el autor alemán, la relación que el participante establece entre las normas jurídicas y la moral tiene un carácter clasificante, lo que significa que las normas jurídicas que vulneran algunos criterios morales dejan de pertenecer al ámbito jurídico. Así ocurre, según Alexy, con las normas jurídicas que traspasan el umbral de lo extremadamente injusto, pues pierden su condición jurídica para el participante (16). Esta tesis se apoya en el carácter objetivo de los juicios morales que conciernen a la extrema injusticia (como sucedería en el caso del genocidio) (17).

Esta manera de interpretar el punto de vista interno es, como el mismo Alexy reconoce, claramente no positivista pues confunde el Derecho y la moral al transformar ésta última en requisito de validez jurídica, si bien sólo en el caso de que las normas sean de una injusticia insoportable. Aparte del problema de cuantificar el grado de injusticia, resulta conceptualmente extraño que el participante y el observador manejen un mismo concepto de

(16) R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. J.M. SEÑA, Gedisa, Barcelona, 1994, págs. 45 y sigs.

(17) R. ALEXY, «A Definition of Law», W. KRAWIETZ, N. MACCORMICK y G.H. VON WRIGHT, *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal System*, Dunccker y Humblot, Berlín, 1994, págs. 101-107, pág. 106. Me parece que Garzón Valdés explora esta línea de argumentación cuando afirma que «tal vez podría admitirse que es más fácil comprobar un consenso universal acerca del mal radical que acerca de lo bueno absoluto», «Razonabilidad y corrección moral», *Claves de Razón práctica*, 88, 1998, págs. 18-26, pág. 25.

Derecho cuando contemplan normas justas e injustas y que el concepto de Derecho cambie para el primero, sin embargo, cuando en el sistema jurídico figuran normas de una injusticia extrema.

3.3.— También se ha defendido que el tipo de interpretación que exige el Derecho requiere la adopción del punto de vista interno. Un ejemplo paradigmático de esta posición es, en cierto modo, Ronald Dworkin. Como es conocido, el autor de *Laws Empire* defiende un concepto interpretativo de Derecho que consiste en mostrar la práctica social que es el Derecho de forma coherente con los principios que mejor lo justifiquen (18). Debido a que el intérprete tiene que realizar una actitud justificativa del Derecho, debe contemplar la práctica jurídica desde dentro o pasar a convertirse en un participante.

Esta manera de concebir la interpretación conlleva observar el Derecho desde el prisma de la integridad, es decir, supone admitir que en el Derecho suelen aparecer reflejados los principios que rigen en una comunidad y que, por tanto, el Derecho debe ser interpretado de acuerdo con ellos. Como vemos, el constructivismo dworkiniano no radica tanto en destacar el destacado papel de la ideología del intérprete sino en poner de relieve cómo la identificación del Derecho se vincula con su justificación, lo que implica indagar en el entramado moral que se encuentra detrás de las normas jurídicas. Por ello Dworkin, como ha resaltado Schauer, propone un cambio de paradigma en el Derecho que consiste en el paso de una jurisprudencia de reglas a una jurisprudencia de razones, a las razones o principios que están más allá del cuerpo lingüístico de las reglas (19). Como afirman Hutchinson y Wakefield, «en el análisis de Dworkin, las reglas jurídicas no son reglas de Derecho sino reglas acerca del Derecho. Las reglas no son más que las conclusiones articuladas que resultan de una apelación a aquellos principios identificados de acuerdo con la mejor teoría de un tiempo concreto» (20).

(18) R. DWORKIN, *Laws Empire*, Fontana Press, London, 1986, págs. 49 y sigs.

(19) F. SCHAUER, «The Jurisprudence of Reasons», *Michigan Law Review*, vol. 85, 1987, págs. 847-870.

(20) A.C. HUTCHINSON y J.N. WAKEFIELD, «A Hard Look at "Hard cases": The Nightmare of a Noble Dreamer», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 1982, págs. 86-110, pág. 109.

El planteamiento dworkiniano, que se inscribe en el marco jurídico del Derecho anglo-americano, ha sido objeto de numerosas críticas que no voy a reproducir aquí (21). Ahora tan sólo destacaré tres de ellas que pretenden poner de relieve las limitaciones que presenta esta visión de la interpretación. En primer lugar, no resulta oportuno que la operación de interpretar requiera justificar moralmente el objeto que se interpreta, más bien parece que es preferible distinguir conceptualmente ambas tareas. En segundo lugar, quizá Dworkin deposite una excesiva confianza en la coherencia no sólo a nivel externo, en lo que se refiere a la unidad de las normas jurídicas, sino también interno, en cuanto no parece tener en cuenta que tales reglas pueden responder a distintas concepciones de la justicia (22). En tercer lugar, al no distinguir entre las normas que pertenecen a un sistema jurídico concreto y las normas que son aplicadas por los jueces (los criterios de pertenencia y aplicabilidad) (23), Dworkin maneja un concepto de Derecho excesivamente amplio en el sentido de que considera que los estándares morales a los que en ocasiones acuden los jueces forman parte del sistema jurídico. De esta forma, como afirma Raz, la moralidad se convierte en una especie de Derecho preexistente (24). Mientras que el positivismo jurídico explica la apelación a los principios morales en el razonamiento legal como un asunto de discreción judicial, para Dworkin se trata más bien de una cuestión de obligación judicial (25).

En cualquier caso, el concepto dworkiniano de Derecho no permite que resulte operativa la distinción entre los puntos de vista desde el momento en que parece difícil distinguir el «deber ser» jurídico del «deber ser» moral y el ámbito normativo frente a la descripción.

3.4.— En el libro *The Concept of Law* Hart defendió que la subsistencia de un sistema jurídico requiere al menos dos requisitos: i) que los guber-

(21) Un buen resumen se encuentra en A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 219 y sigs.

(22) Vid. Al respecto J. WALDRON, «The Circumstances of Integrity», *Legal Theory*, 3, 1997, págs. 1-22.

(23) Vid. E. BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa*, 9, 1991, págs. 257-279, págs. 266 y sigs.

(24) J. RAZ, «Dworkin: A New Link in the Chain», *California Law Review*, v. LXXIV, 1986, págs. 1103-1119, págs. 1115 y 1116.

(25) Vid. S. PERRY, «The Varieties of Legal Positivism», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. IX, 2, 1996, págs. 361-381, págs. 367 y sigs.

nantes y órganos aplicadores sean aceptantes y ii) es suficiente que los ciudadanos se limiten a obedecer el Derecho (26). Pues bien, un desarrollo posterior de i es la exigencia de que un punto de vista interno mínimo, que es caracterizado resueltamente por su naturaleza moral, es una condición necesaria para la existencia de un sistema jurídico.

Esta tesis es presentada en diferentes versiones como una pretensión de legitimidad por parte de los gobernantes (Garzón Valdés) (27) o como una pretensión de sinceridad acompañada de una cierta seguridad o de un orden mínimo (Soper) (28) o como una pretensión de corrección que consiste en apoyarse en una moral fundamentable (Alexy) (29). Algún autor llega a afirmar que la necesidad de aceptación por parte del Derecho demuestra que no es posible separar los méritos del Derecho de su existencia, lo que significa que la visión positivista independiente del contenido no puede ser una correcta teoría del Derecho (30). Estas teorías podrían agruparse en lo que Caracciolo denomina el argumento de la creencia moral, que reza como sigue: «el derecho existe (las normas jurídicas existen) sólo cuando la autoridad normativa pública (legisladores y jueces) creen en el valor moral de las directivas que emanan y aplican» (31).

Al sostener Hart una concepción amplia de aceptación admitiría la posibilidad de que un sistema jurídico pudiera subsistir en una comunidad que podría llamarse Irlanda, donde los gobernantes acataran el Derecho motivados por miedo, y otra que se denominase Apatilandia, donde

(26) H.L.A. HART, *The Concept of Law*, citado, pág. 117. En muchas ocasiones se ha señalado que en estos requisitos se pone de manifiesto que la aceptación no es sinónimo de obediencia.

(27) E. GARZÓN VALDÉS, «Derecho y moral», *El Derecho y la justicia*, citado, págs. 397-424, pág. 400.

(28) P. SOPER, *Una teoría del Derecho*, citado, págs. 193 y sigs.

(29) R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, citado, págs. 81 y sigs. Vid. el análisis de J. BETEGÓN, «Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección», *Doxa* (en prensa).

(30) R.A. SHINER, *Norm and Nature*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pág. 265. Aquí Shiner, que distingue entre positivismo simple y sofisticado, parece referirse a un tipo de positivismo que hoy nadie defiende.

(31) R. CARACCILO, «L'argomento della credenza morale», trad. it. P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (ed.), *Analisi e Diritto*, Giappichelli, Torino, 1994, págs. 97-110, pág. 97.

la parte oficial obedeciera las normas por hábito, tradición o aburrimiento (32). Ciertamente, no es una verdad lógica, como afirma Lagerspetz, que para que exista un sistema jurídico los funcionarios tengan que aceptar la regla de reconocimiento (33). Ahora bien, desde una perspectiva empírica resulta poco verosímil pensar en un sistema jurídico que no fuera aceptado por nadie, y desde un enfoque conceptual la observación debe ser matizada ya que «todo fingimiento es conceptualmente parasitario de su correlato genuino, de modo que la idea de un punto de vista interno auténtico sigue siendo una presuposición necesaria para predicar la existencia del sistema normativo» (34).

Lo que interesa poner de relieve ahora es que estos argumentos no parecen cuestionar las tesis que defiende el positivismo jurídico, pues en definitiva lo que se viene a afirmar es que el Derecho cuenta normalmente con cierto respaldo social, es decir, que suele poseer legitimación porque sus normas son generalmente aceptadas y cumplidas por los destinatarios, sin descartar que las normas pueden ser el reflejo de cualquier moral, incluso de la de aquellos que están en el poder. Esto, como ilustrativamente ha escrito Bulygin, no lo puede negar «ni el positivista más rabioso» (35).

4. NEUTRALIDAD, PUNTO DE VISTA EXTERNO Y POSITIVISMO JURÍDICO

En la teoría de Hart el punto de vista externo venía a resaltar la dimensión social del fenómeno jurídico, en la medida en que permite que un ob-

(32) E. GARZÓN VALDÉS, «Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral», E. GARZÓN VALDÉS, *Derecho, Ética y Política*, CEC, Madrid, 1993, págs. 317-335, pág. 322. Otra versión de Irlanda sería el caso de Outlandia, en donde un monarca absoluto llamado Leviatán activa unos electrodos que ha implantado el cerebro de los funcionarios para causarles dolor y forzarles así a obedecer sus leyes, J. HODSON, «Hart on the Internal Aspect of Rules», citado, pág. 394.

(33) E. LAGERSPETZ, «Hart and the Separation Thesis», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, LXXXV, 4, 1989, págs. 238-251, pág. 246.

(34) A. RUIZ MIGUEL, «Derecho y punto de vista moral», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1997, págs. 571-597, pág. 577. Por tanto «lo que es necesario como mínimo es la adopción indirecta o por referencia del punto de vista del participante», *Ibidem*. Por otro lado, parece que para Ruiz Miguel la distinción entre participantes y observadores resulta debilitada desde el momento en que sostiene que todos son participantes, pues cualquier observador es también participante «de la moral crítica de la que participe», *Ídem*, pág. 587.

(35) E. BULYGIN, «¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?», R. VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998, págs. 214-223, pág. 221.

servador pueda conocer el Derecho a partir de comportamientos y reacciones que obedecen a que ciertas reglas son aceptadas por los miembros de una comunidad. Hart alude también a una perspectiva todavía más externa desde la que un observador informaría del Derecho sin tomar en cuenta que está compuesto por reglas y que éstas son normalmente aceptadas. Desde esta perspectiva, que Hart denomina punto de vista externo extremo (36), un observador —que Carrió califica como miope— (37) haría una descripción del Derecho en términos de regularidades, de conductas observables y predicciones.

Como ya se dijo al principio, el punto de vista externo es el punto de vista que adopta el positivismo jurídico. Precisamente este punto de vista es llamado positivista porque enfatiza «la objetividad, el conocimiento independiente y el empirismo» (38). Estas características tienen un reflejo en la definición de positivismo jurídico que es asumida hoy como válida y que se identifica, dentro de la conocida clasificación de Bobbio (39), con el positivismo metodológico. De acuerdo con éste, dado que el Derecho se manifiesta a través de ciertos hechos sociales entonces es posible estudiarlo de manera científica, prescindiendo de todo juicio de valor. En esta caracterización se vincula una tesis conceptual, la visión del Derecho como un fenómeno social o, en terminología de Raz, la tesis social (40), con una tesis metodológica que sostiene la posibilidad de identificar el Derecho sin necesidad de recurrir a consideraciones morales o valorativas (41).

(36) H.L.A. HART, *The Concept of Law*, citado, pág. 89.

(37) G.R. CARRÍO, «Una reciente propuesta de conciliación entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico», U. SCARPELLI (ed.), *La teoria generale del diritto*, Comunità, Milano, 1983, págs. 361-385, pág. 376.

(38) A. AARNIO, *On Legal Reasoning*, Turun, Turku, 1977, pág. 3.

(39) N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, págs. 103 y sigs.

(40) Para Raz la tesis social «es que lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales». Además, la tesis social es «responsable del nombre «positivismo» el cual indica la idea de que el derecho es puesto, de que es hecho derecho por la actividad de seres humanos», *La autoridad del Derecho* (1979), trad. R. TAMAYO, UNAM, México, 1982, págs. 55 y 56 respectivamente.

(41) Villa critica que exista una conexión lógica entre estas dos tesis, que no se encuentran en el mismo nivel, V. VILLA, «A Definition of Legal Positivism», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, v. IV, 70, 1995, págs. 22-29, págs. 27 y 28.

En la actualidad, una corriente denominada incorporativismo o positivismo inclusivo (42) ha puesto de relieve que en algunas ocasiones la identificación del Derecho no se puede llevar a cabo con independencia de la moral una vez que en los criterios que determinan la validez jurídica figuran principios o alusiones a pautas de contenido moral. Así ocurre en el marco jurídico que representa el Estado constitucional contemporáneo, pues las Constituciones incorporan valores o criterios materiales que operan como condición de validez jurídica.

De acuerdo con esta corriente, existirían dos maneras de concebir la tesis social: una interpretación fuerte (*strong social thesis*), que negaría cualquier intervención de la moralidad en las tareas de reconocimiento del Derecho, y que estaría representada por el positivismo exclusivo de Raz, y, por otro lado, una interpretación débil (*weak social thesis*) que pondría de relieve que en algunos sistemas legales la delimitación del Derecho requiere el manejo de consideraciones morales, opción que se encuentra a medio camino entre la versión restrictiva de Raz y la concepción dworkiniana del Derecho como integridad (43).

Es preciso aclarar que en este caso no se afirma que el carácter jurídico de una norma depende de que posea valor moral, sino que debido a que la regla de reconocimiento puede incorporar principios y valores sustantivos en los criterios que delimitan la validez, como sucede en el caso, según la expresión de Waluchow, de los *charter systems* (44), la tarea de precisar los límites y el contenido del Derecho puede presentar un carácter opinable o controvertido. Hart acoge expresamente esta tesis incorporativista en el *Postscript* a la segunda edición de *The Concept of Law* y entiende que esta interpretación demuestra que su teoría no se corresponde con lo que Dworkin ha denominado «*plain fact*» *positivism* sino que más bien puede ser calificada como «*soft positivism*» (45).

(42) Vid. W. J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994. J.L. COLEMAN y B. LEITER, «Legal Positivism», D. PATTERSON (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, págs. 241-260, pág. 243.

(43) Vid. W.J. WALUCHOW, «The Weak Social Thesis», *Oxford Journal of Legal Studies*, 8, 1989, págs. 23-55. B. BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, London, 1996, pág. 51.

(44) W.J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, citado, pág. 96.

(45) H.L.A. HART, «Postscript», en *The Concept of Law*, citado, pág. 250.

Si no interpreto mal, con la tesis social se alude sobre todo al origen del Derecho, es decir, se vincula su creación con la voluntad humana, y otra cosa distinta es mantener la posibilidad de que pueda ser descrito de manera aséptica u objetiva. El intento por eliminar la presencia de juicios de valor en la identificación del Derecho se corresponde con la idea de separar el Derecho que es del Derecho que debería ser. Pero si distinguimos entre juicios de valor débiles, que son aquellos que están orientados a conocer el significado de las normas y a discernir su acomodo a los requisitos que establece la regla de reconocimiento, y juicios de valor fuertes que pretenden contraponer el Derecho existente con un modelo jurídico ideal (46), entonces no parece que haya ningún problema desde un enfoque positivista en reconocer la presencia de la ideología en el ámbito de la identificación del Derecho válido.

La distinción entre juicios de valor débiles y fuertes resulta viable porque parece que una cosa son las consideraciones evaluativas realizadas con el ánimo de ver si una norma cumple con la legalidad y otra distinta las opiniones acerca del mérito moral de dicha regla. La ventaja de este planteamiento es que pone de relieve que en algunos casos —que son pocos si tenemos en cuenta la importancia de las convenciones interpretativas y los términos que poseen autonomía semántica— (47) la decisión acerca de la pertenencia de una norma jurídica a un sistema jurídico no es una cuestión empírica o neutral sino opinable. Una vez que el positivismo admite abiertamente que el discurso interpretativo, en el que se atribuyen significados a las disposiciones normativas, es un discurso en mayor o menor medida valorativo, parece que se encuentra en la posición adecuada para reconocer que determinar las normas que pertenecen a un sistema jurídico, que requiere superar con éxito el test interpretativo de la adecuación a los principios o valores constitucionales que aparecen en las condiciones de validez jurídica, no siempre es una actividad objetiva. Por todo ello, me parece que cuan-

(46) Acerca de la distinción entre juicios de valor débiles y fuertes, V. VILLA, «Teorie giuridiche e giudizi di valore», P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (ed.), *Analisi e diritto*, Giapichelli, Torino, 1997, págs. 235-239. El mismo autor distingue entre juicios de valor en función cognoscitiva y juicios de valor en función creativa en «Costruttivismo e teorie del diritto», ponencia presentada al congreso hispano-italiano de Teoría del Derecho celebrado en octubre de 1998 en Almagro, folio 15.

(47) F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991, págs. 53 y sigs.

do se alude a la neutralidad como el aspecto distintivo del positivismo jurídico es preciso concretar en qué sentido se concibe (48).

Si lo anterior es correcto, es inevitable pensar que entonces quedaría afectada de algún modo la regla de reconocimiento en su función de suministrar certeza a la hora de identificar el Derecho de una comunidad. Esta interpretación parece acorde con la idea hartiana de que la regla de reconocimiento también se ve afectada por la penumbra. Para ello quizá sea preciso, siguiendo el planteamiento de Coleman (49), interpretar que la regla de reconocimiento, que es una regla social que requiere un comportamiento convergente de los jueces o las agencias de aplicación, desempeña dos tareas: la función de validación, es decir, establecer los requisitos que debe satisfacer una norma para formar parte del sistema jurídico, y una función de identificación, ya que su cometido es precisar cuál es el Derecho de una comunidad. Pues bien, Coleman insiste en que el acuerdo se precisa en relación con los requisitos que requiere la regla de reconocimiento para que las normas jurídicas sean consideradas válidas, pero el desacuerdo o la controversia tiene lugar en sede epistémica, es decir, pueden surgir dudas acerca de si una determinada regla cumple o no las condiciones de validez que marca la regla de reconocimiento. El incorporativismo, al admitir que el Derecho permite que se recurra a las consideraciones morales, afecta a la función de identificación pero no a la validación.

(48) Así por ejemplo, Garzón Valdés interpreta que la tesis de la neutralidad podría «tener alguna de estas dos formulaciones: a) la moral positiva no juega ningún papel en el concepto de derecho o b) la ética no juega ningún papel en el concepto de derecho», E. GARZÓN VALDÉS, «Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral», *Derecho, ética y política*, citado, pág. 329. Esta concepción, en mi opinión, añade más confusión a lo que se suele entender por neutralidad. Para Calsamiglia, «un conocimiento es neutral si no pretende justificar una política determinada», «Teoría del participante *versus* teoría general del Derecho», citado, pág. 487, nota 6. En opinión de Luis Prieto, «ahora que el jurista sea neutral ya no significa que no ponga nada de su parte, que no proyecte su propia subjetividad en las decisiones que adopta o en las soluciones que propone, algo por lo demás incompatible con la propia idea de imperfección del Derecho; significa tan sólo que no ha de verse comprometido con las claves morales del sistema o, como se suele decir, que no ha de ser un participante que asuma el punto de vista interno», L. PRIETO, «Prólogo» a S. SASTRE, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, citado, pág. 15.

(49) J. COLEMAN, «Negative and Positive Positivism» en J. COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, 1988, págs. 3-27, págs. 5 y sigs. También «Second Thoughts and Other First Impressions», B. BIX (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998, págs. 65-78, págs. 261 y sigs. En ese mismo volumen F. SCHAUER, «Positivism Thought Thick and Thin», págs. 65-78, pág. 68.

Este planteamiento no es incompatible con el positivismo jurídico, que vendría definido por la separación entre Derecho y moral crítica (en ningún momento se está afirmando que la justicia es un componente necesario del Derecho) y, si especificamos aún más la tesis social, por la existencia de una regla de reconocimiento que ayuda a delimitar, en cierta medida, cuál es el Derecho válido en una comunidad. Estas dos características, la tesis de la separación entre Derecho y moral crítica y la regla de reconocimiento, me parece que definen mejor lo que es el positivismo jurídico en vez de insistir en la neutralidad (50).

5. EL PAPEL DE LA CONVERGENCIA DE LOS FUNCIONARIOS EN LA INTERPRETACIÓN POSITIVISTA DEL PUNTO DE VISTA INTERNO

Como se ha indicado anteriormente, la regla de reconocimiento es una regla social (de ella no cabe predicar la validez), lo que significa que su existencia depende del hecho de haber sido aceptada al menos por los tribunales o las agencias de aplicación. En este epígrafe pretendo profundizar en la importancia del comportamiento convergente de los jueces en relación con la fuerza normativa de la regla de reconocimiento.

Como es sabido, la regla de reconocimiento, que identifica la fuente suprema de un sistema jurídico, es una forma de consenso judicial; es una norma consuetudinaria judicial que existe en cuanto es «aceptada y practicada en las operaciones de identificación y aplicación del Derecho por parte de los Tribunales» (51). La eficacia que convierte a la regla de reconocimiento en una regla social debe referirse al menos a la práctica de la judicatura porque, como afirman Atienza y Ruiz Manero, «una (pretendida) cámara legislativa o asamblea constituyente es tal si y sólo si es reconocida por los tribunales como tal», y si nos ceñimos al caso español habría que decir que «las pretensiones normativas de la Constitución han devenido realidad, que la Constitución es, en efecto, la fuente suprema del sistema significa fundamentalmente (si se entiende como una afirmación acerca del Derecho existente) que los tribunales la han reconocido como tal» (52).

(50) En este sentido, J. COLEMAN, «Authority and Reason», R. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, págs. 287-319, pág. 287.

(51) H.L.A. HART, «Postscript», citado, pág. 256.

(52) M. ATIENZA y J. RUIZ MÁNERO, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 151.

De este planteamiento conviene resaltar, en primer lugar, que se trata de una práctica compartida. Este aspecto de la convergencia se compone, como afirma Olasdov, de dos aspectos: 1.— se exige que un suficiente número de miembros de un grupo social tiene que comportarse de forma similar y 2.— se precisa que dicha conducta se repita con la suficiente frecuencia (53). En segundo lugar, el ámbito de la convergencia debe quedar limitado como mínimo a la práctica concordante de la judicatura.

Pues bien, teniendo en cuenta estas características, me parece que el acercamiento más acertado a la regla de reconocimiento pasa por destacar el protagonismo de la convergencia del comportamiento judicial en vez de poner el acento en el punto de vista interno. Ello es debido a que si bien es éste el que posibilita la existencia de la práctica, sin embargo no resulta relevante indagar en el ámbito de las motivaciones una vez que se sostiene que las razones de la aceptación no se reducen a los méritos morales, sino que pueden ser otras, como sucede en el caso de quien actúa por una razón de coordinación con el resto de los jueces u oficiales (54). Explicar la convergencia que precisa la regla de reconocimiento a partir de un punto de vista interno de carácter moral no sólo deja al margen la posibilidad de una aceptación que responda a otros motivos, sino que también tiene el peligro de dejar el carácter normativo de la regla de reconocimiento en manos de la moral de cada juez. Si se insiste en el carácter moral del punto de vista interno se inicia un camino que conduce, como ilustrativamente puso de relieve Nino, a la irrelevancia del Derecho (55) o a relativizar en exceso la fuerza normativa del Derecho porque se hace depender en última instancia de su relación con la moral.

Por tanto, de acuerdo con esta interpretación, parece conveniente dejar a un lado el punto de vista interno una vez que las razones para aceptar, que reconducen la discusión al ámbito psicológico del sujeto agente, pueden ser cualesquiera, y que el dato que nos indica que estamos en presencia o ante una regla social no es la aceptación sino el comportamiento convergente. De esta forma, en vez de disolver el carácter normativo de la regla de reconocimiento en la moralidad parece que aquél se explica mejor a partir de la

(53) A. OLADOSV, «H.L.A. Hart on Legal Obligation», *Ratio Juris*, v. 4, n.º 2, 1991, págs. 152-176, pág. 159.

(54) J. COLEMAN y B. LEITÉR, «Legal Positivism», citado, págs. 247 y sigs.

(55) C.S. NINO, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 131 y sigs.

idea de eficacia que se circunscribe al menos a la judicatura. Creo que con esto se aludiría, empleando una expresión de Schauer, al hecho de la normatividad (*fact of normativity*) (56), es decir, el significado normativo del Derecho se reconduce a la capacidad que tiene el Derecho para imponerse aun cuando sólo genere razones prudenciales para actuar.

La necesidad de convergencia no supone la exigencia de un acuerdo total en lo que se refiere a la identificación del Derecho. Precisamente el incorporativismo, al destacar que la regla de reconocimiento puede permitir la incorporación de la moralidad en el Derecho, ha destacado que en la tarea de identificar el Derecho puede existir algún grado de incertidumbre. Pero esto no sucede sólo porque entre las condiciones de validez que determina la regla de reconocimiento puedan figurar requisitos materiales como principios o valores sino que incluso cualquier regla social puede presentar de por sí problemas interpretativos acerca de su alcance y contenido.

Si tenemos en cuenta que la regla de reconocimiento desempeña fundamentalmente una función de validación y una función de identificación, parece que, como apunta Coleman, se exige un cierto acuerdo en relación con las condiciones de validez y que el desacuerdo alcanzaría un mayor protagonismo a la hora de discernir si alguna norma se acomoda o no a tales requisitos de validez. Por tanto, el acuerdo al que se alude se refiere a que los jueces siguen criterios comunes a la hora de definir la validez, mientras que la presencia de desacuerdos tiene lugar en sede epistémica, es decir, cuando se trata de identificar las normas jurídicas.

Si profundizamos en su dimensión social, podemos advertir que la regla de reconocimiento tiene para los tribunales sobre todo una función de validación (57). Los tribunales más que identificar el Derecho válido (que viene determinado precisamente por su propio comportamiento) deciden cuál es el Derecho existente al seguir ciertos criterios de forma coincidente. En cambio, para los ciudadanos la regla de reconocimiento desempeña fundamentalmente una función de reconocimiento, ya que para saber cuál es el Derecho vigente deben acudir a la práctica judicial.

(56) Tomo el dato de A.J. SEBOK, «Is the Rule of Recognition a Rule?», *Notre Dame Law Review*, v. 72, n.º 4, 1997, págs. 1539-1563, pág. 1554.

(57) *Vid.* J. COLEMAN, «Second Thoughts and Other First Impressions», citado, pág. 276 y sigs.