

## Rediscutiendo la relevancia de la tesis de la separación en el positivismo jurídico

Re-discussing the relevance of the separation thesis within the legal positivism

Luis Manuel Sánchez Fernández \*

**Resumen:** Este artículo rediscute la posición conceptual que la tesis de la separación derecho y moral tiene en la teoría del positivismo jurídico. Se cuestiona la aserción del profesor John Gardner de que la separación es contingente en el positivismo jurídico. En contraste, se sostiene que esta tesis cumple una función definitoria en las teorías que tanto Kelsen como Hart postularon, marcando el horizonte de sus alcances y sus limitaciones. Más allá de la consistencia en la exposición de estos autores, la tesis de la separación se la descubre detrás de los principales conceptos de sus respectivas teorías, a saber, los de norma fundante, norma de reconocimiento, validez y fuentes sociales. Ella explica también las variantes del positivismo jurídico que a continuación se han formado, las cuales divergen en la respuesta que dan a las conflictivas relaciones entre el derecho y la moral.

**Abstract:** This article re-discusses the conceptual position of the thesis of the separation of law and morality within the theory of legal positivism. Professor John Gardner's assertion that separation is contingent on legal positivism is discussed. In contrast, it is argued that this thesis has a defining function in the theories of Kelsen and Hart, conditioning their advantages and limitations. Regardless of the consistency in the exposition of each author, the separation thesis is discovered behind the main concepts that positivist authors expose, namely, those of founding norm, rule of recognition, validity and social sources. It also explains the variants of legal positivism, which diverge in answering the conflicting relationships between law and morality.

**Palabras clave:** Positivismo jurídico, Gardner, Kelsen, Hart, tesis de la separación,

**Key words:** Legal Positivism, Gardner, Kelsen, Hart, Separation Thesis,

**Fecha de recepción:** 15-10-2021

**Fecha de aceptación:** 1-12-2021

El año 2001, el profesor John Gardner, profesor de la cátedra de *Jurisprudence* en *Oxford*, publicó un influyente ensayo *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*, reunido luego en su libro *Law as a Leap of Faith* (2012). En él sostiene que la idea de que el positivismo jurídico está vinculado a la separación de 'Derecho y Moral' es un mito. La tesis de la separación sería prescindible para definir la visión jurídico-positivista del derecho. Gardner piensa que Hart no abrazó la tesis de la "no necesaria conexión" (Gardner, 2012: 222; véase Moreso, 2015). El respaldo que eventualmente dio a esa tesis "debe interpretarse como un fallido intento preliminar de formular y defender el positivismo jurídico" (Gardner, 2001: 49; Dyzenhaus, 2004: 41; véase Gardner, 2012: 48-51).<sup>1</sup>

---

\* Estudiante del Programa de Doctorado en Derecho (PhD Program, School of Law). University of Queensland (Australia). [luismsf@hotmail.com](mailto:luismsf@hotmail.com) | [luis.sanchezfernandez@uqconnect.edu.au](mailto:luis.sanchezfernandez@uqconnect.edu.au)

<sup>1</sup> En adelante, las traducciones corresponden al autor, a menos que se indique de otro modo.

La tesis de que no hay conexión necesaria entre el derecho y la moralidad, es el mito favorito de los estudiantes acerca del positivismo, dice Gardner. La tesis es “absurda y ningún filósofo del derecho relevante la ha asumido”. Hart mismo considera que “toda ley exhibe necesariamente un mérito moral” (Gardner, 2012: 48). En efecto, Hart no excluye la moral como criterio de evaluación del derecho. La dificultad está en que el mérito moral no entra de manera consistente en los conceptos de su teoría, como, en general, no entra en los conceptos de los autores positivistas, o lo hace de un modo problemático, según veremos.

La posición de Gardner resulta llamativa porque contrasta, en primera instancia, con la lectura más difundida de la teoría de Hart y el positivismo jurídico, y con la crítica que le hacen importantes autores, entre ellos Lon Fuller y Ronald Dworkin. La tesis de la separación ha estado en el centro de las discusiones jurídicas desde la Segunda Guerra Mundial, particularmente desde el artículo clásico de Hart de 1958, y ha servido para delimitar las fronteras entre *el positivismo jurídico y el derecho natural* a la manera en que estas corrientes se entienden usualmente (véase Wueste, 1985: 1205; Kramer, 2004:229-230; Dyzenhaus, 2004: 41-42; Barberis y Bongiovanni, 2016: 243). La crítica la prosigue Robert Alexy, quien dice que el principal debate en torno al concepto de derecho es el de la relación entre el derecho y la moralidad, con las posiciones positivistas y no positivistas en ambos lados de la oposición (Alexy, 2010: 3). Aparte de Alexy, una mayoría de autores positivistas y no positivistas ve en la separación el “sello” distintivo del positivismo jurídico (véase Dyzenhaus, 2000: 704; Coleman, 2001: 104; Kramer, 2004: 245; Prieto, 2008; Pino, 2014).

Estas son buenas razones para discutir el argumento de Gardner, sin ánimo de refutar la aproximación jurídica a la moral a la que invita, más bien para mostrar la distancia que guarda de las posiciones positivistas tradicionales. La discusión es relevante porque, aunque se acepte la explicación que Gardner hace del punto de vista positivista, lo cierto es que la posición de la moral en el derecho no está suficientemente esclarecida. En la enseñanza académica se mantiene la perspectiva de “escuelas” del derecho, con una cierta predilección por el positivismo jurídico entendido como una teoría del derecho independiente de referencias morales como podría ser la referencia a la noción de lo justo (Patterson, 2010: 209, 228; Hage et al, 2017: p, 365; Buenaga, 2018: 18).

Sostendremos en consecuencia que, más allá de las ambivalencias en la posición de Kelsen o de Hart, la tesis de la separación derecho-moral es constitutiva de la posición positivista jurídica, tal como esta es regularmente entendida. Esta tesis sirve de base de todos los conceptos de la teoría jurídica positivista y establece su característica distintiva, de manera que, si se suprime, la teoría positivista gana en plausibilidad, pero se vuelve irreconocible.

## 1. La separación en Kelsen y Hart

En la *Teoría Pura del Derecho* (1934) Kelsen admite que los valores morales pueden estar en el derecho, pero son relativos. No se puede probar que forman parte de un sistema moral absoluto porque tal sistema no es verificable científicamente. “La validez de un orden jurídico positivo no depende de su conformidad con algún sistema moral” (Kelsen, 2002: 67). De acuerdo con ello, el derecho, la moral, y específicamente la justicia son conceptos diferentes. Más tarde, en la *Teoría General del Derecho y del Estado* (1949) Kelsen añade: “La declaración: ‘un cierto orden social tiene el carácter de derecho, es un orden jurídico,’ no implica el juicio moral que este orden es bueno o justo. Hay ordenamientos jurídicos que, desde cierto punto de vista, son injustos. El derecho y la justicia son dos conceptos diferentes” (Kelsen, 1949: 5; véase Alexy, 2007: 39). Es decir que no hay conexión necesaria entre el derecho y la justicia. Sin embargo, fue Hart quien habló de la separación de manera más expresa, en su conocido artículo de 1958, “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”:

El nombre no peyorativo 'positivismo legal', como la mayoría de los términos que se utilizan como misiles en las batallas intelectuales, ha llegado a representar una multitud desconcertante de pecados diferentes. Uno de ellos es el pecado, real o presunto, de insistir, como hicieron Austin y Bentham, en la separación del derecho como es y el derecho como debe ser (Hart, 1958: 595-596).

En *El Concepto de Derecho* Hart dedica el capítulo IX a la relación entre “Derecho y moral”. Allí distingue obligación moral y legal (Hart, 1994: 167). No niega que la moral haya influido en el derecho de muchas maneras, pero puede ser ilícito tomar esta proposición por otra, “a saber, que un sistema legal debe exhibir alguna conformidad específica con la moral o la justicia, o *debe* basarse en una amplia convicción difusa de que existe la obligación moral de obedecerla” (Hart, 1994: 185). Luego anota la afirmación característica del positivismo jurídico: “Consideraremos aquí que el positivismo jurídico significa la simple afirmación de que no es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes reproduzcan o satisfagan determinadas exigencias de la moralidad, aunque de hecho a menudo lo hagan” (Hart, 1994: 185-186. Véase Hart, 1983: 6; Fűßer, 1999: 119; Marmor, 2004: 41; Leiter, 2011: 665).

Hart se apoya para ello en la distinción de Bentham y Austin entre el derecho que “es” y el que “debe ser”, así como en la condena que hace Austin de la práctica “sin sentido” de apelar a la ley divina para decidir en los tribunales, contra lo cual las personas no pueden defenderse (Hart, 1958: 594, 616). Sin embargo, Hart no prescinde de argumentos morales, incluso naturalistas, a lo largo de su reflexión sobre el concepto de derecho (Hart, 1994: 192-193).

Esto ocurre notablemente con su teoría del “contenido mínimo de derecho natural” que alude a condiciones básicas del ser humano tales como la vulnerabilidad, la igualdad aproximada, el altruismo restringido, recursos limitados, la limitada comprensión y la fuerza de voluntad (Hart, 1994: 194-

197). Hart trata estas condiciones naturales como “simples obviedades”, las cuales “no solo revelan el núcleo de buen sentido en la doctrina del Derecho Natural. Ellas son de vital importancia para la comprensión del derecho y la moral” (Hart, 1994: 199). No obstante, “la afirmación de que hay alguna otra forma en que el derecho *debe* ajustarse a la moral más allá de la que hemos exhibido como el contenido mínimo del Derecho natural, necesita un escrutinio muy cuidadoso” (Hart, 1994: 202).

Hart considera que el derecho no puede ignorar esas “obviedades” naturales, pero ello no implica que estas tengan alguna función conceptual o normativa en el derecho; de otro modo, Hart tendría que ser considerado partidario del Derecho Natural, en una posición quizás cercana a la de Hobbes. Por ello, en el *PostScript* de 1994 reafirma que “no hay conexiones necesarias o conceptuales entre el contenido del derecho y la moral” (Hart, 1994: 268). Esto significa que el “contenido mínimo”, en tanto fuente de una cierta moralidad, no juega ningún papel en su teoría del derecho. Concordantemente, Green considera que el 'contenido mínimo',

Es un punto en el que el propio Hart parece inseguro. A veces dice que estos puntos de contacto “entre el derecho y la moral son excusas para llamar necesarias las conexiones en cuestión; a veces dice que no son conceptualmente necesarios, sino más bien cuestiones de necesidad ‘natural’. ¿Por qué tan tímido? (Green, 2014: 353).

Cuando confronta el problema de la “penumbra” de las reglas, Hart parece dispuesto a aceptar el papel de los propósitos en el derecho. Concluye entonces “que la decisión inteligente de las cuestiones penumbrales no se toma mecánicamente sino a la luz de objetivos, propósitos y políticas, aunque no necesariamente a la luz de lo que llamaríamos principios morales” (Hart, 1994: 614). Esta afirmación presenta al menos dos dificultades. Por un lado, Hart da a entender que los “objetivos” y las “políticas” importan en la penumbra, lo que sugiere que no importarían en el núcleo de las reglas del derecho. Por otro lado, parece dispuesto a aceptar que el derecho puede eventualmente estar vinculado a “objetivos” y “políticas” en un sentido utilitario, pero no a fines morales en sentido propio. En el contexto de la separación entre ‘es’ y ‘debe ser’, esto plantea una inconsecuencia. Tanto las políticas como la moralidad comportan un *deber ser* ¿Por qué entonces aceptar que en la penumbra juegan solo objetivos y políticas, pero no la moralidad en sentido estricto? Las razones por las que el derecho podría apelar a políticas y no a valores, no son explícitas en la exposición de Hart.

Sin embargo, en otros casos, Hart está de acuerdo en que “hay, en la noción misma de derecho que consiste en reglas generales, algo que nos impide tratarlo como si moralmente fuera completamente neutral, sin ningún contacto necesario con los principios morales” (Hart, 1958: 623-624). Pero con esta afirmación Hart hace deferencia al principio de justicia formal, “tratar igual los casos iguales”, que “es la justicia en la administración del derecho, no la justicia del derecho”. La idea de que la justicia no es consustancial al derecho se

mantiene. A ello se podría objetar que, después de todo, la justicia formal es justicia, y aunque solo fuese parte de la administración del derecho, la afirmación de que el derecho no se define en relación con la justicia no hace ningún reconocimiento a esa condición. En adición, Hart considera que “En algunos sistemas, como en Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valor moral sustantivo” (Hart, 1994: 247), no siendo evidente como esto compatibiliza con el concepto de derecho que propone.

Todo esto ciertamente intriga en el contexto de la asumida separación entre el derecho y la moral, lo que también pasa con la distinción que Hart hace entre un concepto de derecho “más amplio”, que se adhiere a la prueba de las reglas primarias y secundarias formales, incluyendo así reglas moralmente ofensivas, y un concepto “estrecho” que excluye tales reglas ofensivas (Hart, 1994: 209). Nada se gana, dice, “en el estudio teórico o científico del derecho como fenómeno social adoptando el concepto más estrecho: nos llevaría a excluir ciertas reglas, aunque exhiban todas las otras características complejas del derecho.” (Hart, 1994: 209).

En vista de esto, se podría decir que Hart se ocupa de la relación derecho y moral de una manera compleja, inconcluyente. El argumento del “contenido mínimo” aporta razones atractivas para considerar algunos fundamentos naturales en el derecho; sin embargo, deviene privado de significación moral y no se incorpora en la definición de Hart (véase Rundle, 2012: 56). Tampoco se incluye en la *regla de reconocimiento*, ni se expresa necesariamente en el punto de vista *interno* y el punto de vista *externo*. En el punto de vista *interno*, la moralidad podría estar presente dependiendo de cuales sean las motivaciones de los participantes para aceptar el derecho, pero no es una condición necesaria. En el punto de vista *externo* lo que importa son las regularidades en la conducta de los participantes. La moralidad no entra debido, además, a las dificultades cognitivas que Hart encuentra en las proposiciones normativas (Perry, 2006: 1173).

Más tarde, en el *PostScript* Hart se inclina por el positivismo *suave*, pero sigue defendiendo la tesis de la separación en el nivel del concepto de derecho. Acepta que “los principios o valores morales pueden estar entre los criterios de validez jurídica”, pero que estos “sólo pueden constituir instrucciones para que los tribunales hagan el derecho de conformidad con la moral” (Hart, 1994: 254; véase Leiter, 1998: 127).

A veces Hart defiende la separación con cierto grado de crudeza. Dice, por ejemplo, “En un caso extremo, solo los funcionarios pueden aceptar y utilizar los criterios de validez legal del sistema. La sociedad en la que esto sucediera podría ser deplorable como una oveja; y la oveja podría terminar en el matadero. Pero hay pocas razones para pensar que esto no podría existir o para negarle el título de ordenamiento jurídico” (Hart, 1994: 117; véase Waldron, 1999: 37). En otro lado añade, “la identificación del significado central de

derecho con lo moralmente legítimo, por estar orientado al bien común, me parece, en vista del horrendo historial del mal uso del derecho para la opresión, una perspectiva desequilibrada” (Hart, 1983: 12).

El “horrendo historial del mal uso del derecho para la opresión”, podría llevar a pensar que quizás hace falta una definición de derecho que contribuya un tanto más a los fines de las sociedades, pero Hart se inclina por una definición que quiere ser más neutral, universalista, aun al precio de admitir la posibilidad de normas repulsivas. Es como si estuviera tratando de proporcionar una descripción puramente física del derecho, privada de cualquier significado social intencional que pudieran ponerle los actores sociales. O estuviera buscando la definición del derecho en alguna región abstracta y formal en la que los valores no importan, porque estos, a la manera del positivismo lógico, no se pueden probar. Por tanto, es preferible mantener el derecho separado de la moral.

Veamos ahora hasta qué punto la tesis de la separación se expresa en los principales conceptos de la teoría positivista. Para ello discutiremos el método descriptivo del positivismo, la tesis social, el concepto de validez, y la regla básica o regla de reconocimiento.

#### *A. El propósito descriptivo*

Es frecuente ver en el positivismo una actitud descriptiva, un “modo de acercarse al derecho” como decía Norberto Bobbio (2007,46-48), tal como este existe, frente a las teorías naturales asumidas más especulativas y metafísicas. A eso suele llamarse “positivismo metodológico” (véase Perry, 1998: Moore, 2002; Kramer, 2001: 684), generalmente asociado a Bentham y Hobbes, así como a Austin, Kelsen y Hart. Podría discutirse si en todos ellos se mantiene la misma actitud metodológica descriptiva, considerando, por ejemplo, la influencia del positivismo lógico y las teorías del lenguaje en las teorías de Kelsen y Hart (véase Dyzenhaus, 2004; Priel, 2015: 993; Perry, 1998: 427). Lo que vamos a resaltar ahora es que la actitud descriptiva no es invariable en estos dos últimos autores.

Kelsen se concentra en concebir la estructura del orden normativo-jurídico como un orden ideal, racional, casi lógico, en el que la norma fundamental se presupone, y se presupone un encadenamiento entre normas que es lo que determina su validez jurídica, con independencia de los contenidos valorativos que, a juicio de Kelsen, son relativos. Por tanto, el propósito descriptivo se vuelve elusivo. Más que describir los ordenamientos jurídicos tal como estos existen positivamente, Kelsen ofrece una construcción formal del derecho edificada sobre sus propios supuestos racionales en donde los contenidos no entran.

Sin embargo, el ordenamiento normativo Kelseniano está dirigido a orientar los comportamientos sociales de las personas comunes y de los jueces

(Kelsen, 1949: 3, 30; véase, Nino, 1999), donde se hace inevitable la apelación a valores, sea porque las leyes positivas los contienen o porque los operadores deben interpretar las leyes. Kelsen acepta que cuando hay lagunas en el derecho, la interpretación queda librada a la voluntad del juez. Esto significa que, si Kelsen diferencia el derecho de la moralidad en el nivel del concepto descriptivo, eso no sería fácil de lograr en el nivel normativo en la medida en que los jueces no pueden determinar la fuerza de validez sin apelar a los contenidos de las normas, que en muchos casos pueden ser morales. Como sabemos, el concepto de validez Kelseniano quiere ser metodológicamente descriptivo, pero tiene también una función normativa. (véase Kelsen, 1949: xiv; Kelsen 1941: 50) Ello presenta complicaciones porque no es evidente que en el nivel normativo la separación derecho-moral se mantenga (Moreso, 2007).

El propósito descriptivo de Hart presenta dificultades similares. No es obvia la forma en que los conceptos de la teoría hartiana se derivan de hechos sociales. Ciertamente, los conceptos presuponen un cierto grado de abstracción, pero se esperaría que en última instancia correspondan con ciertos hechos sociales verificables, lo que no es fácil detectar en el caso de conceptos como los de *validez*, punto de *vista interno y externo* y *regla de reconocimiento*.

Como Kelsen, Hart asume la validez como un encadenamiento entre reglas, ultimadamente dependiente de la *regla de reconocimiento*. Sin embargo, la identificación de la regla de reconocimiento, así como la manera en que se formula y quién la formula en la práctica, es opaca. Hart la remite a las prácticas de los funcionarios legales, lo que deja incierto el papel de la legislatura (véase Waldron, 1999; Allan, 2011: 2002; Dyzenhaus, 2004: 61), de las leyes, constituciones, reglamentos, decisiones administrativas, contratos, derecho consuetudinario, y por cierto de los consensos sociales que puedan adquirir fuerza legal. Además, tanto en la creación normativa hecha por jueces y legisladores, como en el derecho consuetudinario, es inevitable la apelación a criterios morales. Ese dato no debería ser excluido *ex profeso* dentro de una teoría descriptiva. Sin embargo, a partir de la desconfianza en la descripción de los valores, la teoría positivista lo deja de lado.

Desde una actitud descriptiva consecuente, a la manera del viejo positivismo, los conceptos jurídicos deberían poder definirse de un modo 'objetivo', a partir de hechos (véase Postema, 1987: 81; Goldsworthy, 1990: 451), incluyendo en este caso los aspectos valorativos que forman parte inseparable de las normas, pero esto no es fácil de lograr en los marcos del positivismo jurídico de Kelsen y Hart debido, por un lado, a la dificultad de describirlos, pero sobre todo a la separación que ambos marcan entre hechos y valores.

Con todo esto podríamos decir que el propósito descriptivo de las teorías de Kelsen y Hart no se alcanza satisfactoriamente. Ya sea desde la premisa de que los valores no existen, o no se pueden describir, o que la descripción de ellos no es una tarea de la teoría del derecho, el positivismo jurídico concluye en mantener la separación entre derecho y moral. En consecuencia, se interesa

en describir todo lo que se encuentra en las normas del derecho excepto los significados, los valores, los fines, aun cuando estos impregnan el mundo de las actividades humanas y son parte de todos los ordenamientos jurídicos positivos.

Por tanto, en la teoría de Hart como en la de Kelsen, la tesis descriptiva se convierte estrictamente en una tesis descriptiva de no-valores. El positivismo jurídico de ambos incurre en una inconsecuencia metodológica. Los valores existen en la normatividad, pero no se describen; por tanto, no forman parte de los conceptos del derecho. En esa medida el positivismo jurídico deja de coincidir plenamente con los propósitos descriptivos de la investigación científica, y lo que opera en el centro de esa dificultad es la separación fuerte entre derecho y moral que esta teoría presupone.

### *B. La tesis social*

A pesar de su inclinación al formalismo neokantiano, Kelsen habla del derecho positivo como “la ley de una comunidad definida” (Kelsen, 1949: xiii; véase Marmor, 2004: 4; Priel, 2015: 1015). Esta viene a ser la *tesis social* que en Hart destaca con mayor nitidez. Ella implica que una regla “está constituida por prácticas sociales convergentes ... cuya autoridad como ley es también una cuestión de hecho social” (Coleman, 1991: 706). En Kelsen, el 'derecho de una comunidad' se sublima en la existencia normativa del derecho (véase Paulson, 1992: 321). Hart, en cambio, intenta vincular la normatividad con hechos psicológicos y sociales presentes en las actividades legales o judiciales:

Comparto con él [con Kelsen] la convicción de que una tarea central de la filosofía del derecho es explicar la fuerza normativa de las proposiciones de derecho que figuran tanto en la redacción jurídica académica como en el discurso de jueces y abogados. No obstante, la dirección de nuestras respectivas teorías es bastante diferente y mi principal esfuerzo en estos dos ensayos es mostrar que las diferencias tanto en los hechos psicológicos como sociales, que la teoría de Kelsen en su excesiva pureza excluiría, son de hecho bastante indispensables para la comprensión. de muchos aspectos diferentes del derecho (Hart, 1983: 18).

En esto se suscitan dos misterios. En Kelsen no está claro, sobre el supuesto de la brecha entre ‘es’ y ‘deber ser’, cómo el derecho que ‘es’ en una comunidad muta en la condición normativa del derecho (el ‘deber ser’ que introduce la *norma básica*). En Hart, el problema es análogo. No está claro, bajo un propósito puramente descriptivo, qué pasa con la normatividad del derecho, ¿de dónde viene? ¿Por qué tendría que obedecerse el derecho? A menos que asumamos que se deriva de la voluntad de los funcionarios, lo que implicaría recaer en una sutil teoría del derecho como mandatos del soberano. Puede replicarse que la normatividad de Hart se deriva de la *regla de reconocimiento*, pero si asumimos que esta regla depende de los pronunciamientos de los funcionarios y que la validez de Hart es simplemente descriptiva, no evaluativa, el eslabón de inicio de la cadena de fuerza normativa de las reglas parece perdido.



### C. La validez y la regla fundamental

No es difícil percibir en el concepto de *validez* que introduce Kelsen la influencia del pensamiento neokantiano y el de la escuela de Viena. Eso hace que el concepto de Kelsen tenga connotaciones *cuasi* lógicas, particularmente en lo que Kelsen denomina el aspecto *estático* del derecho (Paulson, 1992; Kelsen, 2002: 195-196; Luz, 2003). Hart buscó expresamente eliminar ese sesgo *a priori* en favor de un concepto basado en hechos (Marmor, 2004: 41). La validez la refirió a la regla de reconocimiento y esta a su vez a las prácticas de los funcionarios del derecho, de donde surgen al menos tres problemas.

El primero es que, al referirse la validez, en última instancia, al criterio de los oficiales, deja de depender de algún criterio racional. En segundo lugar, como se dijo antes, la fuerza normativa de la validez se debilita o incluso desaparece al pasar a depender de la voluntad de los operadores. En tercer lugar, en el concepto Hartiano parece haber una transferencia de funciones del descriptor al operador legal. Se podría aceptar que la tarea de los científicos del derecho sea describir la validez sin emitir ningún juicio normativo, pero esto no significa que la validez sea en sí puramente descriptiva para el operador jurídico.

Se entiende que la función de la ciencia del derecho no es la misma que la del juez. Por ello, no se puede asumir que la validez sea para el operador meramente descriptiva, ni se le puede pedir a este que se comporte como un mero descriptor. Esa transferencia de perspectivas que el positivismo alienta viene evidentemente condicionada por la tesis de la separación. En virtud de ella, el aspecto normativo de la validez se pierde para el descriptor, desde la perspectiva filosófica que este asume, y esa perspectiva avalorada se la intenta transferir al operador a pesar de las exigencias prácticas en las que el operador se mueve.

De este modo, la normatividad del derecho se ejerce en la práctica por los jueces, pero se vuelve enigmática para el descriptor positivista. Pasa a ser el problema que intentan resolver los enfoques positivistas *inclusivos*, *soft positivistas*, *institucionalistas* y otros, de diferentes modos (véase Waluchow, 1998; Shiner, 2010; Demiray, 2015;).

La misma dificultad afecta a la *regla de reconocimiento*. Es difícil decidir si la regla de reconocimiento es descriptiva o normativa. Y si es solo descriptiva, ¿a qué regla o reglas se refiere y en qué momento se vuelve normativa? Se puede hablar de ella como regla secundaria, pero concretamente, en el nivel de la teoría - y posiblemente dentro de los ordenamientos específicos- no se puede decir de qué norma o normas se trata. Hay que presuponerla. Expresivo de tal dificultad es que, al final, así como Kelsen avanzó a identificar la *norma básica* claramente en conexión con una Constitución (Kelsen, 1949: 115-116), Hart hace un movimiento similar en sus comentarios sobre *Morality in Law* de Fuller (Hart, 1983: 361). Ciertamente Kelsen afirma que la norma básica no es

exactamente la Constitución, sino la norma que dice que 'la Constitución debe ser obedecida', pero al decir eso, obviamente está sentando el edificio del derecho sobre una máxima moral. Y, si eso es así, se desvanecen las bases para sostener una estricta separación entre el derecho y la moral.

## 2. La tesis de la separación y los diversos positivimos

Estas dificultades, derivadas de una u otra manera de la tesis de la separación, son las que a nuestro juicio explican las disensiones entre los autores positivistas, y por supuesto abren flancos a la crítica de las teorías no positivistas. Las principales variantes positivistas pueden ser ordenadas en torno al tratamiento de la tesis de la separación de la siguiente manera: a) separación dura, b) separación conceptual, c) tesis dual, d) teoría institucionalista, e) tesis reduccionista o de la validez. Discutimos ellas brevemente a continuación.

### A. Separación dura

Según esta visión, la coherencia positivista solo puede mantenerse si la regla de reconocimiento se mantiene neutral a cualquier contenido moral. Esto conduce a asumir la validez como enunciados descriptivos puramente formales u 'objetivos'. Incluso si las reglas contienen algunos criterios morales, estos no deberían restringir las decisiones judiciales (Hart, 1983: 361). Podríamos decir que esta es la postura característica del positivismo 'duro' y del positivismo 'exclusivo' (Marmor, 2004), preocupados en dar acogida en la definición de derecho al problema de la 'ley injusta' al modo en que, por ejemplo, lo plantea Joseph Raz:

Todos estamos tristemente familiarizados con leyes que discriminan racialmente, que suprimen las libertades individuales básicas como la libertad de expresión o de culto. También sabemos de gobiernos tiránicos que persiguen objetivos perversos a través de la maquinaria de la ley ... Es precisamente porque leyes tan obvias están descartadas como no leyes por la teoría que esta es incorrecta. Esta no explica correctamente nuestro concepto ordinario de derecho, que permite la posibilidad de leyes de este tipo objetable (Raz, 1990: 164. Véase Coleman, 2011; Priel, 2015: 995-996).

Raz critica todos los intentos de establecer una conexión conceptual, argumentando que identificar el derecho es una cuestión de hecho social, y esto es independiente de su mérito moral (1979; véase también Raz, 1985, p. 296; Marmor, 2004: 125; Leiter, 2011: 665). Raz adhiere esencialmente a la posición de *El Concepto de derecho*, si dejamos de lado el *Postscript*.

Hart admite que Raz ha sido quien ha insistido más severamente en excluir cualquier juicio moral de los criterios de reconocimiento del sistema, aunque piensa que Raz extendió una 'rama de olivo' a aquellos que reclaman la conexión entre derecho y moralidad (Hart, 1983: 9-10). La 'rama de olivo' son los "enunciados normativos no comprometidos" (*normative detached statements*) de Raz, según los cuales un descriptor externo podría dar cuenta también del

punto de vista interno sin identificarse necesariamente con este (1979, 153-155). Hart parece aceptar el vínculo mínimo entre los aspectos formales y valorativos del derecho y que estos podrían describirse como se implica en la 'rama de olivo', pero luego añade:

Me parece poco realista suponer que los jueces al hacer afirmaciones de obligación legal siempre *deben* creer o pretender creer en la teoría falsa de que siempre existe una obligación moral de ajustarse al derecho. Me parece que tales enunciados pueden interpretarse mejor como afirmaciones de lo que se puede exigir correctamente a sus súbditos por medio de la acción de acuerdo con el derecho que los jueces aceptan que establece el estándar correcto de adjudicación y aplicación del derecho (Hart, 1983: 10-15).

Es decir, la aceptación de los 'enunciados normativos no comprometidos' de Raz la deja abierta Hart a la *regla de reconocimiento*. Sin embargo, no debemos olvidar que el observador de Hart ya sea en su punto de vista interno, externo o no comprometido, es un observador positivista. Asume una visión no cognitivista de los valores, ¿cómo entonces podría ofrecer una descripción no comprometida de los valores, en cualquiera de los roles que asume, si estos no se pueden describir? Esto ciertamente desconcierta. En general, en *El Concepto de Derecho*, las explicaciones no son concluyentes, lo que hace que la posición de Hart sea usualmente considerada dentro del positivismo duro en la medida en que restringe los 'hechos sociales' a las fuentes de las reglas (véase Green, 1996: 1705-07; Leiter, 2007: 123).

Raz, por su parte, postula la autoridad del derecho sobre el presupuesto de la separación y la tesis de las fuentes. Según esto, la autoridad del derecho no depende de las razones, morales o de otro tipo, que se puedan alegar durante las actividades de razonamiento jurídico (véase Raz, 1979; Goldsworthy, 1990: 460). La autoridad proviene de una razón especial que depende del hecho institucional del derecho mismo. Proviene de la aceptación que hacen las personas de la decisión legal, la cual es independiente de las razones que cada quien pueda tener. A esa razón de autoridad, Raz la llama "excluyente", preferente (*pre-emptive*) o también "razón de dependencia" (*dependent reason*) (Raz, 1985: 296-297).

Sin embargo, Raz sostiene que esa posición de autoridad del derecho "es un reclamo moral en virtud de su contenido" (Raz, 2007: 19). Si ello es así entonces ciertamente la tesis de la separación dura se cae, aunque puede discutirse si la autoridad que Raz fundamenta es nítidamente moral en el sentido usual de la palabra.

### B. La separación conceptual

Esta posición es reconocible en las variantes *blandas* del positivismo jurídico. Esencialmente parte de que no existe un vínculo necesario entre derecho y moralidad a nivel conceptual. El vínculo queda abierto a contingencias empíricas, según lo que diga la *regla de reconocimiento* de cada orden jurídico (véase Coleman, 1982; Leiter, 1998: 12; Kramer, 1999: 190-191;

Hart, 1994: 247; Himma, 2004; Shiner, 2010: 417). Entonces, la tesis de la separación se convierte en la tesis de la *separabilidad*; es decir, puede haber separación o puede no haberla, dependiendo de cada regla de reconocimiento. O aun más, mientras haya la posibilidad lógica de un orden legal no moral, la separación es en realidad “separabilidad” (véase Kramer, 2004, 223; Coleman, 2007, p. 583).

El positivismo blando es leal a la tesis social al enfatizar que los contenidos de la *regla de reconocimiento* dependen de las prácticas de los funcionarios (Dare, 2009: 294). Sin embargo, la *regla de reconocimiento* no se reduce al pedigrí como criterio de validez legal (Leiter, 2007: 121). Si la ‘práctica’ o ‘convención’ de los funcionarios es tomar decisiones legales “por referencia a la moralidad, entonces la moral, en esa sociedad, es un criterio de legalidad” (Leiter, 2007: 123). Por tanto, *el positivismo blando* podría ser compatible incluso con órdenes basados en el derecho natural en la medida en que así lo prescriba la regla de reconocimiento (Leiter, 2007: 126). De hecho, esta opción ya había sido prevista por Hart, facilitada por la dificultad de tener un criterio estable para identificar la *regla de reconocimiento*. En 1983, escribió,

Para mí, no existe una restricción lógica sobre el contenido de la *regla de reconocimiento*: hasta donde la ‘lógica’ va, la regla de reconocimiento podría estipular explícita o implícitamente que los criterios que determinan la validez de las leyes subordinadas deberían dejar de ser considerados como tales si las leyes identificadas de acuerdo con ellos resultan ser moralmente objetables (Hart, 1983: 361).

Comprensiblemente, ante las críticas de Dworkin, Hart se mostró dispuesto a aceptar el positivismo *suave* en el *Postscript* de 1994, negando que su teoría sea solo acerca de “puros hechos” (Hart, 1994: 248,250, 251).

Esto supone que bajo las visiones del positivismo *blando* podría caber el derecho de una democracia, de una teocracia, de una dictadura o de cualquier otro orden jurídico, cada cual bajo su respectiva *regla de reconocimiento*. Entonces, podemos tener leyes que sean morales, parcialmente morales, inmorales o no morales en absoluto. La ley puede contener cualquier cosa que la política judicial decida realizar, o que implique la *regla de reconocimiento*.

En este punto, la relación contingente entre moralidad y derecho que el positivismo *suave* pone en dependencia de los contenidos de la *regla de reconocimiento*, empuja a ver el derecho como un fenómeno meramente convencional (véase Kramer, 2004: 231; Marmor, 2011), lo que podría llevarnos en direcciones sorprendentes. Podría traer la teoría del derecho, por ejemplo, de regreso al mundo anterior a Austin, o al mundo pre-Hobbes, o incluso, como dijimos, a reconocer un derecho natural. Con ello el positivismo se autoderrota. Comprensiblemente, el positivismo *duro* o exclusivo niega la compatibilidad de la movida *soft-positivista* con el núcleo de la teoría positivista (véase Leiter, 1998: 533; Marmor, 2004: 105). En el marco de las premisas del positivismo

posiblemente los autores positivistas duros tienen razón, aunque esto no les da a sus propias teorías ninguna ventaja teórica adicional.

### C. La tesis dual

Esta postura se asemeja a la del positivismo *suave* con una diferencia relevante: se postula que debemos distinguir la separación de las razones para sostenerla. En palabras de Andrei Marmor:

Una vez más, la Tesis de Separación, debidamente entendida, se refiere únicamente a las condiciones de validez legal. Afirma que las condiciones de validez jurídica no dependen del contenido moral de las normas en cuestión. Lo que es el derecho no puede depender de lo que debería ser en las circunstancias relevantes. Pero esto es bastante consistente con la opinión que sostiene que el derecho es esencialmente bueno en el simple sentido de que tenemos buenas razones para tener un derecho y ser gobernados por este (Marmor, 2004: 43).

Si la estamos entendiendo bien, esta teoría lleva a distinguir dos aspectos del derecho. Por un lado, tenemos la *validez*, que no conlleva ningún “compromiso ontológico” (Kramer, 1999: 194). Por otro lado, tenemos las *razones* para seguir una regla válida. Entonces podemos decir que, si bien no hay moralidad en la validez, puede haber razones morales en el razonamiento jurídico. Según Priel, esta es la marca más significativa del positivismo jurídico contemporáneo. Este trata “la cuestión de la validez legal independientemente de la cuestión de la normatividad de la ley. En esta versión del positivismo jurídico, el hecho de que algo se considere una ley válida no dice nada sobre su obligatoriedad” (Priel, 2015: 1020).

La pregunta emergente es, ¿de dónde proviene la fuerza deóntica legal de las razones morales en tal caso? Si asumimos que esta no proviene de la validez, ¿de dónde proviene entonces? ¿Hablamos de validez y normatividad actuando separadamente, o de dos fuentes distintas de coacción jurídica que sin embargo actúan juntas? Estas posiciones parecerían implicar que se podría ser positivista en la teoría jurídica y no positivista en el razonamiento jurídico; positivista en la teoría del derecho y seguidor del derecho natural en el razonamiento jurídico (véase Robles, 1993: 101-103; Priel, 2015: 1020).

Todo esto parece demasiado inestable y poco convincente en los marcos de la teoría positivista. Por ello, podemos estar de acuerdo con Leiter cuando afirma que no podemos hacer jurisprudencia sin involucrarnos en argumentos normativos, y “no podemos hacer jurisprudencia y ser positivistas metodológicos (como Hart, Waluchow y otros afirman ser)” (Leiter, 2007: 132).

### D. Positivismo institucional

Un tratamiento menos problemático quizás lo ofrece la teoría institucional de Neil MacComick y Otta

Weinberger. Si *el positivismo duro y blando se ocupa de la relación entre derecho y moralidad preferentemente desde el punto de vista externo, la teoría del positivismo institucionalista intenta ser más consistente con el punto de vista interno. Cuanto más escudriñamos el punto de vista interno, dice MacCormick, “más parece que las reglas tienen su origen en valores”* (MacCormick y Weinberger, 1986: 133; véase Priel, 2015: 1020).

MacCormick sostiene que “lo que los positivistas afirman que es posible es la representación neutral o libre de valores de la ley de un estado dado, y no la posibilidad de que la ley en sí misma esté libre de valores” (1986: 3). Los hechos institucionales, agrega Weinberger, “son construcciones de significado normativo y al mismo tiempo existen como elementos de la realidad social”. Por tanto, el derecho debe tratarse como un hecho institucional orientado a valores, apoyado en fundamentos teleológicos (MacCormick y Weinberger 1986: 113).

Lo que el institucionalismo deja sin resolver es cómo son compatibles el punto de vista *interno* y *externo*, o quizás algunos de ellos, el *externo*, tendría que ser declarado sobrante. Tampoco asegura que un observador positivista pueda ofrecernos una descripción confiable de los valores y propósitos del derecho, sobre los supuestos no cognitivos de la teoría positivista.

Sorprende también que a pesar de aceptar algún tipo de conexión entre el derecho y los valores, los institucionalistas se interesen por una membresía en el club positivista (MacCormick y Weinberger, 1986: 128-129); aunque al menos en dos aspectos su teoría concilia con las premisas del positivismo jurídico. Uno es su aceptación del análisis del lenguaje al lado del institucionalismo, como enfoque metodológico (MacCormick y Weinberger, 1986: 114-115). El otro es que no terminan de aclarar si el derecho está ligado únicamente a valores en sentido propio o también podría incluir disvalores. De hecho, Weinberger se ve impulsado a reconocer que “La tarea actual de establecer lo que realmente constituye la Ley nos obliga a reconocer incluso las leyes inmorales como Ley ...” (1986: 121). En ese punto, la compatibilidad entre el institucionalismo y la teoría del positivismo jurídico se vuelve reconocible.

#### *E. Positivismos de la validez*

La teoría de la validez de John Gardner, que es la que motiva este ensayo, da un tratamiento distinto al problema de la separación sin prescindir de la visión positivista. La solución de Gardner transita en dirección contraria a la del positivismo institucional. En vez de avanzar a incluir los valores en el concepto positivista del derecho, Gardner propone simplemente excluirlos por la vía de sostener que el positivismo sólo tiene que ver con la tesis de *validez*, y la validez no es una tesis sobre cómo deberían actuar los jueces.

Gardner comprende el positivismo jurídico (LP) en dos proposiciones:

(LP) En cualquier sistema jurídico, la validez jurídica de una determinada norma y, por tanto, si forma parte del derecho de ese sistema, depende de sus fuentes, no de sus méritos.

(LP \*) En cualquier sistema jurídico, la validez jurídica de una determinada norma y, por tanto, si forma parte del derecho de ese sistema, depende de sus fuentes, no de sus méritos (donde sus méritos, en el sentido relevante, incluyen los méritos de sus fuentes) (Gardner, 2012: 19,21).

En consecuencia, la validez no depende del mérito del contenido de las reglas ni del mérito de las fuentes. Por lo tanto, es un mito “asumir que (LP \*) debe tener implicaciones propias para lo que al menos algunas personas (por ejemplo, jueces, gobiernos) deberían hacer” (Gardner, 2012: 51).

Gardner no niega que necesitamos “capturar” “el valor moral de la legalidad, cualquiera que sea, para contar toda la historia de la naturaleza del derecho” (Gardner, 2012: 52), pero,

El positivismo legal, naturalmente, solo proporciona una parte de la respuesta. Para ser exactos, el positivismo legal explica qué se necesita para que una ley sea legalmente válida en el sentido de *lex* delgada, de modo que surge la pregunta de si también es válida legalmente en el sentido de *ius* en sentido profundo; es decir, moralmente vinculante *qua lex*. Al hacer eso, es cierto que el positivismo jurídico no distingue el derecho de un juego, que también se compone de normas postuladas (Gardner, 2012: 53).

LP\*, dice Gardner, es “normativamente inerte” (2012, 36). En consecuencia, acepta que el positivismo jurídico no tiene una respuesta para las cuestiones ‘profundas’ relativas a la moralidad en el derecho.

Se podría pensar que la lectura de la validez de Gardner de cierto modo es cercana a la del positivismo duro o excluyente (véase Hart, 1958: 75; Coleman, 1989; Hart, 1994: 185-86; Leiter, 2011: 665), con una diferencia notable. En lugar de argumentar que la validez, entendida en términos estrictamente formales, es una de las tesis del positivismo jurídico, Gardner propone reducir el positivismo a la teoría de la *validez*. La razón es que Gardner considera que no hay respuestas a más preguntas filosóficas, y “no hay una respuesta distintivamente ‘positivista jurídica’, porque el positivismo jurídico es una tesis solo sobre las condiciones de validez legal” (2012: 49; véase Priel, 2015: 1020-1021).

Desde este punto de vista el positivismo que Gardner identifica podría llamarse *reductivo*. En la búsqueda de liberar al derecho de las discusiones insuperables sobre cuestiones filosóficas, sobre todo en torno a la relación derecho-moral, Gardner sugiere excluir del positivismo la propia filosofía positivista, reduciendo aquel a una teoría de la validez. De cierto modo esto ya lo sopesó Raz, cuando dice: “Estos remarques pueden conducir a uno a concluir que explicar qué es la validez legal es ni más ni menos explicar qué es el

derecho". Sin embargo, Raz considera que esto es un error, porque hace falta considerar también los conceptos de sistema legal y de pertenencia (1979: 148).

No obstante, la posición de Gardner convence en gran medida. Primero, porque admite que el positivismo no tiene una respuesta propia al problema del valor moral de la legalidad. Segundo porque rescata el concepto de *validez*, que puede apreciarse quizás como el aporte más importante de la teoría positivista. La cuestión es que la caracterización que ofrece no corresponde en todo a lo que asumieron los fundadores del positivismo jurídico, según la revisión hecha. Kelsen y Hart excluyen el problema del valor moral de sus respectivas teorías del derecho; no es que renuncien a una filosofía del derecho. Por otra parte, tampoco reducen el positivismo a la tesis de la validez.

Sin duda, una teoría de la validez en sentido puramente formal, carente de cualquier criterio de orientación ética, solo tiene sentido dentro de una teoría que mantiene una separación estricta entre derecho y moral. De ahí, la dificultad de separar la teoría de la validez positivista de la filosofía positivista del derecho.

### **3. A modo de conclusión**

Siguiendo las pistas de los principales conceptos propuestos por Kelsen y Hart es posible concluir que la tesis de la separación se halla en el núcleo del edificio de lo que se conoce como positivismo jurídico. Ninguno de los conceptos positivistas puede entenderse sino a la luz de lo que la separación derecho-moral implica. Por otro lado, ninguna de las discusiones entre las variantes positivistas puede entenderse si no es en función al tratamiento que dan a la tesis de la separación.

Independiente de las dudas y expresiones casuales de Kelsen y Hart, sus teorías –en tanto conjunto de proposiciones consistentes– posiblemente serían irreconocibles si se admitiera algún tipo de conexión conceptual entre el derecho y la moral. En el punto en que las teorías positivistas jurídicas tratan de establecer ese vínculo a través de mecanismos inclusivos, suaves o institucionales, ciertamente se vuelven menos rígidas y más aceptables, pero al mismo tiempo menos positivistas o nada positivistas en el sentido de los supuestos de los que Kelsen y Hart parten.

En este contexto, la aseveración de Gardner según la cual la tesis de la separación es un "mito" no es convincente. Esto no quiere decir que no haya autores positivistas partidarios de la vinculación. Al contrario, las posiciones revisadas muestran que el interés positivista está puesto justamente en eso: en reconstruir "conexiones necesarias" entre el derecho y la moral por diferentes vías, tal como lo rastrea también Moreso (2015), aunque el éxito de sus propuestas puede ser inestable sobre las premisas de las que el positivismo parte.



Sin embargo, la tesis de Gardner tiene dos consecuencias valiosas. Confirma, por un lado, la dificultad de mantener indemne la tesis de la separación derecho-moral que ha sido el centro de la polarización entre positivismo y derecho natural desde el siglo XX. Por otro lado, reivindica la teoría de la *validez* como una sólida contribución de la teoría positivista, de ninguna manera incompatible con otras perspectivas teóricas, siempre que la validez no se asuma como la única categoría con la que la teoría del derecho y los prácticos del derecho deberían operar (véase Priel, 2015: 996, 1019).

La propuesta de Gardner podría abrir espacios para teorías que se ocupen de otros aspectos del derecho, además de la *validez*, que sirvan para dar cuenta de la generalizada presencia de valores en el derecho y de los problemas de la legitimidad de las normas. En cualquier caso, si la posición de Gardner no equivale a pronunciar el final de la doctrina positivista tradicional, se hace necesario precisar qué queda de ella en tal supuesto.

## Bibliografía

Alexy, Robert, 2007: "An Answer to Joseph Raz", in George Pavlakos (ed.), *Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. London, Hart Publishing, 37-56. <http://dx.doi.org/10.5040/9781472563989.ch-002>

Alexy, Robert, 2010: *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Oxford University Press.

Allan, James, 2011: *The Vantage of Law: Its Role in Thinking about Law, Judging and Bills of Rights*, <https://doi.org/10.4324/9781315551777>.

Barberis, M., y Giorgio Bongiovanni, 2016: "Legal Positivism in the Postwar Debate", in E. Pattaro and C. Rovarsi (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: the civil law world (Legal philosophy in the twentieth century)* (Vol. 12). Springer.

Bobbio, Norberto, 2007, *El Problema del Positivismo Jurídico*. México D.F., Fontamara ediciones.

Coleman, Jules L., 1982: "Negative and Positive Positivism". *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 1 (Jan.), pp. 139-164.

Buenaga Ceballos, 2018: *Introducción al Derecho y a las Ciencias jurídicas* (1st ed.). Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctt22nmcz3>.

Coleman, Jules, 1989: "On the Relationship Between Law and Morality". *Ratio Juris*, Vol. 2 No., March 1989, 66-78.

Coleman, J.L. 1991, "Rules and Social Facts". *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 14(3), 703-726.

Coleman, Jules L., 2001: *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press.

Coleman, Jules L. Coleman, 2007: "Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 4 (Winter), pp. 581-608.

Coleman, Jules L. 2011: "The Architecture of Jurisprudence". *121 Yale L.J.* 2, 11.

Dare, Tim, 2009: "Tom Campbell's Ethical Positivism", Paper en: Symposium in Honour of Professor Tom Campbell, *Australasian Journal of Legal Philosophy*, 34, 294-300

Demiray, Mehmet Ruhi, 2015, "Natural Law Theory, Legal Positivism, and the Normativity of Law". *The European Legacy*, 20:8, 807-826, DOI: 10.1080/10848770.2015.1078991.

Dyzenhaus, David, 2000: "Positivism's Stagnant Research Programme". *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 20, Issue 4, Winter, 703-722, <https://doi.org.ezproxy.library.uq.edu.au/10.1093/ojls/20.4.703>.

Dyzenhaus, David, 2004: "The Genealogy of Legal Positivism". *Oxford Journal of Legal Studies*, 24(1), 2004, pp. 41-42. doi:10.1093/ojls/24.1.39.

Füßer, Klaus, 1999: "Farewell to 'Legal Positivism': The Separation Thesis Unravelling", in R. P. George (Ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford University Press.

Fuller, L., L., 1954: "American Legal Philosophy at Mid-Century". *Journal of Legal Education*, 6(4), 457-485.

Gardner, John, 2001: "Legal Positivism: 51/2 Myths". *The American Journal of Jurisprudence* (Notre Dame), 46 (1), 199-227. <https://doi.org/10.1093/ajj/46.1>.

Gardner, John, 2012: *Law as a Leap of Faith and Other Essays on Law in General*. Oxford, Oxford University Press.

Green, Leslie, 1996: "The Concept of Law Revisited". *Michigan Law Review* 94 (1996), 1705-07.

Green, Leslie, 2014: "The Morality in Law", in Reading HLA Hart's 'The Concept of Law', edited by Luís Duarte d'Almeida, et al., Bloomsbury Publishing, Ebook Central, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/uql/detail.action?docID=1724920>.

Goldsworthy, J., D.1990: "The Self-Destruction of Legal Positivism". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 10, No. 4 (Winter), pp. 449-486.

Hage, Waltermann, A., & Akkermans, B., 2017: *Introduction to Law* (2nd ed. 2017). Springer International Publishing; Imprint: Springer.

Hart, H. L. A., 1958: "Positivism and the Separation of Law and Morals". *Harvard Law Review*, 71(4), 593-629. doi:10.2307/1338225.

H.L.A Hart, 1983: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press.

H.L. A. Hart, 1994: *The Concept of Law*, second edition. Oxford, Clarendon Press.

Himma, Kenneth Einar, 2004: "Inclusive Legal Positivism", en Jules L. Coleman, K.E. Himma, and S. Shapiro (eds, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0004

Kramer, Matthew, 1999: "Coming to Grips with the Law: In Defense of Positive Legal Positivism". *Legal Theory*, 5, 171-200.

Kramer, Mathew H., 2001: "Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended, A Reply to Dyzenhaus". *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 21, No. 4, 673-701.

Kramer, Matthew H., 2004: "On the Separability of Law and Morality", en *Where Law and Morality Meet*. Oxford University, Press.

Kelsen, Hans, 1941: *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. *Harvard Law Review*, Vol. 55, No. 1 (Nov.), pp. 44-70.

Kelsen, H., 1949: *General Theory of Law and State*. Cambridge. Mass, Harvard University.

Kelsen, Hans, 2002: *Pure Theory of Law*, Max Knight (trans), Union. New Jersey, The Lawbook Exchange, LTD., 2002.

Leiter, B. 1998: "Realism, Hard Positivism, and Conceptual Analysis". *Legal Theory*, 4(4), 533-547. <https://doi.org/10.1017/S1352325200001130>

Leiter., B., 2007: "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis, Naturalizing Jurisprudence". Oxford University Press.

Leiter, B., 2011: "The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism". *Oxford Journal of Legal Studies*, 31(4), 663-677. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqr020>

Luz, Vladimir de Carvalho, 2003: "Neo-positivism and pure theory of law". *Seqüência (Florianópolis, Brazil)*, 24(47), 11. <https://doi.org/10.5007/15276>

MacCormick, N., y O. Weinberger, 1986: *An Institutional Theory of Law, New Approaches to Legal Positivism*. Boston, D. Reidel Publishing Company.

Marmor, A., 2004: "Exclusive Legal Positivism", in J. Coleman, K. Himma, S. Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, <https://www-oxfordhandbooks-com.ezproxy.library.uq.edu.au/view/10.1093/oxfordhb/9780199270972.001.0001/oxfordhb-9780199270972-e-3>.

Marmor, Andrei, 2011: "The Conventional Foundations of Law", *New Essays on the Normativity of Law*, Ed. Stefano Bertea and George Pavlakos. London, Hart Publishing, 143-157.

Moreso, José Juan, "Sobre la Noción de Validez Normativa". *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007) ISSN: 0214-8676 pp. 143-146.

Moreso J. J., 2015: "Sobre Seis Posibles Conexiones Necesarias entre el Derecho y la Moral", en C. Hermida y J. A. Santos (coord.), *Una Filosofía del Derecho en Acción, Homenaje al profesor Andrés Ollero Tassara*. Madrid, Universidad Rey Juan Carlos.

Moore, Leighton, 2002: "Description and Analysis in The Concept of Law, A Response to Stephen Perry". *Legal Theory*, 8, 91-114.

Navarro, Pablo, 2001: "Tensiones Conceptuales en el Positivism Jurídico", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 24, Alicante.

Nino, C.S., 1999: "Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity", en Stanley L. Paulson, *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford University Press, [oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198763154.001.0001/acprof-9780198763154-chapter-13](https://oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198763154.001.0001/acprof-9780198763154-chapter-13).

Patterson. 2010, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Vol. 8). John Wiley & Sons, Incorporated.

Paulson, S., L., 1992: "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law". *Oxford Journal of Legal Studies*, 12(3), 311-332. <https://doi.org/10.1093/ojls/12.3.311>

Perry, S.R., 1998: "Hart's Methodological Positivism". *Legal Theory*, 4(4), 427-467. doi.org/10.1 017/S1352325200001105.

Perry, 2006: "Hart on social rules and the foundations of law: Liberating the internal point of view". *Fordham Law Review*, 75(3), 1171-1209.

Pino, Giorgio, 2012: "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals". *Ratio Juris*, 27(2), pp. 190-217. doi:10.1111/raju.12044.

Postema, Gerald J., 1987: "The Normativity of Law", en H.L.A Hart, & R. Gavison. *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*. Oxford, Clarendon Press.

Priel, D., 2015: "Toward Classical Legal Positivism". *Virginia Law Review*, Vol. 101, No. 4. Symposium: Jurisprudence and (Its) History (June),987-1022. <https://www.jstor.org/stable/24363241>

Prieto S., Luis, 2008: "Principia Iuris: Una Teoría del Derecho no (Neo)Constitucionalista para el Estado Constitucional". *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, ISSN: 0214-8676 pp. 325-354

Raz, Joseph, 1979: "Legal Positivism and the Sources of Law", en *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press, 37-52.

Raz, Joseph, 1985: "Authority, Law and Morality". *The Monist* 68, 295-324.

Raz, Joseph, 1990: *Practical Reason and Norms*, second edition. Oxford University Press.

Raz, Joseph, 2007. "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en George Pavlakos (Ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. London: Hart Publishing, <<http://dx.doi.org/10.5040/9781472563989.ch-001>>.

Redondo, María, C., 2014: "The Concept of Law. Cincuenta Años". *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37 (2014) ISSN: 0214-8676 pp. 111-124.

Robles, Gregorio, 1993: *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid, Debate, 1993.

Shiner, Robert A., 2010: "Law and Its Normativity", in Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Second edition. Blackwell Publishing.

Waldron, J., 1999: *Law and Disagreement*. Oxford University Press.

Waluchow, W.J., 1998: "The Many Faces of Legal Positivism". *The University of Toronto Law Journal*, 48(3), (1998), 387-449. <https://doi.org/10.2307/826047>

Wueste, Daniel E., 1985-86: "Fuller's Processual Philosophy of Law". 71 *Cornell L. Rev.* 1205.