

CAPÍTULO III

El punto de vista interno en la teoría de Hart

I. Introducción

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

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

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

⁵⁸ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. XI.

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

⁶⁰ *Ibidem*, p. 12.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶³ Frente a esta interpretación, es posible dar otras lecturas al propósito de Hart. Este hecho lo demuestra de forma clara María Cristina Redondo, “The Concept of law. Cincuenta años”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Nº 37, 2014, pp. 111-124.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 114.

⁶⁵ *Idem*.

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

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

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

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

cepto de derecho”, *Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales*, Chile, Nº 28, Universidad de Valparaíso, Chile, 1986, p. 495.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 496.

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

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

Esto es:

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

II. El punto de vista interno en Hart

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

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

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

⁷⁰ *Ibidem*, p. 261.

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

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

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

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

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

⁷³ Bix, Brian, *op. cit.*, p. 127.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁷ *Idem*.

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

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

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

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

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

Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 339.

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

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 75-76.

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

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

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

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

Por otro, suceda que:

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

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

⁸¹ Gaido, Paula, *op. cit.*, p. 86.

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

⁸³ *Ibidem*, pp. 285-286.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 286.

⁸⁵ *Idem*.

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

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

III. El positivismo metodológico hartiano

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

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

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 127-128.

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

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

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

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

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

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

⁸⁹ *Ibidem*, p. 34.

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

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

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

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

En relación con el tema, Genaro Carrió refiere que:

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

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

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

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

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