

University at Buffalo School of Law

Digital Commons @ University at Buffalo School of Law

Journal Articles

Faculty Scholarship

3-25-2009

Principios, Moral y Positivismo Jurídico: Respuestas y Redefinición del Positivismo Contemporáneo [Principles, Morality and Legal Positivism]

Jorge Luis Fabra-Zamora
University at Buffalo School of Law

Follow this and additional works at: https://digitalcommons.law.buffalo.edu/journal_articles



Part of the [Law Commons](#), and the [Legal Theory Commons](#)

Recommended Citation

Jorge L. Fabra-Zamora, *Principios, Moral y Positivismo Jurídico: Respuestas y Redefinición del Positivismo Contemporáneo [Principles, Morality and Legal Positivism]*, 1 *Rev. Jurídica Mario Alario D'Filippo* 135 (2009).

Available at: https://digitalcommons.law.buffalo.edu/journal_articles/1068



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License](#). This Article is brought to you for free and open access by the Faculty Scholarship at Digital Commons @ University at Buffalo School of Law. It has been accepted for inclusion in Journal Articles by an authorized administrator of Digital Commons @ University at Buffalo School of Law. For more information, please contact lawscholar@buffalo.edu.

**PRINCIPIOS, MORAL Y POSITIVISMO
JURÍDICO:
RESPUESTAS Y REDEFINICIÓN DEL
POSITIVISMO CONTEMPORÁNEO**

JORGE LUIS FABRA ZAMORA



**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
1827**

PRINCIPIOS, MORAL Y POSITIVISMO JURÍDICO: RESPUESTAS Y REDEFINICIÓN DEL POSITIVISMO CONTEMPORÁNEO*

JORGE LUIS FABRA ZAMORA**

RESUMEN: El objetivo de este escrito es hacer una esbozar la evolución del positivismo jurídico desde las críticas de Dworkin. La idea principal es servir como una introducción a este importante debate de la Filosofía del Derecho. El autor parte de una elucidación del Problema Original, analiza las respuestas incluyentes y excluyentes del Positivismo y Finaliza con la tesis que fueron los principios los causantes de la redefinición del Positivismo Jurídico.

PALABRAS CLAVE: Positivismo Jurídico, Principios, Problema Original, ILP y ELP.

ABSTRACT: This paper seeks to sketch the evolución of Legal Positivism since Dworkin criticism. The main idea is to serve as an introduction of this current debate in Legal Philosophy. The autor being with elucidation of Original Problema, analizes de legal positivism answers –ILP and ELP- and finishes with the thesis that legal principles were the causes from legal positivism redifinition.

KEY WORDS. Legal Positivism, Principles, Original Problem, ILP and ELP

Fecha de recepción: Diciembre 18 de 2008

Fecha de aceptación: Marzo 25 de 2009

* El presente escrito es una versión derivada de la ponencia presentada el día 14 de marzo de 2008 en IV Congreso Nacional y II Congreso Internacional de Derecho Constitucional: “Los principios en el Constitucionalismo Contemporáneo” - Universidad de Nariño, en Pasto (Colombia), 13, 14 y 15 de marzo de 2008. Una versión de este escrito fue publicada en la Revista de la Asociación Jueces para Democracia en Honduras, Año 4, No. 9 de Abril de 2008, pp. 15-52. Agradezco al Profesor Yezid Carrillo por sus comentarios al texto y a mi papá Jorge Fabra por la revisión de este texto.

** El autor es Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena (Colombia) y Miembro del Grupo de Investigación en Teoría y Filosofía del Derecho. Agradezco al Dr. Yezid Carrillo por sus amables comentarios a este escrito. E-mail: jorgefabraz@gmail.com.

Los *principios* son uno de los ejes fundamentales de la filosofía, teoría y dogmática jurídicas contemporáneas y cubren todas las áreas del derecho. Por tal razón, reflexionar sobre los principios es transversal en los estudios jurídicos; y esta reflexión abarca tantos temas y sus aplicaciones son tan variadas, que fácilmente podemos olvidar el origen de la reflexión en su variante contemporánea.

El nacimiento de esta cuestión es, en expresión llana, el ya clásico debate de la jurisprudencia anglosajona generado por las críticas de Ronald M. Dworkin al planteamiento positivista de H. L. A. Hart. El Profesor Dworkin propone la teoría de los principios dentro de un intento de derrocar al positivismo jurídico. Estima que las tesis centrales del positivismo, a saber, la tesis de la separación (la separación entre derecho y moral) y tesis de la discrecionalidad (la discrecionalidad de los jueces al momento de decidir los casos difíciles), nos impiden “tomarnos los derechos en serio”. De inmediato, los juristas positivistas dieron su respuesta, deseosos de mantener la labor conceptual y descriptiva de su teoría como la mejor aproximación al derecho.

Los principios, como el fundamento de la crítica dworkinana, son un fuerte escollo para el intento de respuesta positivista. Entonces, ¿cómo tratar el problema de los principios desde la perspectiva positivista? ¿Cómo lidiar con el problema de la moralidad substantiva que los mismos conllevan y, al mismo tiempo, seguir llamándose positivista? Este es el problema de la ponencia que hoy presento.

I. Surgimiento: Alcance de los principios en la crítica de Dworkin

Encontramos una reflexión sobre los principios en la primera parte de la obra de Dworkin¹. Desde sus primeros ensayos demostró un descontento con la tesis de la discreción judicial². Para los positivistas, por otra parte, la discrecionalidad judicial

¹ Los comentaristas han dividido la obra de Dworkin en dos partes. De la primera parte es referencia *Taking rights seriously* (1977), mientras que la segunda son referencia *A matter of Principle* (1985) y *Law's Empire* (1986).

² Vid. Dworkin, Ronald. “The Judicial Discretion”. *En*: *The Journal of Philosophy*, Vol. 60, No. 21, American Philosophical Association, 1963, pp. 624-638.

es una inevitable consecuencia de la “textura abierta” de las normas. Entonces, en la idea dworkiniana de fundamentar una versión del derecho que se *tomara los derechos en serio*, arremetió directamente contra el positivismo, para acabarlo y eliminar con él esta odiosa discrecionalidad de los jueces. De este modo, el objeto de sus críticas fue la versión del profesor H. L. A. Hart, que es el modelo fundamental del positivismo anglosajón.

La propuesta de Hart se encuentra en *The Concept of Law* de 1961³. Para conceptualizar el derecho, Hart utiliza las herramientas de la filosofía del lenguaje⁴ y la teoría imperativista de John Austin⁵. Fundado en la necesidad de dar cuenta de las diferentes funciones que cumplen las reglas en un sistema jurídico, estima esencial construir una concepción del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias⁶. Las primeras son aquellas que se ocupan sobre “las acciones que los individuos deben o no hacer”, mientras las segundas se ocupan de las reglas primarias⁷. Las reglas secundarias son de tres tipos: en primer lugar, las reglas de adjudicación, las cuales proveen un mecanismo para determinar si una regla válida ha sido violada; en segundo lugar, las reglas de cambio, las cuales le permiten a la sociedad crear, remover y modificar normas válidas, y, en tercer lugar, la regla de reconocimiento la cual “especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo⁸”

³ Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1961 y Segunda Edición Editada por Penélope Bullock y Joseph Raz en 1994. La primera edición castellana fue traducida Genaro Carrió como *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Prelot, Buenos Aires, 1961; mientras que el Post scriptum que hace parte de la segunda fue traducida (con estudio preliminar y notas) por Rolando Tamayo y Salmoran como *Post Scriptum del Concepto de Derecho*, UNAM, México, 2001

⁴ Vid. Especialmente, Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, Cap. I.

⁵ Vid. Especialmente, Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, Cap. II, III y IV. La teoría imperativista de Austin fue desarrollada en un conjunto de conferencias impartidas en la Universidad de Londres en el periodo comprendido entre 1829 y 1832. Las mismas fueron recogidas en su obra *The Province of Jurisprudence Determined*, publicada en 1832. Vid. Austin, John. *The Providence of Jurisprudence Determined*, reeditada por Cambridge University Press, Cambridge, 1995. Vid. Igualmente, Bix, Brian. “John Austin” *En*: *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*.

⁶ Vid. Especialmente, Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, Cap. V.

⁷ Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, p. 92 [En castellano, p. 117.]

⁸ Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, p. 92 [En castellano, p. 117.]

En *The Model of Rules I*⁹, Dworkin se enfila contra el planetamiento hartiano. Estas críticas han venido a ser conocidas como el *Problema Original*. Para sus objeciones, Dworkin reconstruye la estructura del edificio positivista de Hart sobre los siguientes cuatro pilares¹⁰: (1) *El modelo de las reglas*, que es una comprensión del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias. (2) *La tesis de la separabilidad*, es decir, la afirmación de que el derecho y la moral son dos cosas diferentes, dado que el derecho consiste únicamente en esas reglas y la validez de estas no depende de su moralidad. (3) *La regla de reconocimiento* (master rule), que es la regla que permite la identificación de las reglas del sistema jurídico, y (4) *La tesis de la discrecionalidad*, en razón a que los jueces tienen discrecionalidad para decidir ante “la penumbra”, lo que le permite la creación en los casos difíciles.

Dworkin estima que este edificio se derrumba, pues *no puede dar cuenta de los principios*. Amparándose en diferentes casos jurisprudenciales¹¹, donde los jueces utilizan principios (y no solamente reglas) para sus decisiones, sostiene que estos principios son estándares vinculantes *que hacen parte* del derecho. Además, como su contenido es esencialmente una cuestión de moralidad, el derecho debe estar relacionado con la moralidad. De este modo, Dworkin afirma que mediante la incorporación de los principios logra que las tesis de Hart caigan en un efecto dominó¹²: Contra (1), Dworkin afirma que los principios son utilizados por los jueces en sus decisiones, hacen parte del derecho. Con ello, se hace insostenible “el modelo de las reglas”, puesto que el derecho estará conformado por reglas y principios. Contra (2), afirma que los principios están vinculados con los dictados de de la moralidad substantiva, con lo cual arremete contra la tesis de la separabilidad, dado que al hacer parte los principios del derecho, la moral también

⁹ Dworkin, Ronald, “The Model of Rules”. *En*: Chicago Law Review No. 35, 1968, pp. 14-46. Reimpreso en *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.

¹⁰ Sigo, en este punto, la exposición de Coleman, Jules. “Constraints on the criteria of legality”. *En*: Legal Theory, No. 6, 2000, p. 171-183.

¹¹ En particular el *Riggs v. Palmer* y el *Henningsen v. Bloomfield Motors*. El primero de estos casos fue traducido por Jorge Fabra y Carolina Guzmán.

¹² De nuevo, sigo la exposición de Coleman, Jules. “Constraints on the criteria of legality”, *Op. Cit.*

hace parte. Contra (3), y corolario de lo anterior, sostiene que los principios no pueden ser identificados por la regla de reconocimiento, puesto que se trata de cuestiones morales controversiales. Con esto concluye que la regla de reconocimiento, como fue planteada por Hart, no es funcional¹³. Finalmente, contra (4), dice que los principios son estándares que eliminan la discrecionalidad jurídica, dado que los jueces no pueden decidir arbitrariamente los casos ante ausencia de reglas, sino que los principios siempre nutrirán el ordenamiento.

En conclusión, para Dworkin, el marco teórico proporcionado por el positivismo debe ser desechado, pues es una teoría errada sobre la naturaleza del derecho.

Debemos aclarar que el debate sobre “El modelo de las reglas” parece estar desenfocado¹⁴. Dworkin entiende como regla un estándar de “all-or-nothing”. Sin embargo, no es el mismo concepto al que se refirió Hart. Para Hart, y la filosofía analítica de su tiempo, el concepto de regla era una cuestión discutida¹⁵ y nunca se refirió a las reglas en los términos simplistas que utilizó Dworkin¹⁶. Varios han señalado esta perspectiva errónea de Dworkin¹⁷. Por ello, para algunos como Carlos Santiago Nino, la regla de reconocimiento de Hart puede dar cuenta de los principios¹⁸.

Lo anterior implica un cambio fundamental en el debate. El debate no va a tratar más sobre la existencia de los principios. Por la intrínseca relación entre la moral y

¹³ La Interpretación de Dworkin de la regla de reconocimiento se encuentra en Dworkin, Ronald. “The Model of Rules II” En: Taking Rights Seriously, Op. Cit.

¹⁴ Véase, Shapiro, Scott. “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A short guide for the perplexed. En: Michigan Law School, Working Paper No. 77, 2007.

¹⁵ Vid. Hart, H. L. A. The Concept of Law, especialmente el Capítulo I y sus notas respectivas.

¹⁶ En especial, el nombre de regla de reconocimiento (a la cual Dworkin se refiere como regla maestra - master rule) da cuenta de que para Hart una no es lo que Dworkin afirma; para Hart la regla de reconocimiento es un hecho y por eso no deja de ser una regla.

¹⁷ Vid. Christie, George. “The Model of Principles” En: Duke Law Journal, 1968, P. 649 y ss. Por otra parte, Zipursky afirma que la verdadera tesis de Hart no es el “modelo de las reglas”, sino el modelo de los hechos sociales. Zipursky, Benjamin. “The Model of Social Facts”. En: Coleman, Jules. Hart’s Postscriptum, Oxford University Press, Oxford, 2002.

¹⁸ Vid. Nino, Carlos Santiago. Introducción Al Análisis del Derecho. Ariel, Barcelona, 1992.

el derecho que propone Dworkin, el debate de la “metodología de la jurisprudencia” asciende desde de la existencia de los principios, a un punto superior y más trascendental: el debate del papel de la moral en el derecho. Entonces, lo que realmente hay en disputa en la “cuestión sobre los principios” son dos aproximaciones al concepto de derecho; una que vincula el derecho con los dictados de la moral substantiva y otra que los separa como dos cosas distintas¹⁹.

II. Respuestas Positivistas

Dworkin despertó la atención de los filósofos positivistas sobre un punto desatendido: el papel de la moral en el derecho concebido desde el positivismo²⁰. Se generó dentro del positivismo un debate sobre el modo de enfrentar las tesis dworkinianas y respaldar el positivismo de Hart²¹. Este debate, ha dicho Coleman, es el debate sobre la interpretación correcta del legado hartiano²².

Un primer intento está en la tesis que ha sido denominada *positivismo excluyente* o *positivismo fuerte*, cuyos máximos exponente son Joseph Raz²³, Andrei Marmor y Scott Shapiro. El positivista jurídico excluyente sostiene que las objeciones de Dworkin no son suficientes para modificar el positivismo. Para el positivismo jurídico excluyente, el verdadero problema de es la *autoridad*, el fundamento del derecho. Su tesis básica es que *la existencia y el contenido de todo derecho están determinados por sus fuentes*, lo cual ha sido denominado como tesis de las fuentes o tesis del *pedigrí*. La tesis de las fuentes sostiene que podemos identificar todo el derecho como un hecho humano, y que la identificación de una norma como jurídica depende de la fuente de donde deriva.

¹⁹ Véase, Coleman, Jules. *The Practice of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 2001, Capítulo 12.

²⁰ Aunque, debemos decir, muchos no compartieron sus métodos, supuestos y conclusiones.

²¹ Vid. Etcheverry, Juan Bautista. *El debate del positivismo jurídico incluyente*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

²² Coleman, Jules. *The Practice of Principle*. p. 171.

²³ Raz, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1979.

La respuesta positivista más fuerte al reto de los principios está en el trabajo de Joseph Raz²⁴. Según Raz, los positivistas nunca han negado la existencia de los principios jurídicos ni su importancia en el acto de adjudicación. Afirma que estos principios tienen un carácter extra-jurídico (no pertenecen al derecho), dado que no están amparados por las fuentes. Raz diferencia la vinculación jurídica (el carácter vinculante) de la pertenencia al derecho. Para fundamentar ello, toma un ejemplo del Derecho Internacional Privado²⁵, donde en algunos casos, el juez colombiano deberá aplicar derecho francés, pero éste no hace parte del derecho de Colombia. En ese sentido, el derecho francés es *vinculante* para el juez colombiano, pero *no* hace parte del derecho colombiano. Análogamente, Raz afirma que la obligación de seguir principios no incorpora la moral al derecho²⁶; puesto que los principios son vinculantes, pero al no estar amparado por las *fuentes* (pedigrí), *no hacen parte del derecho*. De este modo, el uso de principios implica el ejercicio de la discreción fuerte por parte de los jueces, obligados por el derecho a aplicar los principios extrajurídicos al caso en cuestión. Cabe aclarar que la discreción no representa (como afirma Dworkin) que el juez sea *libre* de aplicar el derecho que *desee*. Para Raz, los jueces están constreñidos a aplicar determinados principios, en especial, los mejores. Ello se fundamenta en la afirmación del positivismo jurídico excluyente que el derecho tiene una pretensión de autoridad legítima, que es, en últimas, una pretensión moral. Además, para ellos el acto de adjudicación es un acto de razón práctica y, por ello, está intrínsecamente relacionado con la moral.

²⁴ La primera es una respuesta teóricamente débil que se basa en el pedigrí. Desde esta perspectiva, los principios son vinculantes si tiene pedigrí, pero en una apariencia diferente a las demás normas. Por ejemplo, pueden ser "costumbres judiciales". Vid. Por ejemplo, Carrió, Genaro. Principios y Positivismo Jurídico, Buenos Aires, Abeledo Perlot, 1971. El mismo Raz se refiere a esta tesis de la costumbre judicial como problemática. Raz, Joseph "Legal principles and the Limits of Law", Yale Law Journal, No. 81, 1972.

²⁵ Para mayor claridad, he decidido traducir impropriadamente Conflicts of Law como derecho internacional privado y hacer referencia a los jueces colombianos.

²⁶ Raz, Joseph. "Legal Principles and the Limits of Law", Op. Cit.

La segunda respuesta ha sido denominada *incluyente* o *suave*. En el mismo año de la publicación del *Taking rights seriously*, surgen las respuestas Soper y Lyons²⁷. En estas dos primeras defensas del positivismo, se afirma que la regla de reconocimiento hartiana puede dar cabida a los principios. Desde 1980, Wilfred Waluchow ha analizado el modo como los principios morales pueden entrar al positivismo hartiano y ha propuesto un modelo donde la moral tiene cabida en la determinación de la juridicidad que ha denominado *Positivismo Jurídico Incluyente*²⁸. En 1982, Coleman reinterpreta la tesis de la separabilidad en torno a un *Positivismo Positivo y Negativo*²⁹, y en obras posteriores fundamenta un positivismo “incorporativista³⁰”. Finalmente, el impulso definitivo de esta labor fue dado por el mismo Hart en la segunda edición del *Concepto de Derecho* (1994). Afirmó que noción “incluyente” era la que mejor se adaptaba a sus ideas de un positivismo donde la moral tiene cabida, que le dio el nombre de positivismo *suave*.

De un modo muy simple, podemos decir que esta corriente se caracteriza por sugerir que existen sistemas jurídicos cuyos criterios de validez incluyen normas morales, tales como los principios. En palabras de Hart “la regla de reconocimiento puede incorporar como criterio de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos³¹”. Los ejemplos clásicos de tales son los citados por Waluchow, debido proceso y prohibición de tratos crueles³².

El positivismo jurídico incluyente mantiene una afirmación modesta sobre la *tesis de la separabilidad*. Para el positivista incluyente es *posible* que existan sistemas jurídicos donde no se incluyen normas morales como criterios de juridicidad; sin

²⁷ Soper, E.P. "Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin Dispute" En: Michigan Law Review, No. 75, 1977; y, Lyons, David. "Principles, Positivism and Legal Theory", En: Yale Law Journal, No. 87, 1977.

²⁸ Waluchow, Wilfred. Inclusive Legal Positivism. Oxford, Clarendon Press, 1994. Precisamente fue Waluchow quien bautizó las Corrientes de este nombre. Algunos excluyentes (como Raz) ha rechazado la denominación.

²⁹ Coleman, Jules. "Negative and Positive Positivism". En: Journal of Legal Studies, Vol. XI, University of Chicago, 1982.

³⁰ Coleman, Jules. "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. En: Coleman, Jules. (Ed.) Hart's Postscript: Essays on the Postscript on the Concept of Law, Oxford University Press, Oxford, 2001,

³¹ Vid. Hart, H. L. A. Op. Cit, Segunda Edición, Postscript, p. 263 y sss.

³² Vid. Waluchow, Wilfred. Inclusive Legal Positivism, Op. Cit., passim.

embargo, *no hay contradicción* (y podemos seguir llamándonos positivistas) si pensamos que también *es posible* (pero no necesario) que la regla de reconocimiento incluya criterios morales. Claro está, así como difieren en la definición de su corriente, los representantes también difieren en los supuestos, sentido y alcance de la moral dentro del positivismo. Además, han tenido que soportar a numerosos críticos, dentro de los cuales están el mismo Dworkin³³ y los excluyentes³⁴. Sin embargo, es de resaltar que el argumento más fuerte del positivismo jurídico incluyente para ser tenido en cuenta es que puede explicar de mejor manera cómo funciona el derecho contemporáneo, y, en particular, los sistemas constitucionalistas.

III. Principios y Redefinición del positivismo Jurídico

Como vimos, ante las críticas de Dworkin, el positivismo jurídico tomó un nuevo rumbo. Surgieron entonces las explicaciones incluyentes y excluyentes, que tienen en común una reinterpretación del *The Concept of Law*, con el fin de hacerlo compatible con el problema de los principios y la moral. A través de los principios, Dworkin viene a renovar el problema de la moral en el derecho para el positivismo jurídico. Como viene dicho, el positivismo jurídico, es la visión de que el concepto de derecho puede determinarse sin referencia a la moral. Para muchas personas, juristas y ciudadanos, esta es una afirmación trágica³⁵. Si el derecho no está relacionado con nuestras convicciones morales, ¿cómo puede guiar nuestra conducta? Dworkin, como muchos, concluye que el positivismo jurídico no solo es una teoría errónea, sino también que es inmoral.

Sin embargo, la realidad es diferente. Ningún pensador positivista ha dicho que la moral sea poco importante o periférica a la filosofía del derecho. Lo central del positivismo jurídico, como afirmó John Austin, es la “simple y brillante” afirmación

³³ Dworkin, de *Law's Empire*, considera que el positivismo incluyente es un convencionalismo suave, que se parece a la *law-as-integrity* y no merece ser denominado positivismo jurídico.

³⁴ Vid. Raz, Joseph. “Incorporation by Law”. *En: Legal Theory*, No. 10, 2004, p. 1-17.

³⁵ Campbell. Tom. *The Theory of Ethical Legal Positivism*, Dartmouth, Aldershot, 1996, Cap. 1.

de que “la existencia del derecho es una cosa, su mérito y demérito es otra³⁶”. O en la formulación de Hart, “no es una verdad necesaria que el derecho reproduzca o satisfaga determinadas demandas de moralidad, aunque de hecho comúnmente ha hecho eso³⁷”. Los pensadores positivistas sostienen una tesis *conceptual*³⁸, es decir, una tesis que busca determinar las condiciones para que en una sociedad podamos decir que el derecho *exista*³⁹. Entonces, que una sociedad tenga “derecho” no depende de la presencia de determinadas estructuras de gobierno, ni de la satisfacción de ideales de justicia o democracia; sino que depende (básicamente) de unos hechos sociales y una autoridad que guíe la conducta (tesis de los hechos sociales).

Así, el positivismo jurídico se redefine sobre tres tesis fundamentales, compartidas por incluyentes y excluyentes, a saber⁴⁰: (1) la afirmación que no existen criterios morales *conceptualmente necesarios* de juridicidad o la tesis de separabilidad, (2) que el estatus de una norma está determinado enteramente por los hechos sociales o la tesis de los hechos sociales⁴¹, y, (3) que la afirmación de que los criterios de legalidad en cualquier sistema jurídico están determinados por prácticas convencionales de aquellas personas quienes son funcionarios o la tesis de la convención. La discrecionalidad no será más, desde aquí, una tesis fundamental del positivismo jurídico⁴².

³⁶ Austin, John. *The Providence of Jurisprudence Determined*, Op. Cit. p. 147.

³⁷ Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, Op. Cit, Pág 143.

³⁸ Vid. Bix, Brian. *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, Londres, 2006, Cap. 1

³⁹ Green, Leslie. “Legal Positivism”. En: *Stanford Encicloapedia of Philosophy*.

⁴⁰ Aunque ambos difieren en el alcance de las tres tesis. Vid. Himma, Kenneth. “Inclusive Legal Positivism” y Marmor, Andrei “Exclusive Legal Positivism”. En: Coleman, Jules; Shapiro, Scott y Himma, Kenneth (Eds.) *Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Theory*. Oxford, 2002.

⁴¹ La tesis de las fuentes citada en el aparte que se habla de los positivistas excluyentes es la interpretación más restrictiva de la tesis de los hechos sociales. Vid. Himma, Kenneth, “Inclusive Legal Positivism”; Op. Cit.

⁴² Para Hart, la discrecionalidad judicial era una de las características clásicas que definían el positivismo jurídico. Vid. Hart, H. L. A. “El nuevo desafío del positivismo jurídico” En: *Sistema*, núm. 36, pág. 3-18, 1980. (Traducción de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón Páramo. Original inedito). Sin embargo, para las formulaciones contemporáneas, la discrecionalidad no hace parte del las afirmaciones centrales del positivismo jurídico. Vid. Coleman, Jules & Leiter, Brian. “Legal Positivism”. En: Patterson, Dennis. *Blackwell Handbook of Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, 1996.

Podemos afirmar, entonces, que fueron las críticas de Dworkin y la teoría de los principios los detonantes que espolearon a los positivistas jurídicos a plantear respuestas a estas objeciones⁴³. Así, surgieron positivistas incluyentes y excluyentes que han buscado reinterpretar el papel de la moral en el derecho: los incluyentes buscan modificar la regla de reconocimiento hartiana para que diera cabida a la moral, mientras que los excluyentes le dan la importancia en la pretensión de autoridad moral del derecho y el papel de la moral en el razonamiento práctico. Hoy la moral y los principios hacen parte del discurso jurídico positivista. El positivismo jurídico se ha redefinido y ha eliminado mitos y malentendidos⁴⁴. De este modo, el debate con Dworkin y la teoría de los principios definieron el nuevo carácter del positivismo jurídico⁴⁵ y refinaron sus caracteres general y conceptual.

Bibliografía

1. Austin, John. *The Providence of Jurisprudence Determined*, reeditada por Cambridge University Press, Cambridge, 1995 (original de 1832).
2. Bix, Brian. "John Austin" En: *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*. (www.plato.stanford.edu/)
3. Bix, Brian. *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, Londres, 2006
4. Campbell. Tom. *The Theory of Ethical Legal Positivism*, Dartmouth, Aldershot, 1996,
5. Carlos Santiago. *Introducción Al Análisis del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1992
6. Carrió, Genaro. *Principios y Positivism Jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Prelot, 1971
7. Christie, George. "The Model of Principles" En: *Duke Law Journal*, 1968, P.

⁴³ Coleman, Jules. *The Practice of Principle*, Op. Cit, 2001, p. 171.

⁴⁴ Gardner, John. "Legal Positivism: 5 and 1/2 Myths". En: *Journal of American Jurisprudence*, No. 46, 2001, p. 200 y ss.

⁴⁵ Véase, Etcheverry, Juan Bautista. *El Debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, Op. Cit, Cap. I.

649 y ss

8. Coleman, Jules & Leiter, Brian. "Legal Positivism". En: Patterson, Dennis. *Blackwell Handbook of Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, 1996.
9. Coleman, Jules. "Constraints on the criteria of legality". En: *Legal Theory*, No. 6, 2000, p. 171-183.
10. Coleman, Jules. "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis". En: Coleman, Jules. (Ed.) *Hart's Postscript: Essays on the Postscript on the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
11. Coleman, Jules. "Negative and Positive Positivism". En: *Journal of Legal Studies*, Vol. XI: University of Chicago, 1892.
12. Coleman, Jules. *The Practice of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 2001
13. Dworkin, Ronald. "The Model of Rules". En: *Chicago Law Review* No. 35, 1968, pp. 14-46. Reimpreso en *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.
14. Dworkin, Ronald. "The Judicial Discretion". En: *The Journal of Philosophy*, Vol. 60, No. 21, American Philosophical Association, 1963, pp. 624-638.
15. Dworkin, Ronald. "The Model of Rules II" En: *Taking Rights Seriously*, Cambridge University Press, Cambridge, 1977.
16. Etcheverry, Juan Bautista. *El Debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
17. Gardner, John. "Legal Positivism: 5 and 1/2 Myths". En: *Journal of American Jurisprudence*, No. 46, 2001, p. 200 y ss.
18. Green, Leslie. "Legal Positivism". En: *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*. (www.plato.stanford.edu/)
19. Hart, H. L. A. "El nuevo desafío del positivismo jurídico" En: *Sistema*, núm. 36, pág. 3-18, 1980 (Traducción Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón Páramo. Original inedito).
20. Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1961 y Segunda Edición Editada por Penélope Bullock y Joseph Raz en 1994. La

primera edición castellana fue traducida Genaro Carrió como *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Preloet, Buenos Aires, 1961; mientras que el *Post scriptum* que hace parte de la segunda fue traducida (con estudio preliminar y notas) por Rolando Tamayo y Salmoran como *Post Scriptum del Concepto de Derecho*, UNAM, México, 2001.

21. Himma, Kenneth. "Inclusive Legal Positivism" En: Coleman, Jules; Shapiro, Scott y Himma, Kenneth (Eds.) *Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Theory*. Oxford, 2002.
22. Lyons, David. "Principles, Positivism and Legal Theory", En: *Yale Law Journal*, No. 87, 1977
23. Marmor, Andrei "Exclusive Legal Positivism". En: Coleman, Jules; Shapiro, Scott y Himma, Kenneth (Eds.) *Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Theory*. Oxford, 2002.
24. Raz, Joseph "Legal principles and de Limits of Law", *Yale Law Journal*, No. 81, 1972.
25. Raz, Joseph. "Incorporation by Law". En: *Legal Theory*, No. 10, 2004 ,p. 1–17
26. Raz, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1979.
27. Shapiro, Scott. "The 'Hart-Dworkin' Debate: A short guide for the perplexed." En: *Michigan Law School, Working Paper No. 77*, 2007.
28. Soper, E.P. "Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin Dispute" En: *Michigan Law Review*, No. 75, 1977
29. Waluchow, Wilfred. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford, Clarendon Press, 1994
30. Zipursky, Benjamin. "The Model of Social Facts". En: Coleman, Jules. *Hart's Postscriptum*, Oxford University Press, Oxford, 2002.