



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de México

México

Scavuzzo, Natalia

Positismo jurídico interno: ¿epistemología o ideología del derecho?

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 54, 2021, -Septiembre, pp. 109-133

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Distrito Federal, México

DOI: <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i54.428>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363668035005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Positivism jurídico interno: ¿epistemología o ideología del derecho?

Internal Legal Positivism: Epistemology or Ideology of Law?

Natalia Scavuzzo

Universidad de Génova, Italia

nataliascavuzzo@hotmail.com

Resumen: El presente trabajo presenta una interpretación de los enunciados internos hartianos basada en la filosofía del lenguaje de Wittgenstein y la metodología del conocimiento social de Winch. Según esta lectura, la distinción entre enunciados internos y externos representa una forma de contextualismo en la teoría analítica del derecho. En el trabajo se defiende que el discurso descriptivo sobre lo que en un ordenamiento jurídico es obligatorio, permitido o prohibido es siempre un discurso interno respecto de los criterios de pertenencia de ese ordenamiento. Además, se argumenta que esta forma de discurso interno no tiene una función ideológica sino cognoscitiva y permite aún distinguir entre cuestiones de validez y de legitimidad de las normas.

Palabras clave: H.L.A. Hart, enunciados internos y externos, descripción del derecho, ciencia del derecho, contextualismo.

Abstract: The present work presents an interpretation of Hartian internal statements based on Wittgenstein's philosophy of language and Winch's social knowledge methodology. According to this reading, the distinction between internal and external statements represents contextualism in analytical legal theory. It is argued that the descriptive discourse of what is mandatory, allowed or prohibited in a legal system is always an internal discourse regarding its membership criteria. Moreover, it is argued that this internal discourse does not have an ideological but a cognitive function and still allows the separation of validity and legitimacy questions.

Keywords: H.L.A. Hart, internal and external statements, description of law, legal science, contextualism.

I. Introducción

Parece existir una cierta tensión (o distancia) entre el discurso sobre el derecho de los teóricos y el discurso sobre el derecho que desarrollan los operadores jurídicos (jueces y abogados), profesores de derecho, legisladores, la prensa y todos los sujetos a quienes, en distinta forma, el derecho se dirige como medio de control social. La pregunta por el significado y las condiciones de verdad de enunciados del tipo “Conforme al derecho español está prohibido matar animales por crueldad o sin necesidad”, “En Argentina es obligatorio pagar impuesto a las ganancias”, “Los ciudadanos chilenos tienen derecho al voto”, parece tener respuestas diferentes si el contexto de tales enunciados es el de la teoría del derecho o si, en cambio, se trata de enunciados proferidos por quienes participan en la práctica jurídica.

Uno de los temas centrales de la teoría del derecho es el significado de los enunciados que describen qué es obligatorio, permitido o prohibido conforme a un determinado ordenamiento jurídico. El análisis del discurso descriptivo o cognoscitivo sobre el derecho busca desentrañar cuál es el estatus o las credenciales de la llamada “ciencia jurídica”. Especialmente las teorías del derecho de corte analítico y pertenecientes a la corriente del positivismo jurídico han buscado dotar al discurso sobre el derecho de la mayor rigurosidad posible, trabajando con enunciados susceptibles de verificación empírica y buscando la neutralidad respecto de valores éticos.

Sin embargo, también dentro del positivismo jurídico, Hart en *El concepto de Derecho* llama la atención y sostiene que es necesario considerar una importante restricción metodológica: la comprensión del sentido de prácticas sociales es diferente de la explicación y verificación causal de hechos empíricos. Para comprender el sentido de una práctica social es necesario atender a cómo los participantes de esta práctica la entienden. Hart sostiene: “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” (1961, p. XI). De esta forma, Hart introduce la perspectiva del participante en la teoría del derecho. A partir de esto, es común afirmar que el conocimiento del derecho requiere una necesaria atención al punto de vista interno. Sin embargo, esta posibilidad ha generado grandes debates metodológicos, dentro y fuera del positivismo jurídico, sobre las características del discurso cognoscitivo en el ámbito jurídico. Principalmente se ha sostenido que el discurso interno introduce elementos ideológicos y propios de la filosofía práctica, extraños a los estudios propios de la ciencia jurídica.

En el presente trabajo reviso este debate y defiendo una interpretación posible de la propuesta de Hart, ligada a una concepción wittgensteniana del lenguaje y winchiana del conocimiento social, que se traduce en una perspectiva contextualista del análisis del derecho. Esta interpretación me permite argumentar a favor de la relevancia de la distinción entre enunciados internos y externos para la construcción de un discurso teórico sobre el derecho. Para esto, en primer lugar, se presenta la tensión existente en la teoría del derecho, específicamente respecto al discurso de la ciencia jurídica, entre epistemología e ideología (§II). En segundo lugar, se reconstruye, una vez más, la distinción hartiana entre enunciados internos y externos, y se propone una interpretación posible de los enunciados internos como enunciados genuinamente descriptivos de los ordenamientos jurídicos que introducen una perspectiva contextualista a la teoría del derecho (§III). En tercer lugar, se analiza la crítica respecto de la capacidad de estos enunciados de construir un discurso teórico sobre el derecho (§IV). Luego, se argumenta que dentro del discurso interno pueden distinguirse cuestiones de pertenencia de las normas a los ordenamientos jurídicos y cuestiones de legitimidad (§V). Por último, se propone que el camino para la construcción de un discurso teórico sobre lo que los ordenamientos jurídicos permiten, obligan o prohíben requiere, en primera medida, de una adecuada contextualización que distinga adecuadamente entre enunciados internos y externos; y que este es el camino del Positivismo Jurídico Interno (§VI).

II. Epistemología e ideología del derecho

El estatus del discurso descriptivo y de la ciencia del derecho ha sido tradicionalmente un tema que en la teoría del derecho ha interesado particularmente a los teóricos pertenecientes al positivismo jurídico.¹ Sabemos que algunas de las propuestas más emblemáticas del positivismo jurídico se encuentran fuertemente ligadas a la tradición analítica. El análisis del lenguaje ocupa un lugar central para estas propuestas, que buscan mayor rigurosidad en el discurso. La rigurosidad propia del método analítico lleva a la consagración de algunos axiomas centrales. Encontramos así la llamada “Gran División” entre el uso del lenguaje descriptivo o en función cognoscitiva y el lenguaje prescriptivo o directivo o en función práctica.² La división se ve reflejada en la llamada “Ley de Hume”, según la cual no es lógicamente posible derivar conclusiones prescriptivas de premisas descriptivas y viceversa. Además, puede verse que la Gran División se refleja en la distinción entre normas y proposiciones normativas.³

Puede verse también, como corolario de la Gran División, la distinción entre el conocimiento del derecho y la valoración del derecho. Esta dicotomía es presentada, por

ejemplo por Bentham, bajo la forma de la bien conocida distinción entre jurisprudencia expositiva y jurisprudencia crítica (2010, p. 16); por Kelsen, con la separación entre ciencia y política del derecho (1960, pp. 54, 57, 152-156); por Tarello, cuando distingue entre lo que es la epistemología jurídica y la política o ideología del derecho (1974); o por Hart, en el prólogo a *El concepto de derecho*, donde explica: “El jurista verá en este libro 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” (1961, p. XI).

En un análisis orientado al estudio específico de las teorías positivistas, Chiassoni explica que, si bien como fenómeno histórico el positivismo se caracterizaba por una lucha contra el derecho natural, no todas las teorías positivistas compartían un objetivo único. Así, algunas propuestas, como era el caso de la *analytical jurisprudence* y de las filosofías positivistas, se interesaban por la cuestión del *conocimiento científico* (genuino) del derecho, es decir por cuestiones de epistemología jurídica. La característica más importante de estas teorías es el respeto al postulado de la neutralidad valorativa, entendida como una abstención de realizar juicios de valor éticos sobre el objeto de estudio. Sin embargo, estas presentaban un fuerte compromiso con valores epistémicos como “...la verdad, la claridad conceptual, la coherencia lógica y terminológica, la capacidad explicativa, la honestidad intelectual” (Chiassoni, 2016, p. 88). Mientras que otras corrientes positivistas, como en el caso de la escuela histórica y la escuela de la exégesis, se ocupaban de la justificación y conservación de un determinado ordenamiento jurídico. Estas teorías, a diferencia de las anteriores, se encontrarían en un plano ético-normativo o de ideología jurídica (Chiassoni, 2016, p. 77). Conforme a esta reconstrucción, Chiassoni distingue entre teorías que pertenecían al positivismo jurídico epistemológico y al positivismo jurídico ideológico, respectivamente. Más allá de estas observaciones históricas sobre las diversas teorías positivistas, podemos usar esta clasificación para analizar si determinadas propuestas contemporáneas de teoría del derecho pueden entenderse como un esfuerzo en la construcción del conocimiento teórico del derecho o, en cambio, si constituyen construcciones tendientes a justificar, mantener o hacer efectivas (es decir instar, aconsejar, promover la obediencia de) las reglas de un determinado sistema jurídico.

Para esto, podemos establecer una relación entre el objetivo o finalidad de una teoría y el tipo de discurso o la función del lenguaje del que hacen uso. En este sentido podemos distinguir entre discurso en función cognoscitiva y discurso en función normativa o práctica. Conforme esta perspectiva, una teoría del derecho orientada hacia el proble-

ma epistemológico pretende formular enunciados sobre el derecho susceptibles de ser verificables y controlables intersubjetivamente. El discurso, entendido como el producto de esta actividad, constituye un esfuerzo para ayudar a la explicación y comprensión. Se trata del uso del lenguaje en función cognoscitiva. Por otro lado, los enunciados que conforman el discurso de una propuesta ideológica buscan justificar determinada realidad, o instar a alcanzar determinado estado de cosas. Estos enunciados buscan influir en la acción, aconsejar, reclamar, reivindicar, ordenar, etc. El lenguaje en este caso es usado en una función diversa que, como vimos, podemos calificar de “práctica”.

La teoría del derecho preocupada por el conocimiento del derecho, por distinguir el conocimiento de la aplicación y la valoración del derecho, se aferra fuertemente a la construcción de un lenguaje descriptivo o en función cognoscitiva. Ha existido un constante interés en dotar al discurso jurídico de cierta legitimidad epistemológica y en poner de manifiesto las condiciones en que estos discursos pueden considerarse genuinamente científicos. Así, puede verse cómo la teoría del derecho analítica del siglo XX ha sido influenciada por el empirismo y, en parte, por el positivismo lógico. Tomando como método científico dominante aquel propio de la física y de las ciencias naturales, la idea en el trasfondo es que solo el conocimiento empírico, resultado del uso del método de las ciencias naturales, es intersubjetivamente controlable. De esta forma, el conocimiento científico, bajo el modelo de las ciencias naturales empíricas, ha sido generalmente aceptado como paradigma de conocimiento.⁴ Esta es una forma de explicar cómo se ha generado cierta tensión entre el discurso de los teóricos del derecho y el discurso de la práctica jurídica y, a su vez, entre diversas construcciones teóricas entre sí.⁵

De todas formas, existen diversos métodos científicos y ha sido ya puesto en cuestión que exista un único método adecuado para el conocimiento de cualquier objeto.⁶ Las ciencias sociales han reclamado el reconocimiento de que son necesarios métodos propios para el conocimiento de prácticas sociales⁷ y, aun en el campo de las ciencias naturales, durante el siglo XX y XXI han existido cambios de paradigmas tan radicales que no es de sorprender que, a la hora de explicar y comprender la práctica jurídica, algunos paradigmas de conocimiento seguidos por los grandes teóricos del derecho no sean suficientes. En este sentido, explica Comanducci que “El cambio de las concepciones –y de las prácticas– de la ciencia ha afectado sin lugar a dudas a la configuración de la ciencia del Derecho, determinando, al menos parcialmente, su modificación” (2010, p. 176).

III. Enunciados jurídicos internos y externos

En relación con la metodología apropiada para la teoría del derecho, ha sido Hart quien, en *El concepto de derecho*, advierte específicamente respecto de la importancia para los teóricos de reparar en “la perspectiva del participante”, o, en otros términos, respecto de la necesidad de considerar el discurso de quienes constituyen la práctica del derecho para poder dar cuenta de este. La propuesta de Hart ha dado lugar a un sinfín de interpretaciones y de disputas sobre su utilidad y pertinencia.⁸ Aun entre quienes reconocen como positivos sus aportes metodológicos, hay grandes desacuerdos. Hay quienes sostienen que la metodología propuesta por Hart lleva la teoría del derecho al terreno de la filosofía práctica, especialmente a partir de la noción de razones para la acción.⁹ Sin embargo, otros estudiosos reconocen la posibilidad de que el camino señalado por Hart lleve a una nueva comprensión del conocimiento de prácticas jurídicas y a una revisión de la forma y la estructura del discurso teórico o en función cognoscitiva sobre el derecho.¹⁰ Este es el camino que entiendo más prometedor y que implica considerar que Hart introduce una forma de contextualismo al análisis del lenguaje jurídico.

Como se adelantó, para Hart el modelo de análisis de los enunciados de hecho verificables empíricamente no es suficiente para comprender el significado de los enunciados sobre el derecho que tienen lugar en las prácticas jurídicas. El significado de los enunciados jurídicos no es traducible en enunciados fácticos sin perder parte de su significado, o sin cambiar el significado que estos enunciados tienen para quienes participan de la práctica del derecho. Los teóricos que entienden que los enunciados jurídicos pueden traducirse en enunciados fácticos incurrirían en una forma de reduccionismo semántico. Con relación al derecho, un estudio que redujera el fenómeno jurídico a la mera “facticidad” no vería la práctica jurídica como una práctica significativa para sus propios participantes. Las regularidades interesantes de describir serían, sin lugar a dudas, las regularidades interesantes para el observador, y contingentemente coincidentes con aquellas importantes para los participantes (véase Hart, 1961; 2001).¹¹ De esta forma, Hart muestra la necesidad de distinguir entre el conocimiento empírico causal y la comprensión del sentido de acciones y prácticas sociales. Argumenta que, para entender el discurso sobre el derecho, al igual que respecto de cualquier práctica social, es necesario considerar una distinción metodológica central: la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo. Es a partir de esta distinción que podemos analizar e interpretar el discurso jurídico desde dos perspectivas (no excluyentes entre sí).

Para comprender la importancia de esta distinción es necesario revisar algunos de sus presupuestos. Conforme a este paradigma, el conocimiento de prácticas sociales

requiere un conocimiento-comprensión del significado o sentido de las acciones y hechos dentro de la práctica en cuestión. Es el significado o sentido lo que hace que un determinado hecho empírico, o conjunto de hechos empíricos, constituyan una acción determinada o un hecho significativo dentro de la práctica. En otras palabras, no sería posible describir una acción sin referencia a su significado. Por ejemplo, que una persona mueva la mano al encontrar a otra, y que esto sea comprendido como la acción de saludar, requiere que determinado hecho sea comprendido con un sentido específico. Estas acciones forman parte de prácticas que se conciben como prácticas regladas. Esto quiere decir que se establecen criterios dentro de estas prácticas que distinguen entre acciones y usos del lenguaje correctos y acciones y usos incorrectos (según su conformidad con las reglas de la práctica).

Podemos rastrear el origen de estas ideas, específicamente en relación con el lenguaje, en Wittgenstein, donde vemos con claridad que el significado de los enunciados se encuentra necesariamente unido al contexto de uso (véase Wittgenstein, 1999). El sentido de un enunciado es inescindible de su uso en un contexto determinado o juego del lenguaje, i.e. depende de cómo los participantes lo usan en una práctica específica. Las palabras y los enunciados tienen significado sólo por estar dentro de un juego del lenguaje determinado. Esto puede entenderse como una forma de *contextualismo*: los enunciados tienen significado dentro del contexto de todo un lenguaje.¹² En esta perspectiva, se considera que el significado tiene una relación interna con la práctica. En determinada práctica los significados están constituidos por el uso que hacen los participantes de esa práctica. Así, dos enunciados con la misma forma sintáctica pueden tener significados diversos según el contexto o práctica en que son proferidos.

Es central, para evitar confusiones, considerar que en esta concepción el lenguaje es un fenómeno público constituido por el acuerdo de los hablantes sobre el uso de los signos. Comprender un enunciado es la capacidad objetiva y públicamente controlable de usar correctamente los signos. Es por esto que el conocimiento de las reglas de la práctica implica dominar una técnica, es una habilidad. Se conoce una regla cuando se sabe utilizarla, aplicarla, ya que la formulación de una regla puede dar lugar a diversas interpretaciones, por lo que la única garantía de seguir correctamente la regla está en la práctica de la comunidad lingüística y no en la mente o disposición de un único hablante.

Estas consideraciones respecto del lenguaje y las reglas son tomadas por Peter Winch, quien en su libro *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy* las extiende con el fin de aplicarlas al conocimiento de prácticas sociales (2008). Winch

toma las ideas de Wittgenstein sobre el seguimiento de reglas para comprender el uso del lenguaje –cómo todos los usos del lenguaje están gobernados por reglas–, e intenta aplicarlas en forma más general a todo comportamiento humano.¹³

Para Winch, todo comportamiento con sentido es gobernado por reglas. El sentido de los actos humanos, al igual que el lenguaje, también depende del contexto o práctica en que se inscriben, es decir, de su uso al interior de una práctica. Un mismo tipo de hecho puede tener un significado al interno de una práctica social y otro muy distinto con relación a otra práctica social. Pensemos por ejemplo en los actos realizados para poner fin a la vida de una persona que se encuentra agonizando. En algunas culturas precolombinas estos hechos eran entendidos como parte de un ritual tendiente a dar una “buena muerte”, una forma de transición entre la vida y la muerte. Por el contrario, conforme a la práctica jurídica italiana, estos hechos consisten en un homicidio.

Hart recoge estas consideraciones respecto de la comprensión y descripción de prácticas sociales y las aplica a la metodología de la teoría del derecho.¹⁴ Según Hart, el derecho, al igual que otras prácticas sociales, es un tipo de práctica reglada. Frente a una regla social, por un lado, puede observarse que existe un comportamiento convergente denominado el “aspecto externo” de la regla. Y, por el otro, una actitud crítica respecto a este comportamiento (llamada por Hart “aceptación”), que se expresa en la justificación de dicho comportamiento y en la crítica a los casos de desviación. Este último es el “aspecto interno” de una regla, propio de quienes ven en el seguimiento de dicho comportamiento un parámetro o pauta, que guía y justifica la acción dentro de la práctica. En virtud de esto, existe una doble posibilidad de análisis de las reglas y de las prácticas sociales dependientes de reglas. Pueden estudiarse solamente desde el punto de vista externo, que constata hechos empíricamente verificables, o bien pueden analizarse desde el punto de vista interno, donde se consideran las reglas como criterios que justifican la acción y la crítica frente a la desviación en el contexto de esa práctica.

Esto puede reflejarse también en el uso del lenguaje, ya que es posible según el punto de vista adoptado formular enunciados internos o externos sobre las reglas. Quien se encuentra en el punto de vista externo, formula enunciados empíricos sobre las reglas que hacen referencia a los hechos de convergencia empíricamente constatables. Los enunciados externos pueden ser de dos tipos: externos *extremos* y externos *moderados*. En cambio, desde el punto de vista interno se formulan enunciados internos.

La diferencia entre estos tipos de enunciados puede mostrarse con claridad al considerar el caso de los enunciados de validez de las normas de un ordenamiento jurídico.¹⁵

Hart explica los enunciados internos específicamente ejemplificando con enunciados de validez. Así, sostiene que cuando se identifica una determinada regla del sistema se formulan enunciados del tipo “El derecho dispone que...”, y que esta forma de expresión es característica del uso del lenguaje que hace quien aprecia una situación con referencia a reglas (en este caso, la regla de reconocimiento) no necesariamente expresadas, pero consideradas apropiadas para ese propósito (Hart, 1961, p. 128). Por ejemplo, el enunciado de validez “Los ciudadanos italianos tienen derecho al voto”, desde el punto de vista interno puede entenderse como la expresión de quien reconoce que una norma que establece el derecho a voto a los ciudadanos italianos pertenece al sistema jurídico italiano. Esta norma pertenece al sistema en virtud de que satisface los criterios de pertenencia específicos de ese sistema (dictada de conformidad con las normas de competencia y de acuerdo con la constitución italiana del ‘47 y sus modificaciones),¹⁶ los cuales generalmente no son expresados, sino simplemente usados para determinar la pertenencia.

Es importante remarcar que este enunciado interno de validez implica reconocer determinados criterios de pertenencia al sistema como los criterios correctos (*apropiados*) de identificación de las normas (*para ese propósito*) y, a la vez, reconocer que una norma satisface esos criterios. Este tipo de enunciados internos podrá entenderse como correctos cuando la norma efectivamente satisface los criterios de pertenencia del sistema jurídico en cuestión. Para Hart, este tipo de enunciados constituye el uso típico de los enunciados de validez.

Sin embargo, vimos que también es posible referirse a una práctica reglada desde el punto de vista externo. Los enunciados desde este punto de vista pueden ser externos extremos o externos moderados. Por un lado, los enunciados externos extremos solo consideran determinadas regularidades de conducta, hechos empíricos, y permiten al observador hacer cálculos de probabilidad de su futura instanciación. Mientras que, por su parte, los enunciados externos moderados constatan que determinadas personas consideran a ciertos criterios como razones para actuar en determinado sentido (lo que incluye identificar ciertas normas) y para criticar su no seguimiento.

Así, el enunciado “Los ciudadanos italianos tienen derecho al voto”, interpretado desde el punto de vista externo extremo, sería equivalente a un enunciado sobre el hecho de que los órganos del Estado de hecho reconocen y garantizan determinado estado de cosas (que los ciudadanos italianos puedan participar de las elecciones del gobierno) y que dadas las circunstancias actuales puede preverse que así siga sucediendo. Este tipo de enunciado es verdadero si los hechos considerados efectivamente existieron y si el

cálculo de probabilidad fue correctamente establecido. Puede verse que este enunciado externo no considera los criterios propios de la regla de reconocimiento al sostener que una norma pertenece a un determinado sistema jurídico.

Luego tenemos los enunciados externos moderados. Este tipo de enunciados son realizados desde el punto de vista externo, pero los hechos relevantes para afirmar que una norma pertenece a un ordenamiento jurídico son diversos. En este caso, son las creencias y actitudes de los miembros de la práctica. Así, por ejemplo, el enunciado “Los ciudadanos italianos tienen derecho al voto” es verdadero cuando los participantes de la práctica jurídica consideren que existe una norma que reconoce el derecho al voto. En este caso el enunciado afirma algo como lo siguiente: “Los sujetos relevantes consideran que la norma que otorga a todos los ciudadanos italianos el derecho a voto pertenece al sistema jurídico italiano”. Los enunciados de validez, bajo esta interpretación, constituyen expresiones elípticas que, aparentando referencia, por ejemplo, a la pertenencia de una norma al sistema, en realidad hacen referencia al hecho de que los operadores jurídicos generalmente usan determinados criterios de validez conforme a los cuales identifican determinadas reglas como pertenecientes al sistema.

Muchos autores han intentado reformular la clasificación de Hart. Por ejemplo, MacCormick propone los enunciados hermenéuticos, que serían análogos a los enunciados externos moderados (2010, p. 104). Por su parte, Raz sostiene que para explicar los enunciados que describen lo que debe hacerse según el derecho sería necesario recurrir a un tercer tipo de enunciados que llama “enunciados desde un punto de vista” (1999, p. 171). Luego, en *The Authority of Law*, los llama enunciados *detached* o “no comprometidos” (Raz, 1979). Pero, en esta oportunidad, el mismo Raz reconoce que esta clasificación tiene sentido en virtud de que su objetivo iba más allá del hartiano, y que él intenta explicar no solo el problema del conocimiento de las normas que pertenecen a un sistema jurídico, sino también el de su fuerza jurídica vinculante.¹⁷ Conforme a la lectura de Hart aquí propuesta, los enunciados no comprometidos de Raz serían, si son enunciados en primera persona (como Raz pretende) y no enunciados condicionales, una especie dentro de la categoría de los enunciados internos. Mientras que, si su forma lógica es la de un enunciado condicional, serían análogos a los enunciados externos hermenéuticos de MacCormick, i.e. enunciados externos moderados.

IV. Sobre la posibilidad del discurso interno como discurso teórico sobre el derecho

Hart no hace referencia a si el discurso interno es el discurso de *la ciencia del derecho*. En efecto, Hart oscila entre reconocer o no valor de verdad a los enunciados internos. En *Definition and Theory in Jurisprudence* (1953) los considera conclusiones de un razonamiento, pero luego, en la introducción a *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1973), rectifica su posición y declara que concibe a los enunciados internos como aserciones de las cuales puede predicarse su verdad o falsedad.

Al respecto, explica Muffato que los enunciados internos son el resultado de la aplicación de una regla. Los enunciados internos son la conclusión de una inferencia que tiene como premisa mayor una regla y como premisa menor la descripción de los hechos del caso. Se trata del uso una regla de la cual se presupone la existencia (Muffato, 2010, p. 99). Los enunciados internos son explicados como conclusiones de derecho o la expresión de un entimema.¹⁸ Es decir que el enunciado interno puede entenderse como la conclusión de un razonamiento que incluye una norma entre sus premisas. En el caso de los enunciados de validez, la regla que se acepta como premisa es la regla de reconocimiento, que establece que deben aplicarse determinados criterios de pertenencia. En este sentido, llama la atención la observación realizada por Hart en relación con la historia de la *Commonwealth* cuando las colonias comenzaron a legislar. Se planteaba si el derecho de las colonias era un derecho independiente del derecho inglés y si, por lo tanto, había más de un sistema jurídico o si, por el contrario, existía un solo ordenamiento jurídico. Al respecto señalaba Hart que, “precisamente porque una de las afirmaciones es un enunciado de hecho y la otra es una proposición de derecho (inglés), los dos no están lógicamente en conflicto. Para aclarar la situación podemos decir, si así lo preferimos, que el enunciado de hecho es verdadero y que la proposición de derecho es «correcta en el derecho inglés»” (1961, p. 151).

En este caso planteado por Hart, se ve cómo los criterios de corrección de cada uno de estos enunciados varían según el contexto. En un caso el enunciado será verdadero o falso según, por ejemplo, nuestra definición de “derecho” asumida (generalmente muy ligada a la noción de efectividad). Mientras que el otro sería un enunciado cuya corrección depende de los criterios de pertenencia propios del derecho inglés en ese período. Según la interpretación estándar en la teoría del derecho, el primero sería un genuino enunciado teórico sobre el derecho, mientras que el segundo sería una forma de ideología en relación con el derecho inglés, que tiende a, más allá de informar sobre la conformación del sistema

jurídico, mantener y hacer efectivo (mantener vigente) a dicho sistema.

Es precisamente aquí donde surge la pregunta si el discurso interno puede ser un discurso teórico o si, en cambio, los enunciados internos, como presuponen la aceptación de reglas, forman parte del discurso práctico (aconsejan, reclaman, instan, etc.). Es opinión compartida por muchos autores que los enunciados internos de Hart (*internal statements*) no son aserciones en lo absoluto, sino siempre prescripciones, y que la elección del término usado en inglés, *statements*, sería un error del autor.

Sin embargo, la interpretación de la distinción entre enunciados internos y externos aquí propuesta no tiene relación con el carácter descriptivo o prescriptivo de los enunciados;¹⁹ esta se proyecta sobre el significado y las condiciones de verdad de los enunciados o, en otros términos, sobre cuáles son los criterios para saber si podemos considerarlos correctos. Así, al realizar una aserción se sigue (se *usa* explícitamente o se *presupone*) siempre algún conjunto de reglas. Al considerar un enunciado como interno o externo, lo que cambia son, precisamente, estas condiciones que lo convierten en un enunciado correcto o verdadero. Estas condiciones son las circunstancias de hecho y las reglas sociales que constituyen una práctica determinada, es decir el *contexto*. Por esto, la distinción entre enunciados internos y externos es importante para comprender el significado de una aserción en virtud de que, al explicitar si se trata de una aserción interna o externa, estamos en realidad explicitando cuál es el conjunto de reglas que se sigue (cuál es la práctica a la que se pertenece) y que hacen de la aserción una aserción correcta. Es por esto que todo enunciado es interno a alguna práctica y constituye un sinsentido pensar en un enunciado totalmente externo.

Tanto la lectura propuesta de los enunciados internos, como la metodología sugerida, en cuanto útiles para el conocimiento de prácticas sociales, se apoyan en la idea de que es necesario seguir ciertas reglas conceptuales para la descripción y el conocimiento de la realidad social.²⁰ En relación con la práctica del derecho, podemos decir que los enunciados internos son aquellos que se profieren bajo la aceptación de la regla de reconocimiento de un ordenamiento jurídico particular. En el caso de los enunciados de validez, el discurso interno hace uso de los criterios de validez propios de un sistema jurídico para identificar cuáles son las normas que forman parte del sistema. Conforme a esta reconstrucción, entonces, los enunciados que afirman o niegan la pertenencia de una norma al sistema serían enunciados internos. Estos enunciados internos no son extraños para la teoría del derecho analítica; muy por el contrario, representan, con otro nombre, a las famosas *proposiciones normativas*.

Sobre este punto Guastini señala que “el discurso «externo» es un discurso cognoscitivo, descriptivo; el discurso «interno» es un discurso normativo, prescriptivo” (1999a, p. 388). Es necesario precisar que Guastini distingue entre normas que regulan la conducta (susceptibles de aceptación) y reglas conceptuales o meras definiciones. El caso de los enunciados de validez –entendidos en el sentido antes expuesto– no representaría el caso típico de los enunciados internos, ya que no constituyen un caso de aplicación o seguimiento de una norma de conducta. Así, en estos casos, los enunciados internos constituyen simplemente la aplicación de una definición (i.e. definición de qué cuenta como derecho válido en un ordenamiento jurídico particular). Para Guastini, la aceptación de definiciones es moralmente neutra y los enunciados que implican la aceptación de definiciones o (reglas conceptuales) no constituyen parte del discurso práctico, son solo enunciados internos con respecto a la definición utilizada. El enunciado que afirma que una norma satisface los criterios de validez de un sistema jurídico determinado (formulación elíptica de un juicio de validez) tiene carácter cognoscitivo: “reconocer que una norma responde a ciertos criterios de validez no es una cosa epistemológicamente diversa de reconocer, digamos, que este objeto de papel, encuadernado, e impreso que tengo sobre el escritorio responde a la definición de «libro»” (Guastini, 1999b, p. 178).²¹

Esto para Guastini muestra que la regla de reconocimiento no es estrictamente hablando una norma, porque no disciplina la conducta de sujeto alguno, sino que es una simple definición, una regla conceptual (1999b, p. 178, la nota 27). La diferencia es importante ya que, para él, la aceptación de normas de conducta requiere alguna forma de *moral commitment*, lo que no sucede en la aplicación de definiciones que son moralmente neutrales. Podemos recordar que ha sido un punto largamente debatido el de qué tipo de estándar constituye la regla de reconocimiento. La cuestión es controversial: por un lado, Guastini y Bulygin (Bulygin, 1991, p. 383 ss.) sostienen que es una regla conceptual; por otro, lado hay quienes defienden que se trata de una genuina norma de conducta (Ruiz Manero, 1991, p. 289 ss.; Raz, 1979, p. 92 ss.; MacCormick, 2010, p. 205 ss.). Sin embargo, conforme se ha explicado, la distinción entre punto de vista interno y externo es aplicable a todo tipo de reglas, también a las reglas conceptuales que guían nuestra conducta lingüística.²²

Aun así, podríamos encontrar un problema. Scarpelli, a diferencia de Guastini, sostiene que la adopción de una definición o regla conceptual es siempre un acto políticamente comprometido.²³ En este sentido, para Scarpelli el positivismo clásico aceptaría una definición de “derecho” ligada a la idea de Estado moderno y al principio de efecti-

vidad. Esta definición sería usada como criterio para identificar qué cuenta como derecho de una manera “no políticamente comprometida”, pero que (en realidad) tiende a la conservación de la forma de Estado moderno y a formar a los juristas al servicio de esta forma de Estado (Scarpelli, 1997, p. 193). Por esto, el conocimiento del derecho sería siempre políticamente comprometido, porque la identificación del derecho depende de la adopción de un concepto de derecho que no puede ser políticamente neutro. De esta forma, la identificación del derecho (aun desde “un punto de vista externo”) no consistiría en una actividad puramente epistemológica, sino ideológica. Estos enunciados de identificación de normas serían siempre enunciados que buscan mantener o hacer efectivo determinado orden jurídico, una forma de Estado.²⁴

V. Enunciados sobre la pertenencia y enunciados sobre la legitimidad de normas

Para intentar despejar algunas ideas y aclarar los puntos de este debate, es necesario dar un paso atrás y revisar algunos aspectos generales del lenguaje. En primer lugar, el lenguaje en sí es pasible de la conocida ambigüedad entre proceso y producto. De esta forma, el lenguaje no es un reflejo de nuestros pensamientos o del mundo, sino que es una actividad, un tipo de comportamiento. Además, este comportamiento lingüístico da lugar a expresiones, textos, que son el producto de los actos de habla.

Esta característica del lenguaje de ser una forma de comportamiento es importante, no porque nos interese el fenómeno psicológico de cómo y por qué los individuos realizan actos de habla, sino porque permite considerar aspectos centrales para la comprensión del significado, i.e del producto de la acción lingüística. Para poder comprender con éxito es necesario considerar qué tipo de actividad se desarrolla cuando se usa el lenguaje, cuál es su fin u objetivo. En el caso de este trabajo, por ejemplo, distinguir si el discurso de cierta forma de positivísimo jurídico persigue la descripción o, por el contrario, la conservación, justificación o prescripción. En términos wittgenstenianos, es necesario reconocer dentro de qué juego del lenguaje estamos embarcados, es decir, dentro de qué contexto el lenguaje ha sido usado y cuáles son las reglas (definiciones, conceptos) usadas de manera generalmente implícita cuando se utiliza el lenguaje en ese juego. No porque efectivamente sean estas las consideraciones que a un nivel psicológico el agente haya efectivamente desarrollado, sino porque son estas reglas las que nos permiten, en cierta medida, hacer inteligible su discurso. Es por esto que tiene sentido distinguir entre enunciados internos y externos en relación con reglas de conducta y también en relación con reglas conceptuales; y, –lo que resulta aun más explicativo–,

tiene sentido distinguir entre enunciados internos y externos en relación con determinados sistemas de reglas (que contienen reglas conceptuales y de conducta).

Retomando así el uso de reglas conceptuales, como vimos, para Guastini la aceptación de definiciones es moralmente neutra, mientras que para Scarpelli siempre es una políticamente comprometida.²⁵ Una posición parece ignorar el carácter de práctica social reglada del uso del lenguaje, la otra parece no dejar lugar a ningún tipo de conocimiento ni uso del lenguaje que no sea políticamente comprometido.

Como respuesta a Guastini, hablar un lenguaje y, por lo tanto, realizar enunciados, es formar parte de una conducta gobernada por reglas que es necesario haber aprendido y dominado, es hacer actos de habla. Estas reglas hacen que los hablantes deban necesariamente seguirlas y comprometerse con ellas, de lo contrario todo enunciado debería entenderse formulado en *oratio obliqua* (véase Searle, 1969, pp. 22, 25, 31, 46, 51, 201). Realizar actos de habla implica seguir reglas, por esto, aplicar definiciones implica seguir una regla.

Es llamativo que en el caso de las reglas conceptuales el uso o seguimiento parece necesario, mientras que en el otro caso no. Da la impresión de que en el caso de las reglas de conducta podemos decidir si conformamos nuestra conducta con lo establecido por la regla o no. Sin embargo, aunque a primera vista esto parece convincente, las cosas no son tan sencillas. No hay un seguimiento necesario de las reglas conceptuales, es decir, no estamos causalmente determinados a seguir determinadas reglas conceptuales, ni estamos obligados a hacerlo. Parece que si identificamos ciertos hechos institucionales, necesariamente hemos usado estas reglas, pero ello no quiere decir que necesariamente debemos usarlas, que necesariamente debemos identificar estos hechos institucionales. Si identifico un movimiento de ajedrez como “enroque”, necesariamente aplico las reglas del ajedrez; lo cual no implica que necesariamente tenga que seguir estas reglas e identificar ciertos actos. Si tengo un interés en hacerlo, entonces para poder identificarlos necesariamente tengo que usar las reglas del ajedrez. En este sentido, la respuesta parece que depende en parte de qué se entienda por “guiar el pensamiento o la conducta lingüística”. Desde ya que estas reglas conceptuales no obligan a realizar determinados actos de habla o a pensar y comprender las cosas de cierta forma, pero determinan un criterio de cómo hacerlo, i.e.: *la forma correcta* de hacerlo.²⁶

Es cierto que muchas reglas conceptuales son presupuestas y no explicitadas por los usuarios, lo que hace menos consiente su seguimiento que, por ejemplo, en el caso de una regla que nos obliga a pagar impuestos.²⁷ Sin embargo, las reglas conceptuales son

analizadas muchas veces desde puntos de vista políticos y morales.²⁸ Por ejemplo, para reivindicar sus tradiciones determinadas comunidades deciden mantener sus idiomas ancestrales, rechazan la contaminación lingüística externa y hasta existe una presión social seria frente al uso de otras lenguas. Lo mismo sucede con las reglas metodológicas que los científicos siguen y no es claro que las presuposiciones metodológicas no tengan un contenido político o susceptible de crítica conforme a un sistema de reglas diferente.²⁹

Ahora bien, esta visión nos pone de frente al problema que plantea Scarpelli. El discurso en función cognoscitiva busca la objetividad, la neutralidad valorativa, pero según Scarpelli esta no puede alcanzarse. La identificación del derecho aquí no consiste en una actividad puramente epistemológica, sino ideológica. Los enunciados de identificación de normas serían siempre enunciados que buscan mantener o hacer efectivo determinado orden jurídico.³⁰ El problema no es que la posición del sujeto cognoscente influya en el conocimiento, sino que la objetividad, asociada a la neutralidad valorativa, no puede alcanzarse: siempre quedaría espacio para aplicar una definición diversa de qué cuenta como derecho.

Para dar respuesta a este punto, debemos considerar si cada vez que usamos ciertas definiciones estamos efectivamente otorgándoles nuestro apoyo. De ser así, parece no quedar lugar para ningún tipo de conocimiento, ni para un uso del lenguaje descriptivo que no sea políticamente comprometido. Este punto abre toda un área de investigación que excede este trabajo, respecto de si la descripción de fenómenos sociales nos compromete con una forma de *statu quo*. Sin embargo, en esta sede podría simplemente aventurarse como respuesta que aprehendemos prácticas cuya existencia depende en parte de un *statu quo* pero que, sin embargo, esto no disuelve la posibilidad de revisarlas y analizarlas críticamente. Nuestras prácticas son abiertas y cambiantes, y la misma posibilidad de crítica depende de que sea posible su conocimiento.

Desde el punto de vista pragmático, cuando aplicamos una definición o aplicamos los criterios de pertenencia para determinar qué normas pertenecen a un sistema jurídico, si bien podríamos usar cualquier criterio de pertenencia, la finalidad de la comunicación es conocer o informar cuáles son las normas conforme a los criterios de pertenencia *correctos* en ese contexto. Con el ejemplo de Guastini: la finalidad es apreciar si estamos usando la *correcta* definición de libro (objeto de papel, encuadernado e impreso). Esto no quiere decir que estos criterios no puedan ser puestos en discusión.

En esta dirección parece oportuno distinguir entre el discurso externo y el discurso

interno, aceptados ya determinados criterios de validez (de pertenencia). La idea central es que no hay que confundir distintos usos del lenguaje y distintos contextos. Es necesario reconocer que una cosa es la identificación de las normas pertenecientes al sistema, conforme a estos criterios de validez aceptados, y otra es la valoración de estas (según valores religiosos, morales, estéticos, prudenciales).

De esta forma, con relación al discurso en función cognoscitiva, el discurso interno puede seguir su compromiso con los valores epistémicos y con los criterios de pertenencia. Los criterios de validez se toman como los axiomas o verdades por definición que operan a un nivel metalingüístico. Las preguntas sobre por qué son estos los criterios de validez, son generalmente entendidas como preguntas por la *legitimidad* de tales criterios de pertenencia aceptados (o de la definición aceptada) (véase Scarpelli, 1997, p. 127). Atiéndase a lo que sucede en la ciencia empírica con el principio de verificación: el enunciado que lo expresa no es falsable. Lo mismo sucede con los enunciados sobre los criterios de validez: estos tienen una función constitutiva del sistema y su valoración permanece como una cuestión ajena a la práctica de aplicarlos para identificar las normas jurídicas. Cuando se sostiene que la descripción de un sistema de normas implicaría adhesión o apoyo al mismo, se niega la posibilidad de distinguir entre conocer, valorar y aplicar reglas, por un lado, y, por otro, se confunden diversos juegos del lenguaje (i.e. el de describir y el de instar a mantener o sostener determinado estado de cosas).³¹

Afirmar que la elección entre diversas definiciones o reglas conceptuales depende de una elección política parece también requerir la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo. Podríamos acordar que desde un punto de vista externo son diversos los criterios que pueden elegirse para conceptualizar y comprender determinada realidad de una práctica social: claramente dependerá de una elección y se valorará la utilidad de esta elección en virtud de los fines u objetivos que se hayan tenido en mente a la hora de conceptualizar. Pero, nuevamente, si consideramos la práctica social desde un punto de vista interno, sostener que las reglas conceptuales de esta práctica dependen de una elección política parece distorsionar la realidad y el sentido de la práctica misma.

VI. Consideraciones finales

En la práctica jurídica podríamos afirmar que, en el juego del lenguaje que tiene como *point* la descripción de normas (aquello que es permitido, obligatorio o prohibido hacer), los criterios de validez se toman como axiomas o verdades por definición que ope-

ran a un nivel metalingüístico. Al interior de una práctica social tiene sentido preguntarnos si hemos o no errado al conceptualizarla, o si erramos al aplicar determinadas reglas conceptuales de la práctica.

Puesto que los criterios de identificación son el contenido de reglas sociales, la identificación puede ser exitosa cuando se usan los criterios correctos, y fallar cuando no. Como ya se ha explicado, los criterios crean una necesidad conceptual. Vimos también que una cuestión diferente es la de si estamos obligados a aplicar las reglas conceptuales de las prácticas en que participamos (i.e. cuestiones de legitimidad). Si la finalidad de la comunicación es describir cuáles son las normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico, aplicamos los criterios de pertenencia correctos (con independencia de nuestros juicios éticos respecto de dichos criterios o respecto de las normas identificadas). En este caso estamos dentro del juego del lenguaje de la descripción, y sería un sinsentido aplicar reglas que no forman parte de la práctica.

Estas consideraciones no buscan negar que muchas veces la finalidad de la comunicación no es el conocimiento o la descripción, sino que existe una finalidad ideológica, a saber: dar apoyo a la práctica, instar a cambiar o abandonar la práctica, etc. En el derecho muchas veces es claro que los enunciados jurídicos no son proferidos con una función cognoscitiva, sino ideológica. En estos casos el objetivo es hacer prevalecer un determinado criterio de pertenencia (porque se entiende que sería mejor, más útil para la práctica, más acorde a determinados valores éticos, o correcto en relación con otra práctica –por ejemplo, con los mandatos de cierta religión–).

Entiendo que la propuesta hartiana y su distinción entre enunciados internos y externos puede ser desarrollada en la teoría analítica en una forma de contextualismo. Para la teoría del derecho esta perspectiva ofrece una metodología para el conocimiento y el análisis del discurso jurídico de ordenamientos jurídicos particulares, y constituye así una forma de positivismo jurídico que podemos llamar *Positivismo Jurídico Interno*.

Este *Positivismo Jurídico Interno* permite distinguir entre juicios de validez y juicios de valor, pero propone una revisión de algunos dogmas de la teoría analítica del derecho clásica. Sugiere una epistemología del derecho específica, que se basa en concebir al derecho como una práctica social y prescribe la explicitación de el punto de vista del sujeto cognoscente (quién se expresa, a quién se dirige, en qué contexto y con qué finalidad). Exige también mantener un compromiso con los valores metodológicos de claridad conceptual, coherencia lógica y terminológica, capacidad explicativa, honestidad intelectual y neutralidad valorativa (*Wertfreiheit*).³² En otras palabras, el *Positi-*

vismo Jurídico Interno ofrece un marco epistémico específico para la elaboración de la teoría particular del derecho o teoría del derecho positivo italiano, derecho positivo argentino, etc., es decir, lo que un determinado ordenamiento jurídico permite, obliga o prohíbe hacer.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, 1987: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea.
- Austin, John L., 1975 [1962]: *How to Do Things with Words*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Bayón, Juan C., 2002: “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en Virgilio Zapatero Gómez (ed.), *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel Rodríguez-Arango*, vol. 2. Alacá, Editorial Universidad de Alcalá, pp. 33-54.
- Bentham, Jeremy, 2010: *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*. Philip Schofield (ed.), Oxford, Clarendon Press.
- Bloor, David, 1983: *Wittgenstein. A Social Theory of Knowledge*. London, The MacMillan Press Ltd.
- Bobbio, Norberto, 1976: “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, en Uberto Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano, Edizioni di Comunità, pp. 287-324.
- Bulygin, Eugenio, 1991: “Sobre la regla de reconocimiento”, en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 383-391.
- Caracciolo, Ricardo, 2009: “Conocimiento de normas”, en *El Derecho desde la filosofía*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 133-145.
- Chiassoni, Pierluigi, 2016: *El discreto placer del positivismo jurídico*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Comanducci, Paolo, 2010: “Epistemología jurídica”, en *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 175-185.

- Dworkin, Ronald, 1986: *Law's Empire*. Cambridge, Mass., Belknap Press.
- _____, 1985: *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- _____, 1977: *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Figueroa Rubio, Sebastián, 2014: “Reglas sociales, formas de vida y juegos del lenguaje”, en Figueroa Rubio, S. (ed.), *Hart en la teoría del derecho contemporánea*. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 217-246.
- Glock, Hans J., 1996: *A Wittgenstein Dictionary*. Oxford, Blackwell Published.
- Goldsworthy, Jeffrey D., 1990: “The Self-Destruction of Legal Positivism”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, N° 4, pp. 449-486.
- Guastini, Riccardo, 2016: *La sintaxis del derecho*. Madrid, Marcial Pons.
- _____, 1999a: “Conocimiento sin aceptación”, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona, Gedisa, pp. 388-412.
- _____, 1999b: “Scienza giuridica”. *Digesto delle discipline civilistiche*, vol. 18, Torino, UTET, pp. 175-180.
- _____, 1990: “Reglas constitutivas y gran división”. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, vol. 5, N° 14, May-Ago 1990, pp. 269-293.
- Hamner Hill, H., 1990: “H.L.A. Hart's Hermeneutic Positivism: On Some Methodological Difficulties in the Concept of Law”, *Can. J. L. & Jurisprudence*, vol. 3, pp. 113-128.
- Hart, Herbert L. A., 2001 [1983]: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Oxford University Press.
- _____, 2011 [1982]: “Legal Duty and Obligation”, en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Oxford, Oxford University Press, pp. 127-161.
- _____, 1961: *The Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de Carrió, Genaro R., 2011: *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Jori, Mario, 1979: “Hart e l'analisi del linguaggio”. *Materiali per una storia della cultura*

- giuridica*, año IX, N° 2, Bologna, Il Mulino, pp. 161-228.
- Kelsen, Hans, 1960: *Reine Rechtslehre*. 2ª edición. Citado por la traducción castellana de Aren, Fernanda *et al*, 2011: *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Ediciones Colihue.
- MacCormick, Neil, 1981: *H. L. A. Hart*. Palo Alto, Stanford University Press. Citado por la traducción castellana de Pérez Bermejo, Juan M., 2010: *H. L. A. Hart*. Madrid, Marcial Pons.
- Muffato, Nicola, 2010: *Norme e discorsi su norme*. Roma, Aracne.
- Narváez Mora, Maribel, 2004: *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid, Marcial Pons.
- Navarro, Pablo E., y Rodríguez, Jorge L., 2014: *Deontic Logic and Legal Systems*. New York, Cambridge University Press.
- Perry, Stephen R., 1998: "Hart's Methodological Positivism". *Legal Theory*, vol. 4, pp. 427-467.
- Putnam, Hilary, 2003: "The Philosophers of Science's Evasion of Values" en *Fact/Value Dichotomy and Other Essays*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 135-145.
- Raz, Joseph, 1979: *The Authority of Law*. Oxford, Clarendon Press.
- _____, 1999 [1975]: *Practical Reason and Norms*. Oxford, Oxford University Press.
- Redondo, María C., 2018: *Positivismo jurídico "interno"*. Ljubljana, Klub Revus.
- Rodríguez-Blanco, Veronica, 2007: "Peter Winch and H.L.A. Hart: Two Concepts of the Internal Point of View". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 20, N° 2, pp. 453-473.
- Ross, Alf, 1968: *Directives and Norms*. London, Routledge & Kegan Paul.
- Ruiz Manero, Juan, 1991: "Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin". *Doxa*, N° 9, pp. 281-293.
- Scarpelli, Umberto, 1997: *Cos'è il positivismo giuridico?*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- Searle, John, 2010: *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. Ox-

ford, Oxford University Press.

_____, 1969: *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge, Cambridge University Press. Citado por la traducción castellana de Valdés Villanueva, Luis M., 2015: *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. Madrid, Ediciones Cátedra.

Tarello, Giovanni, 1974: *Diritto, enunciati, usi*. Bologna, Il Mulino.

von Wright, Georg Henrik, 1971: *Explanation and Understanding*. Ithaca, Cornell University Press. Citado por la traducción castellana de Vega Reñón, Luis, 1987: *Explicación y Comprensión*. Madrid, Editorial Alianza.

_____, 1963: *Norm and Action*. New York, Routledge & Kegan Paul.

Weber, Max, 1949: “‘Objectivity’ in Social Science”, en *The Methodology of The Social Sciences*. New York, The Free Press of Glencoe.

Winch, Peter, 2008 [1958]: *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*. London, Routledge.

Wittgenstein, Ludwig, 1958: *Philosophische Untersuchungen*. London, Basil Blackwell. Citado por la traducción castellana de García Suárez, Alfonso y Moulines, Ulises, 1999: *Investigaciones filosóficas*. Barcelona, Altaya.

Agradecimientos

Una primera versión de este trabajo fue presentada en mayo del 2018 en el XX Seminario Internacional de Teoría del Derecho organizado por la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina. Quiero agradecer a todas las participantes y a las evaluadoras del manuscrito por sus comentarios. Quiero agradecer también a Cristina Redondo y Riccardo Guastini, que dirigieron mi tesis doctoral y sin quienes esta investigación no hubiera sido posible.

Notas

- 1 Desde ya, escapa las aspiraciones de este trabajo un estudio detallado de qué es el positivismo jurídico o cuándo una teoría puede ser considerada positivista. Sabemos que “positivismo jurídico” es una locución polisémica y no es claro que exista un único movimiento y que sus autores compartan un núcleo de tesis básicas. Al respecto puede consultarse Bayón, 2002. Aquí se entenderá por teorías positivistas simplemente aquellas para las cuales el derecho es un producto humano y no existe una relación necesaria entre el derecho y la moral.

- 2 En relación a la terminología apropiada, Ross evidencia al respecto el uso de los términos “teórica o práctica”, “descriptiva o prescriptiva” y, los que él prefiere, “indicativa o directiva” (Ross, 1968, capítulo I).
- 3 A mayor precisión, la distinción entre normas y proposiciones normativas refleja la diferencia entre niveles del lenguaje: las normas representan el lenguaje objeto (prescriptivo) y las proposiciones sobre normas son el metalenguaje que se refiere a ellas (en un uso descriptivo del lenguaje). Sobre la distinción entre normas y proposiciones normativas, véase Navarro y Rodríguez, 2014, p. 78.
- 4 Esta perspectiva se encuentra, por ejemplo, en las obras de Bentham –interés en clarificar el uso del lenguaje mediante la paráfrasis y despojarlo de elementos metafísicos–, Alf Ross –quien elabora una explicación del derecho aplicando los principios del empirismo– y el mismo Kelsen –aunque mucho se ha debatido sobre sus fundamentos filosóficos y la tensión en su obra entre elementos empiristas y de inspiración kantiana–.
- 5 Por ejemplo, sostiene Bobbio que “las concepciones que el hombre ha propuesto del saber y de la ciencia han sido tales que en ellas el jurista –de mala gana y contra su conciencia– no ha podido jamás encajar su propia investigación” (1976, p. 289). La traducción me pertenece. Sobre diversos métodos en las ciencias sociales y el método que utilizan los juristas, véase Alchourron y Bulygin, 1987.
- 6 Por ejemplo, Winch, en *The Idea of a Social Science*, intenta poner en discusión el monismo metodológico: si bien aclara que no quiere adoptar una posición anti-cientificista, busca distinguir el conocimiento de las ciencias naturales del de las ciencias sociales (Winch, 2008). En la misma línea de argumentación, Searle cuestiona que el único modelo de conocimiento generalmente aceptado es aquel que solo tiene en cuenta el conocimiento de “hechos brutos” (Searle, 1969, p. 59). También la obra de Kelsen se encuentra marcada por la influencia del debate con respecto al método de las ciencias sociales, sobre todo bajo la forma de los argumentos kantianos y neokantianos. Respecto de la cuestión del método en las ciencias, véase Von Wright, 1971, capítulo I.
- 7 Respecto de cómo las ciencias sociales están necesariamente ligadas a valoraciones, véase, por ejemplo: Putnam, 2003, p. 145; Weber, 1949.
- 8 Por un lado, parte de los intérpretes entienden que la propuesta de Hart constituye el fin o la autodestrucción del positivismo jurídico o, al menos, que es una teoría que presenta graves contradicciones. Véase, por ejemplo, Goldsworthy, 1990; Perry, 1998. Por otro lado, muchos teóricos han dado valor a sus aportes y sostienen que la obra de Hart marca el comienzo de una nueva etapa o perspectiva dentro de la tradición positivista: Scarpelli, 1997; Raz, 1999; MacCormick, 2010, p. 50.
- 9 Por ejemplo, en la introducción de *Practical Reason and Norms*, Raz explica que la teoría de las normas forma parte de la teoría de la razón práctica o filosofía práctica (Raz, 1999, p. 11).
- 10 En formas diversas, distintos autores han puesto en evidencia esta ambigüedad en la obra de Hart. Véase, por ejemplo: Redondo, 2018; Rodríguez-Blanco, 2007.

- 11 Sin embargo, se ha señalado que la perspectiva antireduccionista de Hart incurre en otro tipo de reduccionismo al asimilar la práctica jurídica y el discurso jurídico a las prácticas de los juegos y, aun más, que esto presupone un fuerte componente ideológico en su redefinición de qué se entiende por “derecho”. Véase, Tarello, 1974.
- 12 Al respecto, puede consultarse Glock, 1996, pp. 88-89.
- 13 Existen algunas objeciones a que la postura de Winch sea una buena lectura de Wittgenstein; así, por ejemplo, David Bloor en *Wittgenstein. A Social Theory of Knowledge*, sostiene que Winch enfrenta una serie de problemas tras distinguir entre comportamiento humano y animal, lo que lo lleva sostener la necesidad de dos métodos necesarios de conocimiento, y no sigue lo que conforme a Bloor es la explicación de Wittgenstein de la base biológica de la vida social. Para este autor sería difícil pensar en una concepción menos wittgensteniana (Bloor, 1983, p. 177).
- 14 La relación entre las obras de Hart y Wittgenstein ha sido reconocida por diversos autores, entre ellos puede verse: Jori, 1979, pp. 163-164; Narváez Mora, 2004; Figueroa Rubio, 2014. Respecto a la relación entre Hart y Winch, los teóricos del derecho no han reconocido una influencia tan directa como la que aquí defiende, a excepción de Hamner Hill, 1990. Particularmente interesante es el trabajo de Caracciolo, quien en modo crítico señala que, si se adopta una posición wittgensteniana como la aquí defendida (que expresamente conecta con la teoría de Hart), no podría haber un conocimiento objetivo de normas (Caracciolo, 2009, p. 141 ss.).
- 15 En este trabajo, por “validez” se entiende la pertenencia de una norma a un sistema jurídico. Sobre los distintos sentidos en que se utiliza el término véase, por ejemplo, Guastini, 2016, p. 221 ss.
- 16 Simplificación salvaje de una regla de reconocimiento.
- 17 En el mismo sentido se expresa Hart, 2011, p. 155.
- 18 En el caso del entimema, una premisa permanece oculta en el razonamiento. Generalmente, por razones retóricas se oculta la premisa normativa.
- 19 Es decir, con su fuerza ilocucionaria. Cf. Austin, 1975.
- 20 Esta visión encuentra una notable similitud, en algunos aspectos, con la propuesta de Searle sobre el conocimiento y la descripción de hechos institucionales, y el rol que allí juegan las reglas constitutivas. Véase Searle, 1969; 2010. Sin embargo, la teoría de Searle no es totalmente análoga a la posición presentada en este trabajo. Por un lado, Searle enfatiza el aspecto “intencional”, contrario a la visión de las reglas entendidas como usos parte de una práctica. Por el otro, la propuesta de Searle se dirige a la comprensión de la ontología social, entendida como diversa de la natural (o bruta); mientras que la presente investigación se enfoca en el aspecto semántico. En este trabajo las reglas conforman un determinado marco o esquema conceptual y el interés reside en analizar la gramática de ciertos usos lingüísticos. Para una crítica a la posición de Searle, véase Guastini, 1990.
- 21 La traducción me pertenece.

- 22 Podría parecer que, si aceptamos que la regla de reconocimiento es una regla conceptual, no podemos distinguir con facilidad entre su uso y su aceptación. Como explica Muffato, quien acepta reglas conceptuales comparte con los miembros de una práctica un concepto o un esquema de interpretación (Muffato, 2010, p. 122). Retomaré este punto en la próxima sección.
- 23 Corresponde aclarar que Scarpelli no sostiene que la regla de reconocimiento de Hart sea una definición o regla conceptual. Podríamos afirmar que para él la regla de reconocimiento es ya un principio que guía la conducta. Sin embargo, Scarpelli entiende que Hart (y los positivistas en general) adoptan un concepto de derecho que es pragmáticamente orientado. Afirma: “...vediamo con piena chiarezza la funzione pragmatica di tale definizione del concetto di diritto, la sua portata orientativa. Una definizione, e vieppiù una definizione generale del campo di un universo di discorso, non è mai neutrale, indifferente, ha sempre una portata orientativa” (Scarpelli, 1997, pp. 192, 193).
- 24 Enfatiza Scarpelli que los juicios de validez en un sistema solo son posibles gracias a la aceptación que implica una elección política en relación con el sistema. Cf. Scarpelli, 1997, p. 180.
- 25 Scarpelli rechaza la interpretación del positivismo jurídico como actividad científica y lo concibe como políticamente orientado. Véase Scarpelli, 1997.
- 26 Al respecto véase, en la misma línea, lo que sostiene von Wright sobre las reglas de la lógica y las reglas de los juegos (1963, p. 24 ss.).
- 27 Menos común, pero no inexistente, es el caso de quienes siguen reglas regulativas de forma irreflexiva.
- 28 Puede pensarse, por ejemplo, en el uso *politically correct* del lenguaje.
- 29 Quienes dicen que las reglas conceptuales son simples definiciones, responderían que la discusión reside en si hay o no una regla de conducta que prescriba el uso de determinadas definiciones.
- 30 Enfatiza Scarpelli que los juicios de validez en un sistema solo son posibles gracias a la aceptación que implica una elección política con relación al sistema. Cf. Scarpelli, 1997, p.180.
- 31 Este podría ser el caso, por ejemplo, de la famosa y muy discutida crítica de Dworkin al positivismo jurídico. Sostiene que el positivismo jurídico es una teoría sobre qué hechos constituyen las condiciones necesarias y suficientes para la verdad de una proposición de derecho, y defiende la idea de que la teoría del derecho debe ser normativa, ya que la identificación del derecho requiere considerar necesariamente cuestiones de legitimidad. Al respecto véase Dworkin, 1977, 1985 y 1986.
- 32 Entendida, claro como neutralidad respecto de valores éticos.

Recepción: 23 diciembre 2020
Aceptación: 15 marzo 2021