

# Argumentos positivistas en la era postpositivista\*

Positivist arguments in the Post-positivist Age

Argumentos positivistas na era Postpositivista

*Ricardo Marquisio*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidad de la República

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6376-8533>

DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1733>

Conferencia

**RESUMEN:** Denomino era postpositivista al estado de la teoría jurídica posterior al “debate Hart-Dworkin” en el cual el positivismo ha perdido la ambición que lo caracterizara a lo largo de la historia y que lo hacía distintivo en su confrontación con el iusnaturalismo: dar cuenta de una normatividad específicamente jurídica, compatible con el escepticismo o la postura evitativa acerca de la existencia de una moral objetiva. En la era postpositivista, asociada a un proceso de constitucionalización que abarca a la propia filosofía del derecho, conviven múltiples propuestas orientadas a dar cuenta de la normatividad jurídica y compatibles con la tesis social, que hoy es el mínimo común en el que convergen los positivismos contemporáneos. El objeto de este trabajo es: (I) identificar algunos requisitos que, en el marco de los desafíos del constitucionalismo, deberían cumplir los argumentos positivistas; (II) presentar algunos énfasis positivistas, basados en la relevancia moral de la distinción “ser/deber ser” del derecho:

---

Recibido: 28/06/18 Evaluado: 16/07/18. Aceptado: 18/07/18.

\*Conferencia preparada para el Workshop de Filosofía del Derecho y corregida como artículo, original e inédito, para su publicación en el dossier. Evaluado positivamente por pares, sistema doble ciego.

**Ricardo Marquisio:** Abogado (UdelaR) y doctor en Filosofía (UBA), profesor de Filosofía y Teoría General del Derecho, UdelaR. Miembro de la Academia Nacional de Filosofía del Derecho, Argentina. [rmarquisio@gmail.com](mailto:rmarquisio@gmail.com)

antiformalismo, auto-restricción de los intérpretes e intencionalidad de la interpretación, contingencia del mundo social.

**PALABRAS CLAVES:** positivismo jurídico, postpositivismo, iusnaturalismo, normatividad jurídica

**ABSTRACT:** I call Post-positivist Age the status of legal theory after the “Hart-Dworkin debate” in which positivism has lost the ambition that characterized it throughout history and that made it distinctive in its confrontation with Natural Law Theory: to give account of a specifically legal normativity, compatible with the skepticism or the avoidant position about the existence of an objective morality. In the Post-positivist Age, associated with a growing constitutionalization process that encompasses the philosophy of law itself, there are multiple proposals aimed at giving account of legal regulations and compatible with the social thesis, which currently is the common minimum in which the contemporary positivisms converge. The purpose of this paper is: (I) to identify some requirements that, within the framework of the challenges of constitutionalism, the positivist arguments should fulfill; (II) present some positivist emphases, based on the moral relevance of the distinction “to be / should be” of the law: anti-formalism, self-restriction of interpreters and intentionality of interpretation, contingency of the social world.

**KEY WORDS:** legal positivism, postpositivism, law natural theory, legal normativity

**RESUMO:** Eu chamo de era pós-positivista o status da teoria jurídica após o “debate de Hart-Dworkin”, no qual o positivismo perdeu a ambição que o caracterizou ao longo da história e que o distinguiu em seu confronto com a lei natural: consideração de uma normatividade especificamente legal, compatível com o ceticismo ou com a posição de evitar a existência de uma moralidade objetiva. Na era pós-positivista, associada a um crescente processo de constitucionalização que engloba a própria filosofia do direito, existem múltiplas propostas voltadas para a contabilização de normas legais e compatíveis com a tese social, que hoje é o mínimo comum em que os positivismos contemporâneos. O objetivo deste trabalho é: (I) identificar alguns requisitos que, no quadro dos desafios do constitucionalismo, os argumentos positivistas devem cumprir; (II) apresentar algumas ênfases positivistas, baseadas na relevância moral da distinção “ser / dever ser” do direito: antiformalismo, autolimitação dos intérpretes e intencionalidade da interpretação, contingência do mundo social.

**PALAVRAS CHAVE:** positivismo jurídico, pos-positivismo, iusnaturalismo, normatividade jurídica

---

## INTRODUCCIÓN

Uno de los éxitos más evidentes del constitucionalismo<sup>2</sup> —en especial en el mundo latino— es haber logrado la constitucionalización no ya del derecho sino de la propia filosofía del derecho<sup>3</sup>. La discusión contemporánea sobre la actualidad y relevancia del positivismo se centra en su compatibilidad con una cierta visión de las constituciones contemporáneas a las que se atribuye un rol fundamental en dar una identidad específica a los sistemas jurídicos.

Las constituciones contemporáneas son, con escasas excepciones, *largas*<sup>4</sup>, en el sentido de incluir la mención de valores, principios y derechos vagos y abstractos que dan lugar a distintos modelos normativos para su determinación. La discusión tomó, a fines del siglo XX, la forma con la que hoy estamos familiarizados, cuando se acuñó el término neoconstitucionalismo para denotar una corriente teórica cuyo rasgo distintivo consiste en tomar a la constitución como un programa axiológico, un orden objetivo que debe ser abordado desde

---

<sup>2</sup> Por *constitucionalismo* puede entenderse una actitud hacia la Constitución consistente en tomarla como un valor autónomo a la par con otros que dan sentido al orden social (libertad, igualdad, justicia) y cuya realización justifica sacrificios en algunos de ellos. Ver Ricardo Marquisio “Creencias y razones constitucionales. Algunos problemas conceptuales y normativos del Estado (neo)constitucional”. V *Encuentro Internacional de CONPEDI* (2016), disponible en <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/25ph1zi5/pjRqS74QN21B9Y7o.pdf>

<sup>3</sup> Concibo a la filosofía del derecho como una rama de la filosofía de la práctica que comparte con las otras (filosofía moral y política) una preocupación central por el problema de la normatividad. Un desarrollo de esta idea se encuentra en Ricardo Marquisio, “Teoría del derecho y filosofía moral”, *Revista de la Facultad de Derecho, UDELAR*, 38 (2015). Para dos caracterizaciones recientes de la filosofía del derecho centradas en la dimensión valorativa de las prácticas jurídicas, que la conciben, respectivamente, como una filosofía de la práctica y como un proyecto *metanormativo*, análogo a la metaética entendida como una actividad hermenéutica o interpretativa: Jesús Vega, “La filosofía del derecho como filosofía práctica”, *Revus, Journal of Constitutional Theory and Philosophy of Law* (2017), disponible en <https://journals.openedition.org/revus/3990>; David Plankett & Scott. Shapiro, “Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry”, *Ethics*, 128 (2017).

<sup>4</sup> Las constituciones contemporáneas suelen ser consideradas documentos que exceden con amplitud la función clásica de dar forma al gobierno del Estado y poner límite normativo al ejercicio del poder. Se suele atribuir a los estados constitucionales contemporáneos una *dimensión ético-sustantiva* caracterizada por una constitución larga (con disposiciones que refieren a principios, derechos y valores sustantivos), rígida (esas disposiciones son consideradas como difícilmente derogables o no derogables) y garantizada por un control judicial (en general, se confiere a algún órgano jurisdiccional la última palabra en la interpretación de la Constitución). Cf. Pau Luque, *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores y el Estado constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2014).

una perspectiva normativa incompatible con el positivismo jurídico. La etiqueta *neoconstitucionalismo* ha sido creado y utilizada de modo predominante por críticos del modelo y pocos teóricos de relevancia a los que se les atribuye la aceptación de buen grado. Sin embargo, muchos autores que no aceptan ser *neoconstitucionalistas* sí sostienen que las constituciones largas impactan en el tipo de teoría que es pertinente formular y que el positivismo jurídico es afectado de modo particular por el modo contemporáneo de entender las enunciaciones de principios y derechos.

Por tanto, la discusión sobre el sentido y la relevancia de las constituciones contemporáneas se ha solapado con un debate sobre la vigencia del positivismo jurídico. Ese impacto es entendido por los defensores del constitucionalismo en diferentes sentidos. Algunos entienden que la constitucionalización del orden jurídico requiere una respuesta positivista<sup>5</sup> o es, al menos, compatible con ella<sup>6</sup>. Para otros, la incorporación de principios morales en la Carta es una razón suficiente para dejar atrás el positivismo jurídico y suplantarlos por alguna forma de no positivismo<sup>7</sup> o constitucionalismo postpositivista<sup>8</sup>. El debate sobre las constituciones y el positivismo abarca múltiples cuestiones: la relevancia de la distinción reglas/principios; la existencia o no de una moral objetiva; el carácter normativo o descriptivo de la teoría del derecho. El punto focal de esta disputa es la propia forma en que hay que concebir al positivismo jurídico.

---

<sup>5</sup> Tal es el caso de Ferrajoli, para quien, el rasgo distintivo del constitucionalismo es la existencia, en el derecho positivo, de una *lex superior* a la legislación. El positivismo (garantista), según Ferrajoli, tiene la virtud de asegurar, al mismo tiempo: la identificación formal de esa *lex superior*; el cumplimiento de la promesa de justicia sustantiva de la *lex superior*, sin necesidad del recurso a una moral objetiva, es decir, de modo compatible con el escepticismo y el relativismo, evitando así el absolutismo moral; una comprensión de los derechos como reglas, frente a otros modelos (iusnaturalistas y postpositivistas) que los debilitan al tomarlos como principios. Ver Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, 34 (2011).

<sup>6</sup> Tal es el planteo del *constitucionalismo incorporacionista* que postula que la mención de principios y derechos debe ser entendida a la manera positivista, como la incorporación contingente, por un hecho social institucional como es la sanción de una Constitución larga, de conceptos morales que funcionan, en general, como *defeaters* de la aplicación de reglas legislativas y de las competencias de las autoridades jurídicas. Ver Juan José Moreso, “Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”, *Doxa*, 34 (2011).

<sup>7</sup> Esa es la postura de García Figueroa –uno de los pocos autores que, en la teoría del derecho, aceptan la etiqueta *neoconstitucionalismo*– que atribuye al positivismo la condición de modelo de reglas aplicables por subunción y al margen de valores morales, incompatible con el Estado constitucional de derecho, que requiere que todas las normas sean entendidas como principios solo inteligibles de modo interpretativo y argumentativo. Ver Alfonso García Figueroa, “Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, 34 (2011).

<sup>8</sup> El *constitucionalismo postpositivista* comparte con el incorporacionismo la idea de que las constituciones largas son relevantes para dar una identidad particular, cargada de conceptos morales, a los órdenes jurídicos. Rechaza, sin embargo, al positivismo por considerarlo una teoría esencialmente descriptiva del derecho, compatible con el escepticismo valorativo e irreconciliable con la postura argumentativa y objetivista moral que reclama el Estado Constitucional. Ver Manuel Atienza, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. V. 15 (2014); Manuel Atienza, M. & Juan Ruiz Manero, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Salgado Pintos* (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006).

Esto nos lleva a una cuestión central: el debate sobre las constituciones largas y la vigencia del positivismo se basa en un malentendido, si se atiende al modo en que este último ha reducido en las últimas décadas su ambición teórica. El positivismo jurídico actual carece de pretensiones normativas y, en tanto se limita a sostener una tesis mínima y virtualmente inmune a la crítica, es compatible con diferentes modelos normativos. El postpositivismo puede entenderse no como un tipo de teoría alternativa o superadora del positivismo, sino como un estado de la cuestión teórica donde cualquier modelo que se proponga para dar cuenta de la normatividad del derecho va más allá del positivismo jurídico.

## 1.

### LA CONTRAPOSICIÓN IUSNATURALISMO VS. POSITIVISMO

A lo largo de la historia se han contrapuesto dos modelos globales de teoría jurídica: el positivismo y el iusnaturalismo<sup>9</sup>. En esa dicotomía, cuyos términos pueden rastrearse hasta los sofistas y Platón, cada tradición ha representado una visión unificada sobre la naturaleza, la validez y la normatividad del derecho. El positivismo, asociado con las tesis del derecho

<sup>9</sup> Algunas fuentes son compartidas por ambas tradiciones, lo que sugiere que la dicotomía entre ellas no es tan profunda como muchas veces se plantea. Esto se puede ilustrar con dos autores de gran relevancia en ambas tradiciones. Hobbes es considerado un pilar del positivismo jurídico que anticipó la imagen del derecho como unión de reglas primarias y secundarias que hizo célebre a Hart. Hobbes planteó con claridad la distinción entre dos tipos de juicios sobre las reglas, según se considere su moralidad o su validez, además de argumentar sobre el valor social de disponer de la legislación autoritativa como mecanismo de acción común frente a los desacuerdos morales y de interés que resultan inevitables en la sociedad (Jeremy Waldron, “Legal and Political Philosophy”, en *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (New York: Oxford University Press, 2002): 366-367. Sin embargo, el autor del *Leviatán* también es considerado parte de la tradición iusnaturalista pues su argumento sobre la necesidad de un soberano legislador se funda en las exigencias de la razón, como ley natural identificable por los seres humanos, frente a la alternativa de un estado natural caracterizado por el miedo, la prevalencia del autointerés y la guerra potencial generalizada. La paz hobbesiana es un bien común (aunque en sentido débil y agregativo: cada agente se concibe como procurando, por mandato de su propia razón, la paz para sí mismo) que funciona como premisa para el razonamiento sobre naturaleza y las formas de la autoridad política (Mark Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 62-63). A su vez, Tomás de Aquino, es uno de los máximos referentes de la tradición iusnaturalista, en tanto presenta la distinción detallada –en el contexto de un sistemas teológico y moral del cual el derecho es solo una pequeña parte– entre la ley natural y la ley positiva, distinguiendo los modos en que la segunda puede ser considerada una derivación de la primera, que en algunos casos implican una única regulación necesaria (la prohibición de matar, por ejemplo) y en otros requieren un proceso de determinación que deja importante espacio para la elección humana (la provisión de bienes públicos, por ejemplo) (Brian Bix, *Jurisprudence*. Durham: Carolina Academic Press, 2009, pp. 69-73). No obstante, Finnis, el más relevante autor del iusnaturalismo contemporáneo reivindica a Aquino como una de las fuentes del positivismo jurídico al considerar al derecho positivo como una categoría distinta y dotada de autonomía, relevante por sí misma con independencia de la ley moral. La mayoría de los contenidos del derecho no reproducen ni son deducibles de requerimientos morales y pueden ser estudiados como el producto de la deliberación y la acción humana. Incluso las partes que sí reproducen los requerimientos de la moral objetiva son concebidas –y pueden ser estudiadas– como partes de un todo, donde la propia introducción de la regulación positiva por las fuentes sociales cobra relevancia en la deliberación práctica (Cf. John Finnis, “The Truth in Legal Positivism”, en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. New York: Oxford University Press, 1999).

como mero artefacto social por naturaleza, la validez como forma o procedimiento de creación de reglas y la normatividad jurídica como independiente de la obligatoriedad moral. El iusnaturalismo vinculado a las tesis de las razones para la acción como rasgo esencial del fenómeno jurídico, la imposibilidad de distinguir por completo entre validez jurídica y validez moral de las normas, y la introducción necesaria de consideraciones de moral y justicia a la hora de determinar la normatividad jurídica.

El Estado contemporáneo tiene potestades que ningún particular o conjunto de particulares posee (definir quienes integran la categoría personas o sujetos de derecho, distribuir de manera general derechos y obligaciones, imponer coercitivamente sus prescripciones). Asumido esto, la gran pregunta que divide a las tradiciones positivista y iusnaturalista refiere al modo (pleno) de ser de la propia autoridad jurídica y el sentido distintivo en que pueden ser consideradas obligatorias sus prescripciones. Esto es, a la normatividad del derecho<sup>10</sup>.

Como teoría jurídica, el positivismo en todas sus variantes planteó que la descripción apropiada del derecho constituye una tarea valiosa y posible, asumiendo la necesidad de separar de manera estricta los juicios sobre el contenido de la ley actual de aquellos vinculados a los modos en que esta debería conservarse o ser modificada. La diferencia entre lo que el derecho es y lo que el derecho debería ser es tomada como el supuesto fundante (o quizás *dogma*) del positivismo<sup>11</sup>. A partir de este supuesto los principales referentes de la tradición como Benthan, Austin y Kelsen elaboraron teorías descriptivas que, al mismo tiempo que daban cuenta del derecho que “es” (desde alguna caracterización abstracta sobre su naturaleza), presentando explicaciones formales de la validez jurídica, planteaban soluciones “no morales” al problema de su normatividad. Esa metodología requería dar respuestas coherentes a las preguntas sobre la naturaleza (las condiciones necesarias y suficientes para que pueda considerarse a un estándar de conducta como *jurídico*) y la normatividad del derecho (el sentido distintivo en que obligan dichos estándares). Las soluciones de estos autores convergían en las tres tesis con que se identificaba conceptualmente al positivismo (fuentes sociales, separación del derecho y la moral, y discrecionalidad judicial) aunque variaban de modo significativo. En el caso de Austin<sup>12</sup>, el derecho se reducía a un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas y su normatividad derivaba del hábito de obediencia. Para Kelsen, en un enfoque anti-reduccionista, el derecho consistía en un sistema de normas válidas respaldadas por sanciones institucionalizadas, y su normatividad derivaba del supuesto de la norma básica

<sup>10</sup> William Conklin, *The Invisible Origins of Legal Positivism*. (New York: Springer, 2001), p. 2-3.

<sup>11</sup> Brian Bix, *Jurisprudence* (Durham: Carolina Academic Press, 2009), p. 33.

<sup>12</sup> John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Indianapolis: Hackett Publishing Company Inc., 1954).

fundante (que ha sido entendida tanto como una especie de argumento trascendental sobre la posibilidad del derecho o como una mera ficción que hace posible pensar *lo jurídico*)<sup>13</sup>.

Para la tradición iusnaturalista el problema de la normatividad jurídica se entiende ligado a un supuesto constitutivo de la razón práctica: la existencia, pese a la variedad de opiniones y prácticas sociales, de estándares de conducta verdaderos y válidos. Más allá de sus diferencias (principalmente en la plausibilidad que conceden al escepticismo a la hora explicitar los requerimientos de una moral objetiva), tanto la doctrina clásica del derecho natural como la moderna (aunque la primera es más clara en ese punto), ubican su punto focal de discrepancia con el positivismo en el problema de la normatividad del derecho y no en la posibilidad de su identificación. El derecho, como guía de la conducta, tiene una doble condición inherente: normas autoritativas que provienen de decisiones pasadas de las autoridades de la comunidad organizada; razones destinadas a la deliberación práctica de los agentes humanos que pretenden actuar (justamente) de acuerdo con el derecho. Cuando las reglas de las fuentes sociales son moralmente defectuosas (al menos a partir de cierto grado) los estándares de la ley natural, objetivamente verdaderos deben aplicarse para corregirlas o, eventualmente, dejarlas de lado. La ley positiva es normativa en cuanto cumple un fin moral –de acuerdo con principios verdaderos independientes de las opiniones particulares –y deja de serlo cuando sus defectos graves le impiden cumplir tal finalidad<sup>14</sup>.

Puede concluirse que hasta la publicación de la obra seminal de Hart<sup>15</sup>, los debates entre positivistas e iusnaturalistas eran, en esencia, sobre la objetividad moral y la normatividad jurídica. Los iusnaturalistas defendían que una moral objetiva era relevante y justificable, legitimando y, al mismo tiempo, condicionando la obligatoriedad efectiva del derecho. La moral objetiva iusnaturalista puede entenderse, en general, en términos de una metaética realista: al menos algunos estándares morales se consideran con validez independiente de cualquier mente y verdaderos (en el mismo sentido en que los hechos pueden ser considerados verdaderos) más allá de las opiniones divergentes de diferentes individuos y comunidades. Los positivistas en cambio, aunque no necesariamente sostenían el escepticismo o relativismo moral, consideraban que la normatividad jurídica podía ser justificada sin necesidad del respaldo de una moral objetiva, y resultaba compatible con una metaética antirrealista.

<sup>13</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México D.F.: UNAM, 1979). Sobre la norma básica fundante como respuesta al problema de la normatividad jurídica, ver Joseph Raz, “Kelsen Theory of the Basic Norm”, en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (New York: Clarendon Press, 1998). Sobre el antirreduccionismo de Kelsen, ver Andrei Marmor, *Philosophy of Law*. (Princeton: Princeton University Press, 2011), p. 12-34.

<sup>14</sup> Ver John Finnis, “Natural Law: The Classical Tradition”, en *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (New York: Oxford University Press, 2002).

<sup>15</sup> Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law* (New York: Clarendon Press, 1961).

Hart intentó resolver el problema a través de una suerte de una *sociología normativa*, basada en las creencias convergentes de los participantes de la práctica jurídica. La adopción del punto de vista del participante como definatorio de aquello que corresponde describir a la teoría jurídica constituye un verdadero *giro hermenéutico* en el abordaje de la cuestión normativa<sup>16</sup>. Según Hart, quien acepta un sistema jurídico tiene una razón específica para comportarse del modo en que las reglas del sistema prescriben, aunque esa razón no sea necesariamente moral. A diferencia de las órdenes del asaltante que solo puede hacerme *sentir obligado* a entregarle mi dinero por temor a sufrir un daño mayor que la pérdida de éste, las reglas de derecho válido obligan en virtud de su aceptación por los participantes. Sin embargo, su eficacia normativa *consideradas todas las circunstancias* puede ser nula: puede ocurrir que, aún para quienes las han aceptado, existan razones morales para no obedecerlas o incluso para desafiarlas abiertamente.

Aunque la respuesta de Hart al problema de la normatividad jurídica pueda considerarse deficitaria, su premisa metodológica iluminó la discusión posterior. Una vez reconocido que la normatividad del derecho depende de la postura de un agente normativo (punto de vista interno) el debate se traslada, por tanto, a la plausibilidad de alguna caracterización (interna o externa) de la agencia en cuestión. La existencia y posibilidad de identificación de razones jurídicas tienen como condición necesaria la aceptación de una perspectiva específica: el punto de vista jurídico, es decir, la postura de quien, en el marco de un sistema institucionalizado (reglas que hacen posible ciertas prácticas sociales), adopta el compromiso normativo de actuar por un cierto universo restringido de razones (jurídicas) y de no actuar en base a las razones que entren en conflicto con éstas<sup>17</sup>.

## 2.

### LA AMBICIÓN MÍNIMA DEL POSITIVISMO CONTEMPORÁNEO

El denominado “debate Hart-Dworkin” tuvo como consecuencia una importante reformulación del positivismo. Dworkin libró una “guerra global” contra el positivismo, centrándose en la imposibilidad de que el derecho de las fuentes sociales obligara en ningún sentido relevante, antes de ser objeto de una interpretación constructiva, la cual requiere una

<sup>16</sup> Bix, *Jurisprudence*, 36-37.

<sup>17</sup> Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*. (New York: Oxford University Press, 1999), p. 143.

reconstrucción evaluativa e histórica del ordenamiento para presentarlo en su mejor lectura posible. Al mismo tiempo, alegó la imposibilidad de que el intérprete del derecho asumiera una postura escéptica valorativa, distinguiendo entre el escepticismo externo y el interno, para argumentar que solo el segundo era plausible para los participantes de alguna práctica social, e implicaba el compromiso con la existencia de respuestas objetivas a los problemas planteados por dicha práctica, aunque estas respuestas nunca puedan considerarse fácilmente accesibles o no controversiales<sup>18</sup>.

Una consecuencia directa de estos ataques fueron los intentos de reformulación del positivismo para rechazarlos o para mostrar que resultan, en última instancia, compatibles con sus supuestos básicos. Las disputas internas del positivismo post “debate Hart-Dworkin” se han centrado en la viabilidad de la denominada tesis de la incorporación, que divide a inclusivos y excluyentes<sup>19</sup>. Pero otra consecuencia, no menos relevante, es que el positivismo reformulado dejó de intentar, como tal, dar respuesta al problema de la normatividad del derecho<sup>20</sup>.

Lo que unifica las diversas visiones de los positivistas contemporáneos es considerar al derecho como fundamentalmente social en su naturaleza, un artefacto humano cuya existencia y contenido depende, en última instancia, de hechos sociales. Según la tesis social, lo típico del derecho es ser creado por seres humanos a través de instituciones sociales (parlamentos, tribunales, administraciones) y no algún tipo de mérito moral. La tesis social es materia de diferentes interpretaciones entre los positivistas en cuanto a la posibilidad de incorporar, de modo contingente, criterios morales de identificación jurídica; a cómo caracterizar los hechos sociales identificatorios (convencionalismos constitutivos y regulativos; no convencionalismos) y a la viabilidad de una explicación reductiva de la validez jurídica<sup>21</sup>. De la tesis social no puede deducirse un vínculo determinado entre la moral y el derecho. La tesis de la separabilidad (hay sistemas jurídicos posibles donde no figura la correspondencia con principios morales entre las condiciones de verdad de ninguna proposición jurídica),

<sup>18</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1977); Ronald Dworkin, *Law's Empire* (New York: Harvard University Press, 1986). Una detallada reconstrucción del “debate” se encuentra en Scott Shapiro, “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en *Ronald Dworkin* (New York: Cambridge University Press, 2007).

<sup>19</sup> Ver Juan José Moreso, “Positivism contemporáneo”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I. (México DF: UNAM, 2015).

<sup>20</sup> Marquisio, “Teoría del derecho y filosofía moral”.

<sup>21</sup> Leslie Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, Vol 83 (2008); Julie Dickson, “Legal Positivism: Contemporary Debates”, en *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. (New York: Routledge, 2012).

que a menudo se atribuye genéricamente a los positivistas contemporáneos<sup>22</sup>, es rechazada por algunos de ellos<sup>23</sup>.

La tesis social significa, tal como afirma Gardner, que, en un sistema jurídico cualquiera, si una norma es válida y, por tanto, si forma parte del derecho de ese sistema, ello depende de las fuentes del sistema y no de sus méritos. Esta tesis es, por sí misma, “normativamente inerte”, es decir, no provee ninguna guía sobre lo que alguien debería hacer en ocasión alguna<sup>24</sup>. La existencia del derecho, socialmente identificado, no determina (sin premisas adicionales sobre las bondades de cierto orden o estándar en particular), desde el punto de vista normativo, lo que deben hacer sus destinatarios<sup>25</sup>.

La ambición del positivismo contemporáneo es, entonces, deliberadamente mínima. Si tomamos a los dos problemas fundamentales de la teoría jurídica, la naturaleza y la normatividad del derecho, encontramos que el positivismo solo plantea respuestas parciales con relación al primero y no tiene nada que decir –*qua positivismo*– con relación al segundo. El positivismo jurídico no puede entenderse actualmente como una teoría completa sobre la naturaleza del derecho y ningún teórico puede ser exclusivamente positivista<sup>26</sup>. Es verdad que hay autores que continúan utilizando el término “positivismo” para hacer referencia a tesis que van mucho más allá de esa mínima ambición. Por ello, Raz –en el contexto de su debate con el no positivismo de Alexy– concluye en la conveniencia de dejar de lado la etiqueta positivismo por los malentendidos que genera en la discusión sobre las pretensiones normativas del derecho<sup>27</sup>.

La tesis social se ha impuesto como virtualmente no controversial, pues, aunque cuestionen por diferentes razones al positivismo, no la rechazan las distintas versiones del iusnaturalismo<sup>28</sup>, constitucionalismo postpositivista<sup>29</sup> e interpretativismo<sup>30</sup> precisamente por permanecer en silencio sobre la posibilidad de que el derecho creado e identificado necesi-

---

<sup>22</sup> Alexander Somek, *The Legal Relation. Legal Theory After Legal Positivism*. (New York: Cambridge University Press, 2017).

<sup>23</sup> Christopher Taggart, “How Can Positivism Account for Legal Adjudicative Duty”, *Oxford Legal Studies*, Vol 33, No 1 (2013).

<sup>24</sup> John Gardner, “Legal Positivism: 5½ Myths,” en *American Journal of Jurisprudence*, 46 (2001).

<sup>25</sup> Julie Dickson, “Legal Positivism: Contemporary Debates”.

<sup>26</sup> Leslie Green (2009), “Legal Positivism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>.

<sup>27</sup> Joseph Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (Portland: Hart Publishing, 2007). Una reconstrucción del “debate” *Raz-Alexy* se encuentra en Paula Gaido, *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz* (Madrid: Marcial Pons, 2011).

<sup>28</sup> Ver John Finnis, “The Truth in Legal Positivism”; John Finnis “Natural Law: The Classical Tradition”.

<sup>29</sup> Manuel Atienza, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo...”.

<sup>30</sup> Ronald Dworkin, *Justice For Hedgehogs* (Cambridge, MA: Belknap Press, 2011).

riamente en el marco de instituciones sociales, dirija en el sentido correcto la conducta de sus destinatarios.

El positivismo contemporáneo subraya la importancia de este punto, en tanto el derecho, como cualquier artefacto humano, puede ser utilizado con fines acordes al bien común o para horrendos propósitos tales como la comisión de genocidios. En particular, porque hace posible el ejercicio masivo de agencia colectiva al coordinar las acciones de un gran número de individuos a través de planes autoritativos que las instituciones permiten conocer y seguir<sup>31</sup>. La naturaleza social del derecho y sus típicos rasgos institucionales (la presencia de funcionarios especializados en crear e identificar normas es el más saliente) de los que da cuenta el positivismo, son esencialmente falibles, y hacen posible no solo fines moralmente inobjektables sino también formas específicas de inmoralidad<sup>32</sup>. Las posibilidades de las instituciones jurídicas de crear tanto bien como mal son inmensas, lo que proporciona un argumento para que, desde la sola caracterización de lo jurídico por la tesis social, se deje abierta la cuestión de la normatividad de las prescripciones de cualquier sistema.

Ello no implica que el problema de la normatividad desaparezca ni tampoco que no sea relevante para la teoría jurídica. Los autores que se identifican como positivistas también se pronuncian sobre la normatividad del derecho, pero no lo hacen estrictamente desde su condición de positivistas -en tanto, de modo inevitable, van más allá de la tesis social- sino como partes de proyectos teóricos más abarcadores que conectan a la teoría del derecho con la filosofía moral y política, y donde muchas veces sus tesis se confunden con las de autores que rechazan la etiqueta positivismo. La opción alternativa para el teórico positivista es el abandono de la cuestión normativa del derecho por considerarla un “pseudoproblema”, dejando de lado la vinculación de la validez jurídica con la obligatoriedad y restringiéndola al ámbito de la “aplicabilidad”, es decir, limitándose a dar cuenta de las condiciones sistémicas bajo las cuales se puede identificar el derecho aplicable por sus destinatarios sin que esto quiera decir nada sobre lo que deberían hacer éstos, considerando el conjunto de razones (morales, prudenciales) que tengan para actuar<sup>33</sup>.

Puede concluirse que, tras el debate Hart-Dworkin, la filosofía del derecho ha ingresado en una era “postpositivista”, en el sentido de que cualquier teoría que realice afirmaciones sobre la obligatoriedad *específica* del derecho va *más allá* del positivismo jurídico<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Scotto Shapiro, *Legality*. (Cambridge MA: Belknap Press, 2011).

<sup>32</sup> Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”.

<sup>33</sup> Eugenio Bulygin, “¿Está parte de la filosofía del Derecho basada en un error?”, *Doxa*, 27 (2004).

<sup>34</sup> Mi uso del término postpositivismo es descriptivo de un estado del debate. A diferencia de las teorías constitucionalistas y críticas que se asumen como *postpositivistas*, no pretendo implicar que el positivismo esté equivocado

### 3.

## LA NORMATIVIDAD JURÍDICA EN LA ERA POSTPOSITIVISTA

La tesis social característica del positivismo contemporáneo constituye hoy la piedra de toque de dos abordajes diferenciables en teoría del derecho.

Por un lado, los estudios sistémicos, que presuponen la neutralidad valorativa, describen y analizan las características generales y particulares de los órdenes jurídicos como, por ejemplo, el problema de las fuentes sociales, la reconstrucción de la norma suprema o las especificidades de la práctica constitucional, legislativa y adjudicativa. Los enfoques sistémicos realizan un gran aporte de clarificación sobre la estructura y funcionamiento de los distintos órdenes jurídicos, pero no permiten concluir nada acerca de las razones de los participantes de un sistema jurídico para actuar de modo conforme con las normas que lo integran. En otras palabras, un enfoque puramente sistémico deja siempre la cuestión normativa indeterminada<sup>35</sup>.

Por otro lado, un abordaje normativo sobre el punto de vista jurídico consiste en discutir sobre la postura de quien, en el marco de un sistema institucionalizado (reglas que hacen posible ciertas prácticas sociales), adopta el compromiso de actuar por un universo restringido de razones (jurídicas) y de no actuar en base a las razones que entren en conflicto con éste. El problema fundamental de una caracterización del punto de vista jurídico es su articulación con el punto de vista moral. ¿Si el derecho provee razones para la acción (razones institucionales) cómo puede decirse que éstas obliguen de modo categórico cuando los sujetos a quienes pretenden aplicarse ya están obligados (a hacer lo correcto) por su condición de agentes morales? La moral ya es una autoridad para ellos y se trata de la clase de autoridad que no admite desobediencia<sup>36</sup>.

Una caracterización del punto de vista jurídico debe dar cuenta, a partir de una cierta concepción de la objetividad moral, de cómo las instituciones pueden cumplir un rol especí-

---

en algún punto esencial o sea obstáculo para determinados programas de investigación. Ver Ricardo Marquisio, “Tres modelos de postpositivismo jurídico”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, N° 47 (2017).

<sup>35</sup> Un ejemplo de este tipo de estudios es lo que Guastini denomina *filosofía de la jurisprudencia*. Se trata de un enfoque que toma al derecho como el lenguaje o discurso de las autoridades normativas y a la jurisprudencia como un análisis de segundo grado. A partir de esta categorización, la filosofía del derecho se concibe como un análisis de tercer orden, cuya referencia es el discurso de los juristas, lo que permitiría considerarla como una rama de la filosofía de la ciencia, tomada ésta en sentido amplio. Cf. Riccardo Guastini, *La sintaxis del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 25).

<sup>36</sup> Este problema es conocido como la paradoja de la autoridad: para alguien que ya acepta la moral objetiva como un ámbito de razones que trasciende sus fines y actitudes particulares, las prescripciones de una autoridad política aparecen en principio irracionales o redundantes (sobre el problema de la paradoja de la autoridad ver Ricardo Marquisio, “La idea de una autoridad democrática”, *Revista de la Facultad de Derecho*, UDELAR, N° 40 (2016).

fico en la postura del agente práctico a quien sus exigencias están dirigidas, de modo tal que puedan considerarse normativas. Identificar el derecho supone reconocer criterios de acción perentorios e independientes de contenido, que puedan determinarse en función de reglas creadas por instituciones. Aplicarlo consiste en adoptar decisiones cuyo impacto en el mundo aparezca “ordenado” por el derecho. Ambas deberían ser necesidades de la propia agencia moral para que el punto de vista jurídico sea normativamente relevante.

La pregunta por el punto de vista jurídico conlleva la aceptación de alguna versión de la tesis de las fuentes sociales pues solo se plantea desde una cierta práctica reconocible por un criterio intersubjetivo que las instituciones hacen socialmente disponible. La reconstrucción del punto de vista jurídico requiere el conocimiento de los mecanismos por los cuales las distintas sociedades crean derecho, pero el interés en ellos no es descriptivo, sino normativo: ¿tal como se configuran de hecho, y dados los compromisos constitutivos de un agente moral, pueden proporcionar razones para la acción?

Un ejemplo sobre las pretensiones de los enfoques sistémico y normativo son las afirmaciones teóricas sobre las constituciones largas. Desde una actitud puramente descriptiva, que presupone la tesis social, se puede dar cuenta del hecho de que: I) en una sociedad determinada existe un acuerdo generalizado sobre ciertas reglas atrincheradas (no alterables con la misma facilidad que el resto de las reglas) que se consideran básicas o fundantes con respecto al resto de las reglas del ordenamiento; II) estas reglas atrincheradas incluyen la referencia a valores, principios y derechos, formulados de modo vago y abstracto; III) los agentes relevantes de la práctica jurídica comparten (o no) la creencia en que II) implica la adhesión de la constitución a un programa sustantivo de valores que provee razones para la legislación y adjudicación, es decir, determina el derecho.

La tesis social no es en sí misma un argumento a favor ni en contra del constitucionalismo, entendido como un conjunto de afirmaciones normativas sobre el modo en que la constitución robusta condiciona o determina las prácticas jurídicas, sino un punto de partida desde el que éste puede justificarse o cuestionarse, para lo cual es necesario discutir si: A) ¿Es correcto (descriptivamente) atribuir a una constitución un programa subyacente de valores sustantivos que “constitucionaliza” el orden jurídico? B) ¿Suponiendo que ello es posible, se trata del programa correcto (normativamente), es decir, si se lo compara con un orden moral objetivo? C) ¿En caso de que sea (normativamente) correcto, de qué modo es relevante con relación a las obligaciones de un agente moral autónomo que es capaz de actuar según las razones que ya le provee la moral? D) ¿Es deseable *sustanciar* desde la constitución la democracia, limitando la esfera de lo *decidible* a partir de la expansión de las declaraciones

de derechos? E) ¿Cómo es compatible esa sustancialización con los múltiples desacuerdos contemporáneos sobre cómo debería ser el mundo social?<sup>37</sup>

## 4.

### EL POSITIVISMO EN LA ERA POSTPOSITIVISTA

¿Tienen algo que decir los herederos actuales del positivismo sobre la constitucionalización de la filosofía del derecho contemporánea y los dilemas normativos que ella plantea?

La respuesta, en mi opinión, es que eso es posible, siempre y cuando se cumplan tres condiciones.

En primer lugar, los argumentos positivistas deben ser entendidos como abiertamente normativos. Para solucionar problemas tales como la existencia o no de una “identidad constitucional”, las implicancias de la mención abstracta de derechos en la creación efectiva de derechos o los límites de la acción legislativa, no es pertinente una mirada distante y neutral. El positivismo debe argumentar por qué la distinción entre el derecho que es y el que debe ser resulta moralmente justificada. En un discurso normativo, la mirada sobre el derecho requiere un equilibrio entre dos tendencias aparentemente contradictorias: la idea de que el derecho es parte de la moral y la idea de que el derecho es un criterio sub-óptimo de acción<sup>38</sup>.

En segundo lugar, los positivistas necesitan asumir –y defender– alguna concepción de la objetividad moral<sup>39</sup>, desde la cual se evalúen las instituciones y se establezcan los compromisos básicos del punto de vista jurídico como necesidad del punto de vista moral.

En tercer lugar, deben dejar de lado la estéril dicotomía *reglas/principios*, originada en un malentendido del primer modelo antipositivista de Dworkin<sup>40</sup> y, paradójicamente,

<sup>37</sup> Ricardo Marquisio, “Tres modelos de postpositivismo jurídico”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, N° 47 (2017).

<sup>38</sup> Lawrence Sager, “Putting Law in its Place”, en Waluchow, W. & Sciaraffa, S. *The Legacy of Ronald Dworkin* (New York: Oxford University Press, 2016).

<sup>39</sup> Hay diversas formas de plantear los requisitos de una *objetividad moral*. Para algunos, se requiere que nuestro discurso refiera “al modo en que las cosas realmente son” de modo independiente “a como pensamos que son”, es decir, la objetividad moral se plantea en cuanto a sus exigencias, en términos metafísicos y epistemológicos, en sentido similar a la objetividad del discurso científico u otros discursos descriptivos. Para otros, en cambio, la objetividad de la moral –y, en general, de las cuestiones normativas– es específica a la práctica argumentativa interna y no puede ser traducida a categorías metafísicas o epistemológicas. Para un panorama general de esta discusión ver Brian Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals* (New York: Cambridge University Press, 2001).

<sup>40</sup> Dworkin ha afirmado, en forma expresa, que el sentido de su crítica temprana al positivismo no era introducir una dicotomía *reglas/principios* aunque la forma en que planteó al problema haya inducido a pensarlo así. La distinción, presentada como *lógica*, parecía confirmar la creencia en un derecho compuesto de estándares que podemos individualizar y contar, algo que, en palabras de Dworkin, constituye una especie de “ficción escolástica”. En la última etapa de su obra, dicho autor reconoció la contribución de su *principialismo* temprano a este malentendido (Ver Ronald Dworkin, *Justice in Robe*. Cambridge MA: Belknap Press, 2006, pp. 4 y 264); Ronald Dworkin, *Justice For Hedgehogs*. Ya en “The

retomada como defensa del positivismo, especialmente en la visión autodenominada “garantista”. El positivismo no puede presentarse como un modelo de reglas rígidas y absolutas, como contrapuesto a un modelo de principios de principios vagos e indeterminados pues ambas posturas son implausibles desde el punto de vista normativo<sup>41</sup>.

Dado el estado actual de la discusión sobre la normatividad del derecho no es posible conjeturar modelos completos de teoría del derecho positivistas, con la pretensión de alcance de los defendidos por Kelsen o Hart. Más modestamente, creo que es plausible plantear algunos argumentos positivistas entendidos como énfasis, no estructurales sino más bien funcionales. Esto es, basados en la función que cumplen la correcta identificación y aplicación de las normas en conflictos que por su naturaleza son disputas morales<sup>42</sup>. En la discusión sobre creación, aplicación y normatividad de los estándares jurídicos, la tradición positivista pondrá énfasis en la justificación moral de la distinción *ser/deber ser* aunque no puede decirse que la preocupación por esa distinción pueda considerarse *exclusivamente* positivista. A mi juicio, la perspectiva común que une a esos énfasis es una cierta concepción de la sociedad democrática como basada en la autonomía moral de las personas. En lo sucesivo me refiero a algunos de esos énfasis: antiformalismo, evitación de la falacia interpretativa y aceptación de la contingencia del mundo social.

## 5.

### ÉNFASIS POSITIVISTAS: ANTIFORMALISMO

La tradición positivista insiste en la relevancia de los actos autoritativos institucionales para la creación *efectiva* de derecho. En este sentido, cuando desde distintas corrientes

Model of Rules II” Dworkin había afirmado que carece de sentido considerar a la relación entre reglas y principios como una de “conflicto”, en tanto es la propia existencia de reglas –que representan un cierto compromiso entre principios competitivos para regular una situación- la que permite distinguir estándares o razones que no pueden identificarse como reglas. Ver Ronal Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (caps. 2 y 3).

<sup>41</sup> Esto es reconocido también desde el *constitucionalismo postpositivista* (Ver Manuel Atienza, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”).

<sup>42</sup> Un juez es alguien a quien la comunidad le ha conferido la función de resolver controversias morales, a través de reglas autoritativas, esto es prescripciones generales sobre cómo han de comportarse los individuos en los casos que caen dentro de los términos predicados por las reglas. Cf. Lary Alexander, & Emily Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning* (New York: Cambridge University Press, 2008, p. 208). El punto de vista del juez es obviamente el punto de vista moral si consideramos el tipo de razones que puede invocar al justificar sus fallos. Que una sentencia se fundara en razones prudenciales –por ejemplo, que al juez le conviene fallar de cierta manera para evitar la crítica social o para tener mejores chances de ascender- causaría perplejidad e desaprobación tanto en los destinatarios de la sentencia como en la comunidad toda. Entre los argumentos para fallar un caso jurídico solo cuentan razones morales, necesariamente referidas en gran medida a normas jurídicas. Las razones morales son intersubjetivas, neutrales al agente, implican el reconocimiento de los intereses otros, y se hacen explícitas a través del razonamiento práctico. Ver Ricardo Marquisio, “El ideal de autonomía moral”, *Revista de la Facultad de Derecho*, UDELAR, 43 (2017).

teóricas, dogmáticas y jurisprudenciales se celebra la *constitucionalización* del orden jurídico, la respuesta debería ser una actitud de cautela: la mención en las constituciones de principios y derechos vagos y abstractos no implica creación automática derecho sino la autorización a los aplicadores para que los invoquen, como justificativos de sus decisiones. De este modo, el positivismo sostiene la necesidad de evitar un nuevo formalismo jurídico, basado en una visión de la Constitución que puede caracterizarse como “incorporacionismo dogmático”<sup>43</sup>.

Una nota conceptual del derecho es que se formula de modo lingüístico, es decir, se reconoce primariamente a partir de textos. Las formas juegan un papel constitutivo en la práctica jurídica: si no existieran criterios formales para la creación, reconocimiento y aplicación de normas, la mera idea de un orden jurídico resultaría imposible.

Sin embargo, el formalismo no consiste en la mera atención a las formas del derecho, sino en dos tesis fundamentales. La primera es que el *derecho está racionalmente determinado*, en el sentido de que la clase de razones jurídicas legítimas disponibles para que los jueces resuelvan los casos justifica un solo resultado en todos o en número muy significativo de ellos. La segunda es que *la adjudicación judicial resulta autónoma* respecto a otras clases de razonamiento, lo que significa que los jueces pueden (siempre o casi siempre) alcanzar la decisión que el orden requiere sin recurrir a estándares normativos no jurídicos (de filosofía moral y política)<sup>44</sup>

Corolario de lo anterior, en la decisión judicial no queda espacio para valoraciones alternativas y las del propio juez no pueden ser determinantes del contenido de la decisión correcta, pues ésta se limita a recoger la solución objetivada y predeterminada que proporcionan las reglas jurídicas<sup>45</sup>.

En los sistemas jurídicos de influencia latina, el paradigma tradicional del formalismo ha sido la exégesis, con la tesis del legislador racional cuyas decisiones agotan todo el derecho

---

<sup>43</sup> Con la expresión “incorporacionismo dogmático” me refiero a la tesis asumida por buena parte de la dogmática (uruguaya, al menos) de que la mención de principios vagos y abstractos por la Carta implica que estos determinan, sin necesidad de razonamiento moral del aplicador, el derecho del caso. Mi crítica no se aplica al denominado *positivismo inclusivo* que, aunque sostiene la incorporación de la moral al derecho en virtud del “lenguaje de las fuentes”, no tiene implicancias formalistas, en cuanto concibe al razonamiento moral como el determinante para la identificación del derecho.

<sup>44</sup> Brian Leiter, “Legal formalism and legal realism. What is the issue”, *Legal Theory*, 16, 2 (2010)

<sup>45</sup> Juan Antonio García Amado, “Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho”, *Eunomía*, 3 (2012). García Amado también vincula al formalismo con la tesis de que la decisión judicial es puramente silogística en el sentido de mecánicamente deductiva y con el positivismo ideológico (el juez tiene un deber sin excepciones de aplicar la solución predeterminada en el texto). Leiter sin embargo, prefiere denominar a la primera de estas visiones como “formalismo vulgar” –para diferenciarlo del “formalismo sofisticado” que sostienen autores como Bork y Scalia enfatizando la idea de que nadie hoy en día seriamente suscribe el silogismo mecanicista. Planteos similares hacen Hart, sobre lo implausible de concebir una decisión como *automática* y Dworkin, respecto a lo que denomina *jurisprudencia mecánica*. Cf. H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals” (*Harvard Law Review*, 71, vol 4, 1958); Ronald Dworkin, “The Model of Rules I” (*University of Chicago Law Review*, Vol 35, 1967).

existente y hacen inútil o inadecuada en general a la interpretación jurídica. Para la exégesis solo el legislador es creador de derecho y cualquier intento del juzgador por asumir ese rol resulta ilegítimo y debe ser evitado: no hay espacio para la valoración moral del aplicador e intérprete en el formalismo del legislador racional.

Paradójicamente, la tesis de la incorporación, dogmáticamente interpretada, ha dado lugar a que se asigne al legislador un papel débil y secundario en la creación del derecho, incurre en un nuevo tipo de formalismo, basado en los principios.

La recurrente idea de que los jueces “aplican” la Constitución pasa por alto el carácter controversial de cada uno de los principios y derechos presuntamente “incorporados” a ella que hacen imprescindible el involucramiento del juzgador en cuestiones de justicia sustantiva. Por ejemplo, la igualdad es un valor moral indudable y fundamental pero sujeto a controversia: hay diferentes visiones sobre la igualdad que se expresan en las teorías de la justicia (y la democracia) contemporáneas. La prevalencia de alguna visión sobre las demás solo puede resolverse argumentativamente, a través de la decisión democrática, siendo relevante el punto de vista de cada ciudadano a la hora de organizar, conservar o transformar las instituciones de acuerdo con las exigencias de la igualdad. Por tanto, hay que afirmar que la Constitución al mencionar el principio de igualdad “incorpora” alguna visión controversial de la igualdad, significa ignorar la propia autonomía moral de los ciudadanos. Lo mismo sucede con los demás principios y con la forma en que se vinculan entre sí (la relación entre la igualdad y la libertad, por ejemplo, es muy diferente para un socialista, un liberal o un libertarista).

Ignorar esto conduce a un enfoque tan formalista como el de la exégesis: el derecho está racionalmente determinado (por la mención en la Carta de los principios), la adjudicación constitucional está plenamente determinada (el juez no crea derecho al aplicar la Constitución) y es autónoma (no hay necesidad de valoraciones morales por parte del juzgador porque ya el constituyente “incorporó” todas las valoraciones relevantes). En definitiva, mientras que en la exégesis el juez era “la boca de la ley”, en un giro de 360°, en el formalismo constitucionalista de la adjudicación el juez pasa a ser la “boca de la Constitución”.

Autores como Guastini<sup>46</sup> y García Amado<sup>47</sup> critican al neoconstitucionalismo por incurrir en una suerte de moralización del derecho, que ignoraría el carácter fáctico, institucional o artefactual de la validez jurídica. Sin embargo, si este tipo de críticas se toma como la defensa de una metaética escéptica compatible con la posibilidad de una normatividad jurídica sin “moralización”, a mi juicio, no da en el blanco, por ser el escepticismo incompa-

<sup>46</sup> Riccardo Guastini, “A propósito del neoconstitucionalismo”. *Gaceta Constitucional*, 67, 2013.

<sup>47</sup> Juan Antonio García Amado, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en *Controversias constitucionales* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008).

tible con un abordaje genuino (en primera persona) de la normatividad jurídica<sup>48</sup>. La crítica pertinente es más bien la contraria: el constitucionalismo formalista, basado en el mito de un constituyente que “resuelve” de una vez y para siempre los problemas del mundo social, expulsa al genuino razonamiento moral -que es inherentemente controversial- de la práctica jurídica.

## 6. LA CUESTIÓN INTERPRETATIVA

Un modelo positivista normativo, que insista en una diferenciación no trivial entre el ser y el deber ser del derecho, discutirá desde este supuesto el mejor modo de abordar la cuestión interpretativa. Me interesa aquí plantear dos cuestiones: la necesidad de evitar la *falacia interpretativa* y la defensa de la intención como el elemento central de la interpretación jurídica.

Por *falacia interpretativa*, entiendo la postura según la cual la interpretación semántica<sup>49</sup> es necesaria e inevitable en toda instancia de aplicación de una disposición general. Una postura positivista normativa debe insistir en la necesidad de evitar esta falacia, prescribiendo a doctenarios y aplicadores la minimización de las instancias de interpretación.

Resolver controversias jurídicas requiere en muchos casos interpretar. Pero eso no quiere decir que todo acto de aplicación sea un acto de interpretación. El viejo paradigma hostil a la interpretación que defendía la exégesis ha sido sustituido –con idénticas implicancias formalistas- por otro que hace a la interpretación omnipresente. En tal sentido, Endicott hace referencia a los “encantos de la interpretación” para los jueces que surge del tipo de vínculo entre creación y aplicación que la actitud interpretativa promueve. Los jueces no suelen reclamar para sí autoridad creadora de derecho y muchas veces tienden a disfrazar la construcción de una solución creativa al problema planteado como si fuera una instancia de interpretación (y consiguiente aplicación) de aquello que otros han decidido<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Ricardo Marquisio, “El constructivismo moral y la necesidad del punto de vista jurídico”. *UNA Revista de Derecho*, Universidad de los Andes, N° 2 (2017, Disponible en <https://una.uniandes.edu.co/images/pdfedicion2/articulos/Marquisio-2017---UNA-Revista-de-Derecho.pdf>).

<sup>49</sup> La *falacia interpretativa* se aplica a la actitud de que supone tomar la interpretación *textual* como imprescindible en todas las instancias de aplicación del derecho. No se aplica a otros proyectos interpretativos como el de Dworkin, que toma como objeto de la interpretación a las prácticas jurídicas y no a los textos legales (aunque, como es obvio, los textos son una parte fundamental de la práctica jurídica). Ver Ronald Dworkin, *Law's Empire* (New York: Harvard University Press, 1986).

<sup>50</sup> Timothy Endicott, “Legal Interpretation”, en *The Routledge Handbook to Philosophy of Law* (New York: Routledge, 2012).

En la vida diaria, no utilizamos el término “interpretación” para referir a cualquier instancia de decisión que debamos tomar. Muchos de nuestros actos se realizan siguiendo pautas preestablecidas por nosotros mismos (por ejemplo, decidí levantarme todos los días a las 7 de la mañana y ahora son las 7 de la mañana) y para seguir esa pauta no necesitamos “interpretarnos. Otro importante número de actos se realiza siguiendo instrucciones ajenas como, por ejemplo, si mi hijo me pide que le dé un vaso de agua. En circunstancias normales no tengo dudas acerca de lo que quiere y no tiene sentido decir que *interpreto* su pretensión: simplemente hago lo que dice, siguiendo un sentido que capto sin necesidad de reflexión alguna.

El punto de la interpretación es precisamente despejar una duda sobre un objeto, de modo creativo (no supone repetir lo que todo el mundo sabe sobre el objeto), adscribiéndole un significado basado en razones que lo sustentan. Si no hay duda, si el sentido de un enunciado o la caracterización apropiada de un objeto resultan indiscutibles, entonces no puede plantearse la necesidad de una instancia de interpretación. La interpretación solo se justifica cuando es necesaria y es necesaria solo si es racionalmente discutible lo que la ley requiere.

Como su nombre lo indica, la teoría de la interpretación intencional afirma que la intención legislativa tiene un rol preponderante e insustituible en la interpretación de la legislación. El argumento para ello es moral: la posibilidad de establecer un orden justo requiere que se adopten decisiones de carácter general, bajo la forma de reglas que permitan hacer efectivos los criterios de sus autores, esto es, que estos tengan impacto en las decisiones y acciones particulares.

La necesidad de que la interpretación tome como objeto la intención de un autor proviene de algunos rasgos conceptuales de la actividad de interpretar. La interpretación es un acto voluntario (uno no interpreta sin proponérselo) cuyo objeto es un *original* (hay algo que se interpreta) que debe ser adecuadamente identificado. Una interpretación establece o muestra el significado del original. En tal sentido, las interpretaciones pueden ser evaluadas como correctas o equivocadas por su éxito o fracaso en establecer, mostrar o poner de manifiesto el significado del original<sup>51</sup>.

Los originales a los que se dirige la interpretación (textos, constituciones, leyes, decretos, sentencias) son creaciones de actos humanos (dirigidos a crear textos, constituciones, etc.). En tanto, su objeto es determinar la intención de una autoridad, la interpretación jurídica solo es posible bajo el trasfondo de una premisa normativa: aunque alguna norma en particular sea moralmente cuestionable, el sistema en su conjunto es considerado por un am-

<sup>51</sup> Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (New York: Harvard University Press, 2009), pp.268-269.

plio número de personas como moralmente defendible. La tesis de la intención autoritativa del legislador como objeto de la interpretación se justifica en que el derecho es un producto de la creación deliberada y, por tanto, la interpretación debería, cuando es exitosa, reflejar la intención de su creador. Darle a una persona o una institución autoridad para crear derecho es conferirle el poder hacerlo a través de actos intencionales que cuenten como creación de derecho o, al menos, bajo el conocimiento de que esos actos crean derecho. Si asumiéramos que la intención real de la autoridad de la que emana la norma carece de relevancia, el acto de interpretarla carece de sentido. Por tanto, la propia idea de identificación de la legislación es inaceptable sin referencia a la intención de un creador (persona o institución) de esa legislación<sup>52</sup>.

La denominada interpretación constitucional no es propiamente una instancia de interpretación (o solo lo es desde un sentido muy distinto al habitual) ya que su objeto no es despejar dudas semánticas sino establecer lo que requiere un complejo de valores y derechos, vagos y abstractos. Ello supone la presentación explícita de argumentos valorativo y requiere alguna teoría de moralidad política, articulada o no, que dé cuenta de lo que el derecho debería ser. Cuando una Corte a la que se le ha conferido el poder de “interpretar” –teniendo la última palabra- la Constitución emite un fallo invocando principios morales vagos y abstractos enumerados en ella, no está, en realidad, interpretando un derecho preexistente sino determinando lo que el derecho es<sup>53</sup>.

La denominada interpretación conforme con la Constitución, cuando su objeto es “corregir” la legislación desde una cierta lectura controversial de un principio vago y abstracto<sup>54</sup>, no es otra cosa que un argumento formalista para cambiar el derecho. La idea de “interpretar desde la Constitución” es injustificable según una concepción intencional de la interpretación: el objetivo de esta técnica no es establecer la intención del legislador sino precisamente aplicar una regla a la solución del caso que resulta contraria, a veces de modo evidente, a una intención legislativa fácil de constatar. La interpretación desde la constitución no busca dar una respuesta adecuada al significado del original sino a crear una entidad nueva, desprovista de conexión con la intención de la autoridad creadora del original. Por tanto, en tanto es pura creación encubierta, no puede ser evaluada como una instancia exitosa o deficiente de dar cuenta de un significado.

---

<sup>52</sup> Raz, *Between Authority...*, 74-75.

<sup>53</sup> Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (Portland: Hart Publishing, 2005), p. 165.

<sup>54</sup> Me refiero al tipo de “interpretaciones” y decisiones que Guastini denomina “manipuladoras”, aquellas donde el “intérprete” modifica directamente el ordenamiento con el objeto de armonizarlo con la Constitución. Cf. Riccardo Guastini, *La sintaxis del derecho*, pp. 188-189.

## 7.

## LA CONTINGENCIA Y LOS LÍMITES DEL DERECHO

Desde el positivismo corresponde enfatizar la relevancia del desacuerdo moral, que resulta más que evidente en el mundo contemporáneo. Eso implica que, de acuerdo con exigencias morales basadas en la idea de una igualdad política fundamental entre los ciudadanos<sup>55</sup>, las decisiones sociales deben, en general, ser consideradas contingentes y revisables.

Virtualmente todas las cuestiones de mayor relevancia en el mundo social son objeto de arduo y a veces irreconciliable debate, donde hay amplio lugar para el desacuerdo razonable y genuino entre argumentantes de buena fe. Ese es un motivo para reivindicar la contingencia de los estándares creados institucionalmente, como ha hecho históricamente el positivismo con su insistencia en diferenciar el derecho que es del derecho que debe ser.

Considerando, desde un modelo normativo, al punto de vista jurídico como ligado constitutivamente con el punto de vista moral<sup>56</sup>, las soluciones de los sistemas concreto tendrán un alto grado de variabilidad y su corrección difícilmente dejará de ser discutible. Presuponer un compromiso recíproco de los ciudadanos con las exigencias de la moral —y su relevancia para la justificación del derecho— no lleva a suponer que, de forma necesaria, compartirán las mismas creencias morales<sup>57</sup>. Las instituciones jurídicas, incluyendo la constitución, no “laudan” los conflictos morales —en el sentido de expresar una última palabra sobre la verdad o el mejor argumento moral de alguna cuestión— sino que posibilitan la acción colectiva, de acuerdo con criterios convencionales que todos pueden reconocer por su forma (aunque no todos compartan su sustancia). Si se acepta la contingencia, el orden jurídico no puede estar “constitucionalizado” en el sentido que sostiene (o se atribuye a) los neoconstitucionalistas.

Más allá de un núcleo de cuestiones que resultan constitutivas del punto de vista moral y condicionan la independencia ética de las personas —los derechos y libertades básicas— el dar forma al mundo social requiere continuas decisiones sociales, cuyo medio natural

<sup>55</sup> La Constitución en su artículo 1º incluye una disposición de gran relevancia en tal sentido: “La República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio”. Tomar a la sociedad como si fuera una asociación implica la necesidad de una justificación del ordenamiento jurídico en el sentido de que debería ser digno de aceptación desde el punto de vista moral de cada uno de sus miembros. Ver John Rawls *A Theory of Justice*. (Cambridge, MA: Belknap Press, 1971).

<sup>56</sup> Ricardo Marquisio, “El constructivismo moral y la necesidad del punto de vista jurídico”.

<sup>57</sup> Afirmar la objetividad moral no es, en sí mismo un argumento, a favor de una postura u otra en una cuestión moralmente controversial. Si hay una respuesta correcta sobre el tema en discusión, ella dependerá en todo caso de los argumentos sustantivos que puedan justificarla. Ver Jeremy Waldron, 1992 “The Irrelevance of Moral Objectivity”, en *Natural Law Theory* (New York: Oxford University Press, 1992); Ronald Dworkin, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 25, Issue 2 (1996).

de realización es la legislatura<sup>58</sup>. Cada persona moral tiene una responsabilidad individual de que el mundo social que habita tenga una forma acorde con las mejores razones morales. Esto presupone la responsabilidad colectiva de los ciudadanos por decidir conjuntamente, en contextos institucionales -y de acuerdo con criterios de justicia sobre los que cada uno debería estar en condiciones de argumentar- lo que requiere el bien común, sancionando leyes que constituyen decisiones que arbitran entre las posturas enfrentadas; decisiones que admiten ser revisadas y modificadas cuando se identifican las razones para ello.

La contingencia implica que el derecho no solo tiene de hecho límites, sino que los requiere moralmente y justifica la insistencia en la vieja distinción entre creación y aplicación. Los límites del derecho terminan, en principio, con la determinación de las intenciones legislativas relevantes. Esto no quiere decir que esas intenciones, una vez identificadas, agoten el espacio de decisión pues suponer eso implicaría caer en un crudo formalismo. Las decisiones en los casos jurídicos requieren en muchos casos (o virtualmente en todos)<sup>59</sup> la creación de derecho por parte de los jueces. Este fenómeno es inevitable para una institución compleja e intergeneracional como un sistema jurídico. La actitud positivista exige reconocerlo abiertamente, lo que también implica aceptar sus condicionamientos morales.

## 8.

### EL IDEAL DEMOCRÁTICO COMO LÍMITE MORAL DEL DERECHO

La democracia es uno de los ejemplos típicos de conceptos socialmente contestados. Las decisiones políticas admiten ser valoradas por parámetros procedimentales y sustanciales, y las distintas teorías sobre la democracia debaten la forma correcta de su articulación<sup>60</sup>. Entre todas las posibles concepciones de la democracia, el positivismo jurídico debería reivindicar aquellas que den relevancia a la contingencia del mundo social y los límites del derecho. No hay forma de crear un mundo social justo sino a través de legisladores (y ciudadanos) responsables moralmente y dispuestos a decidir de acuerdo con las mejores razones disponibles, identificando obligaciones colectivas y creando derechos. Buena parte de la dis-

<sup>58</sup> Ricardo Marquisio, *Una teoría normativa de la democracia. La agencia colectiva como ideal regulativo* (Montevideo: FHCE).

<sup>59</sup> La diferencia entre casos fáciles y difíciles es, en última instancia pragmática. Cualquier caso fácil podría transformarse en difícil cuando alguien -con argumentos plausibles- desafía una convención consolidada.

<sup>60</sup> Ricardo Marquisio, "La idea de una autoridad democrática".

cusión democrática refiere a los derechos que deberíamos tener, esto es, aquellos que es justo que nos atribuyamos a través de decisiones de las instituciones. En ese sentido, desde una concepción positivista, el énfasis está en que los derechos (salvo los básicos y fundamentales) no preexisten a las decisiones sociales, sino que son creados –y modificados– por éstas<sup>61</sup>.

Lo antedicho implica que identificar de forma honesta el derecho y discutir abiertamente sobre las circunstancias en que requiere ser modificado o desaplicado, constituyen compromisos de una ética jurídica democrática en que los positivistas deberían insistir. Desde una ética jurídica democrática, la Constitución no debería concebirse como una especie de resultante social última, que elimina el poder de la legislatura de decidir en cuestiones controversiales, sino como un instrumento al servicio de las decisiones democráticas de la mejor calidad posible. Un énfasis positivista es atribuir un valor democrático a la decisión legislativa e insistir en que la determinación de su contenido se realice por criterios que excluyan la arbitrariedad<sup>62</sup>.

---

## CONCLUSIONES

La cuestión de la normatividad jurídica no admite hoy el viejo marco de discusión basado en la dicotomía *positivismo/iusnaturalismo*. En un modelo normativo de argumentación, el positivismo no puede considerarse una teoría sino un conjunto de énfasis, unificados por la pertinencia de las distinciones ser/deber ser, y creación/aplicación del derecho. El adversario contemporáneo del positivismo no es el iusnaturalismo sino el formalismo jurídico que ignora o manipula esas distinciones. El tipo de formalismo con el que se enfrenta hoy el positivismo no es el decimonónico de la exégesis –que afirmaba una plena determinación del derecho por las leyes que hacía casi siempre innecesaria la interpretación– sino otro basado en una visión de la Constitución como un orden objetivo de valores que autonomiza por completo al derecho y una concepción amplificadora de la interpretación, frecuentemente textualista, cuya finalidad es ignorar las intenciones legislativas. Los énfasis positivistas se justifican en una ética jurídica democrática que concibe la creación y aplicación del derecho al servicio de la responsabilidad de cada ciudadano por dar forma al mundo social común.

---

<sup>61</sup> Ver Tom Campbell, *Rights. A Critical Introduction* (New York: Routledge, 2006).

<sup>62</sup> Una forma de arbitrariedad es el textualismo, que consiste en ignorar por el contexto institucional en que se elabora la ley, “interpretando” textos aislados como si, por sí mismos, pudieran determinar el derecho aplicable. De acuerdo con el principio democrático, las leyes deberían entenderse como elecciones entre propuestas competitivas (con ganadores y perdedores); como secuencias temporales, donde una última versión triunfa sobre las anteriores; como resultados de un proceso guiado por ciertas reglas internas de interpretación. Ver Victoria Nourse, *Misreading Law, Misreading Democracy* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016).

---

Para citación: Marquisio, Ricardo, Argumentos positivistas en la era postpositivista, en *Revista de Derecho* N° 19 (jul.-2019), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 49-75

---

Contribución 100% Ricardo Marquisio.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexander, Larry. & Sherwin, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- Atienza, Manuel. “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. V. 15 (2014): 1-29.
- Atienza, Manuel. & Ruiz Manero, Juan. 2006. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en: Ramos Pascua, J.A. y Rodilla González, M.A (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Salgado Pintos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006,765-780.
- Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Indianapolis: Hackett Publishing Company Inc, 1954 [1832].
- Bix, Brian. *Jurisprudence*. Durham: Carolina Academic Press, 2009.
- Bulygin, Eugenio. “¿Está parte de la filosofía del Derecho basada en un error?” *Doxa* 27, (2004): 15-26.
- Campbell, Tom. *Rights. A Critical Introduction*. New York: Routledge, 2006.
- Conklin, W. E. *The Invisible Origins of Legal Positivism*. New York: Springer, 2001.
- Dickson, Julie. “Legal Positivism: Contemporary Debates”, en Marmor, Andrei (ed.) *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012: 48-64.
- Dworkin, Ronald, “The Model of Rules”. *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, (1967): 14-46.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA) Harvard University Press 1977.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*. New York: Harvard University Press, 1986.
- Dworkin, Ronald, “Objectivity and Truth: You'd Better Believe It”. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 25, Issue 2, (1996): 87-139.
- Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*. Cambridge (MA): Belknap Press, 2006.
- Dworkin, Ronald, *Justice For Hedgehogs*. Cambridge (MA): Belknap Press, 2011.

- Endicott, Timothy, "Legal Interpretation", en Marmor, A. (ed.), *The Routledge Handbook to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012: 109-122.
- Ferrajoli, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista". *Doxa*, 34, 2011: 15-53.
- Finnis, John. "The Truth in Legal Positivism", en George, Robert. P., *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. New York: Oxford University Press, 1999: 195-214.
- Finnis, John. "Natural Law: The Clasical Tradition", en Coleman, Jules & Shapiro, Scott, *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2002: 1-60.
- Gaido, Paula. *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- García Amado, Juan Antonio. "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", en Mantilla Espinosa, F. (ed.), *Controversias constitucionales*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008: 24-69.
- García Amado, Juan Antonio. "Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho". *Eunomía*, 3 (2012): 13-43
- García Figueroa, Alfonso. "Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli". *Doxa*, 34, (2011): 121-137.
- Gardner, John. "Legal Positivism: 5½ Myths," 46 *American Journal of Jurisprudence*, (2001): 199-227.
- Green, Leslie. "Positivism and the Inseparability of Law and Morals". *New York University Law Review*, Vol 83 (2008): 1035-1058.
- Guastini, Riccardo. "A propósito del neoconstitucionalismo". *Gaceta Constitucional*, 67 (2013): 231-240.
- Guastini, Riccardo. *La sintáxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Hart, H.L.A. "Positivism and the Separation of Law and Morals". *Harvard Law Review*, 71, vol 4, (1958): 593-629.
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. New York: Clarendon Press, 1961.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. México D.F.: UNAM, 1979.
- Leiter, Brian. (ed.). *Objetivity in Law and Morals*. New York: Cambridge University Press, 2001.
- Leiter, Brian. "Legal formalism and legal realism. What is the issue". *Legal Theory*, 16 (2), (2010): 111-133.

- Luque, Pau. *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores y el Estado constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- Marmor, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Portland: Hart Publishing, 2005.
- Marmor, Andrei. *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press, 2011.
- Marquisio, Ricardo. *Una teoría normativa de la democracia. La agencia colectiva como ideal regulativo*. Montevideo: FHCE, 2014.
- Marquisio, Ricardo. "Teoría del derecho y filosofía moral". *Revista de la Facultad de Derecho, UDELAR*, 38 (2015): 135-160
- Marquisio, Ricardo. 2016. "Creencias y razones constitucionales. Algunos problemas conceptuales y normativos del Estado (neo)constitucional". *V Encuentro Internacional de CONPEDI* (2016). Disponible en <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/910506b2/25ph1zi5/pjRqS74QN21B9Y7o.pdf>.
- Marquisio, Ricardo. "La idea de una autoridad democrática". *Revista de la Facultad de Derecho, UDELAR*, N° 40, (2016): 177-207
- Marquisio, Ricardo. "Tres modelos de postpositivismo jurídico", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP*, N° 47 (2017): 864-885.
- Marquisio, Ricardo. "El ideal de autonomía moral". *Revista de la Facultad de Derecho, UDELAR*, 43 (2017): 55-92.
- Marquisio, Ricardo. "El constructivismo moral y la necesidad del punto de vista jurídico". *UNA Revista de Derecho*. Universidad de los Andes. N° 2, 1-40 (2017). Disponible en <https://una.uniandes.edu.co/images/pdfedicion2/articulos/Marquisio-2017---UNA-Revista-de-Derecho.pdf>
- Moreso, Juan José. "Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli", *Doxa*, 34, (2011): 183-199.
- Moreso, Juan José. "Positivismismo contemporáneo". *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I. México DF: UNAM, (2015): 171-205.
- Murphy, Mark. *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- Nourse, Victoria. *Misreading Law, Misreading Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.
- Plankett, David. & Shapiro, Scott. "Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry". *Ethics*, 128 (2017): 37-68.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge (MA): Belknap Press, 1971.

- Raz, Joseph. "Kelsen Theory of the Basic Norm", en Paulson, Stanley & Litchwsky Paulson, Bonnie, *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. New York: Clarendon Press, 1998: 47-68.
- Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press, 1999.
- Raz, Joseph. "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en Pavlakos, G. (ed.) *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Portland: Hart Publishing, 2007: 17-36.
- Raz, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. New York: Harvard University Press, 2009.
- Sager, Lawrence. "Putting Law in its Place", en Waluchow, W. & Sciaraffa, S. *The Legacy of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, 2016: 117-130.
- Shapiro, Scott. "The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", en Ripstein, A. (ed.), *Ronald Dworkin*. New York: Cambridge University Press, 2007: 22-55.
- Shapiro, Scott. *Legality*. Cambridge (MA): Belknap Press, 2011.
- Somek, Alexander. *The Legal Relation. Legal Theory After Legal Positivism*. New York: Cambridge University Press, 2017.
- Tagartt, Christopher. "How Can Positivism Account for Legal Adjudicative Duty". *Oxford Legal Studies*, Vol 33, N° 1 (2013): 169-196.
- Vega, Jesús. "La filosofía del derecho como filosofía práctica". *Revus, Journal of Constitutional Theory and Philosophy of Law* (2017). Disponible en <https://journals.openedition.org/revus/3990>;
- Waldron, Jeremy. "The Irrelevance of Moral Objectivity", en George, Robert P. (ed.), *Natural Law Theory*. New York: Oxford University Press, 1992.
- Waldron, Jeremy. "Legal and Political Philosophy". Coleman, Jules & Shapiro, Scott (ed.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2002: 352-381.