

Tres modelos de postpositivismo jurídico (*)

POR RICARDO MARQUISIO (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El positivismo tradicional.— III. El positivismo contemporáneo.— IV. Postpositivismo *vs.* positivismo.— V. Postpositivismo constitucionalista.— VI. Postpositivismo crítico.— VII. Postpositivismo normativo.— VIII. Conclusiones.— IX. Bibliografía.

Resumen: en este artículo se presenta una distinción comparativa entre tres modelos de postpositivismo jurídico. Inicialmente se introducen dos propuestas influyentes que sugieren abandonar el positivismo por diferentes razones: la primera, por considerarlo incompatible con la prevalente constitucionalización de los órdenes jurídicos contemporáneos; la segunda, sustentada en la idea de que una función inherente al abordaje teórico de la práctica jurídica es intervenir en la realidad social, orientándola hacia transformaciones de justicia. La posición adoptada en este trabajo es que ninguna de esas dos concepciones aporta buenas razones para dejar de lado el positivismo jurídico. En la parte final, se defiende la tesis de que un abordaje integral de la cuestión normativa sienta las bases de un modelo plausible de postpositivismo.

Palabras claves: positivismo jurídico - postpositivismo - derecho y moral - teoría del derecho- metateoría del derecho

Three models of legal postpositivism

Abstract: *in this paper I pose a comparative distinction among three models of legal postpositivism. Initially I introduce two influential proposals that suggest abandoning positivism for different reasons: the first, as incompatible with the prevailing constitutionalisation of contemporary legal orders; the second, based on the idea that a function inherent in the theoretical approach of legal practice is to intervene in social reality, orienting it towards transformations of justice. My claim is that neither of these two conceptions gives good reasons for leaving aside legal*

(*) Trabajo elaborado en el marco del proyecto “La teoría del derecho contemporánea y el problema de la objetividad de los valores”, financiado por CSIC-UDELAR.

(**) Prof. Adjunto de Filosofía y Teoría General del Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de la República (FDER-UDELAR), Uruguay.

positivism. In the final part, I defend the thesis that an integral approach to the normative question, establishes the basis of a plausible model of postpositivism.

Keywords: *legal positivism - post positivism - law and morality - theory of law-metatheory of law*

I. Introducción

¿Debería abandonarse el positivismo jurídico? Esta propuesta es sostenida en diferentes contextos de discusión jurídica, que incluyen no solo la Teoría del Derecho (caso que aquí nos ocupa) sino también la dogmática y las sentencias judiciales. Si bien las teorías positivistas parecen en retroceso dentro del debate teórico, donde se presentan múltiples visiones postpositivistas que plantean la necesidad no tanto de refutarlas como de dejarlas de lado, atribuyéndoles un enfoque inadecuado para la comprensión de la realidad jurídica actual o insuficiente para dar cuenta de determinados propósitos teóricos, los argumentos por las cuales ello se propone varían de modo significativo.

En este trabajo se indaga sobre la viabilidad de algunos de esos argumentos. Mi postura es que, mientras ciertos postpositivismos, aquellos basados en el constitucionalismo y las teorías críticas, no ofrecen buenas razones para dejar de lado el positivismo jurídico, un postpositivismo centrado en un abordaje integral de la normatividad del derecho, sí está en condiciones de hacerlo. Previamente, voy a plantear algunas diferencias entre el positivismo tradicional y el contemporáneo, caracterizando a éste último por una ambición mínima en la aproximación a los clásicos problemas de la naturaleza y normatividad del derecho.

II. El positivismo tradicional

Por *positivismo tradicional*, refiero al desarrollo de la teoría hasta el “debate Hart-Dworkin”. Los pilares de la tradición —Austin, Kelsen, Hart— realizaron un abordaje metodológico que intentaba contestar las preguntas sobre la naturaleza (las condiciones necesarias y suficientes para que algo pueda ser considerado un estándar jurídico) y la normatividad del derecho (el sentido en que obligan dichos estándares). Las soluciones de estos tres 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 (1954), el derecho se reducía a un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas y su normatividad derivaba del hábito de obediencia. Para Kelsen (2011), en un enfoque antireduccionista, el derecho consistía en un sistema de normas válidas respaldadas por sanciones institucionalizadas, y su normatividad derivaba del supuesto de la norma básica 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”).

La solución de Hart (1994), menos reduccionista que la de Austin pero no por completo anti-reduccionista como la de Kelsen, consistió en una *sociología normativa* que caracterizaba a los sistemas jurídicos por una unión de reglas primarias y secundarias, que sustentaba su normatividad en la combinación de la aceptación de los participantes de las prácticas relevantes (punto de vista interno) con la obediencia de la mayoría de la población. Hart respondió al problema de la normatividad caracterizándola en función de las creencias de los participantes sobre las razones que las reglas del sistema les proporcionan para actuar, concluyendo que no correspondía a la teoría del derecho la indagación de si resultan razones morales o de otra especie (Marmor, 2012).

De manera que, tal como lo encontró Dworkin (1977, 1986) al iniciar su guerra global contra el positivismo, la ambición de esta teoría era dar cuenta de una normatividad *específicamente jurídica*, compatible tanto con la separación del derecho y la moral (el derecho podía obligar aun cuando fuera injusto o perverso, o existieran razones morales para desobedecerlo) como con la inexistencia de una moral objetiva, pues se aceptaba que una teoría jurídica positivista era compatible con metaéticas escépticas (como el nihilismo o el expresivismo) o con una postura evitativa o agnóstica (la abstención de pronunciamiento sobre el problema de la objetividad de los valores).

Dworkin se enfrentó a estas dos pretensiones. Por un lado, planteando la imposibilidad de que el derecho de las fuentes sociales obligara en algún sentido relevante antes de ser objeto de una interpretación constructiva orientada a la reconstrucción del ordenamiento en su mejor lectura posible, a partir de algunos valores centrales propios de una sociedad liberal y democrática entendida como comunidad. Por otro lado, atacando la posibilidad de una postura escéptica o agnóstica sobre la moral, al distinguir entre el escepticismo externo y el interno, donde solo el segundo es normativamente válido para los participantes de alguna práctica social, e implica el compromiso con la existencia de respuestas objetivas a los problemas planteados, aunque estas respuestas nunca puedan considerarse fácilmente accesibles o no controversiales.

Una consecuencia directa de estos ataques fue la reformulación del positivismo para rechazarlos o para mostrar que no destruyen 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, es decir, si la identificación de la existencia y el contenido del derecho a partir de las fuentes sociales es contingente (para quienes consideran que los sistemas jurídicos pueden “incorporar” criterios de mérito para esa identificación) o necesaria (para los que

entienden que la tesis de la incorporación es falsa) (1). Pero otra consecuencia, tal vez menos evidente, es que el positivismo reformulado dejó de intentar, como tal, dar respuesta al problema de la normatividad del derecho (2).

III. El positivismo contemporáneo

Lo que unifica las muy diversas visiones de la teoría jurídica que sostienen 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 (los incorporacionistas y no incorporacionistas debaten sobre la posibilidad de que incluya criterios morales de identificación jurídica), al igual que los hechos sociales que permiten identificar al derecho (la disputa es entre distintas versiones de convencionalismos constitutivos, convencionalismos regulativos y no convencionalismos) y la posibilidad de que se ofrezca una explicación reductiva de la validez jurídica (Green, 2008; Dickson, 2012). De la tesis social no puede deducirse un vínculo determinado entre la moral y el derecho. La tesis de la separabilidad (según la cual existe algún sistema jurídico posible donde no figura la correspondencia con principios morales entre las condiciones de verdad de ninguna proposición jurídica), que a menudo se atribuye al positivismo contemporáneo como mínimo común denominador, es rechazada por algunos de ellos (Taggart, 2013).

Una buena síntesis de lo que significa ser un positivista jurídico hoy lo resume Gardner en la tesis de que, en un sistema jurídico cualquiera, si una norma es válida y, por tanto, si forma parte del derecho de ese sistema, depende de las fuentes del sistema y no de sus méritos. Esta tesis es, por sí misma, “normativamente inerte”, lo que significa que no provee ninguna guía sobre lo que nadie debería hacer en ocasión alguna (Gardner, 2001).

(1) Un resumen del estado actual de esa discusión se encuentra en Moreso, 2015.

(2) El ataque de Dworkin, desde un modelo abiertamente normativo, contribuyó a mostrar que, para seguir siendo viable como teoría general y descriptiva, el positivismo debía renunciar a su ambición de justificar una normatividad jurídica específica. Dworkin (1986) plantea que lo relevante para la filosofía del derecho es discutir las condiciones particulares (caracterizadas por el compromiso con ciertos valores y por una historia que necesita ser reconstruida constructivamente) bajo las cuales la práctica jurídica genera estándares que obligan moralmente a los participantes. En cambio, la respuesta de Hart (1994) se centra en la pertinencia de un abordaje descriptivo que permita caracterizar los rasgos generales de los sistemas jurídicos reconstruyendo las creencias de los participantes (que contingentemente incluyen la posibilidad de criterios de mérito moral para la identificación del derecho) (Para una reconstrucción de los propósitos teóricos involucrados en el “debate Hart-Dworkin” ver Shapiro, 2007).

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.

Con referencia al problema de la naturaleza del derecho, la tesis social solo nos dice que su existencia e identificación depende en última instancia de *ciertos hechos*, pero deja abierta cuestiones tales como las siguientes: ¿Los hechos por los cuales identificamos al derecho lo dotan como tales de algún mérito moral y en tal caso, cuáles son las propiedades que hacen posible esa atribución? ¿Cómo hay que entender algunos aspectos específicos de la creación e identificación del derecho tales como la adjudicación constitucional? El positivismo jurídico no puede considerarse en la actualidad una teoría completa sobre la naturaleza del derecho y ningún teórico puede ser exclusivamente positivista (Dickson, 2012; Green, 2009).

Con referencia al problema de la normatividad, el positivismo contemporáneo ha respondido al desafío de Dworkin renunciando a la posibilidad de pronunciarse sobre las condiciones bajo las cuales el derecho de las fuentes puede crear razones para la acción. 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 (Dickson, 2012). La tesis social se ha impuesto como virtualmente no controversial precisamente por permanecer en silencio sobre la posibilidad de que el derecho, creado e identificado 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 horribles 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 (Shapiro, 2011). La naturaleza social del derecho y sus típicos rasgos institucionales (la presencia de funcionarios especializados en crear e identificar normas es el más saliente), implican una inherente falibilidad, al contribuir tanto a fines moralmente inobjektibles como también formas específicas de inmoralidad (Green, 2008). 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 que deje de ser relevante para la teoría jurídica. Los autores que se identifican como positivistas también suelen pronunciarse sobre la normatividad del derecho. Sin embargo, no lo hacen estrictamente desde su condición de positivistas —en tanto, de modo inevitable, van más allá de la tesis social— sino al abordar proyectos teóricos más abarcadores, que conectan a la teoría del derecho con la filosofía moral y política, donde sus propuestas se emparentan con las de autores que rechazan la etiqueta “positivismo” (3).

Cualquier acercamiento relevante a las condiciones bajo las cuales el derecho puede generar razones para la acción incluirá problemas tales como por qué un agente moral autónomo puede ser obligado por normas heterónomas y los requisitos mínimos, procedimentales y sustanciales, para que exista una autoridad estatal legítima.

La opción alternativa para el teórico positivista es el abandono de la cuestión normativa del derecho por considerarla un “pseudo problema”, dejando de lado la idea de validez jurídica como obligatoriedad y limitándose al estudio de la validez como “mera aplicabilidad”: 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 (Bulygin, 2004).

IV. Postpositivismo *vs.* positivismo

El debate tradicional que enfrentaba al positivismo con el iusnaturalismo y el antipositivismo tenía como punto de referencia el conjunto de los problemas de la teoría del derecho. Las tesis positivistas se presentaban como una respuesta global a las preguntas sobre la naturaleza y normatividad del derecho, y así también lo hacían los ataques contra ellas. Los iusnaturalistas desafiaban estas tesis invocando la existencia de un derecho universalmente válido (reconocible para cualquier ser racional) de aplicación obligatoria o de una moralidad “interna” del derecho que hacía falso cualquier intento de identificación que prescindiera por completo de valoraciones. El primer Dworkin (1977) invocaba la existencia de estándares (principios y directrices) que los participantes de una comunidad jurídica

(3) Más allá de las etiquetas tradicionales (positivismo, antipositivismo, iusnaturalismo) autores como Raz, Finnis y Dworkin tienen importantes coincidencias en cuanto al vínculo moral-derecho: I) el enfoque normativo del derecho sólo tiene sentido si se analiza como parte de la moral; II) las razones jurídicas son un cierto tipo de razones morales que se identifican en contextos institucionales; III) existe una continuidad de propósitos entre la filosofía moral, la filosofía política y la teoría del derecho; IV) el problema de la objetividad de los valores resulta relevante para la normatividad del derecho (Marquisio, 2015).

consideran obligatorios y resultan de imposible captación por un criterio *maestro* de identificación institucional como la regla de reconocimiento positivista. El segundo Dworkin (1986) contraponía, frente a la concepción convencionalista de la normatividad jurídica que atribuía al positivismo, su visión holística del derecho como integridad. Aquí el derecho obliga por ser una práctica social, cuyas exigencias deben ser constructivamente interpretadas, al servicio de los valores constitutivos de la comunidad democrática y liberal. Sin embargo, una vez que se constata el repliegue del positivismo en sus ambiciones, el conflicto con el iusnaturalismo y el antipositivismo termina careciendo de relevancia.

Finnis no rechaza el positivismo mínimo, del cual incluso afirma que el propio Aquino es un precursor (Finnis, 1996) aunque lo considera insuficiente como teoría del derecho (algo que los propios positivistas contemporáneos reconocen), si bien es cierto que su énfasis en el carácter social del derecho es mucho más débil que el de los autores “genuinamente” positivistas (Dickson, 2012).

Inclusive, atendiendo al sentido mínimo de la tesis social, puede dudarse si el último Dworkin puede ser caracterizado consistentemente como un antipositivista. En *Justice for Hedgehogs* (2011) se plantea que es posible diferenciar entre los derechos legislativos (derechos a que los poderes legislativos de una comunidad sean ejercidos de cierta manera) y derechos jurídicos (derechos que los individuos pueden hacer valer sin necesidad de una nueva intervención legislativa), como categorías de moralidad política de distintos niveles de abstracción. Este planteo supone asumir que en una comunidad es posible, para establecer la verdad de las proposiciones jurídicas, una distinción entre lo que el derecho “es” (lo legislado o que no requiere legislación) y lo que el derecho “debería ser” y ello implica el uso de una variante de la tesis social para caracterizar el punto de vista jurídico.

Frente al positivismo mínimo contemporáneo los desafíos relevantes no son ataques globales destinados a falsarlo, sino distintas propuestas de superación, cuyo punto común es que considerarlo incompatible con aspectos de la agenda que una teoría jurídica debería seguir. Éstos, se centran en los problemas de la adjudicación (la solución correcta de los casos difíciles y el papel de los valores constitucionales en la argumentación jurídica), la indeterminación del derecho y su vínculo con la política (Calsamiglia, 1998).

V. Postpositivismo constitucionalista

La forma más corriente y explícita de postpositivismo es la que adoptan parte de los autores denominados constitucionalistas o neoconstitucionalistas (4) y se

(4) La etiqueta “neoconstitucionalismo”, caracterizada a partir de la relevancia atribuida a las constituciones densas y rígidas, y al rechazo del positivismo (ver Pozzolo, 2011 y 2015) adolece de

origina en la pretendida incompatibilidad del positivismo jurídico con la “nueva realidad del Estado constitucional” y en tener un enfoque exclusivo del derecho como sistema, y no (también) como práctica social (Atienza y Ruiz Manero, 2006).

Es decir, el positivismo como teoría no podría dar cuenta de ciertos fenómenos jurídicos contemporáneos, por lo que debería ser reemplazado (“dejado atrás”), no por falso sino más bien por irrelevante en las circunstancias actuales, aun cuando pueda haber sido relevante en el pasado. Los defensores de esta clase de postpositivismo cuestionan la posibilidad de la teoría positivista de dar cuenta de los contenidos *necesarios* del derecho a la luz de la realidad de los actuales estados constitucionales, a la que definen como la *constitucionalización del orden jurídico* (Aguiló, 2007).

Atienza y Ruiz Manero atribuyen al positivismo contemporáneo dos tesis definitorias: la tesis de que el derecho es un fenómeno social creado y modificado por actos humanos y la tesis de la separación entre el derecho y la moral, en el sentido de que el valor moral de una norma no es condición suficiente y puede no ser condición necesaria para la validez jurídica de la misma. Luego, añaden que ninguna de esas tesis es falsa y, por el contrario, son “manifiestamente verdaderas”. La crítica es, entonces, que esas tesis son (I) irrelevantes; (II) si se añaden algunos rasgos que, aun no siendo definitorios han estado presente en sus principales manifestaciones del siglo XX, el positivismo constituye un obstáculo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática apropiadas para el estado constitucional.

Respecto de (I) es posible poner en duda que la forma en que Atienza y Ruiz Manero presentan el abordaje del positivismo contemporáneo sobre la relación entre el derecho y moral sea correcta. Porque, estrictamente, el alcance exclusivo

una importante vaguedad. Pues, por un lado, suele endilgarse a autores que, aunque afirman la relevancia teórica fundamental de los contenidos valorativos de las constituciones contemporáneas, de todos modos rechazan la denominación. Por otra parte, aunque habitualmente se identifica con el postpositivismo o no positivismo, también se endilga a teóricos que se consideran a sí mismos positivistas. Un autor tan influyente como Ferrajoli es un ejemplo de ambos casos. Por tanto, en función del propósito este trabajo, es preferible utilizar la expresión “constitucionalismo postpositivista”, que tomo de Atienza, para caracterizar una concepción que atribuye a las constituciones contemporáneas un relevancia sustantiva por los valores que se orientan a proteger, rechaza el positivismo, defiende una objetividad moral (al menos mínima) y hace énfasis en los principios, la ponderación como método jurídico y el carácter argumentativo del derecho (Atienza, 2014). En un sentido similar, Cianciardo y Zambrano utilizan la expresión “cultura de los derechos” para referir a una concepción que afirma la conexión necesaria con un orden moral objetivo de los sistemas jurídicos constitucionalizados, en cuanto implican: a) el reconocimiento de derechos; b) la relación de los sistemas jurídicos estatales con otros supraestatales; c) concebir a la constitución como entramado de principios y reglas; d) la incorporación de un principio de proporcionalidad; e) la incorporación de un principio de razonabilidad (Cianciardo y Zambrano, 2016).

que el positivismo contemporáneo atribuye a la tesis social es la posibilidad de que, en última instancia, todo el derecho, sea pasible de ser identificado a través las fuentes sociales y no (necesariamente) por su mérito moral. Esto no implica afirmar la separación entre el derecho y la moral ni tampoco excluir la posibilidad de que el derecho identificado por las fuentes sociales posea necesariamente atributos morales (Raz, 1990; Gardner, 2001; Dickson, 2012).

El positivismo es compatible con la afirmación de múltiples conexiones, triviales y no triviales, entre el derecho y la moral. Por ejemplo, es compatible con tesis sobre el derecho tales como que necesariamente tiene un contenido moral, plantea exigencias morales a sus destinatarios y está sujeto a evaluación moral, así como a demandas de justificación desde el punto de vista de la justicia (es decir, puede ser entendido como práctica argumentativa). En todos los casos, se trata de conexiones necesarias y significativas, según las cuales está en la naturaleza del derecho servir a la moral pero también la posibilidad de fallar en hacerlo (Green, 2009).

Respecto de (II) la crítica de Atienza y Ruiz Manero es desajustada porque, expresamente refiere a la ambición del positivismo previo al debate Hart-Dworkin (Kelsen, Hart, Bovio) y evita tener en cuenta el deliberado repliegue de los positivistas actuales en cuanto a no formular, desde su mero compromiso con el positivismo, una teoría completa de la naturaleza y la normatividad del derecho. Parece improbable que, después de haber realizado un enorme esfuerzo contractivo a cambio de una virtual inmunidad conceptual, el positivismo retome un programa expansivo y pretenda, desde la mínima tesis social, dar cuenta de aspectos del derecho que ya dejó de lado.

La idea de que el positivismo implica, como programa, el compromiso con un análisis puramente descriptivo del derecho libre y de valoraciones no, es en general, defendida por los positivistas contemporáneos como integrando el núcleo duro de la propuesta (5). Es decir, el “peligro” que advierten Atienza y Ruiz Manero no puede ser tal pues los propios positivistas contemporáneos han terminado

(5) El caso de Bulygin —al que mencionan Atienza y Ruiz Manero— consiste en la defensa de una metaética escéptica desde la cual considera que la teoría jurídica debería abandonar los problemas vinculados a la normatividad del derecho por considerarlos, en realidad, pseudo problemas. Sin embargo, el planteo de Bulygin no es estrictamente positivista —como él lo reconoce, argumenta por una reformulación de los propósitos de la teoría— ya que el positivismo contemporáneo no se compromete con una metaética escéptica, relativista o expresivista, ni tampoco con la tesis de que el problema de la objetividad moral puede evitarse, ni sugiere, desde la metateoría, abandonar el problema de la normatividad (Sobre el problema de la objetividad de los valores con relación al positivismo jurídico, ver Marquisio, 2015).

dejando claro que sus tesis no excluyen la posibilidad de teorías y dogmáticas cargadas de valoraciones.

Atienza y Ruiz Manero atribuyen al positivismo “ver lo valioso como derivado de lo ordenado”. Ello no es cierto porque, como ya fue dicho, la posibilidad de que el derecho identificado por las fuentes sociales tenga algún tipo de valor (o disvalor) resulta una cuestión abierta que requiere un abordaje normativo para su contestación. Por otra parte, parece contradictorio cuestionar una teoría al mismo tiempo por pretender ser libre de valor y por reconocer un determinado valor.

Los autores añaden que el positivismo considera a las directivas como “expresiones de una voluntad que esgrime una pretensión de autoridad ilimitada”, lo que tampoco es correcto, pues ningún positivista, salvo quizás Hobbes(6), afirmó jamás que la pretensión de autoridad de los gobernantes es, conceptualmente, ilimitada. La tesis de la autoridad como servicio —una de las más influyentes entre los positivistas contemporáneos— es, por el contrario, un reconocimiento de lo limitada que resulta la pretensión de autoridad de las entidades estatales cuando se la comprende dirigida a sujetos dotados de autonomía moral (Raz, 1990).

De estas objeciones, que no pueden dar en el blanco porque atacan puntos de vista que no corresponden realmente a la reformulación contemporánea de la teoría, Atienza y Ruiz Manero concluyen en el punto central de su crítica: la presunta incapacidad del positivismo para intervenir en algunas discusiones, en particular para justificar decisiones sobre conflictos entre principios y, muy especialmente, entre principios constitucionales.

Es verdad que, entendido desde su ambición mínima, el positivismo no tiene nada que decir en esos debates salvo dejar claro que se trata de cuestiones abiertas sobre las cuales los autores tienen distintas opiniones: algunos consideran adecuada la distinción entre reglas y principios, otros, en cambio, la consideran errónea; algunos consideran que las constituciones densas determinan el derecho del caso y otros que son meras remisiones a la discrecionalidad de los jueces; algunos consideran deseable que las constituciones incluyan la enunciación de derechos, principios y valores abstractos y otros, en cambio, que eso debería evitarse.

Pero nada de esto parece ser una razón para dejar atrás al positivismo jurídico.

La tesis social no impide a los positivistas hacer afirmaciones que tomen partido sobre conflictos entre principios, ni sostener una postura cognitivista sobre la objetividad de los principios morales que sea relevante para la práctica constitucional, ni realizar una interpretación de la constitución derivada de una cierta

(6) Incluso para Hobbes, esto puede ponerse en duda (Green, 2009).

lectura moral, ni sostener que la identificación de los criterios de acción contenidos en las reglas jurídicas puede requerir una evaluación previa.

Cuando el postpositivismo constitucionalistas o neoconstitucionalista ve al positivismo como inapropiado para la comprensión del derecho “constitucionalizado” está partiendo de una especie de definición persuasiva de lo que es una constitución. Una nota central de esta clase de postpositivismo, que aparece como contradictoria con la afirmación de la “trivialidad” de la tesis social, es que, en su concepto de constitución, lo relevante no es reconstruir la decisión de alguien (una autoridad constituyente) sino la imputación de un valor de justicia al texto, con independencia de las palabras utilizadas en él. Dicho texto no se ve como un conjunto de mandatos, prohibiciones o permisiones sino como un intento no necesariamente exitoso, de describir ciertos valores y sus consecuencias, lo que implica que cuando las disposiciones “describan mal” (léase “no contengan las consecuencias que se atribuyen al valor de justicia que se presupone”) serán consideradas descripciones falsas sin valor alguno (Atria, 2016).

El postpositivismo constitucionalista parece, entonces, fundado en un mal entendido pues sostener las tesis mínimas del positivismo contemporáneo, no aleja a ningún autor de la posibilidad de abordar las complejidades de la práctica social a la que llamamos “derecho” en el contexto actual de expansión de las constituciones robustas en declaraciones de derechos, principios y valores. No hay ningún contenido “incorporado” ni práctica originada en una constitución “densa” que pueda considerarse excluido en su comprensión por la tesis social y tampoco ningún abordaje moral o valorativo de esas prácticas que resulte inconsistente con la defensa de esa tesis.

VI. Postpositivismo crítico

Otra influyente llamado a dejar de lado el positivismo jurídico proviene de las denominadas *teorías críticas*.

Las teorías críticas representan un heterogéneo y complejo universo de discurso que tienen en común no centrarse en la discusión de cuestiones teóricas (como ha sido el foco de los modelos normativos en general y analíticos en particular) sino en el papel práctico de la filosofía del derecho, que debería generar las condiciones favorables para incidir políticamente, desde el discurso, en las propias instituciones jurídicas (Núñez Vaquero, 2010).

Desde esa óptica, los críticos atacan el positivismo, paradigma al que definen como “agotado”, por considerar solo la dimensión normativa del derecho y dejar de lado sus implicancias éticas y políticas. En particular, el disfraz de “pureza normativa” que el discurso positivista introduce en la práctica social compleja

del derecho tiene para los críticos el efecto de transformar aspectos contingentes de la realidad —como la distribución del poder— en aparentes “datos naturales” (Cárcova, 2001). Una teoría positivista, que inspira una dogmática limitada a las normas acota, para los críticos, sus posibilidades de incidencia en la práctica jurídica y colabora por omisión en la ocultación de los verdaderos criterios en que se basa la aplicación del derecho, poniendo así un manto de racionalidad discursiva para justificar prácticas arbitrarias opuestas a un “programa utópico”. Si los juristas no aportan elementos que exceden lo normativo al considerar el fenómeno jurídico, contribuyen con su “visión idealizada y formalista” del derecho, a condenar a la inutilidad social a su actividad y hacerla cómplice de la arbitrariedad (Bovino y Curtis, 2000).

Las teorías críticas plantean una suerte de incompatibilidad práctica entre el positivismo y una intervención política que consideran necesaria a partir del discurso teórico. En este sentido puede caracterizarse su llamado al postpositivismo como *ideológico*. Abandonar la forma positivista de comprender el derecho —a la que entienden como “normativista”, formal y ocultadora de una realidad más compleja— sería un avance hacia una teoría jurídica con incidencia política hacia objetivos de justicia social sustantivos (el “programa utópico”).

Si se atiende a este llamado ideológico a dejar de lado el positivismo, puede constatarse que también resulta irrelevante respecto de su formulación contemporánea. Un positivismo centrado solo en la afirmación de la tesis social es compatible con múltiples agendas descriptivas, normativas e ideológicas. Constatar que el derecho es el producto contingente de la acción humana en una sociedad determinada y sostener que la existencia e identificación del derecho depende en última instancia de hechos sociales, no es incompatible con ninguna agenda política (conservadora o transformadora). Por el contrario, poner atención a cómo las creencias normativas de los jueces configuran una “ideología jurídica” ha sido el eje de una tradición de ciencia jurídica empírica que no se ve a sí misma como incompatible con el positivismo sino más bien como su mejor versión (Ross, 2010).

Es cierto que algunas versiones históricas del positivismo —notablemente Kelsen— lo han tomado como un intento de resolver los problemas de la naturaleza y la normatividad del derecho que presupone la pureza metodológica. Pero, cuando el positivismo (como tal) renuncia a la pretensión de dar cuenta de la normatividad del derecho, está asumiendo inevitablemente que sus supuestos mínimos son compatibles con modelos prescriptivos y abiertamente políticos.

El positivismo contemporáneo es un modelo donde las reglas se consideran relevantes, el derecho se concibe como, en cierta medida, *determinado* y algún tipo de interpretación *intencional*, orientada a reconocer los objetivos políticos que las actuales autoridades institucionales buscan obtener, es conceptualmente

requerida para que sea posible una identificación *externa* del derecho. Sin embargo, constituye un error sostener que la interpretación intencional justifica la práctica de crear derecho de cierta manera cuando lo único que pretende es explicarla (Shapiro, 2007). En realidad, no es incompatible con el hecho que los participantes, en función de sus objetivos de justicia, tomen en cuenta los elementos de la realidad social que puedan considerar decisivos a la hora de interpretar y aplicar las normas, es decir, de establecer cuál debería ser el derecho del caso.

En otros términos, aunque descriptivamente los positivistas jurídicos necesiten afirmar cierta determinación del derecho y reconocer los objetivos políticos de quienes ejercen el poder, esto no es incompatible con que su propia ideología (transformadora o conservadora) les impulse a introducir una mayor indeterminación en el sistema, haciendo una dogmática conscientemente política, para influir en la realidad social. Hacer esto o no depende de asumir, entre varios posibles un modelo específico de teoría jurídica, uno que tiene como fin modificar el derecho, de acuerdo con algún valor o fin (Núñez Vaquero, 2015). Lo esencial para que la teoría crítica fracase como llamado ideológico al abandono del positivismo jurídico es que éste, en su versión contemporánea, no impide adoptar el modelo crítico de teoría jurídica.

Por otra parte, las concepciones críticas necesitan de alguna versión de la tesis social para identificar el estado de cosas creado por la teoría y dogmática “normativista” y así poder plantear el sentido en que un discurso utópico debería contraponérsele. En ese punto se parecen al anarquista que considera injusto a todo el derecho positivo por su pretensión autoritativa, contraria a la autonomía moral fundamental de los seres humanos pero, para tomar conocimiento de las normas que aborrece, necesita endosar algún tipo de criterio de identificación social de ellas (Gardner, 2001).

VII. Postpositivismo normativo

No parece haber razones “constitucionales” o “críticas” concluyentes para dejar de lado el positivismo jurídico. La tesis social es tan mínima como difícil de objetar y se amolda, no solo a distintas concepciones sobre lo que el derecho es sino también a propósitos teóricos diversos, entre los que se incluyen dar cuenta del derecho como práctica argumentativa orientada por valores objetivos y principios constitucionales, y modificar la realidad social con objetivos de justicia.

Existe, sin embargo, una vía plausible hacia el postpositivismo a la que puede caracterizarse como *normativa*. La idea de un abandono de la etiqueta “positivismo” por razones metodológicas, vinculadas a lo estéril que resulta discutir sobre su viabilidad como teoría, está sugerida en un artículo de Raz donde contesta los

argumentos de Alexy (tributarios a su vez de Radbruch) según los cuales la injusticia extrema no puede ser considerada *derecho* y ello tiene como consecuencia que el positivismo estaría basado en un error, al excluir las consideraciones de mérito como criterios jurídicos de identificación (Alexy, 2002).

Al concluir sus argumentos contra los ataques de Alexy, Raz plantea que, aunque hay desacuerdos reales, la polémica, en parte, se basa en una errónea comprensión del propio objeto de la discusión. Muchos de los puntos de vista de Alexy son compartibles por Raz, salvo en cuanto el primero pretende que contradicen al positivismo. Raz hace además notar que si se le atribuye al positivismo la tesis de la separación del derecho y la moral en el sentido que la presenta Alexy —las características conceptualmente necesarias del derecho pueden ser establecidas sin el empleo de conceptos morales— entonces el propio Raz no pertenecería a la tradición positivista, ya que adscribe al derecho la propiedad conceptual de pretender autoridad legítima, siendo la autoridad legítima un concepto moral.

Raz llama la atención sobre el problema de que muchos aspectos que frecuentemente se toman como dividiendo la teoría jurídica entre positivistas y no positivistas, en realidad no pueden tener ese sentido porque no refieren a tesis realmente sostenidas por los positivistas contemporáneos. Y concluye que el debate en la teoría jurídica ha llegado a un punto donde, para la discusión sobre la naturaleza del derecho, el positivismo jurídico ha dejado de ser una categoría iluminadora, por lo que lo es tiempo de dejar de lado su defensa y refutación, pasando a considerar los puntos de vista de cada uno de los autores de la tradición en sus propios términos (Raz, 2007) (7).

Estas observaciones constituyen la base de una metodología postpositivista centrada en un abordaje integral de la cuestión normativa.

Un modelo de teoría que debe partir de la (asumida) insuficiencia de la tesis social para responder múltiples problemas relevantes vinculados a la comprensión del fenómeno jurídico. Cómo postura metodológica, el teórico necesita tomar en cuenta que la tesis social por sí sola no responde preguntas significativas sobre la naturaleza y normatividad del derecho. Preguntas que pueden ser conceptuales (¿tiene el derecho, por su propia existencia, algún mérito moral? ¿Hasta

(7) Raz y Alexy coinciden en tres puntos fundamentales: I) consideran normativa a la propia naturaleza del derecho; II) privilegian la perspectiva del participante como parámetro que da cuenta de dicha normatividad; III) comparten la idea de que en la comprensión de la naturaleza del derecho se involucra un valor moral. Se diferencian fundamentalmente en el valor moral que conciben como constitutivo de la naturaleza normativa del derecho. Para Alexy es la pretensión de corrección y para Raz, la pretensión de autoridad legítima (Para la reconstrucción de la polémica Alexy-Raz, ver Gaido, 2011).

qué punto puede entenderse determinado el derecho en una cierta comunidad?), normativas (¿cuáles son las condiciones bajo las cuales el derecho puede generar una obligación moral de obediencia en sus destinatarios?) o pragmáticas (¿deberían los teóricos dejar de lado la pretensión de neutralidad e “intervenir” en el discurso jurídico con la intención de orientarlo hacia un cambio social? ¿Si es así, en qué sentido?).

Esa clase de programa postpositivista toma como centro de sus indagaciones la articulación entre el carácter inherentemente institucional del fenómeno jurídico y la dimensión normativa que de modo inevitable conlleva (o al menos pretende). El abordaje de la normatividad postpositivista no solo no está limitado por la tesis social sino que es la consecuencia necesaria de adoptar cualquier postura evaluativa a partir de ella. Si las instituciones se describen tomando como dato esencial su lenguaje normativo, expresado a través de disposiciones que contienen reglas que pueden ser identificadas por sus destinatarios y pretenden motivarlos a actuar por ellas, entonces resulta pertinente discutir, *desde algún punto de vista*, si ello es efectivamente posible.

Esa discusión involucra cuestiones referidas al alcance de la objetividad de las obligaciones morales que pretende crear el derecho, tales como si se requieren justificaciones externas a la práctica social o solo es posible una justificación interna desde el compromiso de los participantes con el valor de la propia práctica. También cuestiones propiamente metaéticas como la existencia o no de *hechos morales* (naturales o no naturales) constitutivos de una ontología moral, que divide a realistas (naturalistas e intuicionistas) y antirealistas (teorías del error, constructivistas). Asimismo, resultan relevantes cuestiones morales sustantivas como la justicia de las instituciones y los modelos de legitimidad democrática que articulan las dimensiones sustancial, procedimental y deliberativa de las decisiones políticas (Marquisio, 2015).

Un modelo normativo de teoría jurídica se hace posible a partir de la idea de *punto de vista jurídico* que se origina en el giro hermeneúutico de Hart, cuando plantea que la obligatoriedad del derecho solo puede evaluarse desde un punto de vista en particular, el del participante, es decir, el agente práctico que adopta los estándares jurídicos como razones para la justificación y crítica de la conducta, propia y ajena. Al identificar la normatividad del derecho con un punto de vista comprometido, que reclama razones para la acción, pero al mismo tiempo, negar que los términos normativos básicos del derecho (deber, derecho, obligación) tengan, por naturaleza, un sentido moral, Hart se ubica en un punto medio inestable y en definitiva insostenible. Una vez que se reconoce que el derecho está conceptualmente sujeto a evolución normativa, se hace imposible pensar en un posible “derecho amoral” con alguna pretensión de obligatoriedad (Shapiro, 2011).

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

Por un lado, los estudios sistémicos, que presuponen la neutralidad valorativa, describen 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 absolutamente nada acerca de la motivación de alguien en concreto para actuar de modo conforme con el derecho. En otras palabras, un enfoque puramente sistémico deja siempre la cuestión normativa indeterminada.

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 (Raz, 1990). Una definición abstracta como esa debe concretizarse en alguna concepción del punto de vista jurídico. Cualquier concepción deberá explicar (I) en qué consiste el compromiso normativo que posibilita el punto de vista jurídico; (II) cuál es el universo de razones en que se insertan las razones por las cuáles el agente moral obligado por el derecho se compromete a actuar y excluir otras que, consideradas todas las circunstancias, podrían indicar un curso de acción alternativo; (III) cómo ésta compromiso puede dar cuenta de los términos normativos fundamentales de las prácticas jurídicas: normas creadas e identificadas en contextos institucionales, obligaciones, derechos.

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 (8).

Dentro del dominio normativo, las razones son *razones para alguien; alguien* que adopta un cierto punto de vista particular, el punto de vista de la primera

(8) Este problema es conocido como la paradoja de la autoridad: para alguien que ya acepta una moral objetiva 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 Marquisio, 2016a).

persona (9). Por tanto, una aproximación teórica al punto de vista jurídico requiere un abordaje normativo irreductible a partir de la pregunta de un agente moral sobre lo que debe hacer, es decir, sobre la base de cuáles razones (10) —dentro del conjunto de las que dispone— corresponde determinar el curso de acción a seguir entre múltiples disponibles.

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 específico 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?

Desde el punto de vista jurídico todos los elementos del sistema son sometidos al escrutinio de las razones morales para la acción pues la pregunta normativa, una vez planteada, no tiene un límite previamente definido. La búsqueda de reconstrucción integral del punto de vista jurídico implica la adopción de un programa postpositivista en tanto la tesis social constituye un dato (complejo) sobre el cual hay que determinar el modo en que impacta en las razones concretas que los participantes de un sistema jurídico dispongan para actuar.

Pueden tomarse como ejemplo de esta metodología postpositivista de teoría del derecho, el modo en que las inquietudes fundamentales del constitucionalismo (o

(9) Ello implica que es incompatible con el dominio normativo lo que se ha denominado *concepción impersonal del mundo* (Nagel, 1983).

(10) Las razones se conciben como “el único elemento fundamental en el dominio normativo” y, en términos de ellas, podemos analizar las restantes nociones como *bien* o *deber*. Se considera típica de los seres humanos la capacidad de identificar razones y creer, actuar o desear de acuerdo con ellas (Scanlon, 2014).

neoconstitucionalismo) y la teoría crítica resultan relevantes en un abordaje integral de la cuestión normativa.

Sobre una constitución “densa” y rígida, desde 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 *sustancializar* desde la constitución la democracia, limitando lo decidible a partir de la expansión de las declaraciones de derechos, restringiendo de ese modo la soberanía popular?; E) ¿Cómo es compatible esa sustancialización con los múltiples desacuerdos contemporáneos sobre cómo debería ser el mundo social? (11).

En particular, el neoconstitucionalismo entendido como una “cultura de derechos”, da lugar a complejos problemas de interpretación vinculados a la necesidad de adoptar decisiones en los casos de conflictos (reales o aparentes) de derechos. Estos problemas no son resueltos por la sola enunciación de derechos en las constituciones y requieren adoptar un enfoque normativo sobre el propio sentido o esencia de los derechos. Solo a partir de las conclusiones de este enfoque valorativo se podrán defender los distintos paradigmas sobre decisiones constitucionales como el conflictivismo (en sus variantes de jerarquización y ponderación) y la teoría de la armonización (12).

(11) Sobre los problemas conceptuales y normativos a que dan lugar las constituciones robustas ver Marquisio, 2016b.

(12) Ver Toller, Fernández Santander y D’Elia, 2012.

En suma, las cuestiones que plantea el constitucionalismo son, desde el punto de vista jurídico, abiertas y es posible responderlas desde múltiples programas postpositivistas que consideren a la constitución rígida y densa como parte de un complejo problema teórico referido a la naturaleza y normatividad del derecho.

Algo similar ocurre con las teorías críticas que conciben como propósito primario del discurso jurídico, no el mero reflejo de la realidad sino su propia configuración, haciendo del derecho un instrumento no solo de comunicación sino también de control social (Aseff, 1998).

Plantearse la integralidad de la cuestión normativa no impide al teórico realizar una crítica al discurso jurídico. Por el contrario, resulta un presupuesto de una intervención en dicho discurso orientada por criterios de justicia. La justicia no es otra cosa que la dimensión normativa de las instituciones, es decir, el conjunto de razones por las cuales deberían ser conservadas, alteradas o abolidas (Rawls, 1971). Por tanto, la conclusión de que es un imperativo de justicia contribuir a cierta determinación del derecho solo puede surgir de la indagación de las condiciones generales según las cuales un orden podría considerarse legítimo o anticiparse como utópico. Es decir, anticipar las instituciones que con su funcionamiento efectivo podrían proporcionar razones para la acción a agentes morales con sentido de justicia.

Proponer orientar el discurso jurídico hacia objetivos conscientemente políticos, que se consideran justos o conforman un horizonte utópico, requiere responder interrogantes normativas y sobre la naturaleza del derecho, que toman como punto de partida la tesis social: ¿Cuál es el “derecho” que identifica el discurso jurídico dominante? ¿Cuál es el “derecho” normativamente justificable (desde el punto de vista de la justicia o la utopía), es decir, aquél que debería proponer un teórico crítico?

VIII. Conclusiones

La pertinencia de adoptar una metodología centrada en el abordaje íntegro de la cuestión normativa, con la tesis social como punto de partida, constituye una buena razón para plantear la superación del positivismo *como teoría*. Se trata de retomar la ambición del positivismo tradicional aunque dejando de lado: a) la pretensión de justificar una normatividad específicamente jurídica (la utilización del lenguaje normativo por las instituciones que reconocemos como jurídicas en virtud de la tesis social no puede implicar por sí sola la creación de obligaciones hacia sus destinatarios) y b) la pretensión de que las respuestas al problema de la normatividad jurídica sean compatibles con el escepticismo o el agnosticismo moral (el abordaje de la cuestión normativa requiere el compromiso con algún tipo de objetividad moral, “interna” a la práctica o metaética).

IX. Bibliografía

AGUILÓ, Josep (2007). “Positivism y Postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, en: *Doxa*, 30, pp. 665-675.

ALEXY, Robert (2002). *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.

ASSEF, Lucía (1998). “La teoría crítica en la Argentina”, en: *Doxa*. 21-II, pp. 21-32.

ATIENZA, Manuel (2014). “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, V. 15, pp. 1-29.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan (2006). “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en: J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Salgado Pintos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 765-780.

ATRIA, Fernando (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

AUSTIN, John (1954). *The Province of Jurisprudence Determined*. Indianapolis: Hackett Publishing Company Inc.

BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (2000). “Por una dogmática conscientemente política”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: Boe, pp. 178-213.

BULYGIN, Eugenio (2004). “Está (parte) de la filosofía del derecho basada en un error”, en: *Doxa*, 27, pp. 15-26.

CALSAMIGLIA, Albert (1998). “Postpositivismo”, en: *Doxa*, 21, pp. 209-220.

CÁRCOVA, Carlos (2001). “Notas acerca de la teoría crítica del derecho”, en: Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, pp. 19-38.

CIANCIARDO, Juan y ZAMBRANO, Pilar (2016). “Los *a priori* de la cultura de los derechos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 34, pp. 103-142.

DICKSON, Julie (2012). “Legal Positivism: Contemporary Debates”, en: Andrei Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, pp. 48-64.

DWORKIN, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press.

— (1986). *Law's Empire*. New York: Harvard University Press.

— (2011) *Justice For Hedgehogs*. Cambridge MA: Belknap Press.

FINNIS, John (1996). "The Truth in Legal Positivism", en: Robert George p. (comp.), *The Autonomy of Law. Essays in Legal Positivism*. New York: Oxford University Press, pp. 195-214.

GARDNER, John. (2001). "Legal Positivism: 5½ Myths", en: *46 American Journal of Jurisprudence*, pp. 199-227.

GREEN, Leslie (2008). "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", en: *New York University Law Review*, V. 83, pp. 1035-1058.

— (2009). "Legal Positivism", en: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/> [Fecha de consulta: 22/03/2017]

GAIDO, Paula (2011). *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*. Madrid: Marcial Pons.

HART, H. L. A. (1994). *The Concept of Law. Second Edition*. Oxford: Clarendon Press.

KELSEN, Hans (2011). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Colihue.

MARQUISIO, Ricardo (2015). "Teoría del derecho y filosofía moral", en: *Revista de la Facultad de Derecho*. UDELAR, pp. 38, 135-160.

— (2016a). "La idea de una autoridad democrática", en: *Revista de la Facultad de Derecho*. UDELAR, pp. 40, 177-207.

— (2016b). "Creencias y razones constitucionales. Algunos problemas conceptuales y normativos del Estado (neo) constitucional", en: *V Encuentro Internacional de CONPEDI*, pp. 56-83. Disponible en: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/25ph1zi5/pjRqS74QN21B9Y7o.pdf> [Fecha de consulta: 22/03/2017]

MARMOR, Andrei (2006). "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", en: *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 26, 683-704.

MORESO, Juan José (2015). "Positivismo contemporáneo", en: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México DF: UNA, pp. 171-205. V. I.

NAGEL, Thomas (1983). "The Objective Self", en: Carl Ginet & Sidney Shoemaker (eds.), *Knowledge and Mind: Philosophical Essays*. New York: Oxford University Press, pp. 213-232.

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2010). “Teorías críticas del derecho. Algunas observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*. 26. Madrid: Boe, pp. 413-434.

— (2015). “Ciencia jurídica”, en: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: UNAM, pp. 601-631. V.I 1.

POZZOLO, Susana (2011). “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en: Pozzolo, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra, pp. 13-87.

— (2015). “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”, en: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: UNAM, pp. 363-405. V.I

RAWLS, John (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge MA: Belknap Press of Harvard University Press.

RAZ, Joseph (1990). *Practical Reasons and Norms*. New York: Oxford University Press.

— (2007). “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en: George Pavlakos (ed.) *Law, Right and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Portland: Hart Publishing, pp. 17-36.

ROSS, Alf (2010). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.

SCANLON, T. M. (2014). *Being Realistic about Reasons*. New York: Oxford University Press.

SHAPIRO, Scott (2007). “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en: *University of Michigan Public Law Working Paper*, pp. 77.

— (2011). *Legality*. New York: Oxford University Press.

TAGGART, Christopher (2013). “How Can Positivism Account for Legal Adjudicative Duty”, en: *Oxford Legal Studies*, V. 33. N 1, pp. 169-196.

TOLLER, Fernando; FERNÁNDEZ SANTANDER, Adriel y D’ELIA, Daniel (2012). “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal. La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria”, en: *Persona y Derecho*, vol. 66, pp. 109-146.

Fecha de recepción: 23-03-2017 Fecha de aceptación: 08-06-2017