FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA URUGUAY

Proyecto de Investigación

El problema de la normatividad jurídica: estado de la cuestión

Documento Final

Responsable:
Dr. Ricardo Marquisio Aguirre. Profesor Agregado (G4) del Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho (FDER-UDELAR) rmarquisio@gmail.com.

Integrantes:
Dr. Diego Julien López. Asistente (G2) del Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho y del Instituto de Derechos Humanos (FDER-UDELAR) ddacusjlianus@homail.com.

Dra. Yessica Santos. Ayudante (G1) del Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho (FDER-UDELAR) yessicasantos9@gmail.com.

1. Introducción

La palabra *normatividad* tiene connotaciones bien claras entre los juristas, cuyo instrumento de trabajo, por así decirlo, son las normas y tienden intuitivamente a considerar al derecho como un sistema normativo. Toda la práctica jurídica puede entenderse como una compleja colaboración entre distintos roles -juez, abogado, doctrino, funcionario- cuya finalidad es la producción, identificación y aplicación de normas. En esa práctica, la normatividad relevante (los estándares efectivamente jurídicos) se asocia con ciertos contextos institucionales específicos donde se originan las obligaciones y derechos que los participantes hacen valer.

Los jurídico es solo un aspecto de la dimensión normativa de la conducta humana, en tanto existen otros muy evidentes como la moral, la prudencia, los juegos, y un largo etc. La caracterización específica de lo *jurídicamente* normativo ha sido un problema central para la filosofía del derecho como disciplina, a lo largo de toda su historia.

Los seres humanos interactuamos bajo los supuestos de que ciertas acciones son susceptibles de significación normativa, en tanto las consideramos buenas o malas, correctas o incorrectas, y que existen estándares relevantes para guiar la conducta. Al requerir a alguien una acción, al valorar ciertas prácticas sociales como apropiadas o inapropiadas, al exigir que las instituciones nos reconozcan un derecho o sugerir reglas de comportamiento para el grupo al que pertenecemos, o para la humanidad toda, estamos introduciendo (o presuponiendo) pretensiones normativas.

La formulación de juicios normativos tiene sentido con relación a la virtual totalidad de las prácticas humanas. En el fútbol es correcto convertir un gol con el pie o la cabeza, pero no con la mano. En una convención de cazadores se considera apropiado elogiar a alguien por matar de modo eficiente a un gran número de animales, mientras que lo contrario ocurrirá en un encuentro de promoción del veganismo. Mentir a un amigo para ocultarle que hemos perdido el libro que nos prestó es valorado como incorrecto, desde una comprensión corriente de la moral, mientras que se elogia al novelista por inventar una bien construida trama ficticia que hace verosímil la existencia de personajes inventados.

Usamos términos normativos para formular pretensiones sobre lo que (nosotros mismos y) otras personas deben o no deben hacer, pensar, valorar, sentir. Los usamos para prescribir, prohibir, aconsejar, autorizar. Un concepto que resume las distintas variantes de usos normativos es justificación: una vez invocadas y reconocidas determinadas exigencias normativas, no tiene sentido la crítica basada en su cumplimiento.

Las pretensiones normativas, como la adscripción de corrección a una conducta e incorrección a otras, se introducen siempre con relación a sistemas, donde adquieren sentido. El reglamento del fútbol es un sistema normativo, así como lo son las reglas de etiqueta de un club social, las normas de prudencia, los protocolos de investigación científica, el manual de buenas prácticas de una empresa y, por supuesto, el derecho y la moral. Un sistema normativo puede estar conformado por un conjunto de reglas explícitas o (total o parcialmente) implícitas y también por formas más difusas de identificación como el parecido de familia (Ver Baker, 2018).

¿Cómo delimitar el dominio de la normatividad? Una aproximación lexicográfica nos indica que puede caracterizarse como normativo aquello que involucra o hace referencia a una norma. *Normalizar* es atribuir medida a algo en función de un cierto estándar. Si una práctica admite ser comparada con algún estándar, entonces tiene significación normativa. Wedgwood (2018) distingue tres sentidos principales en que los filósofos usan la palabra norma. En un primer sentido, con referencia a aquello que sirve de modelo o estándar para el pensamiento o la conducta. Por ejemplo, las normas epistémicas son los procedimientos que uno debe seguir si quiere razonar de modo competente. En un segundo sentido, en el contexto de prácticas sociales, se habla de normas con referencia a las regularidades en el comportamiento de una vasta mayoría o la unanimidad de miembros de un grupo o población. Este sentido cobra especial relevancia cuando hacemos referencia a prácticas institucionales como el derecho.

Los sentidos mencionados no son excluyentes pues las regularidades de conducta en los grupos sociales suelen funcionar como estándares que guían el pensamiento y la acción de sus miembros. Un amplio conjunto de prácticas que involucran normas en los dos sentidos mencionados (instituciones sociales, reglas de los juegos, estándares de

etiqueta, manuales de corrección de estilo) conforman lo que se denomina normatividad formal.

Sin embargo, hay un tercer sentido de norma, entendida como principio general acerca de cómo las personas, en tanto seres racionales, deberían actuar o pensar. Wedgwood ejemplifica este tercer sentido de norma en la caracterización que hace Kant sobre la ley moral como la base y norma suprema del juicio correcto sobre la conducta humana. A este tercer sentido de normatividad se le llama robusta (Wedgwood: 2018).

Los dos primeros sentidos parecen innegables, en tanto las acciones humanas resultan imposibles de comprender si no presuponen estándares de justificación que remiten a sistemas normativos. No podemos pensar en juegos sin reglas, razonamientos sin pautas de corrección o instituciones sin deberes atribuidos a sus miembros y que estos cumplan con regularidad. Necesitamos, en sentido instrumental, de la normatividad formal cualesquiera sean nuestros fines, intereses y ambiciones. Por eso el escepticismo normativo, esto es, la idea de que nada puede contar como una genuina razón para nadie, es una idea muy difícil de defender y hasta de entender.

El tercer sentido, en cambio, es mucho más complicado pues requiere pensar en un sistema normativo no contingente u opcional, que sea aplicable a todos los seres dotados de racionalidad. Puede decirse que, como mínimo, los seres racionales están vinculados por las reglas de la racionalidad epistémica que obligan, por ejemplo, a tener en cuenta los hechos relevantes y las reglas de inferencia para arribar a la conclusión correcta sobre alguna cuestión. Pero incluso en este punto aparece una pregunta abierta: ¿debo ser racional? En el ámbito de la moral se advierte una dificultad adicional porque los estándares de corrección que verifican nuestros juicios tienen (al menos en una aproximación superficial) una existencia muy diferente a la de los hechos naturales, si es que tienen alguna, lo que ha dado lugar a un prolongado debate sobre la objetividad moral, con posturas que van desde el realismo robusto hasta el escepticismo radical.

Sin embargo, cualquiera sea la respuesta que se dé al problema de la verdad moral, el caso es que el discurso moral presupone un sistema normativo aplicable a todos los individuos racionales que son aquellos capaces de reconocer ciertas razones y obrar de acuerdo con ellas. La moral pretende un tipo de normatividad necesaria, robusta o autoritativa, la cual, si sus pretensiones son justificadas, prevalece sobre los restantes

sistemas de normativos contingentes que se aplican a algunas personas en función de sus particulares intereses, vínculos de pertenencia, roles, etc. Las reglas del fútbol se me aplican solo si quiero jugar al fútbol, el manual de buenas prácticas de una organización rige mi conducta si elegí pertenecer a ella. En cambio, la moral, si sus pretensiones son justificadas, se me aplicaría por el solo hecho de poder reconocerlas, sin la opción de evitar que constituyan estándares relevantes para juzgar mi conducta (Marquisio, 2021).

En el ámbito de la filosofía del derecho, el problema debe ser diferenciado de otras discusiones que refieren a la viabilidad del *normativismo* (por oposición al realismo jurídico) en cuanto caracteriza al derecho como un sistema de normas o al supuesto de que la ciencia jurídica adopta cierto punto de vista normativo interno. La discusión sobre la *dimensión normativa* del derecho refiere a cuál sería la propiedad o característica en función de la cual sus normas pueden guiar la conducta e influir sobre el razonamiento práctico de aquellos a quienes se dirigen. El problema se puede formular de diversas maneras: ¿tiene sentido hablar de un deber jurídico distinto de los deberes morales o de los deberes *tout court*? ¿Las normas jurídicas hacen una diferencia práctica en la deliberación de los agentes racionales? ¿Hay razones jurídicas autónomas? ¿Con base a qué razones justificativas y bajo qué condiciones hay un deber de cumplir con las normas jurídicas? ¿La posibilidad de que el derecho sea caracterizado como un conjunto de hechos sociales complejos pasible de descripción y al mismo tiempo justificativo de decisiones prácticos es compatible con la distinción lógica entre ser y deber ser? (Mulfatto, 2015).

Esta última cuestión es particularmente importante. La discusión sobre la normatividad del derecho se encuentra marcada por la compleja dicotomía hecho/valor, pues el derecho es, en su ontología básica, las dos cosas. La sanción de una ley es, al mismo tiempo, la expresión de valores y hechos sociales, de un deber ser y un ser, de razón y de poder establecido.

El acento en uno u otro aspecto de esa dicotomía ha llevado, desde la antigüedad clásica, a forjar dos grandes de tradiciones de pensamiento jurídico: el iusnaturalismo y el positivismo. A partir del debate Hart/Dworkin, la dicotomía se reformuló positivismo/antipositivismo, por cuanto se hizo evidente que las formas más influyentes de iusnaturalismo no se oponen al positivismo, si se consideran sus tesis mínimas y que

el antipositivismo no necesita ser iusnaturalista. A su vez, en las primeras décadas de este siglo, con la normatividad en el centro de la discusión de la metaética y la consolidación del paradigma de la metanormatividad, las etiquetas tradicionales han perdido peso y la discusión se plantea en términos vinculados a la posibilidad de que el derecho sea en cuanto sistema normativo social y artificial, excepcional, si puede mostrarse que provee razones normativamente robustas.

2. Positivismo y antipositivismo jurídico tras el debate Hart-Dworkin

Se suele denominar "Debate Hart-Dworkin" al conjunto de posturas y argumentos que refieren a la presentación de la teoría positivista de H.L.A. Hart, a las críticas (cambiantes a lo largo del tiempo) que a ésta dirigió Ronald Dworkin, a las defensas y refutaciones de las tesis de ambos autores, que en gran medida han configurado el mapa conceptual de la filosofía del derecho contemporánea. El actual eje divisor canónico entre positivistas y antipositivistas, fue trazado en torno a una pregunta fundamental que constituyó el centro de ese debate: ¿está el derecho, en última instancia, sustentado únicamente en hechos sociales, o también hay hechos morales que determinan su existencia y contenido? (Shapiro, 2007).

A partir de su ya clásica obra *The Concept of Law* (Hart, 1961), Hart revitalizó la filosofía del derecho anglosajona al presentar una novedosa caracterización de los sistemas jurídicos, que resulta hasta hoy la referencia fundamental del debate[1]. Hart, en tanto positivista, creía que el derecho es una construcción social, un artefacto que elaboran los seres humanos para lidiar con algunos de los múltiples problemas que genera la vida en sociedad (coordinación, eficacia, justicia). Aquí *construcción social* se opone a *naturaleza*. El derecho no está en el modo de ser "natural" de las cosas (en el sentido en que sí lo están las leyes de la física o los códigos genéticos) sino que es un producto de la vida social, que solo resulta necesario a partir del momento en que las sociedades humanas adquieren una cierta complejidad[2].

---

1 Este capítulo tiene, en parte, como base Marquisio, 2013, 2015 y 2022.

2 La presentación hartiana del derecho como una forma particular de ontología social que construye una *realidad normativa* tendría gran influencia en la obra de Searle, que desarrolla de modo sistemático y general esta idea (Searle, 1995, 2010).

Para Hart, la característica más general del derecho es que hace que ciertas conductas humanas dejen de ser optativas y se vuelvan obligatorias. La forma en que obliga el derecho puede ser diferenciada de otras dos maneras en que las conductas pueden llegar a ser obligatorias. Una es la que surge de las órdenes respaldadas por amenazas para el caso de que no sean cumplidas, que no permiten diferenciar entre las pretensiones del asaltante de bancos y del recaudador de impuestos. La otra es la que se origina en la moral, que nos proporciona razones categóricas para actuar: si reconocemos una obligación como moral (por ejemplo, no mentir) entendemos que debemos cumplir con ella, aunque nos resulte inconveniente o prefiramos realizar la conducta contraria a ella (aunque, por ejemplo, mentir favorezca nuestros intereses o deseos).

Hart planteó que la clave para resolver el problema de la normatividad del derecho, en un sentido que no sea ni el de las amenazas ni el de la moral, se encuentra en las ideas de *regla y punto de vista*.

Su análisis se centra en el tipo de reglas con que los jueces justifican sus decisiones, que suponen criterios compartidos acerca de razones para alabar o censurar conductas, y para entender que determinados actos tienen consecuencias específicas. Por tanto, presenta un modelo positivista de teoría jurídica en contraposición con el de Austin (1995) que explicaba el concepto de derecho a partir de dos términos muy simples: órdenes de un soberano (que no obedece él mismo órdenes de nadie) y hábito generalizado de obediencia a éste. Para Hart, hay varias razones por las cuales las teorías imperativistas como la de Austin fracasan: en principio solo podrían ser apropiadas para dar cuenta de las leyes penales; pero, incluso estas, se suelen aplicar también a quienes las sancionan y limitan sus poderes (al menos en los sistemas donde rige el *rule of law*); por otra parte, no pueden explicar las normas consuetudinarias ni tampoco la continuidad de los sistemas jurídicos tras los cambios de autoridad.

Hart propone una explicación del derecho orientada a superar los defectos del imperativismo, centrada en la idea de regla, que parte de la distinción intuitiva entre "verse obligado" y "tener una obligación". Cuando decimos que alguien "se vio obligado" a hacer algo (como darle su dinero al asaltante), hacemos referencia a los motivos que tuvo el destinatario de un requerimiento de conducta (el asaltante lo amenazó con dispararle con un revolver). Si, en cambio, afirmamos que alguien "tenía la obligación"

de hacer algo, queremos decir que la conducta que se le exige encaja en los supuestos de una regla de acción.

Una regla es una pauta general de conducta. A diferencia del hábito (que es la mera repetición de una cierta conducta) la invocación de una regla permite justificar la conducta propia o criticar la ajena, tomando como referencia la pauta que ella proporciona.

Algunas reglas no generan obligaciones sociales en este sentido (como las de etiqueta) pero otras sí lo hacen y ese es el caso de las reglas jurídicas. Para que una regla establezca obligaciones se requieren dos condiciones: i) que la exigencia general en favor de la conformidad sea insistente; ii) que la presión social contra quienes se desarrollan conductas desviadas sea muy grande. Las reglas sustentadas por la presión social serán aquellas que las sociedades consideran lo suficientemente importantes, con relación a ciertos bienes sociales, como para reclamar a los individuos conductas que, en ocasiones, estos preferirían no realizar.

Frente a la existencia de reglas jurídicas los individuos pueden guiarse por ellas asumiendo dos tipos de actitudes. Una es la aceptación voluntaria de las reglas y la disposición a contribuir con su estabilidad, lo que significa, en palabras de Hart, la adopción del punto de vista interno. La otra es el enfoque puramente predictivo, que rechaza las reglas y solo las toma como indicación de la probabilidad de un castigo si no se cumple la conducta deseada, esto es, el punto de vista externo.

Los sistemas jurídicos surgen en una sociedad cuando a las reglas primarias, que son las que imponen obligaciones a los individuos, se añaden reglas de otro tipo, que Hart denomina secundarias. Las reglas secundarias constituyen soluciones para los problemas que enfrentaría una sociedad constituida exclusivamente por reglas primarias y su introducción es la que permite imaginar el paso de un mundo social pre-jurídico a uno jurídico. Las reglas secundarias hacen referencia a las reglas primarias y pueden entenderse como enunciados acerca de ellas. El problema de la falta de certeza se soluciona con la regla de reconocimiento que determina las características que debe tener una pauta de conducta para ser una regla del grupo. Estas pueden ser muy simples como, por ejemplo, estar incluidas en una tabla de prescripciones o en documento muy sencillo. O pueden ser complejas, como los criterios de los jueces acerca de los modos válidos de crear derecho en los estados contemporáneos, que incluyen fuentes locales, nacionales y

supranacionales. El problema del carácter estático del sistema social se remedia con la regla de cambio. Esta atribuye a grupos de individuos la autoridad para introducir nuevas reglas primarias y establece procedimientos para que ello sea posible, por ejemplo, la autoridad del Parlamento para crear leyes o de los particulares para crear obligaciones a través de contratos y testamentos. La solución para el problema de la insuficiencia de la presión social para el logro del cumplimiento se presenta a través de la regla de adjudicación. Se trata de la atribución a un grupo de personas de la autoridad para juzgar si, en los casos concretos existió violación de las reglas primarias y también (aunque ello no es conceptualmente necesario) para la imposición de sanciones cuando el incumplimiento es constatado.

La idea de una regla de reconocimiento constituye un gran aporte de Hart, en el marco de la tradición positivista, a la discusión sobre la validez y normatividad del derecho. Esta regla es la que permite tanto a los funcionarios estatales como a los particulares contar con criterios de identificación de las reglas primarias. La regla de reconocimiento establece los criterios de validez que deben cumplir las demás reglas y, por tanto, de ella no tiene sentido predicar su validez o invalidez. Se trata de la regla última del sistema, pero, a diferencia de la norma básica fundante kelseniana, no es un presupuesto o una ficción, sino que tiene carácter fáctico: surge como respuesta a la pregunta de cuáles son, de hecho, los criterios compartidos en la práctica para la determinación de la validez de todas las demás reglas del sistema. La afirmación de que ella existe es un enunciado externo que da cuenta de "una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios". En la práctica jurídica cotidiana no existe comúnmente la necesidad de que la regla de reconocimiento sea mencionada en forma expresa, sino que su existencia se concluye a partir de los criterios convergentes de identificación del derecho que utilizan, en la práctica, los tribunales y los abogados. Quienes resuelven, discuten o reclaman algo de acuerdo con el derecho, realizan afirmaciones que implican la aceptación de esta regla en cuanto presuponen, al invocar ciertas normas como decisivas para los casos concretos, los criterios compartidos de validez del sistema.

Para que exista un sistema jurídico es necesario que se cumplan dos condiciones: las reglas válidas del sistema tienen que ser generalmente obedecidas por la población y las

reglas secundarias (reconocimiento, adjudicación y cambio) tienen que ser, además, aceptadas por los funcionarios estatales, adoptando el punto de vista interno con respecto a ellas y criticando a quienes se desvían de la pauta establecida.

La adopción del punto de vista del participante como definitorio de aquello que corresponde describir a la teoría jurídica constituye el giro hermeneútico con que Hart pretendió dar respuesta al problema de la normatividad del derecho (Bix, 2009, p.36-37). Según Hart, quien acepta un sistema jurídico tiene una razón específica para comportarse del modo en que las reglas del sistema prescriben. 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, si las exigencias jurídicas son arbitrarias, injustas o inconvenientes. Puede ocurrir que, aún para quienes las han aceptado, existan razones morales para no obedecerlas o para desafiarlas abiertamente.

Tanto la crítica de Hart a las posturas reductivas y escépticas, como su propia propuesta, ejemplifican la pretensión de muchos autores de la tradición positivista de dar cuenta de la normatividad del derecho evitando afrontar el problema de la objetividad de los valores. En la línea de Kelsen y Hart, es posible dejar de lado las dificultades metaéticas a la hora de justificar la normatividad del derecho pues, aun cuando no haya una moral objetiva, puede explicarse el modo en que el derecho obliga ya sea presuponiendo la autoridad de alguna fuente normativa primigenia (como es el caso de la norma básica fundante kelseniana) o, en el planteo de Hart, a través de una suerte de *sociología normativa* donde las creencias convergentes de los participantes son las que permiten al teórico reconstruir, de manera no comprometida, la normatividad del sistema

Aunque la respuesta de Hart al problema de la normatividad jurídica tiene múltiples limitaciones, su premisa metodológica iluminó la discusión posterior. Una vez reconocido que la normatividad del derecho depende de las razones para actuar de sus destinatarios, se comprende que ello solo puede determinarse desde la postura de un agente normativo (persona racional) y el debate se traslada, por tanto, a la plausibilidad de alguna caracterización 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.

Para entender la postura de Hart es ilustrativo considerar la distinción entre la moral social y la moral crítica. La primera es el conjunto de normas de conducta que la mayoría de los miembros de la sociedad aceptan en un momento determinado. Es la moral vigente, impuesta de hecho y por la presión social. Que una regla sea parte de la moral social no la hace legítima desde el punto de vista de cualquier agente racional que se pregunte qué exige *realmente* la moral. Esta es, precisamente, la actitud que da origen a la moral crítica. La diferencia es evidente si consideramos que en el pasado han sido parte de la moral social prácticas que hoy repudiamos de manera virtualmente unánime, como la esclavitud. También podemos considerar que, aunque tuviéramos la desgracia de pasar a vivir hoy mismo en un orden donde la mayoría de la sociedad aceptara la esclavitud, no tendríamos razones para dejar de considerarla inmoral.

Para Hart, una sociedad que carece de sistema jurídico se rige en forma exclusiva por la moral social: el conjunto de pautas de conducta que la generalidad de sus miembros acepta como correctas y obligatorias. Un sistema jurídico permite diferenciar el derecho de esta clase de moral mediante la introducción de las reglas secundarias. Así puede haber normas morales de gran aceptación social que el derecho no recoge. Por ejemplo, imaginemos una sociedad dictatorial donde la amplia mayoría de las personas está de acuerdo con la libertad de expresión, pero las leyes establecen una férrea censura para todas las formas de comunicación del pensamiento.

A su vez, el derecho también se diferencia de la moral crítica pues los criterios de validez y normatividad del sistema jurídico se basan en consideraciones de corrección e identificación que no son sustantivas (el hecho de que ciertas conductas sean *realmente* buenas) si no formales. En el ejemplo anterior, el hecho de que la libertad de expresión sea moralmente correcta (y no tengamos duda alguna sobre ello) no nos impide reconocer que, en tanto sus leyes establecen regulaciones totalmente contrarias a ella, en la sociedad imaginada no rige la libertad de expresión.

Ronald Dworkin desarrolló durante cuatro décadas una teoría del derecho férreamente antipositivista, aun cuando sus argumentos contra el positivismo fueron variando a lo largo del tiempo. Los argumentos originales de Dworkin contra el positivismo jurídico se

encuentran en una serie de artículos que el autor público desde mediados de la década del 60 y fueron recopilados en el libro *Taking Rights Seriously* (Dworkin, 1977).

La tesis central de Dworkin, en esta etapa, es que el positivismo presenta al derecho como un sistema de reglas y ello supone ignorar algunos estándares que los participantes de la práctica jurídica consideran obligatorios a la hora de resolver los casos que se plantean ante los tribunales. Se trata de los principios (estándares de justicia, moral o equidad) y las directrices políticas (estándares vinculados a objetivos comunitarios). Estos estándares normativos no se identifican por criterios de origen o pedigrí (como la regla de reconocimiento postulada por Hart) sino de contenido (morales, de conveniencia u oportunidad) y se vuelven especialmente relevantes en los casos difíciles (como el célebre Riggs vs. Palmer), donde son invocados para justificar la creación jurisprudencial de nuevas reglas o la modificación de las vigentes.

Tomar en serio los principios implica, para Dworkin, concluir en la falsedad de los supuestos básicos del positivismo: el derecho de la comunidad no es un conjunto de reglas especiales (hay derecho de la comunidad que no está contenido en las reglas que puedan identificarse por su proveniencia de las fuentes sociales) y, en particular, no hay ningún criterio último que permita separar el derecho de la moral; los jueces no ejercen discreción en sentido fuerte (sus decisiones nunca dejan de estar limitadas por el derecho pues, aun cuando no haya reglas que resuelvan el caso concreto, siempre habrá principios de aplicación obligatoria); los derechos jurídicos no tienen como fundamento exclusivo las reglas sino que también se basan en principios o constelaciones de principios, que los jueces emplean en el entendido de que están obligados a hacerlo y no bajo el supuesto de que ejercen libertad o discreción.

El blanco principal del ataque dworkiniano es la regla de reconocimiento de Hart, en tanto esta funciona como un test de identificación del derecho válido. Ese test, según Dworkin, no sirve para los principios, que operan de modo lógicamente diferente de las reglas. Mientras que las reglas se aplican de modo disyuntivo (o bien son razones decisivas para la resolución del caso, cuando los hechos de este se ajustan a la descripción general que formulan, o no pueden considerarse derecho válido), los principios funcionan como estándares no concluyentes, que habilitan a argumentar en cierta dirección y se comparan entre sí según una dimensión de peso, que varía significativamente de acuerdo

con el caso. Un principio como *nadie puede beneficiarse de su propia ilicitud* puede considerarse decisivo y *obligar* a los jueces (según su propia reflexión) a modificar las reglas preexistentes, en casos como Riggs vs. Palmer, pero ser por completo irrelevante en otras situaciones (como en un caso de prescripción adquisitiva).

Al no poder dar cuenta de la totalidad de los contenidos del derecho, la regla de reconocimiento es falsa. Y tampoco puede ser corregida o reformulada para dar cabida a los principios[3]. Si se pretendiera que la regla de reconocimiento incluyera, entre los criterios de validez, estándares como principios y directrices, dicha regla renunciaría a ser un criterio significativo de determinación del derecho. Sería, o bien una tautología (decir que "el derecho es el conjunto de reglas y principios" equivale a decir algo así como "el derecho es lo que el derecho es"), o bien una fórmula de una complejidad inmanejable (una regla de reconocimiento que pretendiera dar cuenta de los principios como criterios de validez jurídica tendría que establecer no solo el conjunto de principios potencialmente aplicables, que son diacrónicamente cambiantes, sino también la dimensión de peso relativo de cado uno en todos los casos posibles y frente a todos los principios competitivos).

Un problema de esta temprana estrategia antipositivista era que todavía presuponía una cierta separación entre el derecho y la moral, en tanto defendía que los jueces son llamados a resolver los casos, no sobre la base de cualquier principio que la moral crítica pudiera justificar, sino de un set de principios específicos: aquellos implícitos o subyacentes en las acciones pasadas de funcionarios (legisladores, jueces) (Bix, 2009: 92). Por otra parte, la dicotomía lógica a partir de la cual se caracterizaba a las reglas y principios parecía reafirmar la visión positivista del derecho como un conjunto de estándares con una ontología específica, que se pueden individualizar y hasta "contar", algo que, en palabras de Dworkin, constituye una especie de "ficción escolástica"[4].

3 Esto anticipa una objeción muy relevante al incorporacionismo, que es la versión del positivismo que Dworkin rechaza con mayor énfasis (Dworkin, 2006: 187 y ss.)

4 El propio Dworkin, en su obra de madurez, reconoció la contribución de su "principialismo" temprano a este malentendido (Dworkin, 2006, p.4 y 264; 2011, p.402).

Suele denominarse *segundo Dworkin* al conjunto de escritos donde este autor plantea su teoría interpretativa y la idea del "derecho como integridad", siendo el más destacado *Law's Empire* (Dworkin, 1986).

Dworkin presenta una teoría normativa que toma al derecho (en su sentido doctrinal) como un concepto interpretativo y argumentativo. Se trata de una práctica social, centrada alrededor de ciertos valores (aquellos que dan sentido a una sociedad democrática y liberal), donde las reglas y principios tienen sentido como argumentos acerca de lo que la práctica, en su mejor interpretación, exige de sus participantes.

Dworkin se ocupa de los desacuerdos teóricos en el derecho. Sus objetivos son, en primer lugar, comprender de qué tipo son, para luego proponer una teoría sobre los fundamentos apropiados del derecho en el marco de tales desacuerdos.

A diferencia de otros fenómenos sociales, el derecho es una práctica esencialmente argumentativa, de la que solo se puede participar si se comprende que lo exigido o permitido depende de la verdad de ciertas propuestas que tienen sentido solo dentro de la práctica. Este aspecto argumentativo de la práctica legal puede ser estudiado desde dos perspectivas diferentes. Una es la externa del sociólogo o el historiador, que se pregunta, por ejemplo, por qué algunas pautas del argumento legal se desarrollan más en ciertos períodos que en otros. Este enfoque es posible pero no tiene ningún interés para saber qué derechos tenemos en nuestra comunidad, cuáles de nuestros reclamos son fundados como exigencias de la práctica. La otra es la perspectiva interna que adoptamos cuando hacemos planteos sobre lo que se requiere de acuerdo con el derecho (sentido doctrinal del concepto de derecho). Por ejemplo, cuando reclamamos que alguien debería compensarnos por el daño que nos causó su negligencia al conducir. O cuando exigimos que un homicida sea castigado con una pena determinada.

Para Dworkin, las teorías que asumen el punto de vista externo, realizando enfoques generales y descriptivos sobre los sistemas jurídicos, ignoran la estructura característica del argumento legal, lo que les impide dar una explicación satisfactoria a los desacuerdos jurídicos. Los enfoques filosóficos inspirados en el positivismo están afectados por lo que Dworkin llama "aguijón semántico" que consiste en creer que, para que podamos involucrarnos unos con otros en discusiones sensatas, es necesario que todos aceptemos

y sigamos los mismos criterios de decisión sobre el fundamento de nuestros reclamos, incluso si no podemos formular con exactitud estos criterios.

Una teoría semántica no es aplicable para el debate teórico sobre el derecho porque no constituye una adecuada caracterización del debate entre los miembros de una comunidad en particular, que comparten prácticas y tradiciones y discuten sobre la mejor interpretación de ellas. Cuando los participantes disienten sobre lo que requiere alguna tradición o práctica en circunstancias concretas, los postulados suelen ser polémicos y el desacuerdo es genuino a pesar de que las personas usen diferentes criterios para la formación de estas interpretaciones. Es genuino porque las interpretaciones que rivalizan están dirigidas hacia los mismos objetos o sucesos de interpretación.

Las personas interpretan en muchos contextos diferentes. Uno, el más familiar, es la conversación. La interpretación científica es otro contexto. Y un tercero es la artística. La interpretación de una práctica social (como el derecho), es similar a la interpretación artística en el siguiente sentido: ambas apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas, en lugar de lo que las personas dicen (como en la conversación) o los sucesos no creados por las personas (científica). Dworkin, tomando en cuenta dicha similitud, denomina ambas formas de interpretación como “creativas”, para distinguirlas de la interpretación científica y de la conversación.

La interpretación de las prácticas sociales y de las obras de arte se ocupa esencialmente de los propósitos y no de las meras causas (como la ciencia). La interpretación creativa no es una de conversación sino de construcción donde los propósitos relevantes para establecer la respuesta que exige o requiere no son los del autor sino los del intérprete (a diferencia de la conversación).

A grandes rasgos, una interpretación constructiva es la búsqueda del propósito atribuible a un objeto (o una práctica) que hace del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual pertenece. Pero eso no quiere decir que un intérprete pueda hacer de una práctica o una obra de arte algo que no es por el mero hecho de que él habría querido que fuera diferente. Tanto la historia como la forma de una práctica u objeto restringen las interpretaciones disponibles, aunque dicha restricción debe tener buenos fundamentos. La interpretación creativa es una cuestión de interacción entre propósito y objeto. Un participante que interpreta en forma creativa una práctica social propone un

valor para dicha práctica al describir un esquema de intereses, objetivos o principios que dicha práctica pueda servir, expresar o ejemplificar. Esos datos serán compatibles con atribuciones de sentido diferentes y rivales.

Dworkin distingue tres etapas en la interpretación: I) Primero: etapa "pre-interpretativa", donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica (la etapa equivalente es aquella donde se identifica un objeto como "novela", "pieza teatral", etc). Lo "pre-interpretativo" está entrecomillado porque aún en esta etapa se plantea la necesidad de algún tipo de interpretación. Sin embargo, se necesita un alto grado de consenso para que la interpretación sea fructífera. Por ejemplo, necesitamos un acuerdo básico para diferenciar una novela de un ensayo o un volumen de poesía. II) Segundo: etapa interpretativa, donde el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica interpretativa. Esto consistirá en un debate de por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general. Por ejemplo, si queremos establecer los rasgos que hacen a una novela "buena", nos basaremos en todos los ejemplares de novela que hayamos conocido en el pasado. III) Tercero: etapa post-interpretativa o reformadora, donde se ajusta el sentido sobre lo que requiere "en realidad" la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta la etapa interpretativa. En el caso de la novela, sería en esta etapa cuando decidimos cuál es la mejor interpretación de una novela en concreto, a la luz de los argumentos disponibles.

Una distinción importante al caracterizar la empresa interpretativa es entre dos tipos de actitud escéptica frente a sus posibles resultados. La mayoría de las personas cree que algunas interpretaciones son mejores que otras. En cambio, para ciertas tesis escépticas suponer que las interpretaciones pueden ser correctas o incorrectas constituye un error filosófico.

Para Dworkin corresponde hacer una distinción crucial: el escepticismo dentro de la empresa de interpretación (una posición sustantiva sobre la mejor interpretación de una práctica o de una obra de arte) y el escepticismo sobre y fuera de dicha empresa. Un escéptico interno se dirige a los reclamos que desafía (no se puede, por ejemplo, interpretar El combate de la tapera asumiendo que su hilo narrativo es la denuncia de la condición posmoderna). El escepticismo externo es una teoría metafísica que niega que haya valores estéticos o morales. Es externo porque no está comprometido con la

existencia, el valor y la continuidad de la práctica, y condena la creencia de que, a la interna de ella, haya alguna respuesta correcta.

Dworkin no acepta el escepticismo externo porque piensa que los juicios morales no son descripciones de un reino moral, metafísico especial. El lenguaje de la objetividad no se utiliza para dar a los reclamos interpretativos una base metafísica sino para enfatizar o calificar su contenido. O también para distinguir argumentos personales de impersonales. Por ejemplo, si digo que la esclavitud es algo erróneo para dejar en claro que pienso que es condenable aun en aquellas comunidades que la aceptan. Si alguien dice que estoy equivocado, debe querer decir que la esclavitud no es incorrecta en absoluto o no es incorrecta en todas partes. Esta es una versión de escepticismo interno.

Para Dworkin el escepticismo externo no puede amenazar ningún proyecto interpretativo porque éste no necesita suponer que hay valores "allá afuera". El único escepticismo con el que vale la pena discutir es el interno (que puede ser muy amplio) y que debe defenderse con argumentos del mismo carácter del rival al que se opone y no ser reclamado a partir de alguna pretensión metafísica o empírica.

El derecho es un concepto interpretativo y eso determina la responsabilidad de sus protagonistas centrales: para los jueces es un deber continuar, en lugar de descartar, la práctica que han elegido (no pueden dejar de fallar estableciendo el mejor derecho en los casos que se les plantean) y ello requiere encontrar los mejores argumentos disponibles desde un ejercicio de interpretación constructiva. De modo que desarrollan teorías sobre sus responsabilidades en el marco de la práctica jurídica y cuando disienten, en lo que Dworkin denomina "forma teórica", sus desacuerdos son interpretativos. Las teorías interpretativas de cada juez se basan en sus propias convicciones sobre el sentido de la práctica legal como un todo y es inevitable que estas convicciones sean diferentes, al menos en el detalle, de las de otros jueces.

Una caracterización así podría hacer pensar en una gran inestabilidad jurídica, en la medida que parece plausible un amplio grado de continuo disenso sobre qué realmente exige el derecho. Sin embargo, sostiene Dworkin, una variedad de fuerzas mitiga las diferencias y contribuye a la convergencia. Toda la comunidad posee paradigmas de derecho, suposiciones o proposiciones que la práctica judicial no puede objetar sin incurrir en corrupción o ignorancia. Cualquier juez uruguayo que diga que las

reglamentaciones no son parte del derecho vería rápidamente desconocida su autoridad. Esto desalienta las interpretaciones más radicales e implausibles. Cierto conservadurismo es inevitable en la educación legal: las fuerzas tienen al equilibrio y el derecho fracasaría si las distintas teorías interpretativas en juego divergieran demasiado en una determinada generación. Pero también resultaría indeseable un tradicionalismo uniforme, donde el cambio fuera casi imposible. Lo que de modo inevitable sucede es que ciertas soluciones interpretativas son muy populares (como la fuerza de la legislación y su relación con el precedente) durante gran parte de la historia de la práctica. Otras son objeto de debate y controversia hasta que terminan siendo modificadas o descartadas. La línea de acuerdo y desacuerdo es temporaria. De repente, lo que antes parecía inobjetable comienza a resulta objeto de controversia y se desarrolla una interpretación nueva o incluso contrapuesta en forma radical de una parte importante de la práctica legal por parte de algunos tribunales. Luego esta se expande, los paradigmas vigentes se rompen y surgen nuevos paradigmas que los reemplazan.

Dworkin denomina a su concepción interpretativa derecho como integridad. Su objetivo no es recapturar los propósitos o ideales de los políticos que establecieron las diversas leyes; es justificar lo que hicieron en el marco de una historia general que valga la pena ser contada aquí y ahora. Exige una apreciación de la historia de la práctica comprometida con su valor. Su horizonte es que la práctica actual puede ser organizada y justificada según principios lo suficientemente atractivos para garantizar un futuro honorable.

El derecho como integridad requiere que cada juez que resuelva un caso de derecho se considere como alguien que ocupa un lugar en una práctica que tiene historia, asimilable a un autor que escribe un capítulo de una novela en cadena. Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden los casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad. En *Law´s Empire* Dworkin distingue dos diferentes aspectos de esa tarea: concordancia y justificación. Las convicciones sobre concordancia proporcionan un requisito inicial que una interpretación de una parte del derecho deberá cumplir para ser elegible. Por ejemplo, cualquier teoría que sostuviera como principio de derecho privado para

Norteamérica, que los ricos deben compartir su riqueza con los pobres sería invalidada, De igual modo, alguien que desconociera la competencia del poder legislativo. La historia legal delimita el papel que pueden desempeñar las convicciones personales del juez.

En cambio, cuando la prueba inicial de concordancia no discrimina entre dos interpretaciones de algún estatuto o secuencia de precedentes, los jueces se encontrarán con los casos difíciles. En tales ocasiones, deben decidir entre las interpretaciones elegibles, preguntándose qué dicen de la estructura de la comunidad de las instituciones y decisiones, bajo el mejor enfoque posible, desde la perspectiva de la moralidad política. Como la mayoría de los jueces será, en general, como las demás personas de su comunidad, la equidad política y la justicia abstracta no rivalizarán a menudo demasiado para ellos. Sus concepciones de trabajo incluirán un principio de más alto orden que articule los otros dos. Por ejemplo, los jueces suelen asumir que las decisiones políticas deberían respetar, en general, la opinión de la mayoría legislativa, pero también que este requisito se torna menos serio o desaparece a la hora de juzgar sobre derechos constitucionales. Los casos muy difíciles obligarán a cada juez a desarrollar su concepción de derecho junto con sus principios más abstractos de moralidad política, de forma tal que se apoyen mutuamente (Dworkin, 1986).

3. El positivismo contemporáneo y la cuestión normativa

La milenaria pregunta sobre la normatividad del derecho tiene especial vigencia en la actualidad, ya que un fenómeno extendido en la cultura jurídica de las democracias contemporáneas es la denominada *constitucionalización* del derecho. En este sentido, afirma Moreso (2015: 172), somos testigos de "la constitucionalización y la incorporación a los tratados internacionales de amplias declaraciones de derechos que reconocen en una formulación genérica un catálogo de derechos cuyo contenido solo puede determinarse, según parece, mediante el recurso a la argumentación moral".

En virtud de lo anterior, la discusión sobre el sentido y relevancia de las constituciones contemporáneas parece solaparse con un debate sobre la relevancia actual del positivismo jurídico, abarcando cuestiones que van desde la distinción entre reglas y principios, la existencia o no de una moral objetiva, hasta el carácter normativo o descriptivo de la propia teoría del derecho. (Marquisio, 2019).

A efectos de presentar un panorama sistemático del problema de la normatividad jurídica en los desarrollos más recientes del positivismo contemporáneo (abarcando a incluyentes, excluyentes y realistas) corresponde: (I) precisar aquello que se entiende por *positivismo contemporáneo*, buscando identificar las tesis centrales que resultan comunes a los autores que aceptan esta etiqueta; (II) analizar las distintas respuestas que desde tiendas positivistas se han presentado en torno al problema de la normatividad.

El término *positivismo jurídico* resulta ambiguo, dado que es usado en diversos sentidos, y su análisis exhaustivo excede los objetivos de este trabajo. Por tanto, restringiendo la discusión a sus términos más básicos, podemos tomar en cuenta dos sentidos: por un lado, podemos hablar de *positivismo jurídico* para denotar una amplia tradición del pensamiento, que opera como una especie de "música ambiental" jurisprudencial, en tanto marca el tono del tipo de cuestiones y temas que ciertos teóricos consideran interesantes o problemáticos; por otro lado, podemos hacer referencia a una posición filosófica que compromete con alguna o varias proposiciones distintivas sobre la naturaleza del derecho (Dickson, 2012; Gardner, 2001).

A los efectos de este trabajo, el relevante es el segundo sentido: en términos metodológico, el positivismo jurídico puede caracterizarse, según sus objetivos y propuestas, como una teoría analítica, descriptiva y explicativa. Como hacen en general las teorías analíticas del derecho se plantea dar respuesta a una pregunta conceptual: ¿Qué es el derecho? Lo que cada teoría busca al respecto es una explicación que supere a las anteriores (Shapiro 2014). Puede entenderse, con Raz (2013), que una teoría (general) del derecho será exitosa si, por un lado, consiste en proposiciones acerca del derecho que son necesariamente verdaderas (para todo sistema jurídico) y, por otro lado, si estas proposiciones explican lo que el derecho realmente es, en el sentido de constituir verdades significativas o interesantes.

Siguiendo la propuesta de Moreso (2002), podemos caracterizar esas tesis centrales de la siguiente manera: I) la tesis de las fuentes sociales del Derecho: la existencia y contenido del Derecho de una determinada sociedad dependen de un conjunto de hechos sociales (acciones de los miembros de dicha sociedad); II) la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral: la validez jurídica de una norma (la pertenencia de una norma a un sistema jurídico) no conlleva de manera necesaria su concordancia con

la moralidad, y la validez moral de una norma no comporta necesariamente su validez jurídica; III) la tesis de los límites del derecho o de la discreción judicial: el contenido de las normas jurídicamente válidas no determina la calificación normativa de todas las acciones y, en los casos difíciles (donde el derecho está indeterminado), los jueces tienen discreción a la hora de decidir las controversias.

Tras el embate al positivismo jurídico llevado a cabo por Dworkin, muchos autores positivistas intentaron reformular las tesis básicas de su teoría, bien para rechazar las críticas o para mostrar que pueden ser compatibles con sus supuestos básicos. De manera que debemos preguntarnos qué proposiciones sobre la naturaleza del derecho comparten positivistas jurídicos contemporáneos responsables de una obra filosófica jurídica tan diversa y amplia como son Joseph Raz, W. Waluchow, Leslie Green, John Gardner, Andrei Marmor, Jules Coleman, Scott Shapiro, Kenneth Himma, para citar algunos de los más relevantes.

Una forma de abordar las diferencias entre los positivistas contemporáneos es poniendo el foco en la *tesis de las fuentes sociales*. Mientras que los positivistas jurídicos excluyentes insisten en que, tanto la base como el contenido de los criterios de validez son, de forma necesaria, fácticos, los positivistas jurídicos incluyentes sostienen, en cambio que, si bien la base de dichos criterios debe ser fáctica, su contenido no tiene por qué serlo, sino que puede ser normativo o valorativo (Jiménez Cano, 2013).

Shapiro (2014) sostiene que el debate entre positivismo excluyente e incluyente es esencialmente una disputa terminológica: “el punto de discusión es si resulta adecuado llamar “norma jurídica” a una norma sin pedigrí que los jueces tienen la obligación jurídica de aplicar” (p. 336), ya que ambos coinciden en que, para decidir sobre la calificación jurídica de una conducta, una vez que se agotan las normas con pedigrí, los jueces tienen la obligación de aplicar normas morales. En definitiva, para ambos tipos de positivistas, el derecho se fundamenta en última instancia en hechos sociales[5].

Si bien existen discrepancias en torno a esta tesis, como las que vimos anteriormente o las que refieren a la cuestión de si el fundamento social del derecho, caracterizado a

5 El propio Hart da lugar en el *Poscriptum* (1994) a la objeción de que la disputa es trivial o meramente verbal, que también se hace desde el antipositivismo (Finnis, 2011; Dworkin, 2006 y 2011).

menudo como una regla de reconocimiento, debe entenderse en la línea del convencionalismo jurídico (Hart, Postema, Marmor) o desde alguna otra caracterización, como la de Shapiro que concibe al derecho como una actividad de planificación compartida, no hay ninguna pretensión más central del positivismo jurídico que la tesis de que el origen del derecho radica en hechos sociales. (Jiménez Cano, 2013). Es importante destacar que la tesis social, por sí sola, no brinda ningún dato relevante sobre la normatividad del derecho.

Asimismo, la tesis social, así entendida, nos permite incluir dentro del panorama positivista a otra tradición relevante del pensamiento jurídico como es el realismo (Green, 2021). En palabras de Guastini el realismo jurídico que "combina una concepción empírica del conocimiento jurídico con una tesis escéptica sobre la interpretación, es una visión abiertamente positivista sobre el Derecho. Sin duda, no todos los juristas positivistas son realistas, pero todos los realistas son positivistas (excluyentes)" (2021:224).

Si bien, como fue dicho, existe un acuerdo general entre positivistas en cuanto a la defensa de la tesis social, no sucede lo mismo con la tesis de la separación entre derecho y moral. Algunos positivistas jurídicos sostienen que la columna vertebral del positivismo jurídico se encuentra también en esta tesis, entendida en su formulación tradicional, es decir que no existe una conexión entre derecho y moral, mientras que para otros ella no forma parte de los compromisos básicos del positivismo.

En este sentido Raz (2013) argumenta que si entendemos esta tesis como expresando que una teoría solo puede ser positivista si sostiene que no requerimos el uso de ningún concepto moral para determinar las características necesarias del derecho, entonces su propia teoría acerca de la naturaleza del derecho no puede ser considerada parte de la tradición positivista, pues una de sus tesis, la pretensión de autoridad legítima, se presenta como un concepto moral que resulta una propiedad necesaria o esencial del derecho. De la tesis social no puede implicarse la separación entre el derecho y la moral, ni ningún vínculo particular entre ambos órdenes normativos (1982, 2013).

En su artículo "Legal Positivism: 5½ Myths" (2001:34), Gardner, desde una posición positivista excluyente, sostiene que la tesis que afirma que no hay conexiones necesarias entre derecho y moral es "absurda", pues nadie puede dudar en forma sensata de que hay

conexiones entre moral y derecho, que los propios positivistas jurídicos se han esforzado en afirmar. Autores de vasta influencia como Hobbes, Bentham, Raz, Coleman sustentan en distintas conexiones necesarias entre el derecho y la moralidad sus explicaciones de varios aspectos de la naturaleza del derecho.

Con relación a este punto, Raz (2013:179) sostiene que es necesario cuestionarnos si la pregunta por la conexión necesaria entre derecho y moral es un buen *test reactivo* para diferenciar teorías del derecho. A esta pregunta el autor da una respuesta negativa, considerándolo un test equivocado, ya que entiende que "no puede haber duda acerca de que hay conexiones necesarias entre el derecho y la moral". Sin embargo, es necesario clarificar estas relaciones ya que estas constituyen un asunto central en la explicación de la naturaleza del Derecho.

Plantear de manera correcta las preguntas sobre la relación entre moral y derecho nos ayudará a una completa elucidación del fenómeno jurídico, en especial teniendo en cuenta que la preocupación filosófica del positivismo de dar cuenta de su naturaleza en términos puramente empíricos enfrenta la dificultad de explicar un fenómeno que, al menos, en apariencia no puede ser aclarado de esa manera: la normatividad.

Tal como sostiene Coleman (2005), entender el derecho es comprenderlo parcialmente como una institución normativa o práctica. Una cuestión fundamental es, por tanto, identificar las propiedades del derecho que caracterizan la normatividad distintiva del derecho y sus condiciones de posibilidad. Tras el giro hermenéutico dado por Hart, y la prevalencia del punto de vista interno en la explicación del derecho, el positivismo, en tanto teoría descriptiva, se ha visto enfrentado a nuevos problemas para, en respuesta al desafío de Hume, dar cuenta de las dimensiones fáctica y práctica del fenómeno juridico.

Bix (2021) sostiene que la dificultad explicativa de la normatividad del derecho pareciera derivarse de dos aspectos que se dan en él en forma simultánea. Por un lado, un elemento descriptivo, empírico, vinculado a las acciones de los funcionarios vinculadas al establecimiento y aplicación de ciertos estándares de conducta y, por otro, uno prescriptivo, entendido como una especie de razonamiento practico a que los funcionarios y ciudadanos acuden para determinar cómo deben comportarse. Las normas jurídicas imponen, a través de actos, deberes que afectan a la vida de las personas; es necesario

explicarlas en su naturaleza dual: como hechos sociales complejos y como juicios de deber involucrados en razonamientos justificatorios. (ver, asimismo, Bayón, 1991).

Las soluciones que los teóricos han dado a estas preguntas suelen comprometer aspectos de diversa complejidad teórica, vinculados eventualmente con la naturaleza del razonamiento práctico, con las relaciones entre la moral y el derecho, con el papel que desempeña la autonomía de la voluntad en la aceptación de reglas jurídicas, entre otros.

A continuación, analizaremos algunas de las respuestas brindadas por teóricos relevantes que aceptan la etiqueta positivista.

Un grupo de autores al enfrentarse, desde el positivismo, a la pregunta por la normatividad del derecho lo ha entendido como un pseudo problema del que no debería ocuparse la teoría del derecho, sino que debe ser objeto de reflexión de otras disciplinas.

Uno de los más importantes representantes de esta postura es Eugenio Bulygin (2004). Este autor argentino, reconoce que la filosofía del derecho, tradicionalmente, trata de responder a dos problemas: dar cuenta de qué es el derecho y de cuál es su normatividad Mientras la primera pregunta se refiere al concepto de derecho y a su estructura, la segunda tiene que ver con la obligatoriedad o fuerza vinculante del derecho.

Este autor sostiene que es cierta la acusación que se realiza al positivismo de dar una respuesta insatisfactoria al problema normativo, pero agrega que esto no es un defecto del positivismo jurídico sino una consecuencia natural de este. En este sentido, cree que los intentos de los teóricos del derecho de tratar de dar cuenta de la normatividad del derecho se basan en un malentendido, pues lo que hay explicar es la validez jurídica, no como la existencia de un deber moral de obedecer el derecho sino como el deber jurídico de aplicar normas jurídicas (ver Delgado, 2019). Asimismo, el autor afirma que sostener la posición de que el derecho es un fenómeno social, un artificio humano que se basa en hechos sociales complejos, tiene como consecuencia necesaria la separación entre el derecho que es y el que debe ser. Afirmando que la tesis de la separación, en el sentido de que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral es una consecuencia de la tesis de las fuentes sociales y una característica definitoria del positivismo jurídico.

Como vimos anteriormente, en la actualidad muchos autores que aceptan la denominación de *positivistas* no sostienen la tesis de la separación en este sentido. La

idea de que el derecho no debe ocuparse del problema de la normatividad, es el resultado de una postura metaética antirrealista hacia la moral, como la que sostiene Bulygin, que endosa un amplio escepticismo práctico[6].

El punto de vista que asume Bulygin, supone entender que la teoría jurídica se ocupa de las obligaciones jurídicas, pero no puede decir nada sobre nuestras obligaciones morales, ni siquiera de las obligaciones morales de los jueces. Estos, de forma inevitable, tendrán decidir cómo actuar en el caso de un conflicto entre sus deberes jurídicos y morales: conforme a sus deberes jurídicos (dejando de lado lo que él cree su deber moral) o conforme a lo que él cree es su deber moral (dejando de cumplir sus obligaciones jurídicas). Esto porque no hay razones morales objetivas y las obligaciones jurídicas no son nunca razones concluyentes para actuar (2004:26)

En sentido similar Jules Coleman afirma que "el derecho no solo no impone deberes morales, sino que es un error pensar que una teoría jurídica adecuada debe explicar la fuerza normativa del derecho". El derecho solo tiene valor instrumental y su autoridad depende del hecho de que es una manera convencionalmente aceptada de producir consecuencias sociales deseables…si hay un deber moral de hacer lo que el derecho ordena, el hecho de que esa conducta es requerida por el derecho no desempeña ningún papel en una teoría defendible que pretenda dar cuenta de ello". La conclusión de Coleman es que "en vez de sentirse molestos sobre las implicaciones de la tesis de separación, los positivistas deberían festejar el hecho de que ellos no pueden dar cuenta de la obligatoriedad del derecho. La regla de reconocimiento no es más que una regla social y no proporciona ningún fundamento para la obligación". (citado en Bulygin, 2004: 26).

Guastini exponente del realismo genovés sostiene, en la misma línea de Bulygin que: "describir el derecho que existe y evaluarlo son dos empresas intelectuales diferentes e independientes" (2020:38). En virtud de esto, sostiene, no puede existir ninguna

6 Como aclara Redondo, el escepticismo de Bulygin no solo es moral sino práctico en general pues, para él no existen normas objetivas en general, ya sean morales, jurídicas, religiosas, etc. Por eso distingue entre una empresa teórica, que entiende puede justificarse en términos de verdad y falsedad, y una empresa practica, que solo puede justificarse en términos subjetivos o intersubjetivos. Es este tipo de compromiso metaético con el escepticismo lo que explica que Bulygin, a diferencia de gran parte del positivismo contemporáneo, no considera que el positivismo deba ser desarrollado asumiendo la perspectiva de la filosofía práctica (Redondo, 2021, 373-374).

obligación *objetiva* de obedecer la ley, si bien el legislador exige obediencia el conocimiento de las normas no implica una obligación de obedecerlas, ni ninguna obligación de obedecer se desprende de la propia existencia o validez jurídica de una norma.

Guastini critica a las posiciones que caracterizan al derecho como un conjunto de entidades abstractas, como reglas o entidades enigmáticas deónticas, tales como las obligaciones y los derechos. Desde un punto de vista realista – empírico – el derecho no es más que un conjunto de hechos, que caracteriza como bastante peculiares, tales como enunciados lingüísticos (de las autoridades que dictan la ley) y practicas interpretativas (de los juristas y jueces). Por tanto, la explicación del derecho vigente podría consistir en una interpretación cognitiva o en una metajurisprudencia descriptiva. Siendo la primera un análisis no comprometido de las normas promulgadas por los legisladores, que busca detectar los significados posibles a la luz de convenciones lingüísticas existentes, métodos interpretativos, teorías jurídicas y decisiones judiciales pasadas (si las hay). Por otro lado, con relación a la metajurisprudencia descriptiva, la misma consiste en consiste en analizar y dar cuenta de las tendencias doctrinales y, sobre todo, de las decisiones judiciales pasadas. Tanto una como la otra intentan predecir las decisiones futuras de los tribunales, por lo que para cuenta del derecho no es necesario adoptar la tesis del punto de vista interno (Guastini, 2020).

Siguiendo con las posiciones que entienden que una teoría del derecho no debería ocuparse de la normatividad encontramos a Brian Leiter, uno de los principales representantes contemporáneos del realismo jurídico, cuya propuesta consiste en la naturalización de la teoría del derecho.

Leiter parte de una reivindicación del realismo jurídico norteamericano que, según este autor, fue mal caracterizado por Hart en su obra fundamental, adoptando una visión centrada en la postura realista de Jerome Frank, la cual ha predominado en el panorama jurídico actual. Por esto propone considerar a los realistas como proto-naturalistas y presentar una caracterización de su visión, bajo la luz de nuevos paradigmas filosóficos, basándose en la propuesta de Quine.

En su Libro *Naturalismo y teoría del derecho,* Leiter afirma que en general se condena al positivismo por no contestar a la pregunta acerca de "la autoridad, para la conciencia

(esto es: el juicio racional ultimo) de un funcionario o un ciudadano particular, de estas prescripciones (jurídicamente validas) dictadas e impuestas" cuando en realidad ésta no es una pregunta que se haya formulado el positivismo" (Leiter, 2012, p. 221).

Leiter cree que, si bien los positivistas pueden, obviamente contestar y de hecho han contestado a la pregunta por la normatividad, no lo hacen en virtud de su particular teoría positivista del derecho, sino más bien en virtud teorías sobre la legitimidad y de la autoridad justificada. No existe ningún argumento que lleve a concluir que la tarea central de la filosofía jurídica es dar cuenta de la normatividad del derecho o, como muchos autores lo presentan, de la capacidad del derecho de ofrecer razones específicas para la acción.

En este sentido Leiter sostiene que preguntas del tipo ¿cómo debe que analizarse el concepto de obligación jurídica? o ¿qué significa pretender autoridad sobre alguien? si bien contienen términos que son sin lugar a duda normativos, parecen requerir respuestas puramente descriptivas. "Una teoría del derecho descriptiva afirma que las normas epistémicas, por si solas son suficientes para demarcar los fenómenos jurídicos a los efectos de la investigación teórico-jurídica" (2012: 226). Esto es posible porque no se necesita nada más que valores epistémicos para dar cuenta de conceptos hermenéuticos (determinados por la forma en que los participantes entienden tales conceptos) como el derecho. Solo una concepción del derecho objetivista en sentido mínimo parece ser compatible con la normatividad del derecho, precisamente porque 1) el consenso grupal es constitutivo de los hechos jurídicos, y 2) ese consenso es necesariamente accesible a esa comunidad. Decir que el derecho es mínimamente objetivo supone en principio que lo que el derecho es está determinado epistémicamente y que X es un hecho jurídico si la comunidad de los jueces y abogados lo considera como tal (2012:345-344).

El autor dirige una crítica al análisis conceptual, al cual caracteriza como una forma obsoleta o "de sillón" de hacer filosofía, un enfoque que otras disciplinas filosóficas abandonaron hace mucho tiempo. Identifica al análisis conceptual con las siguientes tesis: 1) la posibilidad de distinguir entre enunciados analíticos y sintéticos, ya extensamente criticada por Quine; 2) la creencia en que el análisis de nuestras intuiciones sobre el uso de los conceptos nos garantiza un conocimiento mayor sobre el derecho.

El problema es que, según Leiter, nada garantiza que nuestras intuiciones sean generalmente compartidas ni que dicho tipo de análisis nos proporcione un mejor conocimiento sobre cómo es efectivamente el derecho). Sostiene así, siguiendo a Quine, que "no existe una distinción real entre afirmaciones que son "verdaderas en virtud del significado" y las que son "verdaderas en virtud de los hechos, o entre verdades" necesarias " y "contingentes", hay solo el hecho sociohistórico de que, en todo momento de la historia de la investigación, existen determinados enunciados que difícilmente son abandonados sobre la base de evidencias empíricas recalcitrantes, y otros que son abandonados más fácilmente cuando se encuentran pruebas en conflicto con ellos" (Leiter, 2021:236; ver Nuñez Vaquero, 2011)

Para Leiter, *naturalizar* la teoría del derecho significa adoptar la metodología de las ciencias naturales. El planteo se basa en que, lo característico del crecimiento de la ciencia en el siglo XX, no ha sido la tendencia a dejar de lado ámbitos de la experiencia humana, sino más bien la de expandir su cobertura para subsumirlos. En el ámbito normativo, basta con pensar en las reconstrucciones psicoanalíticas de la moral y de la motivación moral, a comienzos del siglo XX, o las explicaciones evolucionistas que dominan el estudio científico de la experiencia normativa a comienzos del siglo XXI. Esta expansión de la ciencia y de la epistemología científica es, en efecto, la consecuencia previsible de su éxito practico en los ámbitos originales de aplicación.

El *método naturalista*, que presenta Leiter, contiene dos tesis subsidiarias: una sustantiva y otra metodológica. Según la primera, respecto de las cuestiones acerca de lo que existe y lo que conocemos, no podemos confiar en nada mejor que en las teorías científicas exitosas. De acuerdo con la segunda, en la medida en que la filosofía está interesada en lo que existe y en lo que conocemos, debe operar como la rama abstracta de las teorías científicas exitosas. Dado que los resultados que obtiene cualquier tipo de análisis a priori, ya sea conceptual o intuitivo, no son especialmente alentadores, nuestro concepto de derecho no debe ser aquél que parece reconstruir mejor nuestras intuiciones morales o cognitivas, sino el adoptado por quienes realizan predicciones más exitosas.

Según la crítica naturalista, los valores epistémicos, junto a los métodos de análisis conceptual y apelación a la intuición no pueden proporcionar nada más que resultados etnográficamente relativos. Tendríamos entonces que optar entre dos soluciones, la de

Finnis (que Leiter considera el verdadero contrincante de la tesis positivista) que propone encomendarse a la evaluación moral para demarcar el objeto de la investigación teórico-jurídica, o el método naturalista enmarcado en las tesis previamente expuestas. En definitiva, si la teoría del derecho se ocupa de las propiedades esenciales del derecho (la comprensión del derecho que existe), debemos confiar en la ciencia y no en la moral para resolver sus objetivos (Leiter, 2012: 243).

Las posturas hasta aquí analizadas ubican a la teoría en un punto de vista externo para estudiar el fenómeno jurídico y uno escéptico con relación a la moral, dejando de lado el problema normativo, del que entienden se deberán ocupar otras disciplinas[7]. Estas posiciones, de un modo u otro, se niegan a superar las categorías propias del positivismo jurídico, a partir de las cuales resulta problemática cualquier remisión a una instancia que trascienda de los hechos sociales, como origen inmediato de las normas positivas. Buena parte del positivismo contemporáneo, en cambio, sí ha intentado responder a las preguntas por la normatividad del derecho y su autoridad práctica. Esto supone necesariamente tomar en cuenta el punto de vista interno del que hablaba Hart, aunque esta empresa es abordada de muy distintas maneras.

A continuación, analizaremos distintas propuestas enfocadas en el punto de vista interno que buscan dar respuesta en forma explícita al problema de la normatividad, aun a riesgo de exceder de alguna manera el marco positivista (o al menos el modo en que, muchos integrantes de la tradición han entendido sus límites).

La existencia y posibilidad de identificación de razones jurídicas tienen como condición necesaria la aceptación de una perspectiva especifica: el punto de vista jurídico. Conceptualmente, el punto de vista jurídico consiste en la postura de quien en el marco de un sistema institucionalizado adopta el compromiso normativo de actuar por un cierto universo restringido de razones y de no actuar en base a las razones que entren en conflicto con estas (Raz,1999; ver Marquisio,2019).

---

7 Un análisis aparte requeriría el constitucionalismo garantista de Ferrajoli (2011), que su autor entiende como un refuerzo del positivismo y no su superación, enmarcando su propuesta en un no cognoscitivismo ético, desde el que intenta dar una justificación axiológica a los derechos fundamentales, dejando de lado lo que denomina el paleo-positivismo legalista, pero sin abandonar las tesis centrales de la filosofía iuspositivista.

Una definición abstracta como ésta debe concretizarse en alguna concepción del punto de vista jurídico, cuyo principal problema se encuentra en su articulación con el punto de vista moral. Por este motivo cualquier intento de caracterizar el punto de vista jurídico deberá explicar: (i) en qué consiste el compromiso normativo que posibilita el punto de vista jurídico; (ii) cuál es el universo práctico en que se insertan las razones por las cuáles el agente se compromete a actuar y excluir otras que, consideradas todas las circunstancias, podrían indicar un curso de acción alternativo; iii) cómo este compromiso puede dar cuenta de los términos normativos fundamentales de las prácticas jurídicas: normas creadas e identificadas en contextos institucionales, obligaciones, derechos (Marquisio, 2017: 879)

Los autores positivistas han propuesto distintas caracterizaciones de este punto de vista jurídico. Si bien todos coinciden en las instituciones básicas que implica el concepto de derecho, discrepan en los modos en que la existencia de éstas puede tener peso decisivo en las razones de los destinatarios de las normas. A continuación, exploraremos algunas de las propuestas.

María Cristina Redondo denomina a su propuesta *positivismo jurídico interno.* La autora sostiene que existe una cierta ambigüedad en la caracterización de los puntos de vista interno y externo de Hart, por lo que elabora su teoría a partir de una distinción al interior de estos. En primer lugar, realiza una diferenciación entre lo que llama *punto de vista externo 1*, aquel que es adoptado por un teórico que se sitúa en tercera persona y que pretende describir hechos y punto *de vista interno 1* el que también se realiza desde la tercera persona, pero en tanto sostiene un abordaje conceptual, no se dedica a explicar cuestiones de hecho, sino que se detiene en el significado de una práctica. A su vez, distingue entre punto de vista entre *punto de vista interno 2*, que refiere a la actitud de aquel que acepta el derecho en primera persona, y *punto de vista externo 2* seria aquel que no acepta la practica (ej. hombre malo de Holmes) (Ver Delgado, 2019). En base a esto, Redondo sostiene que es posible una teoría del derecho que se posicione desde el punto de vista interno sin que esto suponga aceptación de la práctica.

Redondo realiza una crítica a las teorías reduccionistas del derecho, las que distinguen por un lado entre enunciados de existencia y validez y, por otro, enunciados sobre el contenido o significado de las normas. Hace una crítica en particular a la postura de

Bulygin, cuyo reduccionismo radica en no distinguir en forma clara entre normas y deberes jurídicos, por una parte y normas o deberes morales por la otra, rechazando el conocimiento de entidades normativas, evitando comprometerse con el cognitivismo ético (conocimiento de normas verdaderas o universalmente correctas) (Ver Carrio, 2022).

El *positivismo jurídico* interno busca articular los presupuestos metateóricos de un enfoque dirigido al estudio del derecho que explique su especifico carácter normativo y en esta tarea dirige sus argumentos a defender dos tesis principales: "(i) que las normas jurídicas constituyen necesariamente una razón en sentido formal, independientemente de la corrección sustancial de los contenidos que expresen; y (ii) que la teoría del derecho puede ser moralmente neutral respecto de su objeto" (Gaido, 2020). Sostiene que se pueden formular enunciados que refieran al contenido del derecho y resulten puramente descriptivos, desde un punto de vista que no presuponga su aceptación.

La idea central en la propuesta de Redondo, es que "el derecho pretende que las reglas jurídicas, consideradas como lógicamente inderrotables, sean ofrecidas como razones formales (ie, premisas de un argumento) en el marco de un discurso justificativo en todos los casos a los que se aplican (y, en su caso, que se den razones cuando se decide contrario a lo que requieren" (Monti, 2020:68). Esta propuesta, incluye las tesis de que la naturaleza del derecho es de carácter ideal, y, al mismo tiempo, es un fenómeno normativo, con un carácter práctico, por lo que intenta una teoría del derecho que, a la vez que describe la práctica como exige el canon positivista clásico, permite informar de los deberes jurídicos, identificando así el contenido del derecho (Carrio, 2020)

Con relación a la primera tesis Redondo afirma que las normas son entidades ideales cuyo contenido "puede captarse directamente, sin que su identificación este determinada por la práctica de las conductas que las aplica" (Redondo, 2018 citada en Carrio, 2020). Para la autora, las normas jurídicas son normas genuinas, pero de un modo muy especial En este sentido Redondo afirma:

"si el carácter práctico del derecho puede atribuirse solo en la medida en que este constituye una razón sustantiva y objetiva, el positivismo tendría que admitir que el derecho, tal como esta teoría lo identifica, no tiene necesariamente carácter práctico. Si una teoría positivista incluye la tesis de que el derecho consiste en un conjunto de reglas

con carácter práctico, dicho carácter práctico no puede ser entendido en estos términos puesto que entraría en contradicción con su propia tesis según la cual del hecho que algo sea una regla jurídica no se sigue que ella merezca ser obedecida" (Redondo, 2018:125, citada en Moreso 2022).

Por tanto, a efectos de preservar el carácter práctico del derecho. plantea que las reglas jurídicas sean reconocidas como lógicamente inderrotables y usadas como premisas de argumentos formales en todos los casos en los que se aplican, pues el derecho pretende que las reglas jurídicas sean razones en un sentido lingüístico-formal. Esto implicaría que rechaza la idea de que las normas jurídicas provean a sus destinatarios razones robustas, genuinas para actuar, lo que "no podría explicar adecuadamente la pretensión del derecho de que somos responsables los unos a los otros para actuar como nos requieren" (Monti, 2020, p. 74).

Una de las propuestas más influyentes es la de Joseph Raz, quien defiende que el punto de vista de los participantes, (el de aquellos que entienden al derecho como fuente de justificación de sus comportamientos), tiene primacía conceptual para elucidar el concepto de derecho, "nuestro concepto de derecho" (GAIDO, 2011). Sin embargo, la idea de primacía conceptual puede significar la posibilidad de que existan dos conceptos de derecho diferentes, debiendo la teoría dar preferencia al de los participantes, o que existe un solo concepto de derecho y que los participantes tienen una determinada ventaja con relación a su acceso[8].

Dado los intereses que se ven afectados por sus reclamos, los participantes no pueden aceptar al derecho sino en virtud de consideraciones morales. El derecho tiene un rol justificatorio y quienes se involucran en las practicas jurídicas, no puede dejar de aspirar a un fundamento moral para sus acciones, el cual para Raz consiste en la pretensión de autoridad legítima

El autor sostiene que las normas nos proporcionan razones protegidas para actuar, razones que excluyen otras consideraciones y para comportarnos como la norma prescribe. Esas razones protegidas, suponen una estructura reforzada destinada a impactar en la reflexión práctica, aunque, sin embargo, Raz no las considera razones concluyentes,

8 Gaido (2011) considera que es este último sentido el que resulta más plausible atribuir a Raz.

(razones que no han sido superadas ni canceladas por otra razón) sino *prima facie* para actuar (Gaido, 2011, p.135).

El derecho pretende autoridad, pero no siempre alcanza su propósito; sólo cuando la autoridad es *realmente* legítima, las normas reflejan las razones subyacentes que tenemos para actuar y alcanzan efectivamente su propósito. De esta manera, se preservan los supuestos básicos del positivismo, como una teoría sobre el concepto y la identificación del derecho la cual, sin embargo, permanece incompleta sin una teoría sobre qué se entiende por autoridad legítima. La autoridad es legítima cuando reúne los requisitos de la doctrina que llamó la *autoridad como servicio*. Es en este ámbito en que se dan las conexiones necesarias entre derecho y moral más significativas, esto es las conexiones que se relacionan con la perspectiva evaluativa que informa nuestro pensamiento acerca de cómo el derecho debería ser (Raz, 2009).

Es decir, para Raz, la verificación de los hechos sociales es una condición necesaria pero no suficiente para explicar la normatividad jurídica (Bardazano, 2015). El test raziano de normatividad tiene una doble dimensión, por un lado empírica, en tanto la existencia del derecho depende de ciertos hechos sociales, (al igual que en la teoría de Hart, no hay derecho sin ciertos hechos institucionales), y, por otro lado moral, aquella que da cuenta propiamente de la normatividad del derecho, que depende entonces de que la legitimidad a la que aspira su fuente de origen sea efectiva. En este sentido sostiene el autor:

> Cuando el derecho es normativamente válido, lo es en virtud de un principio moral, y, por lo tanto, si entendemos que el derecho es normativamente valido no podemos construir sus requerimientos como constituyendo un punto de vista independiente de la moral, un punto de vista que representa un asunto normativo separado que no tiene nada que ver con la moral, y que se pregunta si reconoce a la moral como aplicándose a sus funcionarios (Raz, 2004, p.7).

El autor sostiene que resulta evidente que nadie puede imponer obligaciones a otro por el solo hecho de expresar su voluntad de que el otro tenga esa obligación. Los gobiernos pueden hacerlo solo en la medida de que existen principios validos que fundamentan su legitimidad y la de las leyes que estos elaboran; se trata de principios morales, tanto si son jurídicos como si no, porque permiten, o incluso exigen, que algunas personas

interfieran de varias e importantes maneras en las vidas de otras. Por tanto, es posible concebir al derecho como un punto de vista normativo en contraste con la moral (Raz, 2009)

Esta posición admite que existan disposiciones jurídicas que carezcan de normatividad, y, como sostiene Gaido (2011), la normatividad raziana no es un rasgo necesario del derecho sino un valor que este pretende alcanzar.

La concepción de este autor sobre la normatividad jurídica se sostiene desde la asunción de la unidad del razonamiento practico (que involucra diferentes razones jerarquizadas entre sí) y el pluralismo de valores (diferentes valores inconmensurables entre sí y que pueden entrar en conflicto). Teniendo esto en cuenta, las razones jurídicas, en cuanto razones morales, podrían entrar en conflicto con otras razones morales permitiendo así que los participantes puedan criticar moralmente al derecho (Gaido, 2011, p. 121). Lo importante es cómo los participantes, en particular aquellos que son centrales para la propia caracterización de la práctica, es decir, los jueces, deben resolver los conflictos (aquellos casos en los cuales una razón jurídica en tanto razón moral especifica entra en conflicto con otra razón moral),

El derecho es identificado siempre de acuerdo con la tesis de las fuentes sociales, pero los tribunales poseen discreción para modificarlo de acuerdo con pautas morales, cuando deciden los casos. Raz distingue entre razonamiento acerca del derecho (reasoning about the law) y razonamiento con arreglo al derecho (reasoning according to law): “The first is governed by the sources thesis, the second I believe to be quite commonly straightforward moral reasoning” (Raz 1994: 317; citado en Bardazano, 2015).

Desde el punto de vista del participante, si el derecho no remite a consideraciones extrajurídicas para la resolución del caso que se plantea, las normas jurídicas son razones *primas facie*, en tanto y en cuanto pueden no determinar lo que hay razón concluyente para hacer si se tiene en cuenta todas las demás normas jurídicas validas. Si el derecho nos remite a consideraciones extrajurídicas para la resolución del caso, el derecho es fuente de razones concluyentes y lo que está en cuestión es la identificación de la solución jurídica que brinda el derecho. Desde la perspectiva de los participantes, si el derecho ofrece una solución al caso que se plantea, aun cuando se reconozca la existencia de otras consideraciones no jurídicas relevantes, las únicas pertinentes para justificar su acción

son las de carácter jurídico. En los casos donde, por el contrario, hay remisión a consideraciones extrajurídicas hay que entender que el derecho no ofrece una solución jurídica.

Una propuesta que considera el impacto de las razones jurídicas y morales de modo muy diferentes es la de Kenneth Himma. Este autor defiende la tesis de que la única forma de dar cuenta de la normatividad del derecho es recurriendo a las razones prudenciales, proponiendo lo que pareciera una vuelta a la propuesta austiniana. Las aspiraciones teóricas de este enfoque son explícitamente modestas “El punto último de [un modesto análisis conceptual] es explicar el mundo de nuestra experiencia tal como lo construimos socialmente" (2020: 42).

Según Himma, debe tomarse como central, para el análisis del derecho, su naturaleza coercitiva: una de las características más destacadas de la práctica jurídica es que el sistema autoriza mecanismos de coerción para inducir a los sujetos a hacer lo que se considera socialmente deseable o a abstenerse de hacer lo que se considera socialmente indeseable. Las prácticas básicas definen nuestros conceptos jurídicos y, por ende, es razonable considerar que la dependencia del derecho de los mecanismos de aplicación coercitiva resulta paradigmática, un constituyente necesario de los sistemas jurídico. Esto debe arrojar luz sobre el problema de la normatividad del derecho, entendida como la capacidad de persuadir a los sujetos racionalmente competentes para que se comporten de una determinada manera (Himma, 2018; ver Woodbury-Smith, 2021)

Himma atribuye gran relevancia al aspecto artefactual del derecho, que tiene las siguientes implicaciones: (1) está hecho con un propósito, (2) tiene al menos un uso característico, (3) posee una función conceptual y (4) su normatividad es funcional. El uso característico del derecho como sistema es mantener la paz en una sociedad determinada. Para explicar cómo es que el sistema jurídico es capaz de motivarnos a cumplir sus normas obligatorias y reivindicar su normatividad, debemos explicar qué razones nos proporciona para obedecer la ley *porque es ley*, no qué razones podemos tener para obedecer *alguna ley*.

Por tanto, la explicación de la normatividad del derecho requiere entender las razones que proporciona este, lo que lleva a considerar la naturaleza de la obligación jurídica. A tales efectos, Himma considera pertinente la distinción entre razones subjetivas y

objetivas. Las subjetivas son internas y están vinculadas a las pasiones y deseos, pero no necesariamente a reglas de racionalidad que se apliquen a alguna persona más allá de sus propios sentimientos. En cambio, si aceptamos que pueden existir buenas y malas razones, entendemos el concepto de *razón objetiva* (estándares objetivos de racionalidad practica que expresan valores con respecto a si una razón es buena o mala). A su vez hay que distinguir entre razones explicativas y justificatorias. Las primeras dan cuenta de un acto, mientras que las segundas lo justifican o legitiman. Cada una de estas clases de razones tiene una dimensión subjetiva y objetiva. El autor expresa así que, para resolver los problemas de la obligación y normatividad jurídica, las razones que nos ocupan son las que podemos caracterizar como objetivas justificativas: *buenas razones que deben motivarnos por una cuestión de racionalidad práctica normativa*. (Himma, 2018).

Según el autor, el propósito regulatorio de la ley solo puede ser obtenido a través de proporcionar razones relevantes, para aquellos que no estén inclinados a obedecer el derecho, a los efectos de inducirlos a actuar de otra manera. El principal argumento para rechazar que el derecho provee razones subjetivas es que, desde esta perspectiva, se vuelve imposible explicar cómo el derecho es vinculante.

La empresa de Himma se centra en explicar la normatividad del derecho en términos de razones básicas: morales y prudenciales. El autor sostiene que, salvo que la tesis de la coerción sea cierta, no podemos dar sentido a por qué hacemos lo que hacemos con el derecho. La única explicación plausible de la obligación legal y. por ende, de la normatividad jurídica, implica una respuesta no voluntarista según la cual las obligaciones legales vinculan a los sujetos proporcionándole razones prudenciales para la acción. Asumir cualquier otra explicación de la normatividad implica, según el autor, que las normas solo pretenden definir las obligaciones jurídicas, lo que considera inconsistente con las prácticas generalizadas y las autoconcepciones de los profesionales, que construyen el contenido de nuestros propios conceptos de derecho y obligación jurídica. (Himma,2018)

Desde esta breve caracterización del trabajo de Himma pareciera concluirse que para el autor el derecho *necesariamente provee* al sujeto con razones objetivas para la acción y no solo *pretende* hacerlo. Himma entiende que dar cuenta de la normatividad del derecho solo es posible ubicando al derecho dentro de las razones básicas, concretamente

en las razones prudenciales, a diferencia de posturas como la de Raz, donde se afirma que el derecho es normativo en la medida en que pretende ser una autoridad legítima y como tal proporcionarnos razones (morales) para la acción.

Como se dijo antes, si bien los positivistas comparten la tesis social no todos acuerdan en la totalidad de sus implicaciones. A continuación, nos centraremos en dos autores, Andrei Marmor y Scott Shapiro que, partiendo de entender el derecho como una práctica social, han reformulado la regla de reconocimiento propuesta por Hart y profundizado en el problema de si se trata o no de algún tipo de convención. Estas propuestas se identifican con lo que Bertea (2021) caracteriza como *social-practice legal positivism*.

En su obra *Positive Law and Objective Values*, Marmor afirma ser consciente de que el fundamento convencional del derecho y su relativa autonomía originan algunas preguntas difíciles sobre la objetividad del derecho, la moral y la relación entre ambas, por lo que dedica tres capítulos a analizar el problema de la objetividad, basándose en la distinción entre objetividad y realismo metafísico. En tal sentido entiende que esta distinción es importante porque existen ámbitos que admiten la objetividad metafísica sin el realismo, así sucede por ejemplo con los valores que pueden ser aspectos objetivos del mundo, aunque su estatus ontológico no sea independiente de la mente, como pretende el realismo moral (Marmor 2001)

Marmor (2001, 2009), intenta superar las criticas sufridas por la caracterización de la regla de reconocimiento como una convención, desarrollando una teoría que busca conceptualizarla como una convención constitutiva, apartándose de la interpretación mayoritaria, que la entendió como una regla regulativa. Este esfuerzo de Marmor permitió que la visión convencional sobreviviera y se sofisticara.

Las convenciones son normas que pueden cumplir una función constitutiva, es decir, a través de su introducción pueden establecerse practicas hasta ahora inexistentes. Este tipo de convención tienen una existencia y normatividad distinta de las convenciones coordinativas, por lo que no pueden reducirse a estas últimas, sin embargo, ambas son convenciones de superficie. Esto significa que no se consideran practicas normativas independientes, sino que operan sobre una capa convencional más abstracta, donde encontramos lo que Marmor llama convenciones profundas (ver Bertea, 2021).

El derecho tiene, entonces, una estructura convencional de múltiples capas. El autor entiende que es un error de muchos teóricos tomar a la normatividad como un aspecto central a explicar, pero asumiendo que hay una sola pregunta subyacente al respecto. Para Marmor, no existe nada especial o único relativo a la normatividad jurídica, lo que intenta demostrar a partir de una explicación de la naturaleza del seguimiento de normas en general.

Diferentes tipos de normas proporcionan razones para la acción de diferentes maneras. En tal sentido, podemos identificar cuatro clases de normas: (1) normas que funcionan para codificar razones preexistentes para la acción; (2) normas que instancian, o completan, razones para la acción que no determinan los modos de conducta que responderían a las razones; (3) normas que constituyen diversas actividades humanas; y (4) directivas autorizadas. Una vez explorado el modo en que estas diferentes normas influyen en nuestras razones para la acción, argumenta que los cuatro tipos también están presentes en el derecho, por lo que resulta un error atribuir algo único a la normatividad jurídica la cual, si bien es compleja y multifacética, no resulta, en lo fundamental, diferente de la de otros ámbitos prácticos. (Marmor, 2018)

Siguiendo a Searle, sostiene que las reglas constitutivas no solo determinan, sino que también regulan la conducta y, en particular, que la regla de reconocimiento como regla constitutiva no solo determinaría lo que cuenta como derecho en una cierta comunidad, sino que también obligaría a los jueces y otros funcionarios a seguir los criterios que ella fija para la identificación del derecho.

Una vez que nos damos cuenta de que las reglas de reconocimiento son convenciones constitutivas y no coordinativas, podemos ver que realmente no hay nada único o particularmente desconcertante en la idea de que los jueces deben seguir las reglas. El sentido en el que un juez está obligado a seguir las reglas de reconocimiento es exactamente igual que la obligación de un árbitro en un partido de cricket de seguir las reglas del críquet, esta respuesta así planteada parece muy similar a una propuesta conceptual de la regla de reconocimiento como la de Bulygin. Sin embargo, el autor no es ajeno a este punto, y entiende que cualquier explicación de una práctica social debe dar cuenta del punto de vista interno. Las creencias de los participantes sobre sus razones

para actual es una parte fundamental de la información que necesita ser explicada. (Marmor, 2021; ver Rodriguez, 2015)

Marmor cree que el positivismo jurídico es mejor entendido como una teoría sobre la naturaleza del derecho, descriptiva (en el sentido que no busca justificar o legitimar ningún aspecto de su objeto de estudio), moralmente neutra (no tiene por qué adoptar una postura sobre ninguna cuestión moral o política en particular, no se encuentra comprometida a ninguna evaluación política o moral) en la línea sugerida por Hart (Rodríguez, 2015).

Sobre la posibilidad de la descripción sea moralmente neutral, se encarga de aclarar que esto no significa que el concepto de derecho pueda dilucidarse "sin referencia a la moral", entendiendo al positivismo jurídico como una visión sobre la naturaleza del derecho, es necesario comprender y explicar que lo convierte en un instrumento especial de control social, lo que no es posible de comprender si no se entienden los propósitos del derecho en nuestra cultura.

Así, Marmor sostiene que, tanto si entendemos al derecho como una institución autoritativa o si lo consideramos como, en esencia, coercitivo, no podemos conocerlo teóricamente sin un entendimiento sobre la autoridad y el rol que cumple en nuestro razonamiento practico, del lugar que ocupan las sanciones en la regulación de la conducta, o del modo en que se dirige a los funcionarios o al público en general. Estas son importantes preguntas sobre la naturaleza del derecho, y no pueden ser respondidas sin una comprensión conceptual de la moral, de las necesidades morales y políticas de la sociedad y del razonamiento practico en general. Sin embargo, estas preguntas no implican necesariamente que deba hacerse una teoría del derecho con pretensiones evaluativas o normativas (Marmor, 2018).

Como otros positivistas a que se ha hecho referencia en este trabajo, Marmor no niega que hay muchas conexiones esenciales entre derecho y moral, incluso muchas que podrían considerarse necesarias. (Marmor, 2021) En la misma línea que Gardner y Raz, sostiene que es necesario pensar con más detenimiento sobre la tesis de la separación y que la misma necesita ciertas modificaciones. Esto es verdadero tanto del derecho en general como de las leyes particulares que lo constituyen. Pero el derecho es una práctica institucional, y es este aspecto lo que crea una brecha entre validez jurídica y validez

moral. Una norma válida puede ser moralmente inválida, lo que no es incompatible con afirmar que derecho es una práctica social que involucra aspectos morales

El autor caracteriza las reglas convencionales como razones objetivas para la acción porque a su juicio, siguiendo a Raz, la función básica de las reglas sería reemplazar a las razones de primer orden, o al menos a algunas, aplicables en la deliberación práctica (Rodriguez, 2015). Para Marmor (2009) sostener que hay una razón para seguir la regla presupone que ello es funcional a un propósito u objetivo, en otras palabras, que resulta valioso o bueno en algún sentido (aunque no necesariamente moral).

La mera existencia de las reglas de reconocimiento no basta para explicar porque la gente tiene razones para seguirlas, en tanto la naturaleza obligatoria de tales reglas está condicionada por las razones subyacentes para participar en la práctica del derecho, dejando así abierta la cuestión de si jueces abogados u otros participantes tienen o deben tener razones morales para intervenir en dicha práctica. En este punto la normatividad del derecho funciona exactamente igual que la normatividad de cualquier otra practica social constituida convencionalmente.

Marmor (2001) sostiene, con Hart, que una explicación adecuada del derecho debería tomar en cuenta el punto de vista de los participantes de la práctica (punto de vista interno), en especial de aquellos comprometidos (jueces y otros funcionarios especialmente) que ven en las normas razones para la acción. Sin dudas este punto de vista es normativo, sin embargo, entiende que puede existir una aproximación filosófica al mismo que puede mantenerse como descriptiva y moralmente neutra, marcando que la opinión contraria parece derivar de una confusión entre captar un valor o un razonamiento evaluativo y la formación de un juicio evaluativo sobre el mismo, por lo que sostiene que la disputa entre Dworkin y el positivismo jurídico no es sobre la naturaleza de la interpretación sino sobre el rol que ésta juega en la determinación de qué es el derecho. Los positivistas consideran que la interpretación es solo una de las maneras en que el compromiso humano con el derecho modifica o crea nuevo derecho.

A la luz de lo anterior, la posición de Marmor, se presenta como híbrida en tanto rechaza todo subjetivismo y se esfuerza por esbozar una concepción de la objetividad de los valores, desde un positivismo excluyente. Aunque reconoce la imposibilidad de una teoría jurídica totalmente descriptiva, considera que la exigencia metodológica positivista

se cumple desde el momento en que no se mezcle la descripción (aunque sea guiada por valores y estudie una realidad indiscutiblemente valorativa) con la toma de partido sobre el ordenamiento.

Para cerrar un panorama somero sobre las concepciones positivistas contemporáneas de la normatividad es muy apropiado considerar la propuesta presentada por Scott Shapiro en su obra *Legality* (2011) la que probablemente sea la más relevante actualmente.

Shapiro busca una nueva respuesta a las clásicas preguntas sobre la naturaleza y normatividad del derecho, introduciendo su influyente teoría de la planificación, centrada en la noción de agencia compartida masiva y en la hipótesis básica de que somos seres que planifican.

La idea de planificación refiere aquí a una propiedad básica de las acciones humanas que ha sido destacada por el trabajo del filósofo Michael Bratman, para quien uno de los aspectos distintivos de la psicología humana es que los seres humanos deseamos numerosos fines, pero enfrentamos una seria escasez de recursos para obtenerlos necesitamos de la coordinación para lograrlos (ver Canale, 2018). De esta manera Shapiro, utilizando herramientas analíticas de teoría jurídica pero también de la teoría de la acción colectiva nos presenta al derecho como un complejo plan social. (Bix, 2021; Canale, 2018).

A continuación, se resumen las tesis básicas expuestas en Legality (2011).

El ejercicio de la autoridad jurídica, constituye una actividad de planificación social, en tanto las instituciones jurídicas planifican para las comunidades sobre las que pretenden autoridad, tanto diciendo a sus miembros lo que pueden o no hacer, como autorizando a algunos de ellos a planificar para los demás. Un plan es una clase especial de norma, con una estructura característica (parcial, compuesta y anidada), creada por un proceso incremental, intencional, que dispone a los destinatarios a cumplir con las normas creadas, y que pretende resolver las preguntas sobre lo que debe hacerse. Los planes estructuran el razonamiento practico y la deliberación, guiando así nuestros cursos de acción.

Shapiro nos brinda una definición de *los sistemas jurídicos como instituciones de planificación social*, cuyo objetivo esencial es contrarrestar las deficiencias de las formas

alternativas de planificación. Las instituciones jurídicas deben permitir a las comunidades superar la complejidad de la vida en comunidad resolviendo problemas que no pueden ser solucionados con la misma eficacia por otros medios. Esta afirmación del propósito o meta fundamental del sistema jurídico explica porque lo consideramos valioso. Sin embargo, el problema fundamental para el cual el derecho supone una solución no es ninguna cuestión moral en concreto si no que se trata de una respuesta a un problema de orden superior: ¿cómo, en general, solucionar las cuestiones morales?

Cabe destacar que, a diferencia de Hart para quien los conceptos jurídicos como autoridad y obligación son normativos, pero no morales, Shapiro sostiene, que una vez que reconocemos la función social que típicamente satisfacen los conceptos jurídicos, es difícil no concluir que deben ser también morales. El mismo argumento que nos compele a usar la terminología y conceptos jurídicos como normativos, exige que también los consideremos morales; que la moral y el derecho utilicen un mismo lenguaje no es coincidencia en tanto el vocabulario da cuenta de un esquema conceptual compartido que da sentido al discurso jurídico.

Según este autor, la teoría de las prácticas de Hart no puede resolver la paradoja de la autoridad, ya que la existencia de una práctica social no resulta idéntica ni es suficiente para constituir una regla social. Si el positivismo jurídico ha de ofrecer una solución plausible a los problemas clásicos, se vuelve necesario encontrar una nueva manera de elaborar las ideas hartianas centrales.

En tal sentido, la teoría de los planes se orienta a iluminar nuestros puntos de vista sobre la naturaleza de la autonomía moral, vinculados con las explicaciones de la autoridad que vinculan la legitimidad a la obligación moral respecto a ciertos tipos de procedimientos colectivos para la toma de decisiones, como los democráticos. Así sostiene Shapiro que, en ciertas circunstancias, el mero hecho de que otro haya exigido que actuemos puede proporcionarnos razones válidas para actuar; en ciertos casos, la obediencia puede ser la forma correcta de mostrar el respeto a la propia autonomía.

La propuesta busca dar respuesta al desafío de Hume, (no puede derivarse un deber ser de un es) y a la *paradoja de la autoridad* que, en definitiva, tiene su origen en la pregunta sobre el fundamento de la autoridad jurídica (hechos sociales exclusivamente o también hechos morales). Para dar respuesta a la paradoja de la autoridad Shapiro sostiene que un

órgano tiene autoridad jurídica en un sistema jurídico en particular cuando se dan dos condiciones; 1) el plan maestro del sistema autoriza a ese órgano a planificar para otros y 2) los miembros de la comunidad en general obedecen a quienes gozan de esa autorización.

El autor entiende que los planes compartidos existen cuando se producen ciertos hechos sociales, y un plan compartido es capaz de autorizar a los funcionarios públicos a planificar para otros. Puede explicarse la existencia de reglas jurídicas fundamentales, sin que esto genere círculos viciosos, en el entendido de que dichas reglas son establecidas por los funcionarios en virtud de normas de la racionalidad instrumental, ya que éstas normas (que confieren la capacidad racional de planificar) no son planes ellas mismas, no han sido creadas por ninguna otra autoridad.

Aunque los funcionarios que aceptan el plan se ven obligados por este, ello no asegura que tengan efectivamente autoridad jurídica, entendida como la capacidad de imponer obligaciones o conferir derechos jurídicos. El punto de vista del derecho de cierto sistema es una teoría que sostiene que las normas de ese sistema son moralmente legítimas y vinculantes. Esta teoría como sostiene el autor, no es una concepción completa de la moral, sino que lo que afirma solamente es que las normas del sistema jurídico son legítimas y vinculantes, por lo que las preguntas morales deben ser respondidas sobre la base de estas normas, pero no responde como deben responderse las preguntas morales no resueltas. Aún más, podría ser falsa desde una perspectiva moral, en el caso de que los autorizados a actuar carezcan de legitimidad moral, no generando sus acciones obligaciones morales de obediencia.

Debido a la interpretación perspectivista de la palabra “jurídico” que hace Shapiro, es posible sostener que la teoría de los planes se adecua a la ley de Hume porque no deriva un deber ser a partir de lo que es, sino lo que es a partir de lo que es. La teoría de los planes no exige a quien razona jurídicamente que asuma el punto de vista interno hacia el plan maestro de un sistema jurídico. Sin embargo, una vez que la existencia y el contenido del plan maestro son reconocidos por quien razona jurídicamente, puede realizar evaluaciones descriptivas acerca de la perspectiva jurídica respecto de las obligaciones, derechos y validez morales, incluso si considera que èsta está equivocada desde el punto de vista moral.

De acuerdo a su teoría la función de las normas, en tanto planes o normas similares a planes, es guiar y organizar la conducta de los miembros de una comunidad a lo largo del tiempo y entre individuos, suprimiendo la deliberación y orientando al sujeto a actuar de acuerdo con el plan.

Shapiro adopta para su teoría la posición del positivista jurídico excluyente, asumiendo que los hechos jurídicos están determinados exclusivamente por hechos sociales. Con relación a otras consecuencias que se derivan de esta postura excluyente tenemos que distingue entre la toma de decisiones judiciales y el razonamiento jurídico. Asimismo, la teoría está comprometida con un antiformalismo moderado, si bien, al menos en algunos sistemas los jueces tienen la obligación jurídica de aplicar normas que carecen de pedigrí social, interpreta esta exigencia como una obligación de emprender una nueva planificación social. Así considera que las normas carentes de pedigrí que aplican eventualmente generan nuevos planes/normas, que no son el descubrimiento de planes/normas ya existentes. Porque si los planes /normas existentes pudieran ser descubiertos solo a partir del razonamiento moral, sería absurdo establecerlos y mantenerlos.

Con relación a la crítica realizada por Dworkin sobre los desacuerdos teóricos, Shapiro entiende que suponen un desafío poderoso para el positivismo jurídico. El simple hecho de que estas disputas tengan lugar parecería indicar que el derecho no puede fundamentarse en el tipo de hechos que el positivista cree que conforman la base de los sistemas jurídicos. Tantos positivistas jurídicos incluyentes y excluyentes al insistir en que los fundamentos del derecho se determinan por convención, tienen dificultades para dar cuenta de los desacuerdos sobre la relevancia jurídica de ciertos hechos, siendo que, por hipótesis (convencional), la relevancia jurídica presupone un acuerdo sobre esa relevancia.

Para entender la naturaleza de los desacuerdos bajo la teoría de los planes, debemos tener presente dos cosas: 1) que cuando los jueces discrepan sobre la relevancia de algún hecho moral para la interpretación de un texto jurídico no están discrepando sobre los fundamentos del derecho, y 2) que los planes son normalmente derrotables. Así la teoría de los planes sostiene que las actitudes de confianza son centrales para la meta-interpretación de los planes. Coincide con Dworkin en que debemos rechazar cualquier

concepción que privilegie las convenciones interpretativas como la única fuente para la metodología adecuada, así como en que la metodología interpretativa adecuada para un sistema jurídico particular es principalmente una función de qué metodología promovería mejor los objetivos que el sistema pretende alcanzar.

Sin embargo, hasta aquí llegan las coincidencias, ya que la teoría de los planes no trata el proceso de atribución del propósito a la práctica jurídica a la manera dworkiniana, esto es, como un ejercicio de filosofía moral y política, ya que, en cambio, atiende a puros hechos sociales. El autor sostiene que la metodología interpretativa adecuada se establece determinando cuál armoniza mejor con los objetivos establecidos por los planificadores del sistema a la luz de sus juicios de competencia y carácter. Esta propuesta, sostiene el autor, permite dar cuenta de la posibilidad de que haya desacuerdos teóricos, y sigue siendo positivista, al afirmar que los fundamentos del derecho están determinados por hechos sociales. Si bien el derecho tiene un propósito moral, a diferencia de autores iusnaturalistas como Finnis, Shapiro piensa que la falla en realizarlo, es decir, el ejercicio injusto de la autoridad, no transforma a un sistema en un caso periférico de derecho.

En suma, la teoría del derecho como planificación presentada por Shapiro busca contribuir arrojando nueva luz a múltiples debates filosóficos que todavía ocupan la agenda de los filósofos contemporáneos. En tal sentido su formulación sigue la línea del positivismo jurídico, en la cual se enmarca el autor, pero dando nueva forma a las tesis tradicionales, y logrando un alto impacto en el escenario global de la filosofía del derecho.

Luego de la exposición de las diversas propuestas acerca de la normatividad del derecho en el positivismo jurídico contemporáneo podemos aventurar algunas observaciones a modo de conclusión preliminar.

La explicación de la dimensión normativa del derecho se presenta como una especie de nudo gordiano para el positivísimo jurídico, ya que implica conciliar de alguna manera los aspectos empíricos y valorativos del fenómeno jurídico. El derecho es una institución con elementos sociales y normativos por lo que, lograr articular ambas dimensiones, clarificando las relaciones entre derecho y moral, es correctamente visto en la actualidad como un asunto central en la explicación de la naturaleza del derecho (Raz 2009).

En primer lugar, parece claro que actualmente todos los positivistas comparten un denominador común en la tesis social, considerando que el fundamento ultimo del derecho se encuentra en hechos sociales. Esta tesis podríamos caracterizarla como una tesis epistémica sobre la identificación del derecho, lo que supone que por sí sola no es capaz de decirnos nada relevante sobre la normatividad del derecho, ni sobre las relaciones entre el derecho y moral, es en sí misma "normativamente inerte" (Gardner, 2001).

Con respecto a las relaciones entre derecho y moral, la tesis de la separabilidad, generalmente atribuida al positivismo contemporáneo, es rechazada actualmente por algunos autores que aceptan la etiqueta positivista mientras que otros la aceptan, pero sostienen que existen multiplicidad de conexiones entre derecho y moral, algunas de ellas necesarias, por lo que esta tesis no parece un test reactivo que pudiera considerarse para distinguir entre las teorías del derecho (Raz, 2009).

Como vimos algunos positivistas no comparten la visión de que la normatividad del derecho sea el problema central del que se debe ocupar la teoría, considerando que en realidad se trata de un pseudo problema y que debe ser atendido por otras disciplinas como la filosofía moral o política. En general estos planteos corresponden a autores que se ubican en posiciones escépticas en lo moral. Es este tipo de compromiso metaético lo que explica que dichos autores no consideran que el positivismo deba ser desarrollado asumiendo la perspectiva de la filosofía práctica.

Sin embargo, la mayor parte de las propuestas del positivismo jurídico contemporáneo buscan dar cuenta de la dimensión normativa del derecho. Aunque los autores mantienen el compromiso mínimo positivista con la tesis social, lo consideran insuficiente para dar cuenta del fenómeno jurídico en sus múltiples dimensiones. Por tanto, incorporan en sus teorías aspectos valorativos, sosteniendo posturas alejadas de lo escéptico en lo moral y asumiendo que el problema de la objetividad de los valores resulta relevante para la normatividad del derecho. Si bien todas estas propuestas tienen como similitud las explicaciones apartadas del escepticismo moral, es posible diferenciarlas a través de sus compromisos metaéticos particulares.

El intento de los positivistas contemporáneos de reconocer la dependencia de toda teoría con respecto a los valores que le otorgan su sentido a la práctica jurídica y

proporcionan criterios para evaluarla, con la idea de que tales valores puedan considerarse objetivos pese a depender de lo social resulta, en principio, extraño a la tradición positivista más clásica.

Estos autores, claramente entienden que sostener un positivismo jurídico que (en la concepción más tradicional) deje de lado la normatividad, no resulta coherente con una explicación acabada del derecho. En este sentido es posible compartir lo que sostiene Leiter (2012) en cuanto a que, si bien los positivistas pueden intentar contestar a la pregunta por la normatividad, no lo hacen en virtud de su particular teoría positivista del derecho, sino más bien en virtud de sus teorías (morales) sobre la legitimidad y la autoridad justificada.

Es necesario en cierta medida cuestionarnos si las clasificaciones clásicas como positivismo e iusnaturalismo, siguen siendo útiles en el debate jurídico actual. Puede concluirse que, el único sentido en que parece relevante mantener la distinción entre el positivismo y otras teorías es en lo que refiere a la identificación del derecho, aunque como muchos autores han sostenido, la tesis social, que sería el corazón del positivismo como está planteado actualmente, es virtualmente compatible con diversas teorías. Sin embargo, esta tesis por si sola parece insuficiente para brindar una explicación completa del fenómeno jurídico. Por eso, muchos autores contemporáneos aceptan la etiqueta de "positivista" con cierta dificultad y con matices, muchos describirían sus teorías como "positivistas, pero…" (Dickson, 2012). En este sentido, Raz (2009) acierta al sostener que quizás hoy en día deberíamos dejar de intentar clasificar a los autores como positivistas, realistas, iusnaturalistas y enfocarnos en las teorías de cada uno, para evaluar cual nos brinda la mejor explicación del fenómeno jurídico en todas sus dimensiones.

4. **El antipositivismo y la cuestión normativa**

La división entre positivistas y antipositivistas, tal como ha sido entendida desde el debate Hart-Dworkin, refiere a si el derecho está necesariamente fundado en consideraciones morales, tesis que niegan los primeros y defienden los segundos. Esta forma de plantear el tema marca una continuidad con relación al eje anterior, en tanto iusnaturalistas, positivistas tradicionales y la teoría interpretativista de Dworkin,

comparten la idea de que, haya o no un vínculo necesario entre ambas, las normas jurídicas y morales son de *distinta clase*.

Aunque muchos antipositivistas actuales son iusnaturalistas o, al menos, aceptan esta diferencia ontológica entre normas jurídicas y morales, existe otra clase de antipositivismo contemporáneo que la controvierte, sosteniendo la tesis de que las normas jurídicas no solo dependen en última instancia de normas morales, sino que son ellas mismas normas morales (o un cierto subsistema de las normas morales que se origina en las instituciones jurídicas). Esta teoría, puede denominarse, según la propuesta de su referente más célebre, Ronald Dworkin[9], como *teoría del sistema único* (Dindjer, 2020).

En este capítulo se hará referencia en primer lugar a algunas posturas que se desarrollan en el marco de la tradición iusnaturalista y luego a la teoría dworkiniana más reciente.

Las teorías del derecho natural afirman que el concepto de derecho incluye la referencia a un conjunto de estándares racionales de conducta. Si llamamos derecho a una norma, la entendemos como orientada a proporcionar las razones para realizar la conducta que ella prevé. El caso central de *derecho* refiere a las reglas que provienen de las instituciones y se encuentran justificadas por razones para generar un deber generalizado de cumplimiento. Cuando las reglas de derecho positivo resultan injustas, arbitrarias o irracionales su pretensión de orientar la conducta se ve afectada con severidad y, en casos extremos, puede eliminarse por completo.

El reclamo central del iusnaturalismo es que el derecho tiene una doble naturaleza: por un lado, se compone de regulaciones autoritativas emanadas de las fuentes sociales (legislación, costumbre, jurisprudencia); por otro lado, su finalidad es proporcionar razones morales para la acción de gobernantes y ciudadanos. Las dos dimensiones deben ser tenidas en consideración por los jueces, legisladores y destinatarios de las normas. Por tanto, los seres racionales que están sometidos a un orden jurídico necesitan poder identificar las regulaciones positivas que provienen de las autoridades para determinar si tienen obligación moral de cumplirlas en cuanto provean razones efectivas para la acción, es decir, justificables desde estándares objetivos de valor (la ley natural). Lo que significa

9 La teoría es presentada en forma completa en la última gran obra de Dworkin y está destinada a superar su anterior interpretativismo (2011).

que constituye un mito que la idea de que los iusnaturalistas incurren en un error tan elemental como confundir la validez jurídica con la validez moral.

Desde la tradición iusnaturalista el problema de la normatividad jurídica está ligado a un supuesto básico de la razón práctica: la existencia, pese a la variedad de opiniones y prácticas sociales, de estándares de conducta verdaderos y válidos (la ley "natural" o "superior"). Tanto la doctrina clásica del derecho natural como la moderna, 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.

La teoría del derecho natural no rechaza al positivismo metodológico, en cuanto considera posible e interesante el estudio descriptivo de las normas provenientes de las fuentes sociales. Pero alega que la normatividad jurídica, esto es la obligatoriedad efectiva de esos estándares, no se verifica nunca por completo a partir de las fuentes sociales, sino que siempre son relevantes estándares objetivos de moral y justicia. La moral objetiva opera como justificativo último de la normatividad jurídica. La ley positiva es normativa cuando cumple un propósito moral –de acuerdo con principios verdaderos, independientes de las opiniones particulares - y deja de serlo en el momento en que sus defectos graves le impiden alcanzar tal finalidad (Finnis, 2002 y 2011).

La tradición iusnaturalista se remonta a la antigüedad clásica, pudiéndose tomar como referentes a los estoicos Platón, Aristóteles, Cicerón, Aquino y los contractualistas modernos (Locke, Hobbes, Kant) entre otros.

La versión más influyente de iusnaturalismo contemporáneo es la de John Finnis, basada en el pensamiento de Tomás de Aquino. Para Finnis, la teoría del derecho es parte de un proyecto más amplio que incluye tanto la idea de buena vida como las condiciones de legitimidad de los gobernantes y que puede resumirse en la pregunta ética: ¿cómo debemos vivir? Y en la pregunta metaética: ¿de acuerdo con que procedimiento o análisis podemos determinar los estándares para responder la pregunta anterior? (Bix, 2009, p.75).

Según Finnis, la respuesta a estas preguntas requiere el reconocimiento de la relevancia de una serie de bienes humanos básicos, que tienen valor intrínseco (las restantes cosas que valoramos se relacionan instrumentalmente con ellos), son fundacionales y no derivados, conceptualmente diferentes e irreductibles y resultan igualmente importantes.

Finnis presenta la siguiente lista: conocimiento (al que dedica un análisis detallado donde se ejemplifica la relevancia de los bienes humanos básicos en general), vida, juego, experiencia estética, sociabilidad (amistad), razonabilidad práctica y religión.

El punto central de su teoría del derecho es que esos bienes humanos solo pueden ser conseguidos mediante las instituciones de la ley humana y, además, hay exigencias de razonabilidad práctica que solo esas instituciones pueden satisfacer. Identificar dichos bienes y exigencias de la razonabilidad práctica es un requisito para así mostrar cómo y bajo qué condiciones tales instituciones se justifican y las formas en que ellas pueden ser defectuosas. Un teórico no puede proporcionar un análisis y descripción teórica de los hechos sociales a menos que él mismo participe en la tarea de valorar, de comprender qué es realmente bueno para las personas humanas y qué exige realmente la razón práctica. El objeto de una teoría sociológica o analítica del derecho es describir, analizar y explicar acciones humanas, prácticas, hábitos, disposiciones, discurso humano. Las acciones prácticas no se comprenden solo teniendo en cuenta procesos causales sino captando su fin, su objetivo, valor, relevancia o importancia (Finnis, 2011).

Para Finnis, hay que preguntarse de qué modo la legislación positiva (leyes, decisiones judiciales, costumbre jurídicamente validada) puede transformarse en un conjunto de razones para la acción. La legislación positiva es reconocible como tal por su validez formal o sistémica, del modo en que usualmente lo plantean los positivistas. Pero el hecho de que provea razones efectivas para la acción de los sujetos racionales autónomos a quienes pretende orientar en su deliberación práctica, depende de criterios sustantivos que son proporcionados por una teoría de los bienes humanos básicos.

Por un lado, los bienes humanos básicos hacen necesaria la existencia de gobiernos que provean las necesidades de la comunidad y que den forma al mundo social mediante reglas generales (*rule of law*). Por ejemplo, el bien básico *vida*, exige de instituciones que protejan la vida de las personas en su más amplia extensión y que establezcan mecanismos disuasivos para quienes estén dispuestos a atentar contra ellos. Del mismo modo, el bien básico *conocimiento* impone que haya instituciones educativas, que los gobernantes pueden fomentar, crear y regular de diferentes maneras, muchas legítimas y otras no legítimas. Por ejemplo, una forma de regular el bien humano conocimiento sería prohibir distintas actividades intelectuales con importante significación como la literatura o la

antropología. En ese caso, la ilegitimidad de la regulación sería evidente porque, lejos de promover el bien básico en cuestión, la institucionalidad contribuiría a su aniquilación.

Por tanto, en opinión de Finnis, las teorías positivistas se distinguen de las teorías del derecho natural por: a) su negación de que la teoría del derecho (como distinta de la teoría de la adjudicación, el deber judicial, la obediencia ciudadana) tenga la necesidad de abordar los temas antes mencionados y, consiguientemente, b) por la incompletitud de su concepción del derecho, esto es, por la ausencia una atención crítica y sistemática a los fundamentos de las afirmaciones morales que realizan o presuponen (Finnis, 2016).

Puede advertirse que la principal diferencia de Finnis con el positivismo jurídico es sobre todo metateórica, es decir, refiere al alcance de la teoría del derecho que, para los iusnaturalistas, debería ocuparse de los presupuestos de la valoración moral del derecho (las cuestiones éticas y metaéticas) y de las condiciones morales del ejercicio de la autoridad legítima (cuestiones de filosofía política) (Marquisio, 2013).

Las vertientes contemporáneas de la teoría jurídica del derecho natural reflejan una dualidad de fundamentos y propósitos, derivados de los dos sentidos en que se han entendido el término "ley natural". Algunos lo han utilizado con referencia a estándares del tipo reglas o principios que se diferencian de los positivos porque no provienen de las fuentes sociales. Otros, en cambio, lo emplean para dar cuenta de la ley como noción teleológica. En el último sentido, la mejor analogía de la ley natural es con las regularidades que capturan las leyes de la biología o la física. Los seres humanos están gobernados por la ley natural no en el sentido de que reciben órdenes o directivas de Dios u otra entidad, sino en cuanto están guiados por ciertos fines normativos y estos son buenos para ellos, teniendo en cuenta su naturaleza (Crowe, Youngwon Lee, 2019).

Esta última visión del derecho natural es la que tiene aportes contemporáneos más interesantes en cuanto al problema de la normatividad del derecho. Dos de ellos justifican una atención especial. El primero es el de Michael Moore, centrado en el derecho como clase funcional. El segundo es el de Verónica Rodríguez Blanco, fundado en la conexión constitutiva del derecho y las buenas razones.

Michael Moore (1992) afirma que una teoría del derecho natural contiene dos tesis: i) hay verdades morales objetivas (tesis del realismo moral); ii) la verdad de cualquier

proposición jurídica depende, en parte por lo menos, de la verdad de alguna proposición moral correspondiente (tesis relacional). Nótese que la tesis específica de teoría del derecho es la relacional, ya que la realista es una tesis metaética, que Moore no se ocupa de defender directamente. El realismo moral es una condición necesaria pero no suficiente para una teoría del derecho natural porque èsta, por sí sola, es compatible con el positivismo jurídico en cuanto, aun cuando hubiera hechos morales, podría ser que lo jurídicamente requerido dependiera exclusivamente de hechos sociales. Lo distintivo de la teoría del derecho natural es que afirma algún tipo de conexión necesaria entre el derecho y la moral[10].

El tipo de relación que propone Moore es una que denomina *fuerte*, según la cual la justicia de una norma es necesaria para su estatus como derecho (aunque el derecho y la moral no son entidades idénticas). Utilizando el lenguaje de Agustín: una ley injusta (y en igual sentido, un fallo judicial injusto) no es ley en absoluto.

Mooore reconoce que esta tesis fuerte puede resultar contraintuitiva. Para mostrar que es correcta, afirma, debe mostrarse que la esencia del derecho es tal que incluye a la justicia, entre otras cosas. Es decir que, de forma necesaria, si algún sistema, norma o decisión es injusto, no es *jurídico*. Aquí "de forma necesaria" quiere decir, no según el uso convencional de la palabra "derecho" (necesidad analítica) ni tampoco, de acuerdo con prácticas sociales que resulten universales (necesidad contingente), sino como una cuestión de la naturaleza de una de las cosas que existen en el mundo.

De acuerdo con Moore esto es posible solo si consideramos la clase de cosas a la que pertenece el derecho. Esta clase no es natural ni nominal sino funcional. A diferencia de la nominal, la clase funcional contiene elementos con una cierta naturaleza compartida que es más rica que la "naturaleza" de aquellos que meramente se unifican por un uso lingüístico. A diferencia de la natural, la clase funcional incluye elementos que se agrupan por su función y no por su estructura.

Aunque no es obvio que el derecho sea una clase funcional, Moore entiende que ello puede mostrarse si atendemos a la mejor teoría disponible para justificar la estructura lo

10 Como se dijo antes, los positivistas no niegan que haya conexiones necesarias entre el derecho y la moral, sino que cuestionan las conexiones específicas que proponen los antipositivistas.

jurídico. En tal sentido propone un procedimiento que requiere, en primer lugar, atender a las propiedades estructurales esenciales que han sido propuestas para caracterizar dicha estructura: sanciones coercitivas, hábito de obediencia, regulación de la propia creación, reglas secundarias que legitiman las otras reglas, autoridad legítima, etc. Un segundo paso, tras la elección de alguna propiedad como definitoria, llevaría a considerar los efectos típicos de tal propiedad. Por ejemplo, si la propiedad es la autoritatividad, podemos suponer que, cuando los ciudadanos creen efectivamente en ella, necesitan menos tiempo para pensar directamente en cuestiones morales, dedicarse a otras actividades de importancia, que se solucionan problemas de coordinación, etc. El siguiente paso, lleva a formular algunas hipótesis acerca del propósito general del derecho teniendo en cuenta esa propiedad definitoria: sujetar a la conducta humana a la guía de las reglas, ampliar la esfera de libertad y autonomía, la promoción del bien común en diferentes sentidos, el mantenimiento de la paz y el orden, etc.

El punto crucial es que arribar a alguna conclusión entre los candidatos de esa lista requiere una teoría completa de lo bueno y lo correcto: se ha de establecer lo que es objetivamente bueno y los medios permisibles para lograrlo a través de la acción. Solo así puede saberse cuáles de esa lista son bienes y para que sería bueno el sistema jurídico como tal.

Este proceder está ilustrado en la discusión de Finnis sobre los bienes humanos básicos cuyo propósito es establecer el propósito distintivo del derecho, que no podría ser otro que el bien común, porque este radica en un conjunto de condiciones que posibilitan a los miembros de una comunidad obtener por sí mismos objetivos razonables. Por ello tienen razones para colaborar con los demás, coordinando las diferentes visiones de la buena vida y permitiendo que cada uno realice su propia visión. Una vez que llegamos a esta conclusión, tenemos una visión consistente del propósito general del derecho y sus propiedades fundamentales. En la visión completa, el derecho aparece mucho más susceptible de ser caracterizado como “algo bueno para un propósito”, que como algo que conlleva una esencia estructural, y esa intuición se puede probar con respecto a cada una de las propiedades propuestas como esenciales. La teoría funcionalista que desea defender las tesis del derecho natural debe mostrar que el derecho necesariamente obliga, y esto puede ser cierto, si el fin del derecho solo puede realizarse por leyes cuya obediencia

resulte obligatoria, en sus términos, para ciudadanos y jueces. La función del derecho debe ser tal que su estructura posea esta propiedad.

De acuerdo con Sánchez Brígido (2020), aunque la teoría de Moore, al considerar al derecho un término de clase funcional y al depender de una teoría completa sobre lo bueno y lo justo, es controversial en cuanto a sus compromisos metafísicos y morales, presenta un desafío relevante a la postura de neutralidad valorativa en la identificación del derecho y en la consideración de su fuerza normativa, con que suele asociarse al positivismo jurídico.

Verónica Rodríguez Blanco (2014) presenta una justificación de la normatividad jurídica basada en una teoría de la razón práctica, cuyos fundamentos se encuentran en la tradición clásica (Aristóteles, Aquino y Anscombe), destinada a explicar los dos rasgos centrales del derecho: autoridad y normatividad.

La autora desarrolla un argumento que parte de mostrar como las acciones intencionales de los agentes que siguen las reglas jurídicas se explican desde la perspectiva del punto de vista deliberativo. Los agentes realizan las acciones por las razones justificatorias de las reglas jurídicas, que son entendidas a la mejor luz por el agente deliberativo, en cuanto puede describir sus propias acciones en términos de *características del buen hacer.*

Rodríguez Blanco rechaza lo que denomina el modelo de los dos componentes de la acción intencional (aceptación de la regla caracterizada como un estado mental) que implica describir a las acciones de seguimiento de las reglas desde la perspectiva de la tercera persona, asumiendo la simetría con la primera persona. Esto no es correcto puesto que el modelo de la primera persona es primario y el de la tercera persona es, por tanto, parasitario de este. Se encuentran afectadas por este error, en cuanto explicaciones fundamentales de los sistemas jurídicos, tanto la noción hartiana de aceptación (de la regla de reconocimiento), como la kelseniana de la normatividad en términos de una norma básica fundante.

Para dar cuenta de la relación entre las razones para la acción y las características del buen hacer, por un lado, y la acción intencional por otro, Rodríguez Blanco se funda en la metafísica aristotélica que caracteriza a los seres humanos como criaturas con cierta

naturaleza, entre cuyas capacidades figura la razón práctica como una de las más definitorias. Este poder puede ser apreciado solo en su actualización. En el caso de las reglas jurídicas, la cuestión fundamental es cómo el legislador o juez pueden producir o establecer algo con lo cual se involucrarán los ciudadanos bajo la idea de cumplimiento. Esto solo es posible que sea realizado de manera exitosa si estas autoridades, ejercitando su propia razón práctica y adoptando la perspectiva de la primera persona, indagan en lo que es valioso y en por qué ciertos estados de cosas pueden llegar a ser valiosos.

Cuando esto se logra, la capacidad de razón práctica de los ciudadanos deviene actualizada por las razones para la acción como valores y bienes que constituyen los fundamentos de las reglas jurídicas. Las reglas jurídicas son entidades que existen de modo diferente a las casas o las sillas. Pero, como estas, son creadas. Y, dado que las reglas jurídicas solo existen si las seguimos, en orden de crearlas se requiere el ejercicio de la razón práctica por parte de sus creadores para dirigirlas a personas que son capaces de responder a razones como características del buen hacer, que los creadores pueden formular y entender (2014: 71-72).

La consecuencia es que las pretensiones de legitimidad y corrección moral de las autoridades jurídicas deben ser entendidas como la expresión de intenciones acerca de cómo las acciones jurídicas deberían ser realizadas y estas expresiones modelan nuestras actitudes hacia las reglas del derecho. Las pretensiones de las autoridades entendidas como expresiones de intención en conjunto con el cumplimiento de los ocho desiderata del Rule of Law crean una presunción de bondad y, en consecuencia, legitimidad.

Este es un modelo de autoridad legítima basado en la idea de "apariencia de bien" que Rodríguez Blanco presenta como superior a la noción raziana de razones excluyentes, sobre la cual ofrece una crítica independiente, basada en que arriba al resultado paradójico de que, o bien las reglas (si no se siguen intencionalmente) no proporcionan razones o bien (si siguen intencionalmente) no funcionan como razones excluyentes.

Rodríguez Blanco defiende también una epistemología de valores objetivos a la que denomina "modesta". De nuevo, se basa en la idea del punto de vista deliberativo que involucra a nuestras capacidades prácticas y nos posibilita aprehender las características del buen hacer de las reglas jurídicas. Estas características se perciben en su instanciación en bienes particulares y no deben ser consideradas como máximas o principios. Nuestros

juicios de valor se dirigen a valores objetivos, en los cuales hay continuidad entre los compromisos personales y sociales, que son instanciados en particulares.

En suma, para Rodríguez Blanco la comprensión de la naturaleza de la normatividad jurídica implica la comprensión de la naturaleza y la estructura de la razón práctica robusta en el contexto del derecho y permite mostrar el modo en que la autoridad jurídica y la normatividad están enlazadas. Esta explicación nos permite distinguir entre las reglas de derecho autoritativas y normativas, en un sistema justo y bueno, de aquellos que son solo aparentemente autoritativos y normativos, en los sistemas perversos o malintencionados (2014:9).

La última obra de Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (2011), resulta de especial relevancia para la teoría del derecho contemporánea al menos por dos razones fundamentales. En primer lugar, por la ambición totalizante con que allí se aborda la cuestión normativa, desarrollando las implicancias filosóficas, éticas, morales y políticas de la unidad e independencia del valor. En segundo lugar, porque, al asignar al derecho una cierta ubicación concreta en el dominio integrado del valor, permite aclarar algunas perplejidades que han generado los cambiantes argumentos dworkinianos.

Tres tesis sobre el valor unifican el conjunto de cuestiones que se abordan en la obra: unidad, independencia y objetividad interpretativa (no metaética). Las cuestiones de valor requieren preguntas y respuestas integradas, en tanto cada una de ellas resulta una manifestación específica de alguna más abstracta y fundamental (unidad). En concordancia con la ley de Hume, las cuestiones de valor no dependen (o no son reductibles) a puras descripciones o explicaciones científicas (independencia). Los juicios valorativos (y, específicamente, los de carácter moral) pueden ser considerados verdaderos si y solo si hay un argumento sustantivo concluyente en favor de su verdad, siendo esa toda la objetividad que cabe requerirles En el dominio del valor, únicamente son relevantes argumentos o razones de primer orden, por lo que no tiene sentido un análisis del "status" de los juicios morales en términos de la metaética tradicional. En particular, es equivocado referirse a "hechos morales" que permitirían verificar los juicios de valor, según suelen asumir realistas y antirealistas metaéticos. El escepticismo, en cualquier dominio del valor, es defendible únicamente como una tesis sustantiva (objetividad interpretativa).

Dentro del dominio normativo, Dworkin ubica al derecho en una estructura a modo de árbol, donde hay continuidad entre la ética, la moral personal y la moral política (cada una de ellas se despliega, de modo integrado e interpretativo, a partir de otra que es su antecedente). De acuerdo con esta premisa, el autor revisa su concepción de la relación entre la moral y el derecho, alegando por el abandono de la imagen tradicional de los dos sistemas, en la cual incluye a su propia teoría interpretativista, desarrollada principalmente en *Law's Empire* (1986).

En lo que denomina *imagen ortodoxa*, derecho y moral describen diferentes colecciones de normas, donde el derecho está compuesto por estándares que pertenecen a una comunidad específica, por ser una obra de seres humanos construida a través de decisiones contingentes. La moral, en cambio, consiste en normas de fuerza imperativa para todo el mundo, no es "obra de nadie" y no está supeditada a ninguna decisión humana.

La teoría jurídica tradicional se pregunta cómo se relacionan estas dos clases de normas, lo que da lugar a algunas viejas disputas filosóficas sobre el carácter "jurídico" del derecho injusto, la posibilidad de identificar el derecho por juicios morales y la existencia o no de una obligación moral de cumplir con el derecho. Mientras que el positivismo ha considerado criterial al concepto de (doctrinal) derecho, buscando identificar criterios exclusivos de linaje para determinar la verdad de las proposiciones jurídicas, el interpretativismo considera las afirmaciones sobre lo que la ley requiere como la conclusión de un argumento interpretativo no siempre explicitado. Pero, en cuanto a la relación entre el derecho y la moral, ambas teorías están equivocadas, al considerarlos sistemas independientes. La diferencia estaría en el grado de independencia que les atribuye cada una.

Para reemplazar la imagen tradicional, Dworkin propone considerar al derecho como moral: la idea de un solo sistema, donde el derecho se considere parte de la moral política, distinguiéndose dentro de ella a partir del fenómeno de la institucionalidad, que permite diferenciar entre dos clases de derechos (y deberes) políticos. Por un lado, los derechos legislativos, a que las facultades legislativas de la comunidad se ejerzan de determinada manera, por ejemplo, estableciendo un cierto sistema de educación pública o absteniéndose de incluir la censura en la regulación de la expresión política. Los derechos

legales, por su parte, son aquellos que las personas pueden hacer efectivos sin necesidad de ulterior intervención legislativa como, por ejemplo, a que mi contraparte cumpla el contrato que acordamos, de acuerdo con las estipulaciones del Código Civil.

Entre estos tipos de derechos, la diferencia no es de certidumbre (ambos suelen ser controversiales) sino de oportunidad: en una democracia, las peripecias de la política determinarán las oportunidades y los contenidos de la producción legislativa, mientras que los derechos jurídicos, una vez reconocidos, son inmediatamente aplicables por los tribunales de justicia.

La imagen integrada, del derecho y la moral como un solo sistema, no niega la distinción que para Dworkin es "obviamente" esencial, entre lo que el derecho es y lo que el derecho debería ser. Pero esta distinción no puede ser entendida como conceptual sino como una complejidad dentro de la propia moral. La moral de una comunidad (al igual que, por ejemplo, la moral de una familia) es dinámica y la forma en que se haya decidido y ejercido la autoridad en el pasado resulta relevante para las decisiones presentes. Por tanto, siempre puede distinguirse entre estas dos preguntas: I) ¿Qué condiciones rigen, hoy, para el uso de la autoridad coactiva, dadas las características de la historia comunitaria? II) ¿Qué condiciones habría producido una mejor historia de respuestas a las preguntas relevantes? Esas cuestiones son siempre relevantes para determinar el grado en que debería estarse a lo decidido anteriormente o la forma en que los argumentos deben plantearse para proporcionar una guía adecuada a la conducta futura. Las razones que una comunidad tiene para mostrar deferencia a su historia son morales: se basan en principios como el juego limpio, el aviso oportuno o la distribución equitativa de autoridad, que estructuran la moral característica de esa comunidad.

Una decisión que no respetara esos principios estructurantes sería sorprendente e inequitativa, a menos que alguna interpretación mejor de esos principios mostrara por qué no lo es. Y cualquier nueva interpretación resulta en sí misma un ejercicio moral que no elimina la distinción entre lo que la moral comunitaria es y lo que debería haber sido. La mejor interpretación de los principios estructurantes puede hacer imponer que alguna decisión que hoy nos parece equivocada se siga, sin embargo, como precedente. La necesidad de una interpretación nueva puede atenuar la diferencia, pero no evita que, en

alguna circunstancia, una comunidad se vea obligada a ordenar lo que no habría querido (Dworkin, 2011: 400-415).

Para complementar un panorama del variado paisaje del antipositivismo contemporáneo, se presentan algunas de las obras que se han podido identificar como relevantes, de diferentes maneras, para el problema de la normatividad del derecho.

Fred Alford, (2010), desarrolla un interesante intento de actualizar la teoría del derecho natural, explorando una problemática contemporánea. Partiendo de Tomás de Aquino y culminando con los últimos desarrollos en materia de derechos humanos internacionales, esta obra aporta una interpretación tradicional del derecho natural a algunos problemas y ámbitos poco tradicionales, como el derecho natural evolutivo. Una exploración reflexiva del concepto de derechos humanos a la luz de la teoría de la ley natural, usando la Declaración de Naciones Unidas de 1948 como punto de partida, muestra por qué los derechos humanos son una dimensión de vital importancia en el pensamiento político del siglo XX. Alford hace uso del enfoque iusnaturalista de Jacques Maritain a través de la connaturalidad y argumenta que tal enfoque es superior a las alternativas encontradas en el nuevo pensamiento de la ley natural o los enfoques biológicos de la moralidad en boga en la actualidad. El autor desarrolla una síntesis de ética narrativa y ley natural, al tiempo en que argumenta que la justicia es real pero que la conocemos a través de historias, no con lo que se llama estrictamente "Razón".

David Braybrooke (2001), por su parte, presenta una conexión entre las dos grandes tradiciones del derecho natural. No parece haber duda en cuanto a considerar a Thomas Hobbes, John Locke, David Hume y Jean-Jacques Rousseau como los filósofos modernos ampliamente influyentes en materia de ética y teoría política. Braybrooke desafía la opinión académica recibida, al argumentar que estos teóricos canónicos –sin excepción– tomaron a Tomás de Aquino como punto de referencia, reforzando de esta forma la teoría clásica del derecho natural, en lugar de apartarse de ella. La teoría del derecho natural de Aquino es esencialmente una teoría secular, dice Braybrooke, y sostiene que Hobbes, Locke, Hume y Rousseau comparten un núcleo de pensamiento que no sólo tiene raíces en el de Aquino, sino que ofrece una alternativa a otras teorías éticas actuales. El autor sostiene que, este núcleo superviviente y reforzado, puede calificar como una teoría ética viable, según los estándares más sofisticados, y que a su vez es capaz de responder a los

principales retos de la metaética analítica, resistiendo el escrutinio de los debates filosóficos contemporáneos. Esta obra lleva al lector a un universo intelectual rico y convincente, en el que la teoría medieval del derecho natural, ampliamente ignorada como obsoleta, sobrevive a través del canon moderno y en el tercer milenio. Con esto, podemos especular en torno a la validez del paradigma por excelencia de la Edad Moderna, con su noción de tiempo lineal y la idea de Progreso como horizonte axiológico, que pretende cumplir las promesas que dioses pasados -ahora muertos y enterrados- pareciera que no hubieran podido cumplir. En definitiva, quizás lo más relevante de este tipo de abordajes en torno a la cuestión de la legitimación del orden jurídico y el problema de la normatividad, es tener en cuenta y siempre presente, que los grandes asuntos que hoy nos desvelan distan de ser "modernos".

Después de varias décadas en las que se convirtió en un objetivo primordial de la crítica, el universalismo sigue siendo una de las cuestiones más importantes del pensamiento social y político. Daniel Chernilo (2013) revalúa la orientación universalista de la teoría social y explica sus orígenes en la teoría del derecho natural utilizando un amplio conjunto de fuentes clásicas y contemporáneas. Esta obra desafía los relatos anteriores sobre el surgimiento de la teoría social, recupera una fuerte idea de humanidad y revisa los argumentos convencionales sobre la relación de la sociología con la modernidad, la Ilustración y el derecho natural. En definitiva, vuelve a conectar a la teoría social con sus raíces científicas y filosóficas, sus tareas descriptivas y normativas, y sus planos históricos y sistemáticos. En un contexto de pensamiento posmoderno, con el énfasis puesto en la particularidad y el relativismo, el autor nos ofrece una sólida defensa de la relevancia actual de la ley natural y del universalismo para una teoría social moderna que tome en serio la idea de una humanidad común. Señalar la relevancia de este tipo de enfoques que tiene especialmente en cuenta las críticas realizadas por el posmodernismo y en consecuencia realizar un sólido contraataque frente a las mismas. En definitiva, la defensa de esta idea de humanidad común coexistiendo en paz también puede ser encontrada en algunos pensadores posmodernos, aunque por lo general con grandes dificultades al momento de proponer un camino hacia la realización de este ideal comunitario.

Steven Jensen (2015) revitaliza la discusión a propósito del tratamiento de ley natural por parte de Tomás de Aquino que se ha centrado en especial en el carácter “evidente” de los primeros principios, pero mucho menos en el modo distintivo en que son evidentes. Según algunas opiniones, un precepto autoevidente debe tener una tenue conexión con la razón especulativa, especialmente con nuestro conocimiento de Dios, y debe estar libre de la mancha de "derivar" un debe de un es. Sin embargo, según Jansen, el propio Aquino tenía una sólida explicación del bien, enraizada en la naturaleza humana. No veía ninguna diferencia fundamental entre los enunciados del “ser” y los del “deber ser”, ya que ambos los consideraba descriptivos. Conocer la ley natural recorre el pensamiento de Aquino desde la comprensión de la “naturaleza humana” hasta el conocimiento del “bien humano”, de ahí a la explicación de que los deberes y, finalmente, la elección, se traducen en acciones humanas. El muy discutido artículo sobre los preceptos de la ley natural (I-II, 94, 2) proporciona el marco para una ley natural enraizada en la naturaleza humana y en el conocimiento especulativo. El conocimiento práctico es a su vez triple: conocimiento potencialmente práctico, conocimiento virtualmente práctico, y conocimiento plenamente práctico. Esta triple distinción, típicamente pasada por alto o infrautilizada, revela los pasos por los que la mente se mueve desde el conocimiento especulativo hasta el conocimiento plenamente práctico. Este libro está destinado a estudiosos de la teoría de la ley natural, Aquino, ética y teología moral, y en particular aquellos familiarizados con los debates fructíferos y en curso sobre la nueva teoría del derecho natural. Lleva al lector al mundo intelectual del siglo XIII, y al hacerlo nos invita a dejar de lado nuestros propios enfoques filosóficos, intelectuales y culturales y recuperar el vocabulario de antaño para enfrentar discusiones contemporáneas.

En su obra *The Possibility of Norms* (2020) Christoph Mollers plantea la cuestión de qué es aquello que define las prácticas sociales que actualmente llamamos normas, las que hacen que el robo esté prohibido, que comer con tenedor sea aconsejable, y que algunos cuadros sean considerados bellos. Las normas suelen entenderse como justificaciones morales para hacer una cosa y no hacer otra. También se describen en términos de sus resultados o efectos, sirviendo como meras explicaciones causales. El autor propone una visión más amplia de cómo funcionan las normas, cómo se articulan y cómo se realizan. Tal vez sea pedir demasiado si esperamos que todas las normas sean eficaces o moralmente correctas. Muchas normas son sencillamente ineficaces y muchas

son, a lo sumo, inefectivamente justificables. Basado en una gran variedad de textos, desde el derecho y la jurisprudencia hasta la filosofía, la estética y las ciencias sociales, Christoph Möllers defiende la idea de concebir las normas sociales como *posibilidades marcadas positivamente*. Marcar positivamente una posibilidad indica que debe realizarse. En tal sentido, la normatividad se basa en juzgar el mundo desde la distancia y reconocer la posibilidad de estados divergentes en él. Por lo tanto, ya no es teóricamente problemático que haya normas moralmente injustificadas ni que las normas puedan violarse, al contrario, permitir su incumplimiento puede ser una característica importante de la normatividad.

El estudio conceptual de Möllers arroja nueva luz sobre una serie de paradigmas en las humanidades, las ciencias sociales y los estudios culturales, replanteando varios aspectos de la teoría de las normas y cuestionando los supuestos teóricos que subyacen a los trabajos empíricos existentes sobre la normatividad. En definitiva, un estudio interdisciplinario que aborda la cuestión de la normatividad llegando a conclusiones que merecen ser atendidas.

Mark C. Murphy (2006) sostiene que la tesis central de la jurisprudencia del derecho natural –de que el derecho estaría respaldado por razones decisivas para su cumplimiento– marca definitivamente la agenda de la filosofía política del derecho natural en tanto demuestra cómo el derecho adquiere su fuerza vinculante por medio del bien común de la comunidad política. Esta obra abarca las cuestiones centrales de la jurisprudencia del derecho natural y de la filosofía política, incluyendo la formulación y defensa de la tesis jurisprudencial del derecho natural, la naturaleza del "bien común", la conexión entre la promoción de este bien común y la exigencia de obediencia a la ley, así como también la justificación del castigo.

El libro comienza con una afirmación que resume su tesis central: existe una conexión interna positiva entre el derecho y razones decisivas para la acción, de modo tal que la normatividad del derecho consiste en proporcionar razones decisivas para la acción. Aun así, el autor no duda en agregar que, como tesis complementaria: "el derecho obtiene esta fuerza racional del bien común de la comunidad política".

Resulta evidente que estas tesis remiten a la afirmación tomista de la lex como *ordinatio rationís ad bonum commune* y a la tradición que posteriormente la ha desarrollado y

reformulado. El mismo Murphy se reconoce expresamente en esta tradición al sostener también las tesis fundamentales de la teoría del derecho natural que defiende Tomás de Aquino y que son las que conciernen a la conexión interna entre ley y razones para la acción, y las concernientes al papel central del bien común en la provisión de la fuerza racional de la ley.

Que pocos pensadores intenten realmente establecer que existe un verdadero ámbito evaluativo y moral, haciendo estas suposiciones principales sin argumento, hace el juego fácil a los nihilistas morales y a otros escépticos. Un obstáculo importante que impide a los filósofos desarrollar tales argumentos es la antigua opinión de que no se puede derivar un deber ser de un ser, es decir, no se puede empezar con proposiciones puramente descriptivas no evaluativas y deducir una proposición evaluativa o moral. En este libro, Edmund Wall (2018) desarrolla argumentos para los principios evaluativos y morales fundamentales. Su razonamiento deductivo comienza con ciertas proposiciones puramente descriptivas y no evaluativas relativas a la naturaleza humana, estableciendo un principio moral básico de la vida humana y un principio moral básico del conocimiento. Al proporcionar tales argumentos deductivos para los principios morales básicos, Wall avanza considerablemente en el establecimiento de un fundamento seguro para la moralidad. Además, desarrolla toda su argumentación respondiendo a objeciones anticipadas y delineando las ventajas de su enfoque sobre una serie de teorías morales influyentes y relatos competitivos del razonamiento moral.

En resumen, el autor parte de la premisa de que la búsqueda de una teoría moral bien fundamentada es de suma importancia para aquellos que se toman en serio la justificación de los juicios morales, y en general, se acepta que una defensa exitosa de un juicio moral dado invocará principios morales específicos y otras consideraciones en apoyo de ese juicio. La expectativa es que la selección de esos principios morales no sea arbitraria y para proporcionar una defensa de esa selección, es necesario moverse hacia un nivel más profundo de justificación en el cual operan los principios morales básicos.

Ampliando el espectro de la indagación encontramos una obra interesante de Kevin M. Doak (2019) que explora a uno de los pensadores político globales más consecuentes del siglo XX y, sin embargo, uno de los más ignorados. Tanaka Kōtarō (1890-1974) fue el principal jurista y académico del Japón moderno pero, debido a que la mayor parte de sus

escritos fueron en japonés, ha sido ampliamente ignorado fuera de su tierra. Su influencia en Japón fue extraordinaria: fue el único japonés que formó parte de los tres poderes del Estado y el presidente del Tribunal Supremo que más tiempo estuvo en activo.

Su influencia fuera de Japón también fue amplia, desde su diplomacia informal en América Latina en el periodo de preguerra hasta su participación en la Corte Internacional de Justicia en la década de 1960. Quizás lo más relevante de su pensamiento en el contexto actual de crisis en las relaciones internacionales a nivel global es la crítica que Kōtarō dirigió al derecho internacional, entendido como inherentemente imperialista, y ofreció como su reemplazo una teoría del Derecho Mundial (también conocido como "Derecho Global") basada en el Derecho Natural.

Lo que hace que la posición de Kōtarō sea especialmente notable es que defendió el Derecho Natural no como europeo sino desde su posición ventajosa como jurista japonés, y lo hizo no desde el derecho público sino desde su propia experiencia en derecho privado. Esta obra presenta a Tanaka a un público más amplio (lector de inglés) y espera con ello corregir ciertos prejuicios sobre el alcance potencial de las ideas relativas a los derechos humanos, la universalidad de la razón, el derecho y la ética. El problema de la normatividad en este autor está directamente abordado desde sus fundamentos, donde se pone en cuestión, específicamente, el supuesto consenso del que se desprendería tal obligación.

En otro ámbito no occidental, se destaca el trabajo de Amber Emon (2010) donde podemos encontrar la primera investigación jurisprudencial sobre la teoría del derecho natural islámico. Se presenta a los lectores las figuras centrales de la tradición del derecho natural islámico y sus obras canónicas, se analiza el desarrollo histórico de la jurisprudencia islámica y se explican los principales contrastes con las tradiciones occidentales del derecho natural. En los debates populares sobre la ley islámica, los musulmanes modernos conciben una la ley islámica como legislada por Dios, a quien los devotos están obligados a obedecer. La razón por sí sola no puede obligar a la obediencia, y a lo sumo puede confirmar lo establecido por los textos dotados de autoridad divina. Este libro muestra, sin embargo, que los juristas musulmanes suníes premodernos se preguntaron si la razón por sí sola puede ser la base para afirmar lo bueno y lo malo, y para justificar las obligaciones y prohibiciones de la sharía. Teorizaron sobre la autoridad

de la razón en medio de teologías de Dios que competían entre sí y sus implicaciones en la agencia moral. Para ellos, la naturaleza se convirtió en el vínculo entre la voluntad divina y la razón humana, en tanto la misma es el producto de la creación voluntaria de Dios, en beneficio de la humanidad. Dado que la naturaleza ha sido creada por Dios y, por lo tanto, refleja su bondad, la naturaleza está fusionada con el hecho y el valor. En consecuencia, como bien creado por Dios, la naturaleza puede ser investigada para llegar a conclusiones tanto empíricas como normativas sobre lo bueno y lo malo. Sin embargo, no estaban de acuerdo en cuanto al origen de la bondad de la naturaleza, si es el resultado de la justicia o de la gracia de Dios sobre la humanidad, lo que contribuyó a las diferentes teorías de la ley natural. Al adentrarnos en la tradición islámica de jurisprudencia, tradición mayormente desconocida del derecho natural, podemos encontrar nuevas perspectivas de abordaje al problema de la normatividad del derecho.

Paulo Ferreira da Cunha (2013) intenta dar respuesta a la pregunta de por qué el derecho natural ha pasado a un segundo plano como paradigma teórico, cuando durante siglos fue central. Ahora, es todo un acontecimiento cada vez que un tribunal de justicia lo invoca. Arthur Kaufmann ya subrayó la existencia de un moderno *horror iuris naturalis* general. También sabemos, con Winfried Hassemer, que la sucesión de paradigmas jurídicos puede ser una cuestión de moda. Por ende, es legítimo preguntarse por qué el derecho natural ha quedado anticuado, y si efectivamente quedan restos de él vivos en la actualidad. Este libro analiza una serie de prejuicios y mitos que han creado una idea errónea generalizada del derecho natural. Como dice Jean-Marc Trigeaud: hay un derecho natural que inventaron los positivistas y que no es el verdadero. En esta observación se trata de comprender no sólo a los adversarios habituales del derecho natural (como los legalistas, los positivistas, y los historicistas), sino también a sus otros enemigos, internos, como las manipulaciones políticas e ideológicas.

El libro propone un examen razonado y equilibrado del pensamiento político y jurídico occidental. Y, si lo miramos de otra manera, el derecho natural no es en absoluto un perdedor en nuestro tiempo, en tanto vive en los derechos humanos modernos. El análisis aquí versa radicalmente en torno a dos ejes. Por un lado, la reivindicación de una teoría del derecho natural que no esté caricaturizada por sus “enemigos públicos” (tarea que en nuestro tiempo tiene a John Finnis como principal referente), y que a su vez pueda

superar las inconsistencias señaladas por sus “enemigos privados” (algo que ya es más mérito del autor). El segundo eje está directamente relacionado, no necesariamente con una necesidad reivindicación, sino como la toma de consciencia de que la teoría del derecho natural, con todos sus pecados y sus virtudes, está viva, nada más y nada menos que en el discurso constitutivo de la moral secular de la modernidad: los “derechos humanos”.

En una interesante aproximación entre el derecho natural y los movimientos antirracistas, se desarrolla la obra de Vincent Lloyd (2016) que ofrece una nueva forma de entender la tradición política afroamericana. Lloyd denuncia que muchos líderes negros adoptan hoy en día modos seculares y blancos de compromiso político, abandonando las profundas conexiones entre las ideas religiosas, filosóficas y políticas que una vez animaron la política negra. A través del ejemplo de las historias de Frederick Douglass, Anna Julia Cooper, W. E. B. Du Bois, y Martin Luther King, Jr., Lloyd muestra cómo las apelaciones a una ley superior, o “la ley de Dios”, han alimentado durante mucho tiempo el compromiso político de la comunidad negra en Estados Unidos. Estos llamamientos no pretenden aplicar las directrices divinas en la Tierra, sino que plantean un desafío a la sabiduría del mundo y movilizan a las comunidades para la acción colectiva. La ley natural negra, plantea Lloyd, es profundamente democrática, y aunque los líderes carismáticos puedan proporcionar la ocasión para la reflexión y la movilización, todos somos capaces de discernir esa ley superior utilizando nuestras capacidades humanas de razón y emoción. Lloyd entiende que en un momento en que la continua injusticia racial plantea un profundo desafío moral, los recursos intelectuales más poderosos en la lucha por la justicia han sido abandonados. Por eso la obra intenta recuperar una rica tradición, al tiempo que examina cómo esta fue olvidada. La denuncia de una clase intelectual negra que estaba desconectada de la organización del movimiento social y en deuda con los intereses blancos, y donde las apelaciones al derecho superior se volvieron políticamente impotentes, es decir, demasiado racionales o demasiado sentimentales, forma parte integral de la tesis de Lloyd. A su vez, se nos presenta una perspectiva a considerar en cuanto al fundamento de la normatividad jurídica en tanto presenta distinciones entre colectivos raciales y sus distintas formas de legitimar un orden jurídico.

5. El paradigma de la metanormatividad

Constituye un lugar común afirmar que la metaética se constituyó como disciplina filosófica a partir de la obra *Principia Ethica* de G.E. Moore. Allí se plantea la tesis de que los desacuerdos filosóficos se deben, con frecuencia, al intento de dar respuesta a ciertas cuestiones sin una previa aclaración precisa de lo preguntado. Si esta tarea se realizara en forma adecuada, conjeturaba Moore, desaparecerían muchas de las perplejidades que caracterizan la discusión filosófica. En lo atinente a la filosofía moral, las preguntas fundamentales serían: ¿qué clase de cosas merecen existir por sí mismas? y ¿qué clase de acciones debemos llevar a cabo? Para responderlas, es imprescindible una previa aclaración su significado porque ello permitirá establecer qué tipo de evidencia sería válida para una contestación exitosa. Así, el abordaje metodológico es lógicamente previo al sustantivo. Por eso Moore presenta la cuestión del significado, a la manera kantiana, como el prolegómeno "a toda ética futura que pretenda presentarse como ciencia" (Moore, 1903).

Aunque Moore estaba interesado en dar solución a los problemas centrales de la ética normativa, esa tarea ocupa solo los dos últimos capítulos de *Principia Ethica*. La mayor parte de la obra está dedicada a abordar el problema del significado del término "bueno", argumentando su naturaleza sui generis y las implicaciones que ella tiene para la filosofía moral, a través de su influyente argumento de la pregunta abierta.

La tarea, propedéutica, de análisis lingüístico, a la que Moore denomina ética filosófica, fue asumida como la única legítima por la filosofía moral anglosajona de las décadas posteriores, dando lugar a una disciplina nueva, la metaética, considerada como un abordaje lógicamente independiente de la ética normativa y -de acuerdo con los rigurosos parámetros de demarcación del lenguaje significativo impuestos por el neopositivismo- como el límite del abordaje racional de las cuestiones morales. Esta delimitación metodológica fue virtualmente incontestada hasta el final de la década de los 60; como vocero de esa tendencia, Hudson, introduciendo una obra que resume el estado del arte hacia 1970 afirma: "Este libro no trata de lo que la gente debe hacer, sino de lo que hace cuando habla acerca de lo que debe hacer" (Hudson, 1974).

La situación cambió de forma radical en las décadas siguientes, donde perdieron peso los programas de investigación centrados en la explicación puramente lingüística de la moral. Bajo la enorme influencia de autores como Anscombe, Geach, Wittgenstein y Rawls, la ética se orientó nuevamente al abordaje de problemas sustantivos, adoptando metodologías de justificación normativa que superaban las limitaciones impuestas por teorías como el no naturalismo y el expresivismo. El peso de estas líneas de trabajo, que durante años llevó a un virtual ostracismo a la metaética como disciplina académica terminó, paradójicamente, consolidándola en cuanto multiplicó las preguntas y conexiones temáticas que se advirtieron como relevantes para la filosofía moral.

Como señalaban Darwall, Gibbard, Railton (1992), en la última década del siglo XX la escena de la metaética ya era tan rica y diversa que resultaba muy complejo ofrecer una exhaustiva descripción panorámica de ella, aunque podía ser caracterizada en términos de tres problemas centrales: dar cuenta de aquellos compromisos (semánticos, metafísicos, epistemológicos y prácticos) que conllevan el discurso y la práctica moral existente; mostrar hasta qué punto estos compromisos pueden ser cumplidos; establecer qué grado de cumplimiento resulta mínimamente necesario para que podamos considerar legitimados al discurso y la práctica moral.

Una forma de unificar esta temática es la que proponen McPherson y Plunkett, en la introducción más completa a la disciplina que se ha presentado en años recientes. Dichos autores, presentan a la metaética como una actividad teórica, caracterizada por una finalidad explicativa, que refiere al modo en que el discurso y el pensamiento moral -y aquello, si es que hay *algo*, a lo que refieren- se ubican en la realidad tal como la concebimos en términos metafísicos y epistemológicos. Se trata de un proyecto hermeneútico e interpretativo que considera al discurso y el pensamiento moral del modo en que se manifiesta en los contextos realmente existentes y abarca los aspectos que los hacen distintivos: hechos, propiedades y relaciones (2018).

Uno de los temas de la metaética que hacen a la *realidad moral* es la normatividad, que pasó a cobrar un protagonismo central en las primeras décadas de este siglo. En tal sentido, tomó impulso la idea de que muchas de las cuestiones que se habían ido incorporando al objeto de la metaética en las últimas décadas, resultan compartidas por otras disciplinas y forman parte de un dominio más amplio.

El *dominio normativo* comprende el conjunto de estándares que guían la elección (justificación) de las creencias o los cursos de acción. Todo contexto de decisión donde lleguemos a preguntarnos si (todos o algunos de) los estándares de decisión en consideración son *realmente* los que deberíamos adoptar, plantea un problema de normatividad. En tanto es, al menos, plausible considerar estándares normativos diferentes de la moralidad o que vayan más allá de ella, como los de prudencia o el buen razonamiento, la propia moral puede pensarse como un subconjunto del dominio normativo. Algunas explicaciones que pueden funcionar para el dominio de la moral son inoperantes en otros ámbitos del dominio normativo y viceversa (van Roojen, 2015).

Tomar a la normatividad como el problema más general, del cual la metaética es solo un aspecto, da lugar a importantes implicaciones. En primer lugar, permite explorar múltiples conexiones entre los distintos dominios normativos, justificando abordajes que antes podían considerarse interdisciplinarios y que ahora pueden tomarse como parte de la misma indagación. El problema de la normatividad jurídica es, precisamente, uno de ellos (Plunkett, Shapiro:2017). En segundo lugar, pone en cuestión la propia idea de que la metaética y la ética normativa sean realmente dominios separados, pues los juicios de primer y segundo orden pueden llegar a verse como respuestas a distintos aspectos del problema irreductible de la normatividad (Nadeem, Nishi: 2013). En tercer lugar, constituye un ámbito para cuestionar la propia pertinencia de la metaética como disciplina, en tanto todas las preguntas que se formulan en el dominio de la normatividad podrían tomarse como sustantivas (Dworkin, 2011).

Los seres humanos interactuamos bajo el supuesto de que ciertas acciones son susceptibles de significación normativa, en tanto las consideramos buenas o malas, correctas o incorrectas. Al requerir a alguien determinada conducta, al valorar ciertas prácticas sociales como apropiadas o inapropiadas, al exigir que las instituciones nos reconozcan un derecho o sugerir reglas de comportamiento para el grupo al que pertenecemos, estamos introduciendo (o presuponiendo) pretensiones normativas. En este sentido, la normatividad resulta omnipresente en la vida social. La idea de un dominio normativo engloba las razones para la acción y la creencia y, en general, todas las actitudes que pueden ser reconocidas como reclamando razones.

Las razones pueden concebirse como “el único elemento fundamental en el dominio normativo” porque, en términos de ellas, podemos analizar las restantes nociones normativas como bien o deber (Scanlon, 2014). Consideramos típica de los seres humanos la capacidad de identificar razones y creer, actuar o desear de acuerdo con ellas. La propia idea de Razón puede ser caracterizada como la capacidad de reconocer y responder (apropiadamente) a las razones que se nos aplican. En particular, es una capacidad que permite a los agentes, actuando de forma reflexiva o deliberativa, reconocer que determinados hechos constituyen razones para ciertas cosas. Lo que no quiere decir que ese reconocimiento involucre siempre reflexión actual, puesto que puede basarse en la experiencia (y hacerse por ejemplo de forma “mecánica” o “instintiva”) pero de modo tal que presupone la reflexión pasada y la disponibilidad de mecanismos racionales de control y corrección de las identificaciones erróneas (Raz, 2011).

Es casi imposible establecer un concepto de razón pues se trata de uno de los términos básicos a que puede reducirse la actividad de pensar: una razón para creer, desear o hacer algo es un hecho que cuenta en algún sentido a favor de ese algo. La circularidad parece imposible de evadir si no tomamos la razón como una idea primitiva: si preguntamos cómo algo puede contar a favor de otra cosa, la única respuesta disponible parece ser “porque es una razón para ello”. Es por ello que puede decirse de las razones que, en general, tienen peso relativo unas respecto de otras y que algunas desplazan por completo a las restantes competidoras, aunque hay situaciones donde no es posible determinar razones concluyentes para adoptar o no una creencia o un curso de acción (Scanlon, 1998; Parfit, 2011).

Por ejemplo, si un juez debe decidir la culpabilidad o inocencia de una persona acusada de homicidio sopesará los distintos elementos que tienen relevancia en el caso (por ejemplo, testimonios contradictorios) pero es posible que alguno de ellos tenga fuerza concluyente, como una filmación de excelente calidad que muestre al acusado cometiendo el delito. Esta razón tendrá un peso decisivo para que el juez crea que el acusado es culpable. Del mismo modo, al evaluar si debo levantarme a las 6 y 30 a.m. puedo tener razones contradictorias (por un lado, tengo sueño, por otro, podría aprovechar mejor el día si me levanto temprano) pero si una de ellas es que tengo que llevar a la escuela a mi hijo esa razón (en circunstancias normales) desplazará a todas las demás.

Esa es una razón decisiva para mi acción bajo esas circunstancias. Por otra parte, si quiero comer cereales en la mañana y puedo elegir entre dos marcas que cuestan lo mismo, tienen sabores que me gustan de igual manera y no presentan diferencias relevantes en su información nutricional, no dispongo de ninguna razón decisiva para elegir entre una u otra.

Por tanto, la normatividad aparece como coextensiva de la racionalidad y de la propia idea de humanidad (como justificación de la agencia autónoma y la responsabilidad moral como parámetros evaluativos). No se puede actuar racionalmente si no se identifican razones que estén en condiciones de determinar lo que debe ser del caso ni si se está imposibilitado de orientar la propia conducta de acuerdo con ellas. Nos concebimos a nosotros mismos como agentes normativos y la negación de este supuesto, esto es, la asunción del escepticismo *tour court* (la duda de que realmente alguna cosa pueda contar en favor de otra) supone un compromiso con concebir las propias acciones como meros acontecimientos y evitar cualquier pensamiento sobre lo que podría decirse a favor o en contra de realizarlas (Scanlon, 1998).

Si el genuino escepticismo práctico normativo significa que es imposible argumentar sobre la racionalidad de las acciones tal postura no parece disponible para cualquier ser profundamente reflexivo y social como el humano que, por el mero hecho de continuar viviendo (una decisión de la mayor significación) necesita involucrarse en valoraciones sobre la racionalidad de sus acciones, asumiendo una postura comprometida con los hechos que cuentan a favor o en contra de sus objetivos (ver Korsgaard, 1996).

Los términos normativos (“bondad”, “corrección”, “obligación”, “derecho”, “deber”) y los objetos a que refieren son los que dan lugar a los problemas metafísicos, epistemológicos y semánticos que, tradicionalmente, han abordado los filósofos morales como cuestiones de segundo orden y, por eso, determinan el ámbito de la metaética. En tal sentido, algunos autores han propuesto reemplazar la propia denominación de la disciplina por metanormatividad (Baker, 2018).

Las normas en general, por su estructura proposicional y su contenido (orientado a guiar la acción), están destinadas al razonamiento práctico. Más allá del paradigmático ámbito de la moral, las diferentes dimensiones de la normatividad se pueden caracterizar y estudiar en función de las razones para adoptar y rechazar normas específicas.

Diferentes ámbitos normativos toman como objeto la naturaleza y la justificación de las normas y sus tipos modales característicos (requerimientos, prohibiciones, etc.). Estos enfoques, sin embargo, no agotan el ámbito de la indagación normativa pues, las normas son siempre indeterminadas y pueden ser cumplidas por una pluralidad de actos particulares posibles. Por tanto, el razonamiento práctico como problema global es un componente central del dominio de la normatividad y atraviesa todos sus ámbitos específicos (O'Neill, 2018:72).

La pregunta más característica de la filosofía jurídica refiere a qué es el derecho. Teniéndola en mente, filósofos de la tradición analítica se han orientado a indagar las propiedades típicas de las instituciones que reconocemos como jurídicas, lo que en el célebre -aunque en cierto modo equivoco- Hart denominó el concepto de derecho (Hart, 1961).

El abordaje analítico de la filosofía y la teoría general del derecho no se interesa por la definición de la palabra "derecho", que comprende todas las instancias lingüísticas a las que, de acuerdo con las estipulaciones convencionales relevantes, podría serle aplicada. Su propósito es, en cambio, dar cuenta de algunas verdades fundamentales sobre las normas y los sistemas jurídicos, lo que se ha resumido en el esclarecimiento de la naturaleza del derecho como institución perteneciente a la estructura del mundo social (Shapiro, 2011). Si consideramos a ese problema como definitorio o constitutivo de un campo de investigación en filosofía jurídica, tenemos luego un problema meta filosófico o de segundo orden: ¿cómo ese problema debería ser resuelto? Esto es, el modo legítimo o relevante (descriptivo, prescriptivo, continuo o no con la ciencia, etc.) en que deberían ser contestadas las preguntas centrales de la disciplina (Banas, 2016).

La dimensión normativa del derecho, si bien fue uno de los ejes de atención de la filosofía jurídica desde sus albores, y se ubicó como un componente central del objeto de la disciplina por los grandes teóricos del siglo XX, no despertó hasta épocas recientes el interés de los filósofos morales. Eso es llamativo por cuanto, hay evidentes conexiones entre las cuestiones filosóficas que se originan en la moral y en el derecho, en particular entre la metaética y la teoría del derecho.

La metaética intenta dar respuesta a preguntas de segundo orden acerca de la ética, referidas al pensamiento y al discurso moral, y al modo en que los hechos morales se

articulan con la realidad. A su vez, la teoría general del derecho se enfrenta también a cuestiones que pueden ser consideradas de segundo orden, en tanto no refieren al fenómeno jurídico en sí, si no al pensamiento y el discurso acerca de este, y al modo en que los hechos jurídicos se articulan con la realidad que conciben la ciencia y la metafísica.

La similitud va más allá de las cuestiones que abordan ambas disciplinas, en tanto alcanza a aspectos estructurales de sus objetos (ambas estudian sistemas), a su común constitución alrededor de conceptos deónticos (derecho, obligación, permiso) y especialmente al común interés por dar sentido a las distintas clases de valor y normatividad. El proyecto de una teoría general del derecho como disciplina metanormativa permite dar cuenta de cómo diferentes filosofías jurídicas pueden centrarse en múltiples aspectos del derecho (metafísica, lenguaje, epistemología), utilizar herramientas conceptuales provenientes de distintas disciplinas y defender diferentes conjuntos de posiciones que intentan dar una explicación unificada de cómo el pensamiento y el discurso jurídico son parte de la realidad, cualquiera sea el modo en que la concibamos (Plunkett, Shapiro, Toh. 2019).

El paradigma de la metanormatividad intenta establecer las condiciones bajo las cuales las normas creadas por las instituciones pueden constituir razones para la acción de los agentes prácticos morales. Más específicamente, por qué algunos de estos agentes (de modo paradigmático, los jueces) deberían obedecer estas normas.

El paradigma de la metanormatividad es visto como una contribución a esclarecer el elemento unificador de la teoría general del derecho como disciplina, teniendo en cuenta la diversidad de cuestiones que en ella se abordan. Tal como recientemente han planteado Plunkett y Shapiro, concebir a la teoría general como una disciplina metanormativa supone atribuirle propósitos similares a los de la metaética. El objeto de esta disciplina es dar cuenta de cómo el pensamiento y el discurso moral y aquello (si hay algo) a lo que refiere ese discurso forma parte de la realidad (la totalidad de lo que es del caso). En paralelo, el objeto de una disciplina normativa metajurídica busca dar cuenta de cómo el pensamiento y el discurso jurídico forma parte de la realidad (aquello que es; aquello que es fundamental). El propósito de la indagación metanormativa será entonces explicar el dominio completo del pensamiento normativo (ética, moral, derecho, entre otras

disciplinas) y cómo ese dominio forma parte de la realidad. Una de los objetivos de esa indagación es dar cuenta de la normatividad robusta (razones genuinas para la acción, estándares no opcionales de valoración). El derecho, como se dijo, es normativo en el sentido débil o formal. Sin embargo, por el modo en que expresa sus demandas, parece que pretende ser autoritativo de modo robusto, es decir, exigir a sus destinatarios acciones o evaluaciones obligatorias considerando todas las circunstancias. Aclarar el sentido de esa pretensión, así como dilucidar si resulta verdadera implica el ingreso de la teoría jurídica en el proyecto metanormativo (Plunkett y Shapiro, 2017).

Plantearse la naturaleza de la obligación jurídica y las condiciones bajo las cuales ésta es posible, todas las circunstancias consideradas, requiere discutir una serie de cuestiones que, por sus propias limitaciones de objeto, están fuera de la dogmática y de la teoría general conceptual, descriptiva y asociada al escepticismo o no cognitivismo moral, como la han entendido tradicionalmente los positivistas (Marquisio, 2021).

En primer lugar, se necesita establecer cómo es el destinatario de la obligación jurídica en términos de agencia moral autónoma. Mientras que la dogmática sostiene un punto de vista no comprometido que remite a las reglas fundacionales de un Sistema Maestro, y la teoría general positivista adopta un concepto de derecho basado en la forma institucional de los enunciados de deber o en la hermenéutica de la aceptación, la metanormatividad lleva a discutir entre posibles idealizaciones de la agencia práctica, vinculadas a distintas concepciones metaéticas, como el realismo, el constructivismo y el escepticismo. Del modo en que caractericemos los compromisos normativos del destinatario de la obligación jurídica dependerá el conjunto de razones que pueda disponer para cumplir con sus exigencias.

En segundo lugar, para este agente práctico ideal el sistema normativo en consideración será el conjunto de sus compromisos normativos dentro de los cuales deben incluirse razones para obedecer obligaciones jurídicas. Si reflexionamos sobre cómo hay que concebir a los jueces, es imposible no atribuirles las condiciones humanas fundamentales de racionalidad y capacidad moral, esto es la responsabilidad por un cierto ámbito de acción, así como la posibilidad de identificar razones morales y articularlas en un razonamiento práctico (Marquisio, 2017). La moral, por su propia naturaleza, no tiene jurisdicción definida en cuanto se aplica a todos los agentes capaces de entenderla y

guiarse por ella, por lo que los jueces, en tanto seres humanos, deben ser concebidos como agentes autónomos, sujetos en forma irrevocable a la moral (Raz, 2009). Si los concebimos de esta manera, entonces debemos concluir que necesitan razones morales para identificar el derecho de las fuentes sociales y actuar (decidir los casos a su consideración) de acuerdo con sus exigencias. Esto significa que las reglas jurídicas deben cumplir una función normativa al servicio de la agencia práctica (idealmente caracterizada).

La función normativa del derecho no es pasible de ser concebida como independiente de argumentos morales (incluyendo los de moral política) para identificarlo y obedecerlo. No pueden dejarse de discutir los principios morales fundacionales de la autoridad jurídica y las condiciones bajo las cuales puede reconocerse que las instituciones están al servicio de fines moralmente necesarios, por ejemplo, requisitos mínimos de justicia. Estos principios y requisitos tienen relevancia para la agencia moral cualesquiera sean los contenidos de las declaraciones formales del derecho. Con independencia de lo que declaren la constitución y otras normas sobre los principios y derechos fundamentales, sigue siendo una pregunta moral abierta cuáles lo son efectivamente (en términos de justificación moral). Las instituciones deben mostrar con su vigencia efectiva (las declaraciones no son, desde luego, suficientes) que merecen el tipo de adhesión a ellas que requiere tomar sus normas como razones robustas para la acción.

Un problema metanormativo fundamental es el modo en que el derecho como sistema formal puede aspirar a cumplir una función normativa robusta. La posibilidad de identificación de las exigencias del derecho sin acudir a razonamiento moral sustantivo resulta una exigencia de la propia agencia moral. En contextos sociales de acción, como aquellos en que vivimos la mayor parte de nuestras vidas los seres humanos, las declaraciones formales del derecho son esenciales pues permiten identificar reglas de acción y evaluación en contextos de desacuerdo e incertidumbre; las reglas tienen un valor específico para los agentes por su contribución a la planificación, la coordinación y la eficiencia de la acción colectiva. Por eso, como Raz observa, las reglas son el esqueleto inevitable de cualquier estructura de autoridad, de la cual el derecho es un ejemplo paradigmático (Raz, 2009).

Pero existen muchos esquemas de coordinación posible para la interacción social, algunos de los cuales podrán pasar un test moral y otros no; por eso, la justificación de cualquier regla y sistema de reglas es siempre una cuestión abierta. Desde la agencia moral autónoma, el criterio último de evaluación de las reglas jurídicas solo puede ser un test moral complejo. Los seres humanos no solamente son criaturas racionales a quienes se aplica la moral, sino que también seres que en múltiples ocasiones están en desacuerdo sobre lo que la propia moral exige y ese desacuerdo proviene, al menos en algunos casos paradigmáticos, de diferencias axiológicas imposible de erradicar, aunque también pueden tener su origen en conflictos de interés y cuestiones de hecho.

Para dar inicio a un resumen de algunas de las posturas más relevantes en la investigación metanormativa del derecho, es apropiado presentar la postura escéptica sobre la propia tarea que defiende Devid Enoch.

Para Enoch, no resulta del todo claro cuál sería realmente el problema de la normatividad del derecho o, más bien, parece ser que no hay uno solo en juego, pues diferentes autores tienen en mente diferentes problemas bajo el mismo nombre. Incluso si nos centramos en una familia de problemas, vinculados al modo en que las normas jurídicas pueden proporcionar razones para la acción, la ambigüedad persiste.

Enoch distingue tres formas de dar razones que puedan tener significación normativa.

La primera es indicar o mostrar una razón que ya estaba allí, independientemente del hecho de que alguien la haya hecho notar. El ejemplo de Enoch es el de un amigo que me aconseja que no le diga algo inconveniente a alguien más. Aquí el “dar” cumple una función puramente epistémica, pues no se trata de crear una nueva razón sino de lograr que se tome en cuenta una preexistente, a la cual antes no se había prestado debida atención. La segunda es manipular las circunstancias no normativas para disparar (actualizar) una razón que antes era latente (potencial). El ejemplo de Enoch es el modo en que el aumento del precio de un producto me proporciona una razón para reducir su consumo. El modo característico en que funciona este dar razones es hacer incondicionales razones que antes eran condicionales. Aquí la función del dar razones es disparadora.

La tercera, y más interesante, tiene un sentido complejo de especificar. El ejemplo de Enoch es el modo en que pedirle a un amigo que lea un *paper*, le da razones para leer el *paper*. A esta tercera manera, ejemplificada en pedidos y (tal vez) mandatos, le llama el modo robusto de dar razones.

Un problema crucial es si hay, *en verdad*, un modo robusto de dar razones o cualquier intento de hacerlo es solo una instancia de disparo de razones condicionales preexistentes. Para mostrar que existe ese modo habría que lograr un argumento convincente según el cual, por ejemplo, un requerimiento es constitutivo del tener razones (el hecho de que te haya pedido que leas mi borrador es simplemente lo que constituye tener una razón para leerlo). Para Enoch esto es implausible. La alternativa que propone es la siguiente: *el modo robusto de dar razones es una instancia de disparo de razones preexistentes, pero, tal vez, una instancia muy particular de este fenómeno.* Un elemento que parece ser relevante es la intención de quien da las razones (y tal vez la de quien las recibe). Pero la intención, aunque podría ser necesaria, no parece una condición suficiente del modo robusto de dar razones. Lo que es importante para una exitosa instancia de dar razones en el caso de los requerimientos es que quien da las razones no solo tenga la intención de dar la razón, sino de que ello dependa del mero reconocimiento de esa intención y que, de hecho, ese reconocimiento cumpla con el rol apropiado en el razonamiento práctico del destinatario de las razones. Esto implica una diferencia muy clara con las advertencias y las amenazas.

¿Cómo es qué el derecho puede proporcionar razones para la acción? Hay algunas distinciones relevantes: el derecho puede proporcionar razones jurídicas para la acción o puede proporcionar razones genuinas (no calificadas); esas razones (cualesquiera sean) pueden ser proveídas de modo contingente o necesario; puede pretenderse que el derecho (en efecto) proporciona o que puede proporcionar razones para la acción; puede sostenerse que es característico del derecho proporcionar realmente razones para la acción o que (solo) lo es su pretensión de hacerlo.

Una tesis es que el derecho tiene éxito en proporcionar razones jurídicas. Cuando el derecho requiere que X haga P, entonces X tiene una razón jurídica para hacer P. Parece que el derecho necesariamente proporciona razones jurídicas de esta manera. Este fenómeno solo es una particular instancia de otro mucho más general. Por ejemplo, las

reglas del ajedrez proporcionan razones ajedrecísticas, las de etiqueta razones de etiqueta, etc. Y en todos los casos, es una cuestión abierta si esas razones constituidas por la práctica son genuinas razones para la acción. Hablar de razones jurídicas no es suficiente para cubrir la brecha entre el derecho y las razones reales. Sin embargo, es interesante ver cómo los diferentes modos de proporcionar razones se aplican al derecho (por ejemplo, el modo disparador o el constitutivo o el epistémico).

Una tesis más fuerte es que proporciona razones (reales) para la acción. Esto puede plantearse de dos maneras diferentes. Una posibilidad es la conexión análoga con la moral entre razones y punto de vista (la tesis conocida como *internalismo* o *racionalismo*). La segunda línea de pensamiento parte de la tesis trivial de que el derecho proporciona razones jurídicas y la vincula con la nada trivial tesis de que las razones jurídicas son razones genuinas (robustas). Estas tesis son, para Enoch, claramente falsas. Es obvio que a veces no es del caso que cuando el derecho requiere que se realice determinada acción tiene éxito en proporcionar una razón para que esa acción se haga. Basta pensar en innumerables ejemplos de sistemas jurídicos corruptos o estúpidos.

Enoch no acepta la tesis de Raz, según la cual los enunciados jurídicos (o el menos algunos) típicamente implican un compromiso normativo con la producción de genuinas razones para la acción. En primer lugar, porque no encuentra posible una forma clara de definir cuál sería la clase de enunciados legales que tendrían esta propiedad. Por otra parte, incluso si es una verdad necesaria acerca del derecho que al menos los funcionarios o los individuos comprometidos con un orden jurídico aceptan algunos enunciados jurídicos en sentido normativo, no es una condición necesaria que los acepten todos.

Otra tesis posible es que, aunque no de forma necesaria, en muchos casos -al menos en los sistemas jurídicos decentes- el derecho proporcione razones para la acción. ¿Cómo es que puede ocurrir esto? La pregunta es especialmente acuciante para el positivismo jurídico dada su concepción general sobre la naturaleza del derecho. Para Enoch, aquí no hay ninguna situación misteriosa. No hay nada misterioso en que la ley juegue el rol de disparar razones preexistentes porque casi cualquier cosa puede cumplir ese rol. Para que algo cumpla ese rol ni siquiera necesita ser (en su ontología) normativo, basta con que sea normativamente significativo. En este terreno no hay razón para esperar una explicación uniforme de cómo la ley cumple este rol (disparar razones preexistentes). Es

posible y esperable que las razones que puede disparar el derecho sean muchas y variadas. Por ejemplo, a veces el derecho, amenazando con una sanción dispara la razón preexistente para evitar sanciones. A veces el derecho, al posibilitar la coordinación dispara la razón preexistente para actuar en forma coordinada. Pueden formularse muchas explicaciones sobre el modo en que ciertas leyes, en algunas ocasiones, proporcionan razones para las personas relevantes.

Para Enoch, es dudoso que el derecho moderno -a diferencia del soberano ideal austiniano- con su estructura compleja y burocrática, pueda proporcionar razones robustas. Hay algo personal en la posibilidad de producir razones robustas y el derecho moderno es característicamente impersonal. Pero esto podría no ser concluyente. Enoch lo plantea en términos condicionales: si el derecho alguna vez proporciona razones robustas para la acción, entonces ello debe ser en virtud de complejas intenciones del legislador y esto implica que este pueda ser la clase de entidad capaz de tener tales intenciones complejas. En cualquier caso, en orden de poder actuar de esa manera, el derecho debe ser positivo y, más aún, positivo (establecido) de cierta manera. Y este es un resultado que fortalece al positivismo (y no a la inversa). Pero no hay que perder de vista que esa ventaja dialéctica favorece al positivismo solo si es posible que el derecho proporcione razones robustas para la acción, algo con respecto a lo cual Enoch permanece agnóstico. Por otra parte, esta ventaja dialéctica no está disponible para toda clase de positivismo (no lo está para aquellos positivistas que asumen el escepticismo moral).

Otra tesis posible es que la verdad conceptual del derecho no es que proporcione necesariamente razones para la acción, sino que pueda (sea capaz de) proporcionarlas. Para Enoch, aun cuando esto pueda considerarse correcto, no resultaría una cualidad demasiado interesante del derecho, porque casi cualquier cosa puede cumplir ese rol. Y si hablamos de razones robustas, deberían cumplirse las condiciones sobre intencionalidad legislativa antes mencionadas.

Pero tal vez, lo que es importante acerca del derecho no es si proporciona o puede proporcionar razones para la acción, sino si reclama o intenta hacer eso. Para Enoch, la forma en que Raz presenta esa tesis no es la más adecuada por la condición antropomórfica con que la reviste, en tanto el derecho no es una persona y es implausible que pueda, literalmente, reclamar o pretender nada. Los argumentos de Raz, sin embargo,

son satisfactorios en mostrar que los sistemas jurídicos con los que estamos familiarizados cumplen con la condición de pretender cambiar el balance de razones de los agentes prácticos, pero no es seguro que ello sea de manera necesaria (para todos los sistemas jurídicos posibles).

Si entendemos al derecho como reclamando proporcionar razones de la manera que Raz sugiere, entonces ello supone un constreñimiento en el contenido de un sistema normativo a efectos de que algo cuente como derecho. Pero, si asumimos que tenemos una limitación en el contenido jurídico, no podemos tener una limitación adicional en la naturaleza del derecho. Si bien no es claro que esta sea una condición concluyente de juridicidad, parece que casi cualquier teoría del derecho podría acomodarse a ella (Enoch, 2011).

A continuación, vamos a presentar algunas contribuciones al debate metanormativo, que ofrecen distintas vías para caracterizar, dentro de este dominio, al derecho y la obligación jurídica.

Kathryn Lindeman explora las posibilidades justificativas del constitutivismo, como concepción metaética, en el ámbito de la normatividad jurídica. Por constitutivismo, entiende un tipo de explicación reductiva, que se basa en las propiedades constitutivas de alguna clase ética, para explicar o dar sustento a los *hechos éticos*. Por ejemplo, la caracterización de Korsgaard de las razones que los agentes tienen (hecho ético normativo) surge de la naturaleza auto constitutiva de los agentes, en tanto estos tienen razones para hacer cosas que hagan su actividad constitutiva exitosa.

Para Lindeman, un modelo constitutivista enfrenta dos problemas fundamentales: por un lado, dar cuenta de las propiedades constitutivas que comparten de toda una clase de agentes (problema de la extensión) y, por otro, mostrar el modo en que esas propiedades constitutivas pueden dar sustento a las propiedades normativas de ese dominio (problema de la explicación normativa). Un enfoque metanormativo exitoso resolvería estos problemas para todos los dominios normativos.

Parece ser que, cuanto más diversas sean las propiedades normativas a lo largo de los distintos dominios, mayor será la dificultad para proveer una explicación constitutivista unificada. En el dominio jurídico, ya existen teorías constitutivistas plausibles, entre las que Lindeman destaca la positivista de S. Shapiro, para mostrar que podrían resultar

exitosas si se fortalecen sus aspectos más débiles. Una posición como esta permite, una vez refinada, dar cuenta de la normatividad jurídica en un proyecto metanormativo general, cuyas bases se sustentan en la metaética (Lindeman, 2019).

Stefano Bertea presenta, por su parte, un modelo constitutivista de inspiración kantiana para dar cuenta de la normatividad jurídica.

Para Bertea, una postura constitutivista debe superar la objeción principal de que los estándares constitutivos podrían tener fuerza conceptual pero no normativa y, por tanto, ninguna normatividad práctica podría ser extraída de una caracterización constitutiva de la agencia. El autor argumenta que esta objeción asume la división entre necesidad conceptual y normativa, la cual puede ser superada cuando se muestra que los roles de la agencia constitutiva, que denomina técnico y teleológico, son interdependientes y no pueden ser separados. Los fines que perseguimos como participantes de una empresa (componente teleológico) no pueden ser logrados a menos que sigamos las reglas a través de las cuales la empresa es constituida (componente técnico). A la inversa, seguir esas reglas constitutivas solo tiene sentido en función de los fines a los que ellas sirven. Por tanto, ninguna de las dos aproximaciones por si sola puede ser comprehensiva; ambos componentes están incapacitados para trabajar solos, lo que lleva necesariamente a una visión unificada de la agencia constitutiva donde la identificación de los estándares y la consideración de los fines a los que sirven está presente en cada momento del análisis.

Para Bertea, una parte integral de cualquier teoría de la obligación jurídica que aspira a ser comprehensiva en algún grado importante, debe incluir una explicación de la fuente de su fuerza obligatoria, es decir, de aquello hace que el derecho se aplique a nosotros y que debamos tomar los enunciados jurídicos como obligatorios. Responder a esta interrogante implica mostrar cómo la obligación surge en la práctica jurídica y de donde viene la capacidad del derecho para imponerla.

En tal sentido, el autor presenta un argumento que se sustenta en la filosofía práctica de Kant. Siendo la humanidad la fuente de la normatividad de la razón práctica, el derecho es construido como un caso especial de esta y, así, la normatividad jurídica es construida como un caso especial de la razón práctica. Esta es la tesis de la *continuidad conceptual entre el derecho y la razón práctica, donde la normatividad de ambos tiene el mismo fundamento.* Como un subconjunto de la razón práctica, el derecho puede ser concebido

a partir de una distintiva substancia, ámbito de aplicación y estructura. Pero, por la misma razón, también debe ser pensado como teniendo su fuente en la razón práctica y como una instancia de esta.

Bertea presenta esta conexión, basándose no en la fundamentación metafísica de Kant sobre la razón práctica, sino en la reinterpretación pragmática (centrada en la acción) de la noción kantiana de humanidad. El argumento es así una aproximación revisionista kantiana a la obligación jurídica basada en las propiedades conceptuales de la agencia humana. De acuerdo con Kant, la fuente de la normatividad práctica es la humanidad, que constituye una de las tres capacidades fundamentales de los agentes racionales (las otras son la animalidad y la personalidad). La humanidad supone la capacidad de representarnos un fin de modo plenamente consciente y deliberar acerca de cómo alcanzarlo. En la humanidad no solo se incluye la capacidad de seleccionar los medios apropiados para alcanzar un fin, sino también el fin en sí mismo, al comparar y sistematizar diferentes fines, pudiendo los agentes formar así una idea completa de su bienestar. La humanidad es así el presupuesto necesario de cualquier fin, y esta es la característica que hace a algo un fin en sí mismo: nunca subordinado, siempre priorizado con respecto a otros fines. Esta es una capacidad a la que no podemos renunciar sin anular la propia capacidad de actuar de acuerdo con fines.

Para Bertea, esta idea de humanidad puede prescindir de la carga metafísica que Kant le atribuía, en tanto admite una reinterpretación pragmática. La humanidad resume los predicados que alguien debe tener para ser considerado capaz de actuar y por tanto ser reconocido como un yo que actúa. Las propiedades de la humanidad son aquellas capacidades sin las cuales los individuos serían incapaces de acción y existencia distintiva en la esfera práctica. Estas capacidades constituyen una unidad pragmática, el sujeto entendido como un agente, una que es independiente de la metafísica de Kant (idealismo trascendental) y no se sustenta en la discutible noción de noúmeno.

La agencia humana, comprendida en forma pragmática, tiene su punto de partida en la acción, por lo que es construida a partir de esta y en función de los requerimientos de la razón práctica. En tanto algunas de esas demandas (las de la moral racional crítica) se conciben como necesarias y universalmente obligatorias, las propiedades definitorias de la agencia humana deben ser análogamente necesarias y universalmente obligatorias. Eso

hace de la agencia humana un concepto trascendental: las capacidades constitutivas de la agencia humana tienen aplicación universal entre todos los sujetos que actúan. La agencia humana es, por tanto, construida aquí como el resultado de un set de capacidades que tienen un rol necesario en la esfera práctica. Esas capacidades son esenciales en sentido práctico en tanto (i) son independientes de las disposiciones subjetivas, los incentivos personales y las particularidades individuales; (ii) sin ellas no seríamos capaces de llevar adelante acciones y por tanto deben ser compartidas por todos aquellos capaces de actuar.

Para Bertea, la diferencia entre acción y reacción es crucial. La conducta reactiva es meramente contingente en tanto depende (internamente) de los incentivos y (externamente) de las circunstancias particulares. La conducta basada en principios, en cambio, no está afectada por esas dependencias y es proactiva. Seguimos un estándar sin que sea relevante lo que los incentivos nos impelen a hacer y los establecemos antes de que las situaciones que dan lugar a los incentivos ocurran. Eso no quiere decir que las acciones desconozcan los componentes reactivos de la conducta (incentivos y circunstancias) sino que los incorporan de tal manera que hacen posibles las acciones de acuerdo a estándares. Los principios suponen una clase de generalidad que los hacen no reducibles a incentivos e incluso puede decirse que están pensados para operar como una fuerza contraria a los incentivos.

La conducta basada en principios difiere así de la reactiva en cuanto hace operar un elemento -principio o estándar general- que media entre el estímulo y la respuesta. Y este elemento es el que introduce la forma paradigmática de acción. Realizar una acción es paradigmáticamente desarrollar una conducta que proviene de un principio que (a) elegimos de forma activa; (b) nos guía en la esfera práctica.

La agencia humana puede ser caracterizada en función de capacidades que operan como requisitos o precondiciones de la acción. La primera es la reflexividad, la posibilidad de tener representaciones del mundo más articuladas que aquellas que hace posible la mera percepción, lo que implica la posibilidad de reflexionar ante cada estímulo y adoptar un punto de vista crítico desde el cual evaluar las diferentes situaciones. Esta capacidad les da libertad a los agentes con respecto a sus actividades o tendencias motivacionales inmediatas. Supone poder distanciarse de algunos propios deseos, motivos y tendencias e identificarse con otros. La segunda, producto a su vez de la

reflexividad, es la autoconciencia, que permite al agente captar los componentes internos del yo (incentivos) y los determinantes heterónomos de la acción (ambiente). Las otras dos, productos a su vez de la autoconciencia, son la racionalidad como espontaneidad, que es la independencia de los componentes del yo, y la autonomía, independencia de los determinantes heterónomos de la acción.

Estas capacidades se relacionan unas con otras, pero no son reductibles entre sí. Tomadas en conjunto, permiten caracterizar a la agencia humana como la capacidad de actuar sobre modelos establecidos por la elección reflexiva, espontánea y autónoma. Los agentes humanos son capaces de actuar por normas autoimpuestas, razones que han establecido por ellos mismos en el ejercicio de su capacidad reflexiva (Bertea, 2009, 2011, 2013).

Stephen Darwall ubica al problema de la normatividad del derecho en el marco de su concepción de la moralidad constituida a partir de lo que denomina punto de vista de la segunda persona. Este es caracterizado como la perspectiva que adoptamos cuando sostenemos, en forma explícita o implícita (a través del pensamiento) reclamos o demandas hacia otros o hacia nosotros mismos (al reconocer sentimientos de culpa). Cuando reclamo algo a alguien, como, por ejemplo, que no me pise (o si lo ha hecho, que deje de pisarme, se disculpe o algo similar), presupongo cierta autoridad para demandar cierta conducta de esa persona y para hacerlo responsable por cumplir con esas demandas.

Tener ese derecho crea una clase distintiva de razones, que Darwall denomina razones de segunda persona, razones que dependen conceptualmente de la autoridad de formular y dirigir reclamos y demandas en forma explícita o implícita, como por ejemplo en las actitudes reactivas strawsonianas (resentimiento, indignación, culpa), que implican algún tipo de demanda o reclamo.

Solo los reclamos conceptualmente dependientes de una autoridad putativa para reclamar cierta conducta crean esta clase distintiva de razones. Las razones de segunda persona operan en el marco de un círculo de conceptos que se implican mutuamente: (a) la autoridad para formular reclamos o demandas, o esperar algo de alguien; (b) un (legítimo) reclamo o demanda autoritativa; (c) una razón de segunda persona para cumplir; (d) ser responsable ante alguien que cumpla con el requisito de autoridad por el cumplimiento.

No se puede ingresar en este círculo conceptual desde afuera. Ninguna proposición que no involucre conceptos de segunda persona puede justificar una que sí lo haga. Esto supone, por ejemplo, que ninguna proposición acerca de los beneficios o daños de cierta conducta puede implicar, por sí sola, una proposición acerca de derechos. Cualquier reclamo sobre derechos puede sostenerse solo sí tenemos la autoridad relevante para formularlo, por lo que la mera afirmación de las consecuencias beneficiosas de reclamar un derecho no provee una razón valedera para fundamentar ese derecho. Lo mismo ocurre con los reclamos vinculados a la responsabilidad moral, la obligación moral, corrección e incorrección moral (violación de las obligaciones que se tienen si se consideran todas las circunstancias), dignidad, respecto por la dignidad, y la propia idea de agencia moral, que resultan, de manera irreductible, de segunda persona.

La afirmación de que alguien es responsable moralmente supone considerar a esa persona desde el punto de vista de la segunda persona; si la responsabilidad moral es un concepto de segunda persona, también lo es la obligación moral. Lo que estamos moralmente obligados a hacer es aquello por lo que, conceptualmente, somos responsables por hacer y por lo que seríamos culpables si no lo hacemos sin una excusa adecuada. La obligación moral también está conectada conceptualmente con la idea de autoridad. Pero: ¿quién tiene autoridad para formular demandas morales? Puede haber acuerdo sobre la conexión conceptual entre obligación moral y responsabilidad, y discrepancia sobre donde radica precisamente esta autoridad. La concepción que Darwall defiende es la de moralidad como igual (o recíproca) responsabilidad (accountability), sosteniendo que todos los agentes morales tienen una membresía igual en la comunidad moral. Para ello, basta tener las capacidades físicas necesarias para ingresar en relaciones de mutua responsabilidad, esto es, para adoptar la perspectiva de la segunda persona sobre sí mismo y los otros, y regular la conducta desde ese punto de vista (competencia de la segunda persona). Desde esta visión todos somos moralmente responsables unos con otros. Para Darwall, hay una tensión inherente a cualquier comprensión de la moral en términos jerárquicos como el voluntarismo teológico.

La autoridad tiene entonces un rol conceptual en la posibilidad de formular reclamos y demanda basadas en derechos y en obligaciones morales. Pero se trata de autoridades distintas. Cuando se reclama un derecho (por ejemplo, a no ser víctima de un pisotón),

uno lo hace como individuo (desde una posición que nadie más tiene). En cambio, cuando reclamamos a otros, o a nosotros mismos, por la violación de una obligación moral (sin una excusa adecuada), formulamos la demanda o el reclamo, no como individuos sino como representantes de la comunidad moral (no un grupo real sino un ideal regulativo como el Reino de los Fines que anticipaba Kant). Damos voces a demandas que podrían venir de cualquiera de nosotros y que suponemos vienen de todos nosotros.

Considerar a alguien moralmente responsable siempre presupone esa que persona tiene la competencia y la autoridad para considerarse responsable a sí misma desde un punto de vista (de la segunda persona) que puede ser compartido por quien formula el reclamo y el destinatario de este. Lo mismo ocurre en el caso de la idea de autoridad de la segunda persona. Cuando afirmamos que tenemos autoridad para demandar a alguien y hacerlo responsable de que cumpla, tenemos que asumir que el destinatario tiene una razón (de segunda persona) que esa persona puede reconocer y gobernarse a sí misma. Al mismo tiempo, asumimos la diferencia entre los modos en que podemos legítimamente hacerle reclamos (aquellos incluidos en el punto de vista que la hace responsable) y simplemente imponerle nuestra voluntad. Por tanto, nos comprometemos con la idea de que cualquier persona (competente en la perspectiva de la segunda persona) en nuestra situación (de formular reclamos) compartiría la misma autoridad básica para reclamar no ser sometido a coerción ilegítima.

Cualquier persona que tenga autoridad sobre otra está siempre sujeta a un test de razonable aceptación o rechazo desde un punto de vista que ambos pueden compartir. Las razones de la segunda persona se ubican así en el espacio de lo razonable en términos de la famosa distinción de Rawls (entre lo racional y lo razonable). El espacio de lo razonable es simplemente el espacio de la segunda persona. Aquí Darwall toma otra idea de Rawls: ser persona es constituir una fuente auto-originada de pretensiones válidas. Para que sea posible cualquier demanda razonable, y, por tanto, que sea posible exigir derechos y obligaciones morales, tiene que haber algún ser competente en términos de la segunda persona que sea responsable hacia otro justo en virtud de su capacidad de involucrarse en relaciones de mutua responsabilidad, esto es, si cada uno tiene, en virtud de su competencia, una autoridad básica de la segunda persona. Las demandas específicas de esta autoridad básica legítima compartida (lo que podemos razonablemente esperar unos

de otros, el contenido de nuestras obligaciones morales) es una cuestión de ética normativa más que una cuestión ética fundamental. Sin embargo, la perspectiva de la segunda persona tiene implicaciones en el ámbito de la ética normativa.

La primera, es que ninguna teoría de los derechos puede afirmarse sólo sobre la base de estados de cosas valiosos en el mundo. Cualquier demanda en este sentido debe proceder desde dentro del círculo de conceptos de la segunda persona y estar justificada desde el punto de vista de esta. Esto no refuta de por sí a las teorías normativas consecuencialistas de derechos, sino que solo exige que estén justificadas en términos de la segunda persona.

La segunda es que la coerción, que es simplemente imponer una voluntad sobre otra persona, es incorrecta, al menos mientras otras cosas sean iguales. En sentido similar, al menos si otras cosas son iguales, es equivocado dirigirse a otros de mala fe en términos de segunda persona (por ejemplo, prometiendo falsamente).

La tercera es que, una conceptualización de la obligación en términos de la segunda persona, apunta hacia una aproximación específica de la ética normativa: el contractualismo. Sea que apuntemos a ideas como el velo rawlsiano de la ignorancia o los principios que nadie puede razonablemente rechazar en términos de Scanlon, la forma correcta de sostener una fundamentación contractualista es la idea de la igualdad básica de la autoridad de la segunda persona (fuentes originarias de pretensiones de validez en la terminología rawlsiana).

Para Darwall, las obligaciones morales son inescapables. Cualquier deliberación inteligible no puede escapar al supuesto de que hay razones para la acción, esto es, de que existe la razón práctica sustantiva. Si no hubiera razones, la deliberación no tendría sentido. El sentido en que las obligaciones morales son inescapables es que las razones que proveen son imposibles de dejar de lado. Esto es, que se aplican sin que sean relevantes nuestros intereses, propósitos u otras características idiosincrásicas. Lo que se sigue de un análisis de la segunda persona es que las obligaciones morales están basadas en nuestra competencia de la segunda persona y que ésta no un puede ser renunciada sin eliminar a la propia agencia moral.

En este marco conceptual, Darwall presenta una caracterización del carácter distintivo de la moralidad que es modelada por la idea del derecho. La autoridad que está implicada en las obligaciones y derechos es una forma de autoridad moral, la de los miembros de la comunidad moral para hacerse reclamos y demandas unos a otros. Pero las nociones de autoridad, obligaciones, derechos y responsabilidad son obviamente centrales al derecho propiamente dicho (las normas establecidas legislativamente, administradas y ejecutadas por sujetos dotados de autoridad jurídica). El Derecho crea derechos y obligaciones jurídicas y para ello es esencial una autoridad que pueda ser responsabilizada por ellas. A diferencia de la amenaza de coerción, el ejercicio de la autoridad invariablemente implica una apelación al cumplimiento y una invocación al deber de obediencia (Darwall cita a Raz en este punto). No respetamos al derecho en el mismo sentido que un boxeador respeta a su oponente; reconocemos su autoridad.

Las razones que el derecho pretender proveer son de segunda persona que se sustentan en una autoridad genuina de alguna clase. Las obligaciones morales derivan de la autoridad igual de las personas representativas o miembros de la comunidad moral para reclamarse unos a otros la responsabilidad moral. Las obligaciones y responsabilidades jurídicas derivan de una autoridad jurídica. Darwall no quiere tomar partido en la discusión entre positivistas y antipositivistas. Ambas partes aceptan que hay una diferencia entre el derecho y el tipo de coerción desnuda en las amenazas de un gánster. El derecho se presenta, al menos, como una autoridad legítima, lo sea realmente o no. Para que esta pretensión tenga sentido, tiene que existir una autoridad de facto y al menos un grupo de personas (quizás funcionarios) que sean percibidos como considerando a algunas prácticas o instituciones como dotadas de autoridad legítima. Algo similar sucede con la moral. Incluso los escépticos pueden aceptar que la moral pretende crear razones normativas genuinas. En el mismo sentido, las razones jurídicas de segunda persona *existen* sean o no genuinamente normativas, y sea o no legítima la autoridad que reclama serlo (Darwall, 2010, 2013).

Copp presenta una caracterización de la normatividad jurídica en términos lo que denomina *teología pluralista*, una teoría naturalista sobre la caracterización de la moral en todas sus dimensiones. La *teleología jurídica* es una implicancia de esta teoría y resulta compatible con una visión positivista, al asumir un concepto de derecho que consiste en

una cierta clase de práctica social. Sin embargo, según Copp, la teleología jurídica también puede dar cuenta de ciertas afirmaciones antipositivistas, en cuanto a que también asume (i) que el derecho tiene un propósito que lo caracteriza y resulta defectuoso si carece de él y (ii) que en la interpretación jurídica los principios morales juegan un papel muy relevante.

Para Copp, hay cinco proposiciones fundamentales sobre el derecho que, aunque individualmente plausibles, parecen incoherentes como set y reflejan los ejes de disputa entre positivistas y antipositivistas. La *teleología jurídica* puede, según Copp, acomodarse a todas esas tesis, incluyendo la que afirma la normatividad robusta del derecho.

La teleología pluralista considera que hay hechos normativamente robustos: hechos acerca de cómo deberíamos actuar o vivir y de cómo tenemos razones para actuar y vivir. Es una visión realista (en sentido moral), en cuanto defiende que hay propiedades normativas y acciones que pueden ser moralmente requeridas. Al mismo tiempo es naturalista, porque concibe a los hechos normativos en el mismo plano que los hechos no normativos como los de la economía y la psicología.

Para Copp, hay una distinción intuitiva y plausible entre la normatividad formal de los juegos y la normatividad robusta de la moral. De acuerdo con los positivistas, los hechos acerca de la existencia y contenido del derecho son hechos ordinarios acerca de prácticas sociales institucionalizadas. Estos hechos crean requerimientos formales que establecen sus reglas o estándares, igual que los juegos. El desafío que asume la teleología pluralista es mostrar como esos requerimientos pueden ser normativamente robustos a pesar de su pedigrí social.

La teleología pluralista se sustenta en dos intuiciones. Una es que el ámbito de lo normativo es diverso o plural: hay diferentes clases de razones (prácticas, epistémicas, etc.) y de requerimientos, incluyendo los jurídicos. La segunda intuición es que, pese a esa pluralidad, el ámbito de lo normativo está unificado, en tanto las diferentes clases de razones y requerimientos responden a un problema genérico que enfrentan las personas y que podría ser enfrentado adecuadamente por la suscripción a los estándares y normas apropiados. Este problema genérico es el de la *gobernanza normativa* que surge cuando se dan un set de hechos que incluyen: (I) circunstancias de la vida humana que, dada la

naturaleza psicológica y biológica de los seres humanos, interfieren, si no se suscriben las normas apropiadas, con la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas y servir a sus valores; (II) la habilidad de las personas para lidiar con este estado de cosas es afectada por sus acciones y elecciones; (III) se puede enfrentar mejor este estado de cosas cuando las personas suscriben a un apropiado sistema de estándares y cumplen con él. La normatividad debe entenderse y explicarse con relación a este problema genérico y los distintos problemas específicos en que se instancia.

Uno es el de la autonomía: necesitamos gobernar nuestra vida de acuerdo con nuestros valores (cualesquiera sean estos), pero tenemos la tendencia a buscar ventajas de corto plazo en desmedro de esos valores. Este problema puede ser mitigado si suscriben al estándar de prudencia racional, que reclama por un comportamiento que sirva nuestros valores y satisfaga nuestras necesidades. Suscribir una norma es tener la intención de conformarse a ella y estar dispuesto a una experiencia emocional negativa si uno falla en lograr esa conformidad. Este es un requerimiento racional, fundado en el problema de la autonomía. Otro ejemplo, es el problema de la sociabilidad. La gente necesita vivir en sociedades en orden de satisfacer muchas de sus necesidades básicas y estar en posición de lograr cosas que valora. Sin embargo, hay muchas causas conocidas de discordia y conflicto que minan la cooperación social, impidiendo que la sociedad sea exitosa en posibilitar que las personas puedan lograr aquello que valoran. La suscripción generalizada a un código moral puede permitir lidiar mejor con este problema, en tanto este código lleve a la gente a estar dispuesta a cooperar y evitar la discordia o el conflicto.

Asumiendo que distintos códigos morales podrían tener un nivel de éxito diferente en esta tarea, el código moral ideal sería aquel cuya prevalencia (cultural) permitiría lidiar mejor con el problema de la sociabilidad. Los requerimientos de la moral están fundados en un código moral ideal y las razones morales son consideraciones que, en el código moral ideal, contarían a favor de actuar de ciertas maneras. Bajo esta idea, ciertos estándares tienen normatividad robusta, en tanto resuelven problemas reales de gobernanza normativa. En el mismo sentido, la verdad normativa depende del contexto en que una específica cuestión normativa se presenta y el contenido del sistema de normas contribuiría mejor a lidiar con el problema específico de gobernanza. La verdad moral depende del contenido de un código moral ideal.

En la vida real, la moral positiva no coincide con el código ideal para la sociedad donde está vigente. Nuestros deberes jurídicos se justifican en instituciones jurídicas locales, lo que hace problemático que la explicación de la moralidad en términos de la teleología pluralista sea buena para la normatividad del derecho. Para Copp hay tres modelos de normatividad jurídica que son compatibles con la teleología pluralista. De acuerdo con el primero, el derecho tiene una mera normatividad formal. De acuerdo con el segundo, la normatividad del derecho es comparable a la de la etiqueta. El tercer modelo, el más plausible, postula una relación cercana entre la moral y el derecho. Según el modelo de la normatividad interna, el derecho es normativo formalmente en el sentido de que requiere ciertas acciones y prohíbe otras, entendiéndose que meramente asigna a ciertas acciones el status de ser requeridas por el sistema jurídico local, a la que es "interna" la normatividad. Según el modelo de la normatividad autónoma, en cambio, la normatividad del derecho no es meramente la formal típica de los juegos, y no solo porque, típicamente, las normas jurídicas están respaldadas por la amenaza de sanciones, sino por el importante rol que juega el derecho en la sociedad y merece respeto por eso, al menos bajo el supuesto de que no es injusto o problemático en otros sentidos.

Para explicar esto desde la perspectiva de la teleología pluralista necesitamos mostrar que el derecho es un dispositivo necesario para lidiar con un problema específico de gobernanza. Para Copp, existe tal problema, al que denomina, problema de seguridad. La relación entre el derecho y el problema de la seguridad es similar a la relación entre la etiqueta y el problema de la cortesía. Más allá de esto, el problema de la seguridad es un aspecto del problema de la sociabilidad. La normatividad del derecho es similar a la de la etiqueta, pero el derecho está cercanamente relacionado con la moral. El problema de la seguridad es parte del riesgo de conflicto o desorden, y también de pérdida de oportunidades de productividad. Los acuerdos de cooperación pueden, en principio, lidiar con el conflicto, pero, sin los mecanismos que provee el derecho, no hay forma de imponerlos sin arriesgar un conflicto mayor. El derecho aporta mecanismos de resolución de conflictos que al menos no empeoran las cosas, y provee un sistema de sanciones que pueden evitar las peores formas de conflicto. Hart arroja luz sobre este problema cuando discute lo que denomina "el contenido mínimo del derecho natural": hay ciertas reglas de conducta que cualquier organización debe incluir para ser viable. Por supuesto, no es ni metafísica ni conceptualmente necesario que un sistema legal concreto contribuya, en los

hechos, a lidiar con el problema de la seguridad. Podría ser que el derecho, de modo perverso, exacerbara las causas del conflicto, por ejemplo, favoreciendo de forma sistemática a un pequeño grupo contra los intereses del conjunto.

El *Modelo de la Normatividad Autónoma* realiza dos afirmaciones. Primero, el problema de la seguridad es parte de los problemas de gobernanza normativa. Segundo, la existencia de un sistema jurídico que incluye el contenido mínimo de derecho natural de Hart tiende a permitir un manejo mejor de ese problema, si otras cosas se mantienen iguales, cuando suficientes personas relevantes suscriben una norma que les reclame el cumplimiento del derecho. Dados estos supuestos, la teleología pluralista implica que hay un requerimiento, robustamente normativo pero autónomo, de cumplir con las leyes de un sistema jurídico que incluya el contenido mínimo del derecho natural de Hart.

El *Modelo Moral* acuerda en que el derecho tiene normatividad formal y normatividad autónoma, porque responde al problema de la seguridad. Y añade que el problema de la seguridad es un aspecto del problema de la sociabilidad. Si esto es correcto, debe haber razones (derrotables) morales para actuar de acuerdo con el derecho. Los problemas de la seguridad y la sociabilidad están tan ligados que podría decirse que son parte de un mismo problema, que la moral y el derecho tienen que enfrentar. Por lo que el código moral ideal de una sociedad contendría una norma que nos reclame cumplir con el derecho, bajo el proviso de que no sea injusto. Otra forma de plantearlo es que hay una obligación moral *pro tanto* de hacer lo requerido por las leyes que no sean injustas. De acuerdo con el Modelo Moral hay una "conexión de diseño" o "basada en un problema" y no una mera conexión accidental entre el derecho y la moral. O más exactamente, entre el derecho y la moral ideal.

La teleología jurídica, con esta caracterización de la normatividad del derecho puede dar cuenta de las cinco tesis fundamentales que dividen a positivistas y antipositivistas. Primero: el contenido del derecho en un sistema jurídico depende solo de prácticas sociales entre quienes están sujetos a él o al menos entre los funcionarios del sistema (tesis positivista). Segundo: puede haber leyes injustas y sistemas jurídicos injustos (tesis de la justicia no garantizada). Tercero: el derecho posee, en sí mismo, normatividad robusta (tesis de la normatividad robusta). Cuarto: hay un deber moral (no trivial) de obedecer al derecho (tesis del deber moral). Cinco: el derecho está conectado íntimamente

a la moralidad a través de su propósito. La teleología jurídica de Copp sería compatible con todas esas tesis, por lo que sería una mejor explicación que propuestas competitivas como las de Hart, Raz y Dworkin, que no permiten sostener algunas de ellas (Copp, 2019).

Peter Railton presenta al ideal del *rule of law* como un puente entre la normatividad formal y la robusta, que habilita a pensar en el derecho cumpliendo una función moral específica para la agencia moral. Una adecuada caracterización de este ideal permite pensar en el derecho como instrumento formal que conecta a diversos agentes morales que ocupan distintos roles en la realización de fines sociales moralmente valiosos

Railton parte de la moral como el caso paradigmático de esquema normativo de regulación social, en tanto involucra estándares y evaluaciones de conducta personal e interpersonal que tomamos como objetivos, imparciales, generales y no hipotéticos. ¿Cómo puede, entonces, considerarse al derecho un fenómeno normativo en tanto esquema de regulación social? Contestar esta pregunta no solo implica una contribución a la teoría general del derecho sino también un aporte metanormativo a la propia comprensión de la moral.

El derecho es una construcción social (como el lenguaje o la tasa de cambio de moneda) en el sentido de que no está constituida por una sustancia o proceso físico, su existencia continuada depende de las actitudes y acciones de seres humanos actuales. Se trata de un constructo social que para ser normativo debería poder guiar a las personas de un modo distintivo. Una característica de la guía normativa es que involucra la auto imposición, por individuos o grupos, de requerimientos o propósitos. Ello exige una representación mental de tales requerimientos o propósitos que cumpla un rol mediador con la conducta y el pensamiento. En tanto esos requerimientos tienen la forma de reglas o límites normativos, pueden ser violados y su violación implica alguna respuesta "correctiva".

La guía normativa así se distingue de otras maneras en las cuales los individuos pueden exhibir patrones de congruencia con respecto a normas -como por ejemplo la amenaza-. Un esquema normativo social incluye los siguientes elementos. (1) Su contenido, es un set más o menos explícito de límites, requerimientos e ideales, relativos a cómo deberíamos pensar, sentir o actuar, quien tiene autoridad con relación a las normas o ideales, etc. (2) Un proceso de adquisición e imposición: prácticas sociales a través de las

cuales las normas e ideales son adquiridas, enseñadas e impuestas. (3) Mecanismos de guía normativa: los modos en que los contenidos de este esquema normativo juegan un rol en modelar las decisiones, sentimientos y actitudes de los individuos o grupos. (4) Los fundamentos motivacionales (telos) del esquema normativo: los fines, propósitos o valores que el esquema pretende obtener o proteger, las funciones que efectivamente cumple, las razones por las que es importante para las personas y logra mantener sus adhesiones. Esta estructura puede encontrarse en múltiples esquemas de conducta social como una banda de recolectores y cazadores, en una comunidad lingüística, etc.

¿Cómo el derecho puede ser entendido como algo más que un esquema social en el cuál un conjunto de reglas expresas o tácitas son impuestas sobre una población?

Un caso paradigmático de orden impuesto *desde fuera* sería el estado hobbesiano. Hobbes toma como punto de partida un hipotético estado de naturaleza para hacer evidente que el *foro externo* requiere, para devenir en el *rule by law*, de un foro interno. El *rule by law* depende de un esquema de elementos normativos (internos) que no incluye ni produce, sino que tienen origen externo. Aquí el problema central es que la imposición de los términos de un contrato social depende de seres humanos que cooperen a lo largo del tiempo para asumir las cargas y riesgos que implica desarrollar e imponer un contrato. Por este motivo, Hobbes invoca las leyes de la naturaleza, que son en realidad principios normativos (preceptos generales de la razón) que obligan en el fuero interno. La primera ley contiene dos cláusulas que mandan (1) procurar la paz, en tanto esta esté disponible y, (2) si no podemos tener la paz, utilizar todas las ayudas y ventajas en la guerra.

En tanto no hay esperanza de paz si no es con la ayuda de los demás, si percibo una oportunidad de que estos cooperen conmigo, estoy obligado en mi fuero interno a aprovechar esta oportunidad. Por eso, la cuarta ley natural es la gratitud, que, en estado de naturaleza, cumple la misma función que en el contrato en la sociedad civil: crea, ante la cooperación previa, una obligación del otro de cumplir su parte, como cuestión de justicia. Este proceso de cooperación y aprovechamiento de oportunidades de paz crea la clase de confederación de confianza entre personas necesaria para hacer posible el ejercicio del foro externo que impone el contrato y el derecho. Así, a partir del foro interno, se hacen posibles la sociedad civil y el derecho.

Lo que hace posible a un esquema exitoso de *rule by law*, de acuerdo con Hobbes, es la existencia de un esquema normativo subyacente que (1) tiene un set distintivo de límites y propósitos, (2) puede ser adquirido a través de la razón y la mutua acomodación y así dar sustento a un sistema (3) de límites de foro interno individuales y mutuos que hacen posible un régimen estable y confiable impuesto de foro externo, y (4) permite a las personas evitar y superar el conflicto y la inseguridad que existen cuando falla la ley civil, y sostener los muchos beneficios de la existencia pacífica que se obtienen cuando la ley civil prospera.

Para Railton, si bien la justificación del *rule by law* de Hobbes es una idealización, no es meramente un esquema hipotético pues resulta explicativo de las clases de actitudes normativas que subyacen y posibilitan las sociedades civiles exitosas. El derecho puede cumplir la función esencial de reducir los grados de libertad en la interacción social en formas que crean caminos de oportunidad para acciones individuales y colectivas a lo largo del tiempo, gracias a una amplia obediencia a principios prescriptivos públicamente conocidos y un grado razonable de imposición. El argumento estructural es que el *rule of law* debe ser más que un conjunto de reglas y procedimientos de foro externo (incluso uno que sea prospectivo, general, abierto, claro, estable, etc.) si es capaz de aspirar a cumplir de forma efectiva y segura su función esencial.

El ideal del *rule of law* implica añadir al *rule by law* dos condiciones. La primera es que el derecho se aplica, no solo de manera nominal sino también en los hechos, del mismo modo a quienes ejercen a gobernantes y gobernados: nadie está por encima de la ley y nadie debajo de ella. En segundo lugar, aquellos que están sujetos al derecho tienen alguna posibilidad -no solo nominal sino también en los hechos- de participar en la elaboración del derecho y en su imposición de *foro externo*. Si la virtud cívica del *rule by law* se constituye en la mutua acomodación entre individuos que se ven iguales por naturaleza y el cumplimiento de la ley por defecto, la virtud cívica constituyente del *rule of law* es la autonomía de quienes se ven "iguales como personas" y la voluntad por defecto de participar en la legislación y la imposición del derecho.

¿Puede un ideal de este tipo ser capaz de generar su propia justificación y ser resiliente a los cambios sociales, constituyéndose así en un fin razonable para el activismo político y el diseño institucional?

Habría que determinar en tal sentido si las propiedades distintivas del rule of law podrían hacer una diferencia tal que las sociedades donde rija éste tengan potencialidades y dinámicas distintivas. La cuestión es complicada pues los órdenes políticos existentes, aunque a menudo incluyen en algún grado elementos del *rule of law*, solo se aproximan muy imperfectamente a una genuina igualdad en la formación e imposición del derecho legislado. La cuestión puede centrarse entonces en si las sociedades con un *rule of law* "funcional", esto es, con estructuras constitucionales operativas que efectivamente constriñan la formación e imposición del derecho legislado, siguen una trayectoria diferente en los hechos a las que no cuentan con ellas. Los indicadores de *The World Justice Project* resultan interesantes en este sentido ya que permiten constatar que las sociedades que los cumplen en mayor medida figuran (con algunas excepciones) en términos de bienestar, PBI e igualdad de ingresos entre las más exitosas. Si miramos a las sociedades donde el *rule of law funcional* se ha roto, parece ser que la emergencia de gobernantes no responsables y la pérdida de independencia judicial tiene efectos directos en pérdida de bienestar, igualdad y prosperidad, que sugieren que es más que un epifenómeno.

¿Si identificamos esto como un éxito normativo, puede contar solo como un ideal moral o también como algo distintivamente "jurídico"? Frente a un esquema concreto de reglas asociadas al cumplimiento de estos valores podemos hacernos la siguiente pregunta: ¿tenemos una razón no prudencial *pro tanto* para tomar parte en el sistema normativo que expresa el *rule of law*, es decir, para aceptar parte en una responsabilidad compartida por su contenido e imposición?

Evaluado en tanto que esquema social normativo, el *rule of law* constituye un complejo set de relaciones sociales y expectativas que expresan y promueven un rango de valores morales importante. La existencia de tales formas de solidaridad legal o civil, por ejemplo, podría darnos razones para tomar parte en ellas, aunque presenten algunas formas de injusticia, incluso o especialmente, si lo que buscamos es remover esas injusticias. La razón para participar en esas formas institucionales puede ser moral, pero mediada por los modos en que nuestros destinos se conectan a través de esquemas sociales que son independientes de nuestras voluntades particulares. Lo que significa una razón moral de compromiso, dice Railton. Pero añade que podríamos decir que las razones

morales son, en general, así. Nuestras vidas están continuamente implicadas en esquemas sociales de este tipo (institucionales), tanto como en esquemas de amistad o familia, y sería absurdo que consideráramos que los agentes morales no tienen responsabilidades especiales hacia sus amigos o familia.

La autonomía no puede ser una materia de completa autodefinición en cuanto a nuestros compromisos normativos. Podemos autodefinirnos como agentes morales reflexionando sobre la totalidad de nuestras creencias sobre qué debemos hacer, pero solo parcialmente definimos la clase de sociedad en que vivimos y la clase de familia (y de otros grupos) que integramos. Teniendo en cuenta esos contextos en que se desenvuelven nuestras vidas los términos que usamos para la definición de nuestra identidad moral no pueden nunca ser libremente estipulados y, en este sentido, el derecho no sería una anomalía en la comprensión de la agencia moral (Railton, 2019).

Algunos modelos provenientes de la metaética intentan corregir o reformular las tesis del positivismo jurídico para mostrar como este podría dar cuenta de una normatividad robusta.

En tal sentido, Nicholas Southwood aborda el problema de la normatividad del derecho a través de una reinterpretación de lo que denomina la *Tesis de la Norma Convencional* (TNC), en el espíritu de la teoría práctica de Hart pero intentando evitar sus problemas: para, Southwood, una vez reformulada, la TNC puede dar cuenta de todos los modos en que el derecho puede ser genuinamente normativo. Aunque hay formas de normatividad que no pueden explicarse en tales términos, esto es irrelevante para su propósito, pues, aclara el autor, sería un error pensar que el derecho podría ser normativo *en esos sentidos*.

Los ejemplos paradigmáticos de normas convencionales incluyen las reglas de etiqueta, los códigos de vestimenta y las reglas de los juegos. Una pregunta recurrente es qué propiedad o característica unifica esta clase de normas. Las normas convencionales son una variedad de las de normas positivas, es decir, hechos sociales, o sea, reglas o principios normativos que son en algún sentido "reconocidos" o "aceptados" en cierta comunidad particular y que pueden ser o no válidos (en el sentido de las normas críticas). Algunos filósofos entienden a las normas positivas como clases especiales de convenciones. Sin embargo, la existencia de una convención no parece ser razón

suficiente (algunas prácticas sociales parece no ser normativas en ningún sentido) ni necesaria (puede haber normas que son universalmente vulneradas) para la existencia de una norma positiva.

Una propuesta mejor es que las normas positivas son conjuntos de actitudes normativas a lo que se suma un amplio conocimiento de esos conjuntos (visión compartida de las actitudes normativas). Aunque este enfoque supera los problemas del convencionalismo, enfrenta otros. Puede objetarse que la conducta, que expresa el contenido de ciertas actitudes, a que refiere un principio o norma no siempre refleja directamente *ese* principio o norma. Sin embargo, las actitudes normativas pueden reflejar el principio indirectamente al referir en forma directa a una norma secundaria.

Otra característica de las normas convencionales es su dependencia de la práctica. Las actitudes normativas son dependientes de la práctica si están sustentadas, al menos en parte, en una práctica social presumida. Las prácticas sociales juegan un rol justificativo con respecto a las actitudes que son constitutivas de normas convencionales (la práctica también puede figurar en el contenido de nuestra actitud normativa y no llegar a ser justificativa). Ese rol justificativo es subjetivo (opera en la mente de quien posee la actitud), no derivativo (parte de la justificación del contenido de las actitudes proviene de la propia práctica) y, al menos, parcialmente fundado en la práctica social (la práctica no necesita ser exhaustiva en la justificación de la actitud).

Esta teoría se diferencia en dos aspectos significativos de la "teoría práctica" de las reglas convencionales asociada a Hart. En primer lugar, mientras que la teoría de la dependencia práctica (Southwood) explica las normas convencionales en términos de prácticas presumidas, la teoría práctica (Hart) implica que corresponden a prácticas realmente existentes, lo que supone una inconsistencia con la presencia de normas convencionales generalmente violadas. En segundo lugar, la teoría de la dependencia de la práctica (Southwood) sostiene que las prácticas presumidas constituyen parte de los fundamentos de las actitudes normativas que constituyen normas convencionales, en tanto la teoría práctica (Hart) sostiene que la práctica tiene el rol de proveer razones. Para Southwood (citando a Green) este es un defecto fatal de la teoría práctica pues el *mero hecho* de que haya una práctica en el sentido de que la agente se comporte de cierta manera no puede proveer razones. Se requiere además alguna razón para la conformidad,

por lo que la teoría práctica no puede dar cuenta de la normatividad del derecho porque implicaría que la vasta mayoría de las normas no son convencionales.

A partir de su teoría de la dependencia práctica, Southwood presenta una conexión entre las actitudes normativas y el derecho. Se requieren tres explicaciones fundamentales: 1) ¿Cuál es exactamente la relación entre las actitudes y el derecho? 2) ¿Las actitudes de quien son relevantes? 3) ¿Cuál es la práctica relevante? A la primera cuestión puede responderse que el derecho puede ser mejor explicado en términos de actitudes normativas dependientes de las prácticas que están indirectamente conectadas con los requerimientos que constituyen las leyes. En este sentido la explicación es coincidente con la regla de reconocimiento de Hart. La visión indirecta puede acomodarse a la existencia de leyes que son generalmente violadas, en tanto las actitudes normativas dependientes de la práctica son las que se conectan con los actos de aplicación e imposición del derecho que satisfacen ciertas condiciones. En cuanto a la segunda cuestión, para Southwood, la mejor alternativa es una clase de visión exclusiva, de acuerdo con la cual las actitudes relevantes son las de algunos *subconjuntos* de miembros de la comunidad, esto es, sus funcionarios (jurídicos). Una visión "exclusiva" se acomoda mejor a las complejas de reconocimiento que a menudo existen en nuestros sistemas jurídicos. Pero hay una clase de visión inclusiva que es digna de mencionar, según la cual no es suficiente que la regla de reconocimiento sea sustentada en las actitudes normativas de una proporción significativa de funcionarios legales. Se requiere, además, que haya una proporción significativa de la población que tenga actitudes normativas dependientes de la práctica, indirectamente conectadas con la regla de reconocimiento, considerando que los ciudadanos deben obedecer esas reglas, o que los funcionarios están autorizados a aplicar e imponer esas reglas de acuerdo con regla social de reconocimiento o ambas cosas. Con relación a la tercera cuestión, la obvia respuesta es que la práctica presupuesta de los funcionarios es la de aplicar e imponer ciertas reglas y no otras. Con relación a las prácticas que sustentan las actitudes normativas de los ciudadanos, ellas dependen de cuáles actitudes se traten. Si una proporción significativa de los ciudadanos considera que hay un deber de obedecer las leyes es porque están de acuerdo con la regla de reconocimiento de la sociedad. Los mecanismos por los cuales esto es posible son la identificación, el hábito y la pretensión (alguna clase de ficción o hacer de cuenta), de acuerdo con la cual ciertas prácticas tienen significación normativa, que no es reducible

a las propiedades independientes de la práctica y que es apropiado “seguir el ejemplo” de estas prácticas.

¿Puede la *Tesis de las Normas Convencionales* dar cuenta de la normatividad del derecho? Si hablamos de normatividad en sentido mínimo, esto es, en el sentido de implicar reglas que permiten, prohíben requieren ciertas acciones, la del derecho es indiscutible, pero resulta muy débil. Si hablamos de normatividad robusta, la cuestión es más complicada pues ésta supone afirmaciones acerca de lo que tenemos razones para hacer consideradas todas las circunstancias. Si afirmamos que es necesario que, cuando una ley requiere que alguien realiza un acto, entonces esa persona debería (consideradas todas sus razones) realizar ese acto, eso es falso.

Porque es falso que las normas convencionales, entendidas como un conjunto de actitudes dependientes de la práctica, impliquen afirmaciones correspondientes (con plena fuerza normativa) acerca de lo que deberíamos o tenemos razones para hacer. Así como hay absurdas normas convencionales que no tenemos razones para cumplir, también hay absurdas leyes que no tenemos razones para cumplir. Sin embargo, Southwood sugiere (reformulando un argumento de Green) que las razones no necesitan ser “todas las cosas consideradas”. Por ejemplo, en el ajedrez, hay “razones del ajedrez”. Pero aquí seguimos hablando de normatividad mínima. Las reglas pueden tener un lugar distintivo en la razón práctica pero solo porque seguimos hablando de normatividad mínima o formal.

Otra alternativa es el planteo raziano, de que el derecho pretende normatividad robusta, aunque no la posea de hecho. Este planteo permite explicar el modo en que la normatividad del derecho difiere, por ejemplo, de la normatividad del ajedrez. También evita la objeción de que, necesariamente, los agentes deberían cumplir con leyes horrendas.

Que el derecho reclame proveer razones puede significar dos cosas diferentes. Por un lado, que una proporción significativa de los funcionarios y/o los ciudadanos ordinarios, lo tomen como implicando razones. Esto tiene como consecuencia que una significativa proporción de funcionarios y ciudadanos ordinarios podrían incurrir en un serio error. Otra propuesta diferente, es que desde un cierto punto de vista (desde la perspectiva de una cierta teoría normativa), uno tiene razones para cumplir con el derecho. Como afirma

Shapiro, el punto de vista de un cierto sistema jurídico es la teoría que sostiene que las normas de ese sistema son moralmente legítimas y obligatorias. El problema de una teoría como esta es que es posible que ningún miembro de la sociedad acepte la teoría normativa que reclama que tenemos razones para realizar los actos que el derecho prescribe.

Otro rasgo que hay que considerar es la clase de normas que pretende emitir una autoridad jurídica; esto presupone que hay una clase especial de normas que tienen como requisito una estructura excluyente. Si el derecho es categórico y tiene una clase especial de estructura excluyente, esto puede ser explicado por la TNC. En este sentido el derecho no tiene por qué ser diferente de otras prácticas convencionales. Por ejemplo, jugar al ajedrez involucra tratar a las reglas del ajedrez de manera excluyente (Southwood, 2019).

David Plunkett, por su parte, discute el problema de la relación entre la normatividad robusta y el positivismo jurídico.

Supongamos que dos filósofos del derecho están de acuerdo en aceptar el positivismo jurídico, pero discrepan sobre si los hechos relevantes constituyen un argumento a favor de este. Esta parece una seria discrepancia pues no resulta claro si están aceptando teorías sobre el mismo fenómeno o, en cambio, hablando de cosas enteramente diferentes. Por un lado, podemos tomar el término *derecho* como denotando algo en el contexto de una teoría normativa acerca de lo que realmente debemos hacer (donde ese "deberíamos" representa a la normatividad robusta), por otro lado, podemos suponer que la referencia es a algo que forma parte de una teoría sociológica descriptiva.

Por ejemplo, a veces hablamos del *rule of law* como un ideal que, en el contexto de una filosofía política y moral, se afirma como un logro civilizatorio, que se asume fundado en lo que (autoritativamente) deberíamos hacer. Por el contrario, en un sentido diferente, distinguimos al derecho de diferentes maneras de organizar el comportamiento humano, en el contexto de una teoría sociológica o antropológica, sin que esté involucrado ningún juicio de valor sobre esta forma de organizar la conducta humana. Para ciertos autores, los hechos de la primera categoría (normativa), los hechos normativos robustos, juegan un rol de "segundo nivel": dan sustento a que los hechos X están fundados en hechos Y. En cambio, los hechos normativos robustos no juegan esa clase de rol si lo que se toma como relevante son únicamente hechos sociológicos.

Supongamos que un filósofo está haciendo una afirmación acerca de una clase fundamental de hechos normativos (en sentido robusto) y otro acerca de una clase puramente sociológica. Podría ser que ambos filósofos estuvieran en lo correcto en términos de sus afirmaciones sobre las respectivas cosas de las que hablan. Podría ser también que la única razón por la cual pensamos que están en desacuerdo (o ellos lo piensan) se basa en la falsa presunción de un significado literal compartido sobre el caso en cuestión, en una mera disputa verbal.

Para Plunkett, sin embargo, este puede no ser siempre el caso. Aunque ambos hablantes profieran enunciados verdaderos en términos de lo que literalmente dicen, esto no quiere decir que no haya otros asuntos en los que genuinamente discrepen, en lo relativo al intercambio en cuestión. Esto porque, además de expresar desacuerdos por vía semántica, lo hacemos por la vía pragmática, vía implicancia o presuposición. En el ejemplo mencionado (de usos normativos y sociológico) los hablantes pueden discrepar, por ejemplo, sobre la manera en que deberíamos usar el término "derecho".

Cuestiones sobre el uso normativo y evaluativo de conceptos (qué conceptos deberíamos usar y con qué palabras deberíamos expresar estos conceptos) son lo que Alexis Burguess llama "ética conceptual". Es verdad que resulta poco frecuente encontrar desacuerdos en ética conceptual que no estén sustentados en otros desacuerdos mayores. Por ejemplo, puede haber otro desacuerdo (no explicitado o incluso desconocido para las partes) acerca de un asunto descriptivo sobre cómo son las cosas, o normativo, acerca de lo que los agentes deberían hacer, pensar o sentir. Cuando la disputa se enfoca en estos asuntos, sobre los cuales los propios hablantes pueden ser solo implícitamente conscientes, y se los trae explícitamente al escenario del debe, esto significa un progreso filosófico.

La ética conceptual hace aparecer, de otro modo, los hechos normativos robustos, incluyendo aquellos sobre cómo deberíamos vivir y como deberíamos organizar nuestras instituciones sociales y políticas. Los aspectos de la realidad que deberíamos elegir para focalizar nuestra atención, cuando hacemos filosofía jurídica, deberían estar determinados por cómo (autoritativamente) deberíamos vivir o cómo (autoritativamente) deberíamos organizar nuestras instituciones sociales y políticas. Es decir, el tipo de consideraciones con las que los participantes se suelen involucrar en filosofía moral y

política, podrían ser usadas como bases para el modo en que deberíamos usar el término *derecho*.

Tal vez algunos argumentos a favor del positivismo jurídico son, en última instancia, mejor entendidos como negociaciones metalingüísticas, donde el tema subyacente es de ética conceptual. Tal vez, los varios asuntos que llevan a posturas diferentes en ética conceptual (incluyendo tal vez cuestiones de ética y política que no sean sobre palabras y conceptos) nos llevarán a temas compartidos donde (al menos muchos) positivistas y antipositivistas genuinamente discreparán.

En suma, según Plunkett, para esclarecer la cuestión de si quienes utilizan el término derecho en sentidos diferentes (normativo robusto y sociológico) realmente discrepan, es útil poner en consideración diferentes visiones sobre los hechos que justifican al positivismo o al antipositivismo jurídico (Plunkett, 2019).

Mitchell Berman presenta una idea de gran relevancia, en cuanto a la reconfiguración del tradicional sobre el positivismo jurídico, en términos de lo que denomina el problema de la *excepcionalidad del derecho*.

Para Berman, el gran tema de la filosofía del derecho es dar cuenta de qué hace del caso que una norma tenga el contenido que tiene o qué hace verdaderas a las proposiciones jurídicas. La forma tradicional de discutir esta cuestión separa a positivistas de antipositivistas. Estos últimos insisten que las normas morales juegan un rol no eliminable en la constitución de las normas jurídicas. En tanto, los positivistas afirman que las normas morales o bien no juegan tal rol, o bien, si lo hacen, esto es consecuencia de hechos no morales contingentes.

No es claro, para Berman, que todas las teorías que asignan un rol necesario en los sistemas jurídicos a algún aspecto de la moralidad, deban ser clasificadas juntas, sin importar cuando diferentes sean esos roles y qué aspecto de la moral tomen en cuenta. Por ejemplo, en algunos puntos puede haber más coincidencias entre positivistas excluyentes y partidarios de la teoría del derecho natural que entre estos y los positivistas incluyentes. Berman propone una vía alternativa de clasificar los terrenos de disputa en la filosofía del derecho, que trata de tomar como posturas más generales sobre el *paisaje*

normativo que adoptan las diferentes teorías y el lugar que ocupa distintivamente el derecho en este.

Las normas se encuentran en sistemas normativos. Habitamos una multiplicidad de estos: moral, derecho, juegos, etiqueta, moda, religión, ritual, familias, corporaciones, etc. Entre estos, están aquellos que son producto de nuestra propia creación y a los que llamamos artificiales. En este sentido, los juegos, los deportes y la moda son artificiales, mientras que la prudencia y la racionalidad no lo son. La principal función de los sistemas artificiales de normatividad práctica es crear y sostener normas que sean lo suficientemente identificables y determinadas como para guiar la conducta de la gente.

En lugar de comenzar por preguntarnos si la moralidad contribuye necesariamente al contenido jurídico, Berman pretende adoptar una perspectiva más amplia con relación a ese paisaje normativo. Su objetivo es hacer más visible y concreta la imagen de aquel sentido común del ámbito normativo que refleja creencias y presupuestos positivistas. A esta caracterización del ámbito normativo y del lugar del derecho en él, la denomina *Standard Positivist Picture* (SPP).

Esta *imagen positivista estándar* trata de reivindicar ciertas apariencias ampliamente aceptadas: el mundo social está densamente poblado por incontables sistemas normativos que son el resultado de construcciones humanas; la principal función de estos es generar y mantener normas, deberes, obligaciones, poderes, derechos, prohibiciones, etc.; las normas de estos sistemas normativos artificialmente construidos pueden ser substantivamente independientes unas de otras y entrar en conflicto; en tanto los sistemas normativos artificiales solo poseen fuerza normativa formal o delgada, si uno "realmente" debería cumplir con las normas de cualquier sistema normativo resulta siempre una pregunta abierta que el sistema en cuestión no puede, en sus propios términos, resolver. Para la *SPP*, todos los sistemas jurídicos artificiales son (o pueden ser) sustantivamente independientes de otros sistemas normativos y generan normas formales. A esta comprensión del derecho, Berman le llama *no excepcionalismo jurídico*: los sistemas jurídicos no son, en cuanto sistemas formales, excepcionales.

Berman caracteriza la *SPP* en cinco rasgos fundamentales: A) *Prioridad Sistémica*; los sistemas normativos artificiales son analítica y explicativamente prioritarios sobre las normas que los componen y no dependen de otros sistemas para sus poderes normativos.

B) *Ostensibilidad Normativa*: la fuerza normativa que un sistema artificial confiere a sus normas es solo débil o formal. Las normas artificiales no confieren fuerza normativa "real" y así no nos obligan "realmente" (sea lo que sea que consista en obligarnos realmente). C) *Independencia de Contenido*: los contenidos de los sistemas normativos formales no son, en forma necesaria, dependientes de las normas de otros sistemas. D) *Isomorfismo normativo*: los conceptos normativos básicos (derecho, obligación, deber) comparten estructura y función a través de los sistemas normativos, incluso si difieren en fuerza normativa. E) *Conflicto intersistémico*: las normas de los sistemas artificiales pueden entrar en conflicto unas con otras y con normas no artificiales.

Por moralidad, Berman entiende un set de normas interconectadas que gobiernan principalmente nuestras obligaciones hacia otros, normas que no son positivas o convencionales, sino distinguidas por su contenido o materia. Otros usos conciben a la moralidad como un set de normas que tienen real fuerza normativa, con independencia de su contenido.

A partir de estas bases conceptuales, Berman considera algunas visiones teóricas que cuestionan la SPP.

La primera es la que denomina el *excepcionalismo jurídico*. Una de estas líneas argumentales se basa en el propósito o la función del Derecho. Estas teorías niegan que algunas de las características presentadas como fundamentales en la SPP se apliquen a los sistemas jurídicos. Por ejemplo, el Dworkin de *Law´s Empire* niega que en los sistemas jurídicos se verifique independencia de contenido, con el argumento de que las normas o hechos morales son necesariamente parte del derecho. Pero no afirma que esto también se dé también en la etiqueta o la moda. Por su parte, Greenberg niega que las normas jurídicas puedan entrar en conflicto con normas morales, mientras acepta que normas de otros sistemas artificiales frecuentemente lo hacen. Estas formas de *excepcionalismo jurídico* se explican por el propósito o función del derecho. Para Dworkin, se trata de justificar moralmente el uso de la coerción. Para Greenberg, el sistema jurídico tiene como propósito cambiar nuestras obligaciones morales, modificando nuestra situación como agentes.

Los defensores de la SPP parecen, en cambio, defender propósitos mucho menos específicos para el derecho, como guiar la conducta humana, lo que es la expresión de un

propósito general común a todos los sistemas normativos artificiales. Lo que distingue a los sistemas jurídicos de otros artificiales, en este enfoque, es que son establecidos y mantenidos por comunidades políticas, y designados para servir una potencialmente ilimitada gama de propósitos, que incluyen de manera característica, resolver disputas entre miembros de la comunidad, preservar el orden público y castigar las infracciones. Los sistemas jurídicos son las navajas del ejército suizo de las comunidades normativas.

Otra forma de defender el excepcionalismo jurídico es *la imagen de un solo sistema* y el *argumento de circularidad* que, como vimos, presenta Dworkin en *Justice for Hedgehogs*. Dworkin pretende refutar a la SPP con argumentos lógicos. Atacando la "ortodoxa imagen" de dos niveles (moral y derecho), afirma que, si se acepta, no existe un punto de vista neutral desde la cual la cuestión de las conexiones (necesarias, contingentes o imposibles) entre estos sistemas supuestamente separados pueda ser resuelta. Por lo que cualquier intento incurre en una especie de circularidad.

Para Berman, el argumento de Dworkin incurre en el error de presuponer que hay una sola pregunta en juego, cuando hay al menos dos: (II) ¿están los sujetos de un sistema jurídico moralmente obligados a obedecer los requerimientos de sus leyes; (II) ¿están las normas jurídicas en parte constituidas por la moral? La SPP puede caracterizar (I) como el tradicional problema de la obligación política, que corresponde responder a la moral (la filosofía política dominante en el mundo contemporáneo suele responder que no hay una obligación moral de obedecer al derecho, pero la SPP puede acomodarse a cualquier respuesta). Y (II) puede entenderla como una cuestión jurídica de segundo orden (metajurídica) sobre si es posible, imposible o necesario que las normas de un sistema jurídico sean en parte constituidas por normas morales, o de segundo orden (jurídica), sobre si las normas de este (particular sistema) están parcialmente constituidas por normas morales. Por tanto, desde la SPP pueden darse distintas respuestas a las dos preguntas y no hay riesgo de circularidad.

Prescindiendo del argumento de la circularidad, la tesis del único sistema resulta, a juicio de Berman, ambigua. Puede interpretarse en dos sentidos: (I) los putativamente distintos sistemas "derecho" y "moral" constituyen un solo sistema, pero este sistema único encaja en el paisaje habitado por otros sistemas normativos (deporte, moda, etc.) que son independientes del sistema único y de los dos por separado. (II) Solo hay un

sistema de normatividad práctica: todos los sistemas, no solo el derecho, constituyen ramas de un solo sistema normativo. Dentro de la tradición dworkiniana, Greenberg apunta en la primera dirección (las obligaciones jurídicas son un subset de las obligaciones morales pero esto por la función específica del derecho, que no tienen implicaciones en otros sistemas normativos) mientras que Hershovitz toma la segunda ruta: las obligaciones jurídicas son obligaciones morales generadas por la práctica jurídica pero esto es válido para las obligaciones generadas por cualquier sistema normativo; por ejemplo, las obligaciones del golfista A, lo que las reglas de golf requieren de A, son lo que A debería hacer dados todos los hechos relevantes, incluyendo hechos acerca de lo que los participantes esperan unos de otros, la contribución del golf al florecimiento humano, lo que hace mejorar a una actividad conjunta, etc.. Una imagen radical de un solo sistema (más como la de Hershovitz que la de Greenberg) rechaza las propiedades centrales del SPP. En especial, dado que las obligaciones creadas por cualquier sistema son obligaciones morales, el conflicto inter sistémico es imposible.

En el marco de las teorías del sistema único, el argumento más relevante contra la SPP es el de la unidad del razonamiento práctico: en última instancia, lo que nos importa es lo que deberíamos hacer, no desde la perspectiva del derecho, el tenis o la moda, sino lo que realmente deberíamos hacer. Por tanto, nunca tenemos necesidad práctica de preguntar lo que la ley dispone, sino que la pregunta pertinente es cómo los varios hechos no normativos que constituyen los hechos jurídicamente normativos son relevantes para lo que realmente deberíamos hacer. Según este argumento deberíamos adoptar un protocolo de decisión de un único paso, preguntándonos que deberíamos realmente hacer, en lugar de un protocolo de dos pasos, que requiere preguntar primero lo que el sistema normativo artificial requiere y luego qué deberíamos realmente hacer.

Para Berman, el argumento no socava la SPP. En primer lugar, porque es controversial si existe un dominio de normatividad real y la SPP es agnóstica sobre este punto. En segundo lugar, esta línea de razonamiento, si es exitosa, mostraría que no necesitamos sistemas normativos artificiales, lo que no implica que estos no existan. El mundo social contiene innumerables cosas que no necesitamos y que incluso carecen de valor para nosotros.

Por otra parte, las normas artificiales pueden hacer diferencias normativas reales. Supongamos que A promete a su padre "obedecer siempre las reglas de basquetbol". La visión standard es que, al hacer esa promesa, se ubica bajo la obligación moral de obedecer las reglas del basquetbol. La obligación de A será una función de hechos comunes sobre su comportamiento, combinados con hechos normativos acerca de lo que las reglas del basquetbol prohíben. Si un oponente de la SPP propusiera reconstruir la promesa de A (obedecer las reglas del basquetbol) como una promesa de hacer lo que el reglamento del basquetbol diga, esto sería enteramente revisionista, porque ninguna norma de la práctica está enteramente determinada por el contenido comunicativo de las provisiones de un texto autoritativo. (por ejemplo, es claro que cometer una falta para cortar el juego sobre el final del tiempo es una conducta prohibida por el reglamento y, sin embargo, la inmensa mayoría de los participantes creen que está permitida). El caso de la promesa de obedecer las reglas de un juego sugiere que hay reglas de juegos y que tales reglas no necesariamente establecen obligaciones morales.

Por otra parte, el argumento práctico es defectuoso, incluso si dejamos las promesas y los compromisos de lado. Suponiendo que lo que nos importa siempre es lo que realmente debemos hacer, esta determinación puede ser muy difícil, una fuente inagotable de estrés e incluso paralizante a la hora de actuar. La suscripción voluntaria a diversos sistemas normativos, para establecer directivas en contextos particulares resulta una forma más satisfactoria de lidiar con la determinación de las obligaciones que tenemos. Y para ello no necesitamos abdicar de nuestra responsabilidad de razonar moralmente. No es que nos hagamos "esclavos" de lo generado por diversos sistemas normativos formales, sino que tenemos razones prudenciales para seguir estas normas artificiales en la vida cotidiana, procediendo de acuerdo con un protocolo de dos pasos: consultamos otras razones (reales) que pueden pesar en contra de seguir las normas del sistema que estamos consultando solo cuando hay fundamentos inusuales para hacerlo. Esta era, según Berman, la visión de Hart sobre la tarea de juzgar.

Para Berman, si la SPP es correcta, esto tiene implicaciones en cuanto a las posibles investigaciones metanormativas en el derecho. Primero: en muchos temas que tradicionalmente han ocupado a la filosofía del derecho, debería ampliarse el foco hacia los sistemas artificiales en general. Segundo: una tarea principal de la filosofía del

derecho continúa siendo la explicación de cómo las normas jurídicas tienen los contenidos que tienen. Tercero: esto hace a la filosofía del derecho relevante, si las diferentes explicaciones sobre *aquello* que da a las normas jurídicas su contenido tienen al menos algunas implicaciones jurídicas diferentes de primer orden. Eso es lo que pone en duda Enoch, en tanto, afirma que, aunque esto sea cierto, lo que realmente nos importa es lo que un juez debería hacer. Pero esta es, en última instancia una cuestión moral, por lo que la misma respuesta debería obtenerse con independencia de lo que arroje la cuestión jurídica.

Para Berman, las dudas de Enoch no se sostienen por varias razones. Una de ellas es que, incluso si los jueces (realmente) deberían preocuparse solo por aquello que deberían hacer, si lo hacen o no es una cuestión empírica. Si un número no trivial de jueces trata de resolver los casos realmente siguiendo al derecho, lo que harán estará determinado por lo que creen que sea el derecho, lo que será en parte una función de la explicación de la determinación de las normas jurídicas que acepten. Por otra parte, hay muchos casos donde diferentes teorías constitutivas implican diferentes normas, todas las cuales son moralmente permisibles. En esos casos, la cuestión crítica que el juez confrontará es "¿Qué establece el derecho?" Lo que establece es, en parte, una función de verdades generales acerca de cómo las normas de un sistema jurídico particular están constituidas. Cuarto: No es necesario que todos los sistemas normativos sean igualmente iluminativos para el estudio metanormativo del derecho. En este punto es útil una tipología de sistemas de normatividad práctica. Para Berman hay seis dimensiones en que los sistemas normativos pueden variar: (I) los sistemas pueden ser artificiales (dependiendo de prácticas humanas reales) o no artificiales (independientes de las prácticas; (II) pueden generar normatividad real o solo ostensible; (III) pueden ser formales (involucrando textos que crean normas) o informales; (IV) los sistemas pueden ser institucionales al autorizar a personas o grupos a realizar tareas particulares o no institucionales; (V) los sistemas pueden ser limitados al comportamiento de determinadas áreas de la vida o comprehensivos; (VI) los sistemas pueden ser consensuales, en cuanto pretenden gobernar la conducta de personas que voluntariamente se les somete o extra consensuales, pretendiendo gobernar a las personas sin que sea relevante su consentimiento.

El derecho y la moral, a diferencia de muchos o la mayoría de los sistemas normativos comparten las últimas dos dimensiones: son comprehensivos y extra-consensuales. Esto ha llevado a los filósofos a pensar que, entre todos los sistemas normativos, la moralidad es el más útil e iluminador en términos comparativos para el estudio metanormativo del derecho. Por otro lado, el derecho es diferente de la moral y similar a muchos sistemas normativos (como los deportes y juegos) en las otras cuatro dimensiones: el derecho y los juegos son artificiales, ostensibles, formales e institucionales. La moralidad, al menos en la mayoría de las caracterizaciones filosóficas, no es así.

La importancia de la formalidad es obvia. Los sistemas normativos formales contienen textos autoritativos formalmente promulgados. Pero es muy implausible sostener que el contenido comunicativo de esos textos determine necesariamente, de modo pleno, al derecho. Las normas jurídicas están constituidas por alguna combinación de hechos semánticos y otro tipo de hechos, incluyendo posiblemente prácticas históricas y principios morales. Los sistemas normativos informales no pueden arrojar luz sobre esta compleja relación de determinación. Otros sistemas normativos formales pueden sí contribuir a un entendimiento mejor del derecho.

En cuanto a la institucionalidad, Berman hace notar que algunos escépticos sobre la SPP sustentan su visión en que aparentemente varios participantes en un sistema jurídico no son gobernados por el mismo set de normas (por ejemplo, un conductor común y un policía de tráfico tienen diferentes límites de velocidad). En base a eso, concluyen que no hay una única norma que podamos llamar “el derecho” que gobierne las decisiones de cada agente que conforman el sistema jurídico. La división de las tareas de gobierno y las complejas relaciones institucionales que ello genera hacen improbable que podamos aislar de modo útil una norma separada de la red de decisiones que los funcionarios públicos individuales adoptan.

Para Berman, de aquí se puede extraer una lección importante: los sistemas jurídicos dirigen a sus sujetos a cumplir (o conformarse) con un set de normas que difieren en algunos sentidos de las normas que gobiernan a la clase de los agentes gubernamentales (administradores), la cual difiere a su vez de las que gobiernan a otra clase de agentes gubernamentales (los jueces), etc. En este sentido, no hay un punto común entre estos divergentes sets de normas. Una explicación alternativa es que los agentes situados en

una posición particular están sujetos a diferentes normas con respecto a cómo deben involucrarse a una norma determinada. En esta visión un sistema jurídico es una especie de *masa de normas acerca de normas*. La tarea de la filosofía del derecho sería entonces excavar la estructura normativa de esta arquitectura jurídica. Otros sistemas normativos que tengan una estructura compleja pueden ser fuente de analogías esclarecedoras (Berman, 2019).

6. **Conclusiones**

El desarrollo precedente da lugar a algunas conclusiones, como respuestas preliminares a las preguntas formuladas en el proyecto, que servirán de base para futuras investigaciones.

El estado actual del problema de la normatividad jurídica puede caracterizarse a partir de una reconfiguración de las antiguas posturas en disputa, con un eje divisor netamente diferenciado de los anteriores.

En efecto, tomando en cuenta que este problema resume más de dos milenios de debates filosóficos en torno a los rasgos generales más relevantes del derecho, hay dos grandes líneas de respuestas tradicionales, conformadas en torno a las categorías iusnaturalismo-positivismo, cuya mutua visión como rivales directos teóricos data recién del siglo XIX.

Este primer eje de la disputa refiere, en lo fundamental, a la conexión de los fines constitutivos del derecho con su validez y eficacia. Para la tradición del derecho natural, la validez institucional (positividad) es un rasgo identificatorio necesario del derecho, pero que no puede ser concebido desde una metodología puramente descriptiva y la pretensión de neutralidad valorativa, sino en conexión con un fin moral intrínseco, objetivo y cognoscible en su plenitud, desde el punto de vista de la racionalidad práctica: la realización del valor justicia en las comunidades humanas mediante el ejercicio de la autoridad legítima. La normatividad del derecho es, en el marco de esa tradición, el producto del (buen) ejercicio de esa autoridad en cuanto las normas plenamente jurídicas (no degradadas) proveen razones morales, reconocibles a través de las instituciones, para la acción de los gobernados.

Para la tradición positivista, en cambio, la validez jurídica puede ser caracterizada, de forma exhaustiva, como un hecho social e histórico, cuya conexión con cualquier fin humano es contingente. No hay, para el iuspositivismo, fines intrínsecos del derecho salvo algunos muy generales como la coordinación, la estabilidad social o la propia guía de la conducta por el establecimiento de derechos y deberes (formales).

Se aprecia entre estas tradiciones una discrepancia muy extendida, aunque contingente, de tipo metaético: la teoría del derecho natural adhiere en forma necesaria al objetivismo moral, en alguna variante del realismo (presumiblemente no naturalista); el positivismo jurídico se presenta, en cambio, como compatible con un amplio espectro de posturas metaéticas que incluyen el escepticismo y el relativismo, pero también el objetivismo moral, al menos en algunas variantes.

Otra diferencia, de carácter metateórico, sí es fundamental y se ubica en el objeto de la filosofía y teoría jurídica, que se presenta para los iusnaturalistas como parte de un ámbito de investigación más amplio y prescriptivo (al menos en parte), conectado en última instancia con la ley natural (los principios fundamentales que guían la conducta de los seres humanos en tanto criaturas racionales), y que para los positivistas se limita al conocimiento, en términos de los paradigmas de las ciencias descriptivas (empíricas o no), de los rasgos constitutivos estructurales o funcionales del derecho.

El debate Hart- Dworkin marcó una nueva configuración del antiguo debate sobre la normatividad, en términos de *positivismo vs. antipositivismo*. Esto ocurrió porque los ataques de Dworkin al positivismo supusieron un desacuerdo más radical con este que el que mostraban los iusnaturalistas (al menos en la tradición clásica). Para Dworkin el positivismo es falso de plano y no meramente incompleto o inconsistente. Sus tesis centrales son equivocadas en tanto no hay separación conceptual entre derecho y moral (hay normas que son jurídicas porque pertenecen a la moralidad), el derecho no proviene en su totalidad de fuentes sociales (la moral y otros sistemas normativos proveen directamente normas a la práctica jurídica sin que medien los hechos sociales que los positivistas consideran “fuentes”) y no hay discreción judicial fuerte (porque el derecho no presenta, en el dominio normativo, límites infranqueables y siempre habrá estándares jurídicos relevantes, aun para los casos más difíciles).

La teoría dworkiniana de la integridad lleva a considerar a la normatividad jurídica como el resultado de una interpretación constructiva, aquella que permite ver al derecho en su mejor luz, en tanto armoniza de manera óptima con los criterios de adecuación histórica y justicia abstracta. Para esta teoría -como el propio Dworkin lo admitirá luego- hay todavía una débil diferenciación entre derecho y moral como sistemas, que se supera con un test moral necesario para toda pretensión de normatividad jurídica. Para los positivistas que defienden la tesis de la incorporación (suaves o inclusivos) este test será contingente y para aquellos que la rechazan será (conceptualmente) imposible.

El paradigma de la metanormatividad vuelve a cambiar el foco del problema de la normatividad jurídica, ubicándolo en el contexto más amplio de la razón práctica y moral, que da origen a la metaética como disciplina.

La normatividad del derecho es parte de las cuestiones que una teoría completa sobre el dominio normativo debe estar en condiciones de responder, teniendo en cuenta los modelos generales que provienen de la metaética y la caracterización del derecho que aporta la teoría jurídica. Los problemas son los mismos, pero desde una perspectiva más amplia e integradora. El eje de la discusión tiene como punto de partida un dato innegable: la normatividad (al menos aparentemente) formal del derecho. Lo discutible es su presunta excepcionalidad en cuanto sistema normativo artificial, si se toma a la moral como ámbito paradigmático de generación de razones robustas.

Aquí las respuestas van desde la disolución de la cuestión, en el sentido de que la normatividad jurídica no tendría ningún elemento específico que requiera ser explicado de manera particular (el derecho puede producir razones pero hay innumerables sistemas normativos formales que también lo hacen), hasta la postura del sistema normativo único. Esta última, ubica al derecho como una parte de la moral, que refiere a ciertas cuestiones específicas y donde el componente institucional (en términos de registrar nuestras decisiones morales pasadas) es lo distintivo para el ejercicio del razonamiento práctico *tout court* que, como en cualquier instancia de acción, refiere a lo qué (realmente) debemos hacer.

Una parte de la indagación metanormativa se centra en tomar los modelos más exitosos que provienen del positivismo y el antipositivismo e intentar el refinamiento de sus tesis, para mostrar que efectivamente logran dar cuenta de la realidad normativa (que a su vez

debe ser compatible con la realidad tal cual la concebimos en términos científicos y metafísicos). Otra línea de investigación se orienta directamente a los requisitos de la agencia moral para mostrar cuál es la función específicamente normativa que podría cumplir el derecho a su servicio. Esta última versión parece la más prometedora, pues permitiría conciliar la tesis de la no excepcionalidad del derecho (como sistema normativo artificial) con la unidad del razonamiento práctico, en tanto lo que estaríamos discutiendo no es si el derecho puede proveer razones robustas para la acción sino las condiciones bajo las cuales un agente práctico racional podría obligarse a cumplir con él en un compromiso idealmente consistente, esto es, desde el punto de vista de las mejores razones que tiene.

Teniendo en cuenta los desarrollos contemporáneos, es difícil encontrar un sentido acabado en lo conceptual a la dicotomía *positivismo-antipositivismo,* en tanto los núcleos definitorios de cada una de las posturas, tal como se hiciera notar ampliamente en los capítulos respectivos, no resultan suficientes para establecer una tesis específica sobre la normatividad jurídica ni tampoco son (de forma necesaria) contradictorios entre sí.

La tesis social, que unifica a todos los positivistas no es en sí misma una toma de postura sobre la normatividad jurídica ni tampoco es (con ciertas especificaciones) objeto de controversia por parte de los antipositivistas. Puede ser considerada el elemento que dota al derecho de una normatividad análoga al resto de los sistemas formales, sobre los cuales es posible establecer -desde la perspectiva del observador que conoce y comprende las prácticas y las reglas que los constituyen, pero no está comprometido con estas en el sentido de aprobarlas- tesis similares.

Por su parte, los elementos distintivos del iusnaturalismo podrían explicarse de diferentes maneras con el requisito mínimo de asumir una concepción objetiva de la moral (pero no necesariamente realista) y no estructural del derecho. Por otra parte, estos supuestos no se implican necesariamente, como lo muestra el realismo jurídico contemporáneo, que sostiene al mismo tiempo el escepticismo moral y una visión funcionalista del derecho (aunque se trata de un funcionalismo muy diferente al de la teoría del derecho natural).

Por esta misma razón, tampoco puede trazarse una vinculación directa y biunívoca entre las corrientes metaéticas, como el realismo, el constructivismo y el escepticismo, y

los paradigmas positivistas y antipositivistas. Aunque el antipositivismo es ininteligible sin algún vínculo con una postura metaética objetivista, resulta compatible con un amplio abanico de posturas que defienden alguna forma de verdad moral. En los hechos el debate entre realistas y constructivistas ha llevado a que ambas posturas se aproximen en gran medida en cuanto a sus pretensiones de objetividad: ambas se sustentan en algún tipo de coherencia ideal, que da origen a un punto de vista paradigmático, donde convergerían los juicios de todos los seres racionales comprometidos con la moral, bajo condiciones epistémicas exitosas; sus diferencias principales refieren en la caracterización de ese punto de vista.

La visión positivista puede limitarse a una reconstrucción lógica y conceptual de los sistemas jurídicos, pero cuando sus autores asumen alguna variante del escepticismo moral, no están en condiciones de pretender para sus construcciones nada más que la débil normatividad de la generalidad de los artificios. Nada impide a los positivistas el sustento de la tesis de que el derecho puede proponer razones morales robustas, pero esto parece implicar la unidad del razonamiento práctico, algún tipo de objetivismo moral y una función del derecho más específica que la mera guía de la conducta.

En cuanto al impacto en el abordaje de la práctica jurídica contemporánea, los nuevos desarrollos pueden arrojar luz en los presupuestos de la dogmática y la decisión judicial, en especial, en un contexto donde resulta imperante el paradigma de las constituciones largas, que incluye la *aplicación* directa de sus cláusulas vagas y abstractas, que mencionan principios morales y derechos.

La dogmática o doctrina es una actividad orientada principalmente a determinar (hacer explícito) el contenido del derecho y establecer los deberes que tienen sus destinatarios, anticipando la solución de problemas o conflictos jurídicos. Para la dogmática, la normatividad formal del derecho parece operar como un presupuesto general de sus contribuciones derecho, entendido como un sistema sobre el cual pueden hacerse afirmaciones objetivas o no comprometidas axiológicamente. Los dogmáticos no se limitan a describir en forma ascética los enunciados de las fuentes sociales, sino que realizan juicios de valor justificando porque una interpretación es preferible a otra o que el legislador debió haberse expresado de manera diferente en función de algún valor constitucional. Sin embargo, esos juicios suelen justificarse en lo que consideran los

valores del propio sistema, lo que permite que sus juicios se presenten como neutrales o al menos imparciales.

Cuando la dogmática hace propuestas acerca de cómo habría que entender los enunciados vagos y abstractos de la constitución, sus planteos deben ser interpretados como argumentos dirigidos a ciertas autoridades para que resuelvan los casos que se presenten en determinado sentido. Resuelto el caso que involucra una controversia moral por una autoridad final, el pronunciamiento solo tendrá un sentido normativo formal. Es decir, la dogmática, no puede -si es fiel a los presupuestos de legitimidad de su discurso basados en el ideal de un sistema normativo que estructura autoridades formales- tomar a las declaraciones de las fuentes (incluidas las sentencias judiciales) que refieren a principios como normativamente robustas.

Sin embargo, la tensión entre los deberes del juez y su carácter de agente moral se hace evidente pues, bajo el imperio de las constituciones largas[11], un acuerdo generalizado sobre la práctica (metaconstitucional) deriva en la creencia de que, al incluir menciones a principios y valores abstractas, la constitución y los pactos internacionales, *determinan* el derecho y la sentencia que resuelve las controversias simplemente los aplica, sin que medie el ejercicio de una función creadora (y fuertemente discrecional) de derecho.

Algunas de las propuestas metanormativas que han sido presentadas podrían ser iluminadoras teniendo en cuenta esa problemática, en tanto presentan diferentes alternativas para caracterizar el punto de vista del derecho y, desde ese lugar, la relevancia de sus pretensiones normativas. Por ejemplo, la discusión sobre el excepcionalismo jurídico puede llevar a plantearse si realmente se requiere considerar al derecho como algo más que un sistema formal y en consecuencia si al "aplicar" las constituciones (que no dejan de ser el producto de enunciados que conllevan la ontología puramente formal y social del derecho), introduciendo indeterminación frente a las soluciones legislativas, se cumple algún tipo de propósito moral. Eso puede ser base a una crítica al *neoconstitucionalismo* muy diferente de la habitual acusación de "iusmoralismo".

11 La expresión "constituciones largas" alcanza también a los pactos y otras normativas de fuente supranacional que se consideran incorporados por ellas.

A su vez, la discusión sobre el *Rule of Law* como un valor específico, que sería incluido en cualquier caracterización normativamente relevante de la práctica jurídica, puede contribuir a abordar el problema de las fuentes del derecho bajo una mejor luz.

Un sistema jurídico donde imperan las exigencias del *Rule of Law* proporciona el marco para la existencia de identidades prácticas contingentes en función de responsabilidades concretas por el mundo social común: ciudadano, juez, legislador. Si las condiciones morales de legitimidad de los gobernantes se cumplen (lo que siempre es de hecho una cuestión abierta) entonces la identidad práctica del juez se define en términos de aceptación del punto de vista jurídico, que proporciona razones *pro tanto* para resolver los conflictos sometidos a su ámbito de decisión. La mención de valores, principios y derechos vagos y abstractos en la constitución no hace ninguna diferencia, en tanto no garantiza que esta provea razones robustas para la decisión judicial, al ser la ontología de estas declaraciones puramente formal, salvo que algún argumento filosófico demuestre su carácter excepcional, en comparación con lo que ocurriría si las introdujéramos en los restantes sistemas normativos artificiales.

Algo similar ocurre con la ontología de los derechos humanos. La fuerza normativa con que, a través del derecho, como sistema artificial, se pueden crear derechos es un tema donde los aportes del nuevo paradigma pueden ser muy significativos. La posibilidad de ampliar los derechos humanos no plantea problemas ontológicos, aunque si de determinación y significación normativa. Si la existencia de un derecho se sigue de alguna declaración (del tipo X cuenta como Y en el contexto C) institucional relevante, entonces cualquier institución (nacional o supranacional) puede crear nuevos derechos a través del procedimiento que corresponda.

Así, la continua expansión del derecho internacional de los derechos humanos, conformado por innumerables pactos y resoluciones de organismos internacionales, ha aumentado de manera significativa el conjunto de derechos humanos existentes. Esta multiplicación de los derechos humanos es directamente proporcional a la disminución del poder de cada Estado de crear derecho a través de sus instituciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales. Ello implica el acotamiento de la soberanía estatal y la restricción de la autoridad democrática, entendida como el derecho de los miembros de

una sociedad de autogobernarse adoptando decisiones, como iguales políticos, sobre el mundo social común.

Las declaraciones genéricas y abstractas del derecho internacional de los derechos humanos no suponen asignación concreta de deberes correlativos. Salvo los casos donde desde la propia moral se puede identificar el deber de contrapartida como universal (los que Kant denominaba deberes perfectos), aunque el derecho exista por haber sido declarado a nivel de una institucionalidad internacional, el criterio jurídico de acción permanece indeterminado y, en los casos concretos de conflicto donde se invoca ese derecho abstracto, la solución queda librada a la discrecionalidad judicial o administrativa. Y cuando una autoridad concreta da contenido a la declaración, estableciendo el deber correspondiente de contrapartida, los derechos adquieren la normatividad formal o sui generis que provee el sistema institucional (esto es, constituyen razones dirigidas a otras autoridades o ciudadanos) que, como sucede con todos los estándares jurídicos, está supeditada a argumentos de moral y justicia para operar como razones plenamente autoritativas (consideradas todas las circunstancias), y así decisivas en el razonamiento práctico.

En suma, la normatividad formal es esencial para el cumplimento de los fines del derecho, cualquiera sea el modo en que se los conciba. Sin embargo, esta normatividad nunca puede agotar los problemas valorativos que plantea la acción humana en el contexto de las instituciones jurídicas. En tanto personas racionales, dotadas de capacidad y responsabilidad moral, podemos y debemos preguntarnos por las condiciones valorativas bajo las cuales esas reglas formales deberían ser aceptadas y si, en los hechos, sirven a propósitos que, consideradas todas las circunstancias, podemos considerar justificados. Este es el tipo de preguntas que requieren ingresar al ámbito de la metanormatividad donde, desde un test en esencia complejo y que da lugar a múltiples aproximaciones teóricas, las normas jurídicas llegan a tener su validación final, en función de los requerimientos de la agencia moral autónoma.

7. Bibliografía

ALFORD, C. F. (2010) *Narrative, Nature, and the Natural Law. From Aquinas to International Human Rights*. New York: Palgrave Macmillan.

ATIENZA, M. (2014). "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del neoconstitucionalismo postpositivista". *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol 15, 1-29.

AUSTIN, J. (1995) *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge (MA): Cambridge University Press.

BAGCHI, A. (2020). On the Boundaries of Normativity in Law. En Bezemek, C, Potacs, M., Somek, A. (eds.) *Vienna Lectures on Legal Philosophy, Volume 2 Normativism and Anti-Normativism in Law*. New York: Hart Publishing, pp. 141-150.

BANAS, P. (2016) "The Philosophy of Legal Philosophy. An Introduction". En Banas, P., Dyrda, A., Giszbert-Studnicki (eds.) *Metaphilosophy of Law*. Portland: Bloonmsbury. Philosophy, (2), 141-150. https://doi.org/10.5040/9781509935932.ch-006.

BAKER, D. (2018) "Varieties of Normativity". En McPherson, T., Plunkett, D. (eds.), The Routledge Handbook of Metaethics. New York: Routledge, pp. 567-581.

BARDAZANO, G. (2015). *La relación entre derecho y moral en el positivismo juridico de Joseph Raz*. (Tesis para defender el titulo de Maestría en Ciencias Humanas Opción Filosofía Contemporánea). URL: https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/9276/1/Bardazano%2C%20Gianella.pdf.

BAYON, J. (1991) *La normatividad del derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

BEEVER, A. (2021) Law´s Reality. A Philosophy of Law. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing.

BEITZ, CH. (2009) *The Idea of Human Rights.* New York: Oxford University Press.

BERMAN, M. (2019) "Of Law and Other Artificial Normative Systems". En Plunkett, D., Shapiro, S., Toh, K. (eds.) *New Dimensiones of Normativity. Essays on Metaethics and Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 137-164.

BERTEA, S. (2009). *The Normative Claim of Law*. New York: Hart Publishing.

_____(2011) "Law and Obligation; Outlines of a Kantian Argument". En Bertea, S., Pavlakos, G. (eds.), *New Essays on Normativity and Law*. Portland: Hart Publishing, pp. 199-218.

_____(2013) "Constitutivism and normativity: a qualified defence". Philosophical Explorations, Vol. 16, No. 1, 81–95, http://dx.doi.org/10.1080/13869795.2013.738304

_____ (2021). "Social-Practice Legal Positivism and the Normativity Thesis". En Spaak, T., Mindus, P. (ed). The Cambridge Companion to Legal Positivism, pp. 397-419.

BIX, B. (2009) *Jurisprudence. Theory and Context*. Fifth Edition. Durham: Carolina Academic Press.

_____(2021). *The Normativity of Law*. En Spaak, T., Mindus, P. (eds.) *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, pp. 585-606.

_____ (2021) "Some heretical thoughts on legal normativity". En Bertea, S. (ed.), Contemporary Perspectives on Legal Obligation. New York: Routledge, pp. 68-81.

BLACKFORD, R. (2016). *The Mistery of Moral Authority*. New York: Palgrave Macmillan.

BRATMAN, M. (2014) *Shared Intentions. A Planning Theory of Acting Together. New York*: Oxford University Press.

BRAYBROOKE, D. (2001b). Natural Law Modernized. Toronto: University of Toronto Press.

BULYGIN, E. (1987). "Sobre el status ontológico de los derechos humanos". Doxa 4, 79-84.

_____ (2004). "¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?" *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 27, 15-26.

CANALE, D. (2019). "Tras la naturaleza del derecho. Reflexiones sobre el desafío de Shapiro". *Discusiones*, 20 (2 Especial), 21–66. https://doi.org/10.52292/j.dsc.2017.2582.

CARRIO SAMPEDRO, A. "Sobre la existencia y conocimiento de normas. Algunos comentarios y observaciones críticas a los presupuestos ontológicos y epistémicos del Positivismo jurídico «interno» de Cristina Redondo". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 45, pp. 495-522.

COLEMAN, J. (2005) "Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis", en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postcript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*. New York: Oxford University Press, pp. 99-148.

CONKLIN, W. (2001). The Invisible Origins of Legal Positivism. New York: Springer.

CORRADETTI, P. (2009). Relativism and Human Rights. New York: Springer.

COPP, D. (2019) "Legal Teleology: A Naturalist Account of the Normativity of Law". En Plunkett, D., Shapiro, S., Toh, K. (eds.) New Dimensiones of Normativity. Essays on Metaethics and Jurisprudence. New York: Oxford University Press, pp. 45-64.

CHERNILO, D. (2013). *The Natural Law Foundations of Modern Social Theory. A Quest for Universalism*. Cambridge (MA) Cambridge University Press.

CROWE, J. (2015). *Natural Law and Normative Inclinations. Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, 1(28), 52-67. https://doi.org/10.1111/raju.12066.

CROWE, J., YOUNSTOWN LEE, C. (2019) "The Natural Law Outlook". En Crowe, J., Youngstown Lee, C. (eds.), *Research Handbook on Natural Law Theory*. Northampton: Elgar.

CRUZ-PRADOS, A. (2020). "La ausencia del derecho natural". En Retamar, J. A. (coord.) Persona y Derecho., 82 (1) *Ley natural y derechos naturales. Cuarenta años de la publicación de Natural Law and Natural Rights de John Finnis*, 223-251. https://doi.org/10.15581/011.82.009.

DARWALL, S. (2010) “Precis: The Second-Person Standpoint”. Philosophy and Phenomenological Research. Vol XXXVI, N° 1, pp. 216-228.

_____ (2013) *Morality, Authority and Law*. New York: Oxford University Press.

DARWALL, S., Gibbard, A. Railton, P. (1992) “Toward Fin de siecle Ethics: Some Trends”. T*he Philosophical Revie*w, Vol. 101, Nro. 1., 115-189.

DEI VECCHI, D. (2019) *Modos de describir el derecho*. Madrid: Marcial Pons.

DIEC, J. (2021). “The Understanding of Human Rights in the Neo-Eurasianist Doctrine”. Politeja, Vol. 18 No. 2(71) Are Human Rights Universal?, 115-137. https://doi.org/10.12797/Politeja.18.2021.71.06.

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

DOAK, K. M. (2019). *Tanaka Kōtarō and World Law: Rethinking the Natural Law Outside the West*. New York: Palgrave macmillan.

DELGADO, S (2019). “La normatividad del derecho en la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral y el positivismo juridico”. *Ruptura. Una revista interdisciplinaria de Análisis Jurídico*. N°9.113-117.

_____ (2019). *“El punto de vista en la Teoría del Derecho”*. R*evista de Derecho (UCUDAL)*. 2da época. Año 15. N° 19 (jul. 2019). 143-155.

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

DINDJER, H. (2020) “The New Legal Antipositivism”. *Legal Theory* , Volume 26 , Issue 3, pp. 181 – 213. DOI: https://doi.org/10.1017/S1352325220000208

DUKE, G. (2019). “Law's Normative Point”. Law and Philosophy, 38, 1-21. https://doi.org/10.1007/s10982-018-9334-8.

DWORKIN, R. (1977) *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA): Harvard University Press.

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

_____ (1996) "Objetivity and Truth: You'd Better Believe It". Philosophy & Public Affairs, Vol. 25, Issue 2, pp. 87-139.

_____ (2006) *Justice in Robes*. Cambridge (MA): Belknap Press.

_____ (2011) *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press.

ENOCH, D. (2011) "Reason-Giving and the Law". En Green, L., Leiter, B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*: Vol. 1. New York; Oxford University Press.

_____ (2019) "Is General Jurisprudence Interesting?" En Plunkett, D., Shapiro, S., Toh, K. (eds.) *New Dimensiones of Normativity. Essays on Metaethics and Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 65-86.

EMON, A. M. (2010). *Islamic Natural Law Theorie*s. New York: Oxford University Press.

ERK, C. (2012). "What makes a Right a Human Right?" Schweidler, W. (ed.). *Human Rights and Natural Law. An Intercultural Philosophical Perspective*. Sankt Augustin: Academia Verlag, 2012. pp. 101-131..

FERRAJOLI, L. (2011) "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", Doxa, Nº 34, . 15-53.

FERREIRA DA CUNHA, P. (2013). *Rethinking Natural Law*. New York: Springer.

FINNIS, J. (1999). "The Truth in Legal Positivism". En R. P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, pp. 195-214. New York: Oxford University Press.

_____ (2002). Natural Law: The Clasical Tradition. En J. Coleman y S. Shapiro (Eds.), The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law, (pp. 1-60). New York: Oxford University Press

_____(2011). *Natural Law and Natural Rights* (2º ed.). New York: Oxford University Press.

_____(2016). “Natural Law Theories”. En E. N. Zalta (Ed.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Recuperado de https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/natural-law-theories/>.

_____(2019). “Natural Law: Practical Reason and Creative Information”. *Notre Dame Legal Studies Paper*, N°. 191106. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3482096.

FISHER, A. (2011) *Metaethics. An Introductio*n. Durham: Acumen.

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

_____ (2020). *Symposium on the internal legal positivism*. Revus. Open Edition Journals. https://doi.org/10.4000/revus.6267.

GARDNER, J. (2001). Legal Positivism: 51/” Myths. *American Journal of Jurisprudence* N.º 46, pp. 199-227.

GILBERT, M. (1989) On Social Facts. Princeton: Princeton University Press.

GREEN, L. (2008) “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”. New York University Law Review, Vol 83, 1035-1058.

_____ (2009). "Legal Positivism", The Stanford Encyclopedia of Philosophy,

Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>.

_____ (2021) “Positivism, Realism and Sources of Law”. En Spaak, T., Mindus, P. (eds.). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, pp. 39-61.

GUASTINI, R (2020). “An excercise in Legal Realism”. En Falconi (ed). *Iuris Dictio. Dossier: Realismo jurídico contemporáneo*, pp. 37-49.

_____ (2021). “El realismo juridico como teoría positivista del derecho”. *Revista Cubana de Derecho*. Vol. 1. 216-227.

HAAKONSSEN, K. (2002). “The Moral Conservatism of Natural Rights”. En Hunter, I., Sauders, D. (eds.) *Natural Law and Civil Sovereignty*, pp. 27-42. New York: Springer.

HART, H.L.A. (1961) *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.

_____ (1994) *The Concept of Law*. *Second Edition*. Oxford: Clarendon Press.

HIMMA, K. (2005) "Final Authority to Bind with Moral Mistakes. On the Explanatory Potencial of Inclusive Legal Positivism". Law and Philosophy, pp. 24, 1-45.

_____(2019) Morality and the Nature of Law. New York: Oxford University Press.

_____ (2018). "The problems of legal normativity and legal obligation". En Himma, K. (ed). *Unpacking Normativity*. Bloomsbury Publishing, pp. 55-76.

_____ (2020). *Coercion and the Nature of Law*. New York: Oxford University Press.

HUDSON, W.D. (1974) *La filosofía moral contemporánea*. Madrid: Alianza.

HURKA, T. (2021), "Moore's Moral Philosophy", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL =<https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/moore-moral/>.

JENSEN, S. J. (2015) *Knowing the Natural Law: From Precepts and Inclinations to Deriving Oughts*. Washington DC: The Catholic University of America Press.

JIMENEZ CANO, R. (2013) "Una defensa del positivismo juridico (excluyente)". *Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 39, pp 83-126.

KELSEN, H. (1979) Teoría pura del derecho. México D.F.: UNAM

KOLLER, P. (2014). "On the Nature of Norms". *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of la*w, 27(2), pp. 155-175.

KRIEGEL, B. (2002). "The Rule of the State and Natural Law". Hunter, I. (ed) *Natural Law and Civil Sovereignty. Moral Right and State Authority in Early Modern Political Thought*, New York: Palgrave Macmillan, pp.13-26.

KURBAN, Y. (2018). "Norm-Value Relationship in Islamic and Western Law". Journal of History Culture and Art Research, 7(5), pp. 1-24. https://doi.org/10.7596/taksad.v7i5.1794.

LEITER, Brian. (2012). *Naturalismo y teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

LINDEMAN, K. (2019) "Legal Metanormativity. Lessons for and from Constituvist Accounts in the Philosophy of Law". En Plunkett, D., Shapiro, S., Toh, K. (eds.) New

Dimensiones of Normativity. Essays on Metaethics and Jurisprudence. New York: Oxford University Press, pp. 87-104.

LLOYD, V. W. (2016). *Black Natural Law*. New York: Oxford University Press.

MARMOR, A (2001). *Positive Law and Objective Values*. New York: Oxford University Press.

MARMOR, A (2006) "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4 (2006), pp. 683–704.

_____ (2009) *Social Conventions. From Language to Law*. Princenton: Princeton University Press.

_____ (2018). "Norms, Reasons, and the Law". En Himma, K. (ed)., *Unpacking Normativity*. New York: Bloomsbury Publishing, pp. 95-118.

_____ (2021) "What Is Law and What Counts as Law? The separation thesis in context". En Spaak and Mindus (Ed). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, pp. 465-487

MARQUISIO, R. (2017a). "El constructivismo moral y la necesidad del punto de vista jurídico". UNA, Revista de Derecho, Vol. 2. Recuperado de https://una.uniandes.edu.co/images/pdfedicion2/articulos/Marquisio-2017-UNARevista-

_____ (2017b). "Tres modelos de postpositivismo jurídico". Revista anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 14. N° 47.pp. 864-885.

_____ (2019). "Argumentos Positivistas en la era postpositivista". *Revista de Derecho (UCUDAL)*, Año 15. (N° 19), pp. 49-75.

_____ (2021a) "La normatividad como objeto: doctrina, teoría, metateoría". Revista Anuario del Área Socio Jurídica, vol 13, N°1, pp. 29-49.

_____ (2021) "Sobre la ampliación de los derechos humanos". *Revista de Derechos Humanos* (FCU), N° 3, pp. 13-36.

MASSINI-CORREAS, C. I. (2019). *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis*. Madrid: Marcial Pons.

MCPHERSON, T y PLUNKETT, D. (2018) “The Nature and Explanatory Ambition in Metaethics”. En McPherson, T y Plunkett, D. (eds.), *The Routledge Handbook of Metaethics*. New York: Routledge, pp. 1-25.

MILLER, A. (2013) *Contemporary Metaethics. An Introduction. Second Edition*. Malden: Polity Press.

MÖLLERS, C. (2020) *The Possibility of Norms.* New York: Oxford University Press.

MOORE, G. E. (1903) *Principia Ethica*. Cambridge (MA): Cambridge University Press.

MOORE, M. S. (1992) “Law as a Functional Kind”. En George, R. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*. New York: Oxford University Press.

MONTI, E. (2020) “Redondo sobre la normatividad del derecho”. Revus. Open Edition Journals. https://doi.org/10.4000/revus.6177.

MORESO, J. (2002) “En Defensa del Positivismo Jurídico Inclusivo”. En Navarro y Redondo (comps.) *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa, pp. 93-116.

_____ (2011) “Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”. Doxa, 34, 183-199.

_____ (2015). “Positivismo Jurídico Contemporáneo”. En Fabra Zamora, J., Nuñez Vaquero, A. (eds). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Vol 1*. México: UNAM, pp. 171-205.

_____ (2022) “La normatividad en el positivismo jurídico interno. A modo de colofón”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 45, pp. 621-627.

MUFFATO, N. (2015) “Normatividad del Derecho”. En Fabra Zamora, J., Rodríguez Blanco, V. (eds.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2*. México: UNAM, pp. 1147-1175.

MURPHY, M. C. (2006). *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. Cambridge (MA) Cambridge University Press.

NADEEM J., Nishi S. (2013) “Meta-ethics and its discontents: a case study of Korsgaard”. En Bagnoli, C. (ed.) *Constructivism in Ethics.* Cambridge (UK): Cambridge University Press, pp. 82-107.

NINO, C. S. (1989). Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación. Buenos Aires: Astrea.

NOVAK, D. (1998). *Natural Law in Judaism*. Cambridge (MA): Cambridge University Press.

NUCCETELLI, S. (2022) *The Routledge Guidebook to Moore’s Principia Ethica*. New York: Routledge.

NUÑEZ VAQUERO, A. (2011) “El realismo jurídico de Brian Leiter”. Diritto & Questioni Pubbliche, 10, pp. 438-456.

O’NEILL, O. (2018) *From Principles to Practice. Normativity and Judgement in Ethics and Politics.* New York: Cambridge University Press.

PARFIT, D. (2011) *On What Matters*. New York: Oxford University Press.

PLUNKETT, D., SHAPIRO, S. (2017) “Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Meta-Normative Inquiry”. *Ethics,* Vol. 124, N°4.

PLUNKETT, D., SHAPIRO S. y TOH. K. (2019). “Introduction”. En Plunkett, D., Shapiro, S. y Toh. K. (eds.), *Dimensions of Normativity. New Essays in Metaethics and Jurisprudence*. New York: Oxford University Press.

POTACS, M. (2020). “Can We Escape Normativism in Law?” En Vienna Lectures on Legal Philosophy, (2), 151-160. https://doi.org/10.5040/9781509935932.ch-007.

PRIBAN, J. (2020). “Normativity at Large: On Moral Absolutism, Legal Relativism and Social Systems Anti-Normativism”. Vienna Lectures on Legal Philosophy, (2), 91-112. https://doi.org/10.5040/9781509935932.ch-004.

RAILTON, P. (2019) “We’ll see you in court!”: The Rule of Law as an Explanatory and Normative Kind”. En Plunkett, D., Shapiro, S. y Toh, K. (eds.) *New Dimensiones of Normativity. Essays on Metaethics and Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1-22.

RATTI, G. (2011) El gobierno de las normas. Madrid: Marcial Pons

RAZ, J. (1982/2011) *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. México: Ediciones Coyoacán.

_____(2000). "Explaining Normativity. On Rationality and the Justification of Reasons", en Dancy, Jonathan (ed.), Normativity. Malden: Blackwell, 34-59.

_____ (2004). "Incorporation by Law. Legal Theory", 10 (1), 1-17 .

_____(2007). "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en: Pavlakos, George (ed.) Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy. Portland: Hart Publishing. 17-36.

_____ (2009). *Beetween Authority and Interpretation*. New York: Oxford University Press.

_____ (2011) *From Normativity to Responsibility*. New York: Oxford University Press.

REDONDO, C. (2021). "Bulygin's Analytical Legal Positivism". En Spaak, T., Mindus, P. (eds.). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. 371-395.

RODRÍGUEZ, J. (2015) "La regla de reconocimiento como convención constitutiva". En Vilajosana, M y Ramirez, L (eds.) *Convencionalismo y Derecho*. Marcial Pons.. Marcial Pons.

RODRÍGUEZ BLANCO, V. (2011). "The Moral Puzzle of Legal Authority", en New Essays on the Normativity of Law. Portland: Har Publishing, 86-106.

_____ (2012). "Does Kelsen's Notion of Legal Normativity Rest on a Mistake?" Law and Philosophy, 6(31), 725-752. https://www.jstor.org/stable/23321442.

_____ (2014) *Law and Authority Under the Guise of Good*. Portland: Hart Publishing.

SAGER, L. (2016) "Putting Law in its Place", en Waluchow, W. & Sciaraffa, S. The Legacy of Ronald Dworkin. New York: Oxford University Press, 117-130.

SANCHEZ BRÍGIDO, R. (2020) "El concepto de derecho como como concepto funcional". *Revu*. Publicado online en https://journals.openedition.org/revus/6151.

SCANLON, T.M. (1998) *What We Owe to Each Other*. Cambridge MA: Belknap Press of Harvard University Press.

_____ (2014) *Being Realistic about Reasons*. New York: Oxford University Press.

SHAPIRO, S. (2007). The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed. Public Law and Legal Theory Working Paper Series. N°77. URL http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657.

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

_____ (2014) *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons.

SMITH, M. (1994) The Moral Problem. Malden: Blackwell.

SOMEK, A. (2017). The Legal Relation. Legal Theory After Legal Positivism. New York: Cambridge University Press.

SOUTHWOOD, N. (2019) "Laws as Conventional Norms". En Plunkett, D., Shapiro, S. y Toh, K. (eds.) *New Dimensiones of Normativity. Essays on Metaethics and Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 23-44.

STREET, S. (2012). "Coming to Tems with Contingency: Humean Constructivism about Practical Reason". En Lenman, J. y Shemmer, Y. (eds.) Constructivism in Practical Philosophy. Oxford: Oxford University Press, pp. 40-59.

TAGGART, C. (2013) "How Can Positivism Account for Legal Adjucative Daty". Oxford Journal of Legal Studies, 33 (1), pp. 169-196.

TRIPKOVIC, B. (2017) The Metaethics of Constitutional Adjudication. New York: Oxford University Press.

TRAJKOVIC, M. (2012). "Law in the World of Values". Novi Sad Faculty of Law - Collected Papers, 1(46), 383-397.

VAN ROOJEN, M. (2015). Metaethics: A Contemporary Introduction. New York: Routledge.

VEGA, J. (2017). “La filosofía del derecho como filosofía práctica”. Revus, Journal of Constitutional Theory and Philosophy of Law. Disponible en https://journals.openedition.org/revus/3990

WALL, E. (2018). *Foundation for a Natural Morality: A Deductive Approach for Defending and Developing a Moral Theory*. Lanham: Lexington Books.

WOLFE, C. (2006). *Natural Law Liberalism*. Cambridge (MA): Cambridge University Press.

WEDGWOOD. R. (2009). The Nature of Normativity. New York: Oxford University Press

_____ (2018) “The Unity of Normativity”. En Star, D. (ed.) *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*. New York: Oxford University Press, pp. 23-45.

WIDLAK, T. H. (2016). “Remarks on the Normativity of International Legal Rules and Global Constitutionalism”. *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, 4(29), 506-518. https://doi.org/10.1111/raju.12145.

WU, Q. (2017). “How has China formed its conception of the rule of law? A contextual analysis of legal instrumentalism in ROC and PRC law-making”. International Journal of Law in Context, 3(13), 277-294. https://doi.org/10.1017/S1744552317000039.