

## POSTPOSITIVISMO

O frecer un panorama de las teorías postpositivistas no es sencillo porque deberíamos tener un criterio claro de qué es positivismo y en qué difiere el positivismo del postpositivismo. Se podría afirmar que es postpositivista toda aquella teoría que ataca las dos tesis más importantes del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Creo que ésa es una posibilidad pero me parece que en el seno del positivismo esas tesis han sufrido modificaciones importantes. En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas.

Dedicaré mi atención a algunos de los principales problemas actuales de la teoría jurídica y denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política. Por supuesto que existen otros problemas importantes, como los que sugieren la aceptación del punto de vista interno y sus compromisos morales en su caso, o las concepciones que mantienen que la pretensión de rectitud forma parte del concepto del derecho. Pero no es posible afrontar tantos temas en este artículo y me limitaré a un reducido número de problemas.

### Las tesis del positivismo jurídico

La teoría positivista del derecho sostiene básicamente que el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho dictado por los hombres y que, además, la teoría posee los métodos adecuados para determinar qué es lo que establece el derecho. El enfoque positivista clásico kelseniano defendía el *positivismo metodológico* según el cual el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo.

El positivismo conceptual se asocia con dos tesis importantes. En primer lugar, la defensa de la teoría de las fuentes sociales del derecho y en segundo lugar, la tesis de la separación entre el derecho, la moral y la política. Según el positivismo, el derecho es una cuestión de normas dictadas por autoridades humanas que se manifiestan en unas fuentes sociales determinadas. Uno de los problemas más importantes es identificar estas fuentes del derecho y distinguirlas de otros sistemas normativos. La teoría de las fuentes sociales del derecho nos señala los *límites* del derecho.

Por otra parte, la autonomía del derecho supone que no hay una conexión necesaria entre el derecho, la moral y la política. Esa tesis puede entenderse y se ha entendido de maneras diversas. Una de las más relevantes es la que exige una distinción estricta entre el derecho y su justificación, el derecho es derecho aunque sea injusto. Para conocer el derecho no es necesaria la evaluación moral. Von Wright expresó una de las consecuencias de esta idea con claridad cuando afirmó que «la moralidad trasciende la legalidad en el sentido de que censura las leyes y las decisiones de los tribunales de justicia. Por esta razón nunca puede ser incorporada en el tipo de orden coactivo que constituyen las leyes del estado.» (Von Wright, 1997, p. 108). En la agenda postpositivista ésta es una de las tesis más discutidas pues autores como Fuller y Dworkin sostienen que la evaluación moral es necesaria tanto para entender como para describir el derecho (Brian Bix, 1996, p. 237). «Dworkin does not claim that morality is a criterion of legality... in interpreting the meaning of legal rules it is often necessary to consult moral principles.» (Jules Coleman, 1996, p. 242, Dworkin, 1996, p. 12-15).

### Postpositivismo

Si nos planteamos ahora el problema del postpositivismo ¿qué queremos decir con esto? ¿Acaso defenderemos la idea de que el positivismo está superado? ¿Acaso todas las doctrinas y teorías actuales son antipositivistas?

Me parece que más que la superación del positivismo estamos ante un *desplazamiento* de la agenda de problemas que interesan y, en algunos casos, a un cierto distanciamiento de algunas de las tesis que eran sostenidas de forma mayoritaria por las teorías positivistas. Algunos autores han llegado a defender que el positivismo es autodestructivo porque si se llevan sus tesis hasta sus últimas consecuencias se desemboca en el antipositivismo (Tuori, 1997 y Goldsworthy, 1990, Shiner, 1992). Por supuesto que no voy a dar un esquema completo de cuáles son todos los problemas importantes.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Para un análisis de las principales tesis del positivismo véase Roger Shiner: *Norma and Nature* op. cit., en donde analiza el positivismo desde la perspectiva de las razones para la acción, la autoridad, el punto de vista externo e interno, la aceptación del derecho, Principios y discreción, Interpretación y semántica, y el bien común.

Me preocuparé de las dos tesis fundamentales del positivismo. El problema de los límites del derecho y el problema de la conexión entre el derecho y la moral.

1.- *Los límites del derecho*. La teoría de las fuentes sociales del derecho pretende responder a la cuestión de los límites del derecho. Hart, por ejemplo, sostuvo que el derecho se puede identificar como un hecho social y que el núcleo del derecho se encuentra en estas fuentes sociales. Hart no sólo defendió la teoría de las fuentes -es decir que las decisiones del pasado determinan cuál es la respuesta que debe darse jurídicamente- sino que además añadió la tesis -en su teoría de la adjudicación- de que pueden existir casos difíciles y, por tanto, el juez puede ser un legislador intersticial.

Su centro de atención estuvo en los casos usuales, en el derecho determinado. El derecho como sistema normativo está institucionalizado mientras que otros sistemas normativos -como los sistemas morales- carecen de institucionalización. La indeterminación del derecho es excepcional y no puede establecerse por adelantado. Hart contesta a la cuestión de la determinación del derecho sosteniendo que las decisiones del pasado normalmente determinan las decisiones del presente. El objeto principal de la teoría del derecho es conocer, describir, y explicar estas convenciones del pasado. Es posible que los jueces se encuentren con casos difíciles y que utilicen criterios extrajurídicos para resolverlos, pero desde una posición como la de Hart el derecho es el conjunto de hechos sociales que se pueden identificar mediante métodos específicos. Cuando el juez utiliza otros elementos no está aplicando el derecho sino que está inventando el derecho.

Podríamos concluir que uno de los objetivos fundamentales de Hart -y también de su escuela- fue establecer los límites del derecho y distinguir los elementos jurídicos de los extrajurídicos. Su regla de reconocimiento se construye precisamente para identificar el derecho. (Hart 1961).

El postpositivismo cambia la agenda de problemas porque presta especial atención a la indeterminación del derecho. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles. Lo que interesa no es tanto averiguar las soluciones del pasado sino resolver los conflictos que todavía no están resueltos. La pregunta de Hart -para resolver los problemas de adjudicación- se dirige a plantear cuáles son las convenciones del pasado, y el papel preponderante que deben tener estas convenciones para resolver las decisiones futuras, mientras que la pregunta a la que los postpositivistas quieren responder no hace referencia al pasado sino al futuro. En un cierto sentido un hartiano ofrecería al jurista un conjunto de previsiones acerca de cómo se han resuelto en el pasado los problemas que se plantean. Cuando un abogado asesora a un cliente, normalmente lo que hace es plantearle cuáles son las soluciones de los casos semejantes al planteado.

Sin embargo, el postpositivismo no presta sólo atención al pasado sino también al futuro y, en este caso, lo que interesa es persuadir a los destinatarios -normalmente jueces- de que su solución o propuesta es la más correcta. En este sentido, podríamos señalar que las doctrinas postpositivistas están más interesadas en los problemas que origina la indeterminación del derecho que en describir las convenciones del pasado. No ignoran la institucionalización del derecho pero lo que interesa es lo que está más allá de los límites estrictamente institucionalizados. El centro de atención se ha desplazado a la indeterminación y a la solución de los casos indeterminados. Los casos difíciles ya no serían vistos como casos excepcionales para el estudio del derecho sino que ocupa el centro de la agenda de la teoría del derecho.

La pregunta importante ya no se dirige sólo hacia el pasado sino también hacia el futuro. El postpositivismo pone la atención en la pregunta qué se debe hacer ante un caso difícil. La respuesta del positivismo era acudir a las convenciones pasadas y excepcionalmente acudir al legislador intersticial. Pero cuando el razonamiento judicial se efectúa fuera del dominio del derecho nos encontramos con la tierra incógnita. (Gerald Postema, 1996, p. 110). No deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoría positivista enmudece. La teoría positivista como teoría del derecho es incompleta porque necesita una teoría de la adjudicación que enfoque cómo deben razonar los tribunales con los materiales ofrecidos por las fuentes del derecho y por los otros materiales. Buena prueba de esta tesis es la escasa atención que ha prestado el positivismo jurídico a la interpretación, entendida como una teoría que pretende ofrecer criterios para resolver casos difíciles. Las razones que muchos positivistas tenían para enmudecer eran coherentes con su posición emotivista, pues los criterios para decidir en los casos difíciles exigen compromisos valorativos, y según su concepción de la ciencia no es posible prescribir porque el postulado de la separación entre el derecho y la moral no se lo permite.

Ahora bien, el postpositivismo acepta que las fuentes del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos. Algunos son escépticos acerca de la posibilidad del conocimiento práctico, pero en líneas generales se podría afirmar que existe un esfuerzo por la búsqueda de instrumentos adecuados para resolver estos problemas. (Dworkin y Soper pueden ser buenos ejemplos).

Si eso es cierto, entonces se diluye la rígida distinción entre la descripción y la prescripción. Las teorías del derecho tienden a ofrecer no sólo aspectos cognoscitivos referidos a hechos sociales del pasado sino que tienen también pretensiones prescriptivas, en el sentido de ofrecer criterios adecuados para resolver problemas prácticos. Desde el análisis económico del

derecho hasta las posiciones de jurisprudencia valorativa, proclaman la necesidad del uso de instrumentos para resolver problemas. Muchas veces se importan de otras disciplinas y en los últimos tiempos existe, por ejemplo, un gran interés por la filosofía moral y política porque son instrumentos que sirven para resolver los problemas con un contexto de justificación un poco superior a la mera intuición. (Postema, 1996). Dworkin ha insistido en la lectura moral de la constitución poniendo de manifiesto el papel de la moral en la lectura de los problemas constitucionales y denunciando la hipocresía del presupuesto de neutralidad propuesto por el positivismo.<sup>2</sup> Hart (1961, 135) ya se había lamentado de la judicialización de la teoría jurídica, pero el fenómeno de la judicialización y el enfoque de los problemas de aplicación no ha hecho más que aumentar desde entonces hasta tal punto que hoy constituye uno de los pilares del conocimiento jurídico. Más que informaciones de lo que se hizo en el pasado necesitamos herramientas para enfrentarnos a los problemas no resueltos.

Pero la posición de que la teoría puede ofrecer respuestas a los casos difíciles ha sido puesta en cuestión por el escepticismo. Cass Sustein (1996), por ejemplo, desconfía de la posibilidad de la construcción de grandes teorías coherentes -teorías en mayúsculas-, que sirvan para fundamentar las soluciones jurídicas. Sustein sostiene que los argumentos teóricos del derecho son incompletos y que lo máximo a que podemos aspirar es al análisis de casos y a la utilización de métodos analógicos. La pretensión de construir teorías abstractas y generales que reduzcan la indeterminación del derecho es una quimera. Las doctrinas escépticas tienen una buena representación en el panorama postpositivista y muchos positivistas -a la antigua usanza- son escépticos no acerca de la teoría del derecho sino acerca de la posibilidad de construir criterios generales que reduzcan la indeterminación. En el ámbito anglosajón el realismo jurídico extremo del movimiento Critical Legal Studies es otro buen ejemplo de escepticismo cuando sostiene que el derecho es siempre indeterminado y que no sirve para resolver las disputas. La gente resuelve las disputas según la perspectiva que tenga -feminista, racial- y es mejor reconocer que es así. El derecho sería un instrumento de poder y carece de objetividad. Su eslogan es explícito: Todo es política. (Calsamiglia, 1992).

Los positivistas no niegan que los jueces hagan juicios morales y políticos para fundamentar sus decisiones o cuando responden a las cuestiones

---

<sup>2</sup> Dworkin, 1996, p. 37, sostiene que «It is no surprise, or occasion for ridicule or suspicion, that a constitutional theory reflects a moral stance. It would be an occasion of surprise if it did not... text and integrity do act as important constraints, as I have been emphasizing throughout this discussion. But though these constraints shape and limit the impact of convictions of justice, they cannot eliminate that impact.»

jurídicas. Como dice Postema los tribunales deben razonar con materiales basados en las fuentes y otros no basados en las fuentes. (Postema, 1996, p. 110). Los positivistas simplemente señalan que eso es excepcional y que los jueces no sólo aplican el derecho sino que a veces los jueces directamente inventan el nuevo derecho sin seguir las fuentes sociales. Algunos consideran que es un error judicial inventar. El problema es si eso es o no es muy frecuente y si su ámbito es tan importante que hace inservible el análisis de las fuentes del derecho para una teoría de la adjudicación. En principio podríamos decir que un positivista debería considerar que los errores o las invenciones son cuantitativamente y cualitativamente poco importantes porque, si se admitiera que lo son, socavaría la utilidad de las fuentes identificadas. Pero esta tesis es implausible porque muchos cambios importantes del derecho se producen por caminos distintos del seguimiento de las fuentes. Como ha señalado Kent Greenawalt (1996, p. 15) la posición teórica del positivismo no ofrece respuesta a cuánto se resuelve con los datos de las fuentes y cuánto se resuelve sin tener en cuenta estos datos. Resolver esta cuestión es importante si lo que se pretende es ofrecer respuesta a los problemas prácticos. Y todavía quedaría una última cuestión kripkiana por resolver. Hasta qué punto el positivismo puede hablar del seguimiento de reglas sin responder a las objeciones de los escépticos wittgenstenianos.<sup>3</sup>

En síntesis, podríamos afirmar que una de las tendencias más importantes de la teoría jurídica contemporánea es su insistencia en los problemas que presenta la indeterminación del derecho. Lo que interesa al jurista, desde el punto de vista práctico, es hasta qué punto las fuentes sociales ofrecen respuesta a los problemas que se plantean y el positivismo no sólo reconoce que hay elementos en las decisiones de los jueces que son indeterminados sino que no tiene ningún método que le permita distinguir entre lo determinado y lo indeterminado porque casos paradigmáticos se pueden poner en cuestión. Si todos los elementos que sirven para la toma de decisiones estuvieran predeterminados, entonces sí que se podría presuponer con sentido que el juez sólo debe aplicar el derecho. El debate sobre la indeterminación del derecho ha agudizado nuestra comprensión del derecho ya que muy pocos son los que mantienen hoy que el derecho determina estrictamente todas las decisiones. (Ernest Weinrib, 1988, 1996). El formalismo estricto se ha rechazado. (Rosenfeld, 1998, p. 45 y ss.). Eso tiene efectos importantes para la concepción liberal del derecho ya que se reconoce la indeterminación y se han introducido distinciones interesantes como la de Kress acerca de si la indeterminación es metafísica o epistémica o la de Coleman

---

<sup>3</sup> Véase la tesis de Maria Luisa Iglesias sobre la discreción judicial que se publicará en Kluwer en 1999, que estudia el problema del seguimiento de reglas.

y Leiter que hace referencia a la indeterminación de las causas o de las razones. En todo caso, como resultado del debate se desprende que tanto el formalismo estricto, así como la tesis de la indeterminación absoluta es implausible (Solum, 1996, p. 488).

Otro aspecto muy importante de este cambio de agenda es el cambio de enfoque del centro del análisis del derecho. Los positivistas -y en cierta medida también los iusnaturalistas- tenían al legislador como el centro básico de análisis de la ciencia jurídica. El postpositivismo ha desplazado el centro de atención de la legislación a la adjudicación. El intérprete del derecho y el juez ocupan el lugar que antes ocupaba el legislador como objeto de análisis. Este enfoque general es coherente con la idea anterior que hacía referencia al interés por el derecho indeterminado y por la resolución de casos difíciles. Creo que las herramientas positivistas son adecuadas para el análisis de las normas pero la teoría positivista es incompleta porque no ofrece herramientas adecuadas para una teoría de la adjudicación. La única solución coherente al problema de la adjudicación es defender que cuando los jueces inventan el derecho cometen un error. Pero defender este punto de vista es implausible porque todos los cambios jurisprudenciales deberían calificarse de errores y para la teoría de la adjudicación deberíamos usar el arsenal positivista más los errores. La teoría jurídica moderna debe ayudar a comprender el derecho contemporáneo, el derecho que usan los juristas y los participantes en una sociedad. Calificar de errónea la evolución general del derecho actual es un fuerte indicio de que nuestra teoría es incapaz de dar cuenta del fenómeno jurídico.

2.- El segundo problema que quiero tratar es la tesis positivista de *la no conexión necesaria entre derecho y moral*. Esta tesis se puede entender de muchas maneras. Una de las más relevantes es que el derecho no pierde su juridicidad por ser injusto. Una cosa es el derecho que es y otra muy distinta es el que debe ser. Estas distinciones son típicamente positivistas.

Un primer desplazamiento posible del problema sería considerar que el razonamiento moral juega un papel importante en el razonamiento jurídico y que, por tanto, hay una relación intrínseca entre el derecho y la moral. Una posible vía de introducción del tema podría ser la inclusión de principios morales en los ordenamientos jurídicos. En muchas constituciones modernas se introducen conceptos muy abstractos que requieren decisiones para atribuirles significado y el tipo de justificación es una justificación moral. El mejor positivismo -el de Hart- concedió que existía un mínimo de moralidad en el derecho. La discusión actual se plantea si esa conexión entre derecho y moral es contingente o necesaria. Algunas defensas del positivismo reconocen que existen derechos positivos que incorporan principios morales pero que esa relación es contingente, no necesaria -tal es el caso de

Coleman con su teoría del negativism positivism- Como afirma Coleman «The idea is that moral principles can figure in the law as binding standards only if they are identified as such under a rule of recognition. In that case, it is not their morality as such that makes them law; rather, it is the fact that they meet the demands set forth in the rule of recognition» (Coleman, 1996, p. 250). La tesis de la separación se mantiene porque lo que convierte en jurídico un principio moral no es su verdad sino la regla de reconocimiento.

Otras defensas del positivismo continúan manteniendo que no existe ninguna conexión necesaria porque si la hubiere no podría ejercerse la crítica del derecho positivo. También existen explicaciones como las sugeridas por Raz (1979) y Marmor (1991) que los jueces consideran como si los principios morales fueran jurídicos para desresponsabilizarse y ocultar su labor discrecional.

Lo interesante a destacar no son sólo las diversas posibilidades de defensa de la tesis de la separación sino ese desplazamiento hacia la relación entre el derecho y la moral en el seno de la reflexión positivista y su discusión con las teorías que afirman esa conexión.

Otro desplazamiento importante, profundamente relacionado con el anterior, es el que se refiere a cómo son los conceptos jurídicos y cómo funciona el juego del derecho. En los derechos positivos encontramos conceptos contestados que son muy abstractos y que están teñidos de valoración. Esos conceptos contestados sólo se pueden usar si existen concepciones que determinan el contenido significativo del concepto pero se admite -por razón del pluralismo- que existen concepciones contradictorias que conviven en un mismo derecho. Para justificar las concepciones se necesitan criterios morales y políticos. Esas concepciones dotan de sentido a los casos concretos que justifican. Ejemplos de conceptos contestados son el de igualdad, libertad de expresión, libertad de asociación, privacidad o vida, todos ellos conceptos incluidos en las constituciones y que requieren una concepción determinada para poder ser usados. Desde la filosofía del lenguaje dominante en el positivismo se vislumbra el problema de la vaguedad. (Waldron, 1994). Seguramente este instrumental es inadecuado para captar lo que nos interesa de los conceptos contestados y seguramente esta concepción es tributaria de una clasificación de conceptos que no incluye en su seno los conceptos contestados.

Los conceptos jurídicos no siempre son como los conceptos físicos, por ejemplo el mineral plata, cuya intensión es relativamente fácil de determinar y, por tanto, es fácil de usar. En el mundo del derecho también existen conceptos contestados cuya intensión se puede construir de formas muy diversas y nuestra sociedad admite -y está interesada en la discusión de- cuál es la concepción que merece ser institucionalizada. El problema no es sólo



de significado sino de criterio normativo: ¿cuál es la concepción más correcta entre las muchas que admite el concepto más abstracto y general? ¿Qué criterio de aplicación en pugna debe usarse y cómo afecta al significado del concepto? La respuesta no es sólo de análisis del pasado sino de justificación moral y política. Si queremos identificar los conceptos contestados no podemos limitarnos solamente al pasado porque éste es insuficiente. La propia estructura conceptual presupone que existe un núcleo de desacuerdo valorativo que es importante en esta sociedad y que es una llamada de atención para que se discuta y se profundice. Una descripción de las diversas posibilidades de desacuerdo en el pasado no agota el problema (Véase Gallie, 1955 y Waldron, 1994).

Desde este punto de vista también, la relación entre el derecho y la moral se construye de forma problemática porque para el uso de conceptos jurídicos importantes se necesita una concepción moral y política que determine el criterio de uso. Por supuesto que no cualquier concepción puede defenderse, debe defenderse una que pueda persuadir a los demás, que concuerde con las instituciones y que tenga una justificación poderosa. (Dworkin, 1996). Las concepciones son constructivas en el sentido de que tratan de ofrecer criterios que justifiquen el uso de conceptos contestados y además concuerden con los casos paradigmáticos que suponen acuerdos. Pero esas teorías constructivas pueden poner también en cuestión casos que hasta ese momento no eran controvertidos.

Otro problema importante -profundamente relacionado con el anterior- es si la evaluación juega algún papel en la identificación del derecho. En principio el punto de vista del positivismo es el del observador, pero existen dudas acerca de si juega algún papel la evaluación en la descripción, ¿es posible la identificación del derecho sin evaluación? Cuando un abogado aconseja a su cliente y prevé cuáles serán las consecuencias de ciertos hechos. ¿Existe algún proceso de evaluación controlado o es libre absolutamente de ella? Autores como Schauer (1996) defienden la idea de que primero es necesario identificar y luego evaluar mientras que otros autores como Dworkin (1986, p. 45 y s.) sostendrían que el derecho es interpretativo y la evaluación y la construcción juegan un papel importante ya en el proceso de identificación.

Otro de los centros de atención es el plantear hasta qué punto el participante y el observador comparten una misma visión del derecho desde el punto de vista cognoscitivo. Las posiciones de Bulygin, Laporta o Bayón son buenos ejemplos del ámbito de esta discusión. Finnis por ejemplo, ha mantenido que la versión del participante-aceptante tiene un privilegio epistemológico mientras que Laporta sostiene una posición de convergencia entre el punto de vista externo e interno.

Otro punto interesante a destacar es el desplazamiento desde la teoría general del derecho hacia concepciones del derecho más cercanas al derecho positivo, más locales, menos generales y con más incidencia en comprender y usar mejor el derecho. Las teorías del derecho tienen como función la mejor comprensión del derecho y deben ofrecer instrumentos adecuados para construir una tecnología para resolver mejor los problemas sociales. Seguramente uno de los principales desplazamientos reside, precisamente, en pedir a la teoría que ofrezca instrumentos para pensar e imaginar soluciones a los problemas que no tenemos resueltos. En otras palabras una teoría de la derogación que esté tan alejada del derecho positivo que no pueda interesar ni ofrecer instrumentos para ordenar mejor el material tiene algún problema como teoría.

Para ordenar la posible discusión quisiera destacar que dos de los principales problemas que sugiere el denominado postpositivismo son los de la indeterminación del derecho y la conexión entre el derecho y la política. Podríamos señalar una tendencia a preocuparse más por el derecho indeterminado que por el determinado, más por las consecuencias prácticas y prescriptivas que por las descriptivas. Existe también una dificultad para encontrar criterios que permitan establecer qué es lo que está determinado y hasta qué punto la evaluación juega un papel en la identificación. Por otra parte, existe un desplazamiento hacia la consideración de la conexión entre el derecho y la moral. Existen posiciones que sostienen un pragmatismo extremo, pero dentro de la tradición positivista se ha ido estudiando el papel de los principios, las concepciones y conceptos contestados. Pienso que el postpositivismo es heredero del positivismo y desplaza su centro de atención hacia problemas que sugieren una rectificación o matización de algunas de sus tesis más importantes: La indeterminación del derecho y la conexión entre el derecho y la moral están en la agenda prioritaria de la reflexión actual.

Las herramientas que ofrece la identificación de las normas del legislador son insuficientes para construir una teoría de la adjudicación que sea mínimamente útil para el que debe tomar decisiones. Una teoría de la adjudicación no se puede construir desde el punto de vista positivista porque la imaginación creativa de los nuevos argumentos no se puede canonizar, de la misma manera que no es posible establecer las reglas para la creación artística. Muchas veces el desafío a la tradición es una etapa necesaria para la emergencia de un nuevo estilo artístico. De modo análogo, tampoco quisiéramos tener una teoría de la adjudicación que ahogara toda posibilidad de mejora de nuestros argumentos. El equilibrio entre conservación de normas e innovación siempre ha sido uno de los objetivos de una teoría de la adjudicación.

Otra manera de entender este debate postpositivista consistiría en enfocar la crítica de las dos tesis precedentes -la tesis de las fuentes y la separación entre derecho y moral- dependiente de una tercera tesis fuerte que mantendría que en los casos difíciles el juez actúa discrecionalmente. El principal ataque de los postpositivistas tiene como objetivo la tesis positivista de la discreción judicial, y, para atacarla, se ven obligados a poner en cuestión tanto la tesis de las fuentes sociales del derecho como la tesis de la separación entre el derecho y la moral. Dejo apuntada ahí esa sugerencia que probablemente explicaría también ese desplazamiento de la agenda de la teoría postpositivista.

### **Bibliografía**

- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las Piezas del Derecho*. Barcelona, Ariel, 1996.
- Bayón, Juan Carlos. *La Normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Bayón, Juan Carlos. *Partecipanti, osservatori e identificazione del diritto*. p. 47-63, en Paolo Comanducci y Riccardo Guastini eds. *Struttura e Dinamica del Sistemi*. Torino. Giappichelli, 1996.
- Bix, Brian. *Natural Law Theory*. Dermis Patterson ed. *Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford, Blackwell Publishers, 1996.
- Bulygin, Eugenio. *Enunciados Jurídicos y Positivism Jurídico*, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Calsamiglia, Alberto. *Una visione del diritto del punto di vista del partecipante*, pp. 57-76, en *Analisi e Diritto*, 1996.
- Coleman, Jules. *Legal Positivism*, en Dennis Patterson ed. *Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford, Blackwell Publishers, 1996.
- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, Cambridge Mass. Belknap of Harvard University Press, 1986.
- Dworkin, Ronald. *Freedom's Law*. Oxford University Press, 1996.
- Finnis, John. *The Truth in Legal Positivism*, en Robert George ed. *The Autonomy of Law*. Oxford University Press, 1996.
- W. B. Gallie: *Essentially Contested Concepts*. 56 *Proceedings of Aristotelian Society*. 167, 1955-56.
- George, Robert ed. *The Autonomy of Law*. Oxford University Press, 1996.
- Goldsworthy. *The Selfdestruction of Legal Positivism*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990.
- Greenawalt, Kent. *Too Thin and Too Rich*, en Robert George ed. *The Autonomy of Law*. Oxford University Press, 1996.
- Hart, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1961.
- Laporta, Francisco. *Entre el Derecho y la Moral*. México, Fontamara, 1993.

- Marmor, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford University Press.
- Postema, Gerald. *Law's Autonomy and Public Practical Reason*, en Robert George ed. *The Autonomy of Law*. Oxford University Press, 1996.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford Clarendon Press, 1979.
- Rosenfeld, Michel. *Just Interpretations. Law Between Ethics and Politics*. California University Press, 1998.
- Schauer, Friedrich. *Positivism as Pariah*. Robert George ed. *The Autonomy of Law*. Oxford University Press, 1996.
- Shiner, Roger. *Norm and Nature*. Oxford University Press, 1992.
- Solum, Lawrence. *Indeterminacy*, en Dennis Patterson ed. *Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford, Blackwell Publishers, 1996.
- Sustein, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, 1996
- Tuori, Kaarlo. *Validez, Legitimidad y Revolución*, en *La Normatividad del Derecho*. Barcelona, Gedisa,
- Waldron, Jeremy. *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*. 82 *California Law Review*, 509, 1994.
- Weinrib, Ernst. *Legal Formalism*. *Companion to Philosophy of law and Legal Theory*. Oxford, Blackwell Publishers, 1996.
- Weinrib, Ernst. *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*. *Yale Law Journal*, 1988.
- Von Wright: *Es y Debe*, en A.A. V.V. *La normatividad del Derecho*. Barcelona, Gedisa.



## DOXA 21-I (1998)

---