

Ethica more iuridico incorporata: Luigi Ferrajoli

Por JOSÉ JUAN MORESO
Universitat Pompeu Fabra

Justice is the first virtue of social institutions,
as truth is of systems of thought.

John Rawls, 1971, p.3.

RESUMEN

En este trabajo se sostiene que la tesis de la incorporación es compatible con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, puesto que el derecho incorpora pautas morales de manera contingente y dependiendo de cuál sea su contenido. Es también más apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que nuestras fuentes jurídicas constitucionales y legales, y también las decisiones de nuestros Tribunales, recurren a menudo al lenguaje de la moralidad. La tesis de la incorporación explica las razones, el alcance y los límites del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del derecho. Se arguye también que algunos aspectos de la obra de Luigi Ferrajoli permiten atribuirle la tesis de la incorporación.

Palabras clave: *Ferrajoli, tesis de la incorporación, positivismo jurídico excluyente, positivismo jurídico incluyente.*

ABSTRACT

In this paper, the compatibility of the thesis of incorporation with the thesis of the conceptual separability between law and morality is defended. Law

incorporates moral arguments in a contingent way, when the language of our legal sources, constitutional and legal sources, includes moral concepts and considerations. The thesis of incorporation explains the reasons, the scope and the limits which the morality occupies in the institutional practice of legal creation and adjudication. It is also argued that some relevant aspects of Luigi Ferrajoli's ideas allow us to attribute him the thesis of incorporation.

Key words: *Ferrajoli, thesis of incorporation, exclusive legal positivism, inclusive legal positivism.*

SUMARIO: 1. LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN.—2. ARGUMENTOS MORALES Y ARGUMENTOS MODALES.—3. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN NECESARIA.—4. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN IMPOSIBLE.—5. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN CONTINGENTE.—6. FERRAJOLI Y LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN: DOS VERSIONES.—7. *ETHICA MORE IURIDICO INCORPORATA.*

1. LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN

En una sentencia relativamente reciente que ha sido muy comentada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha decidido que la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas no vulnera la libertad religiosa de los no cristianos¹. Al parecer a la mayoría de los miembros del Tribunal les parece que el argumento de los representantes del Estado italiano según el cual «el crucifijo simboliza los principios y valores que fundan la democracia y la civilización occidental, quedando justificada su presencia en las aulas a dicho título» es convincente. No son relevantes ahora los aspectos técnico-jurídicos del caso: los artículos de sendos decretos italianos del tiempo de Mussolini que establecían el deber de la presencia de los crucifijos, los recursos presentados por la señora Lautsi en Italia, ni siquiera qué hizo a la Gran Sala del Tribunal acoger la posición del recurso de Italia revocando la decisión anteriormente tomada en el año 2009. Lo relevante es que parece, más allá de cuál sea la posición que consideremos adecuada, que lo que establece el Convenio europeo de derechos humanos no dirime la cuestión sin embarcarnos en

¹ Sentencia del THDH Lautsi y otros v. Italia (demanda n. 30844/06) de 18 de marzo de 2011.

una elucidación de lo que presupone e implica la libertad religiosa que parece abocada al uso de la argumentación político-moral.

Es lo que ocurre con la constitucionalización y la incorporación a los Tratados internacionales de amplias declaraciones de derechos que reconocen en una formulación genérica un catálogo de derechos cuyo contenido sólo puede determinarse, según parece, mediante el recurso a la argumentación moral. Aunque no son las declaraciones de derechos el único síntoma de este mecanismo incorporacionista, dado que hay también el uso de conceptos valorativos como el de tratos inhumanos y degradantes² o el de dignidad humana, tal vez son el ámbito más relevante. Parece que no es posible atribuir contenido a estas declaraciones sin tener en cuenta los presupuestos éticos que las justifican, sin recurrir a la argumentación moral.

Esto permite formular del siguiente modo lo que denominaré *la tesis de la incorporación* (TI):

(TI) Cuando las fuentes del derecho (la Constitución y las leyes) incluyen conceptos y consideraciones morales, lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral.

En este trabajo trataré de mostrar la plausibilidad de la tesis de la incorporación y la implausibilidad de las concepciones que la rechazan. Para ello, trazaré un mapa de las posiciones posibles acerca de las relaciones entre la identificación del derecho y el uso de la argumentación moral. A continuación argüiré a favor de TI. Por último, trataré de mostrar cómo aunque la posición de Ferrajoli puede ser considerada un modo de negar TI, hay razones en su obra más reciente para considerarlo un defensor de la tesis y argumentaré a favor de ello.

2. ARGUMENTOS MORALES Y ARGUMENTOS MODALES

La tesis TI evoca la perdurable cuestión de las relaciones entre el derecho y la moral. La evoca, como ahora somos más conscientes, desde uno de sus prismas posibles. Nada dice acerca de si, en último término, la justificación de las acciones, por ejemplo de los jueces, debe ser moral o de si la existencia del derecho instancia, de modo necesario, algún valor moral³.

Establece una relación entre la identificación del derecho y la argumentación moral. En realidad, las relaciones desde el punto de vista de la modalidad pueden ser sólo de tres tipos: o bien son necesarias, o

² Al que me refería, por ejemplo, en MORESO 2012a.

³ Muchos autores han insistido convincentemente en que en alguno de estos sentidos la relación entre el derecho y la moral es necesaria. Véase por ejemplo NINO 1994, GARDNER 2001, RAZ 2004.

bien son imposibles o bien son contingentes. Ello cubre todo el espacio lógico modal. De acuerdo con estas ideas y representando como es usual los operadores modales⁴:

\diamond : «Posible»,

\square : «Necesario»

y tomando los predicados «J» como «jurídico» y M como «identificado mediante la argumentación moral», podemos representar la tesis de acuerdo con la cual lo jurídico ha de identificarse necesariamente mediante argumentos morales como sigue:

$\forall x \square (Jx \rightarrow Mx)$,

que es equivalente a⁵

$\square \forall x (Jx \rightarrow Mx)$.

La interna negación de la anterior fórmula que dice que nunca puede ser el caso que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, es decir que dicha relación es *imposible*, puede ser representada así:

$\square \forall x (Lx \rightarrow \neg Mx)$,

Ahora bien, la negación externa de la tesis de la conexión necesaria puede ser representada del siguiente modo:

$\neg \square \forall x (Lx \rightarrow Mx)$,

una expresión lógicamente equivalente a

$\diamond \exists x (Lx \wedge \neg Mx)$,

es decir, es posible que la identificación del derecho no dependa de la moralidad. Por otra parte, la idea de la tesis de la incorporación, la idea de TI, es precisamente que algunas veces aquello que el derecho establece puede depender de los argumentos morales. Es decir:

$\diamond \exists x (Lx \wedge Mx)$,

y la conjunción de estas dos últimas expresiones lógicas equivale a la afirmación de que la dependencia de argumentos morales de la identificación del derecho es *contingente* y, por lo tanto, es compatible con sistemas jurídicos cuyas fuentes remitan a la moralidad y con sistemas que no realicen dicha remisión.

⁴ Se trata de un argumento que presenté en MORESO 2012b, desarrollando y ampliando una distinción de Coleman entre dos modos de entender la tesis de la separación entre el derecho y la moral, la negación interna y la negación externa de la tesis de la conexión necesaria (COLEMAN 1998b: 265), beneficiándome de tres tesis de la identificación del derecho trazadas por KRAMER 2001 en su discusión con DYZENHAUS 2000.

⁵ Lo es, en lógica modal, por la denominada fórmula de Barcan, vd. HUGHES-CRESSWELL (1996: 244).

3. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN NECESARIA

Algunos autores han insistido en los últimos años (por ejemplo Nino 1994, Dworkin 2006) en que no hay un solo concepto de Derecho sino que el término «Derecho» designa una familia de conceptos y cuál va a resultar el privilegiado en un determinado contexto depende de nuestros intereses teóricos y prácticos. Podemos conceder este extremo y señalar que aquí estamos interesados en aquel concepto de derecho de un país, de un sector determinado de la vida social, del derecho internacional, que se vincula con aquello que es obligatorio, prohibido o facultativo para sus destinatarios frente a determinadas acciones. Aquel concepto relacionado con los valores de verdad de nuestras proposiciones jurídicas referidas a aquello qué debemos, no debemos o podemos elegir hacer *jurídicamente*. Nos interesa este concepto porque nos interesa averiguar si entre las condiciones de verdad de nuestras proposiciones jurídicas se halla o no la adecuación a determinadas argumentaciones morales.

Para la concepción que sostiene que necesariamente la identificación del derecho depende del recurso a la argumentación moral la respuesta es clara. El valor de verdad de todas nuestras proposiciones jurídicas depende de que no sean inconsistentes con la moralidad. Este parece ser el punto de vista del iusnaturalismo clásico, de Agustín de Hipona y Tomás de Aquino: las leyes injustas (contrarias a la moralidad) son jurídicamente *inválidas*⁶. Es más controvertido si este es el punto de vista de los que se declaran antipositivistas en estos días (si es el punto de vista de Alexy 1992, Dworkin 2006, 2011 o Atriaza y Ruiz Manero 2006 y Atria 2002, 2006 entre nosotros). Tomemos el caso del más persistente crítico del positivismo jurídico: Ronald Dworkin.

Una de las críticas más fundamentales de Dworkin al positivismo jurídico (desde Dworkin 1986) reside en que dicha doctrina deja por explicar las discrepancias que se producen entre los juristas (Dworkin 2006, 233): «los juristas discrepan a menudo acerca de lo que el derecho es en alguna materia, aunque están de acuerdo acerca de todos los hechos históricos que los positivistas citan y que, según su punto de vista, agotan las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas (*propositions of law*)». Es más, arguyendo contra la defensa de Jules Coleman del positivismo incluyente (al que después me referiré), Dworkin sostiene que el argumento de Coleman presupone que los jueces en los Estados Unidos están de acuerdo en que la validez de algunas de las leyes depende de su corrección moral, dado que así lo

⁶ Agustín DE HIPONA (2012: I, v 11) lo decía así: «*Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit*» y Tomás DE AQUINO (2012: I-II q. 95 a. 2 c): «*Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio*».

exigen las disposiciones constitucionales, pero añade (Dworkin 2006,194):

Esto ciertamente no es verdad. Por el contrario, la proposición que la cláusula de la igual protección hace el derecho dependiente de la moralidad es también profundamente controvertida. Muchos juristas, incluidos algunos de los jueces del Tribunal Supremo, insisten en que es verdadera, mientras otros, incluidos otros jueces del Tribunal Supremo, la rechazan duramente. Muchos de ellos insisten en que la cláusula hace que la ley dependa de hechos históricos acerca de lo que los *framers* consideraban injusto, o de lo que los americanos en general juzgan injusto, o algo similar.

Me parece, dicho incidentalmente, que se trata de un argumento convincente. Si la existencia del derecho es un fenómeno convencional (como quiere el positivismo hartiano), entonces deberán existir convenciones ampliamente compartidas que permitan la identificación del derecho. Sin embargo, estas convenciones parecen ser desafiadas por las diversas concepciones de lo que el derecho requiere en una sociedad⁷.

Sin embargo, el positivista incluyente todavía puede replicar con el argumento de que las discrepancias entre los juristas responden, en realidad, a un modo diverso de apelar a un presunto fundamento común. Las diversas concepciones acerca de la incorporación de la moralidad (y también las que niegan dicha incorporación) en el derecho responden, creo, a este factor.

En este sentido el positivismo incluyente y Dworkin transitan la misma vía. Recientemente Dworkin (2011, cap. 19) ha insistido en este punto de vista sosteniendo que, por una parte, el derecho es una parte institucionalizada de la moralidad política⁸, y por otra que su concepción del derecho como una práctica interpretativa es compatible (y «esto es crucial» añade) con «no denegar la distinción de las cuestiones relativas a aquello que es el derecho y a aquello que debe ser» (Dworkin 2011, 407) y aceptar que tiene sentido (para los jueces que creían que *The Fugitive Slave Act* era constitucional)⁹ afirmar que

⁷ Un intento de contestar la crítica dorkwiniana desde una posición positivista en Derecho y escéptica en moral en LEITER 2009, consistente en afirmar que cuando los jueces y los juristas en general discrepan en los casos difíciles en realidad o bien están todos en un error generalizado (creen que discrepan genuinamente) o bien fingen discrepar. A SHAPIRO (2007) la crítica le parece muy importante, aunque intenta una respuesta desde el positivismo excluyente. Mi propia posición en MORESO 2009b.

⁸ De acuerdo con esta posición y con el espacio de la dimensión institucional del derecho, ATIENZA-RUIZ MANERO 2001. A los autores, como a Dworkin, les parece sin embargo –por razones parcialmente similares– que su posición es mejor caracterizada como antipositivista, ATIENZA-RUIZ MANERO 2007. Pero aquí la cuestión es la de si aceptan las consecuencias de la tesis de la conexión necesaria y parece que la respuesta es negativa.

⁹ Dworkin no piensa así (DWORKIN 1975 y 2011, 486 nota 12), sino que considera que la legislación de 1850, que otorgaba el derecho a los propietarios de esclavos a

dicha ley, por ejemplo, «era derecho válido aunque demasiado injusto para ser aplicado» (Dworkin 2011, 411). En cambio, afirma (Dworkin 2011, 411) que no es sostenible en el caso de la monstruosa legislación nazi: «es moralmente más adecuado denegar que estos edictos sean derecho». Aunque, añade, tal y como se plantea tradicionalmente el venerable problema del derecho injusto se asemeja tristemente a una disputa verbal (Dworkin 2011, 412).

4. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN IMPOSIBLE

En la literatura relevante la imposibilidad de la conexión se sostiene de dos modos, al menos, muy diversos entre sí. Uno procede de una posición escéptica en materia ética, con arreglo a la cual cuando el derecho remite a la moralidad, realiza una remisión vacía, una remisión *en blanco*, puesto que el objeto de la remisión es inexistente, dado que el escepticismo ético rechaza que haya razones morales objetivamente válidas, que puedan servir para determinar mediante la argumentación moral el contenido del derecho¹⁰.

Sin embargo, existe otro modo de defender la tesis de la conexión imposible, que comporta la misma lectura estricta de la tesis de las fuentes sociales del derecho atribuible al positivismo jurídico. Se trata del modo en que la ha venido defendiendo desde hace más de treinta años Joseph Raz (1979, cap. 3; 1994, cap. 9; 2004)¹¹. Raz no es, en absoluto, un escéptico en materia moral; al contrario, considera que hay razones y, también, hechos morales. Considera, a su vez, que es falso que todas las proposiciones morales sean controvertidas (Raz 1994, 218). La tesis es la siguiente (Raz 1979, 185):

Una teoría jurídica es aceptable sólo si sus criterios para identificar el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen exclusivamente de un conjunto de hechos de la conducta humana descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral.

recuperarlos aún si habían huido a otros estados en donde la esclavitud era ilegal, era inconstitucional y el famoso caso *Dred Scott v. Sanford* 60 U.S. 393 (1856), erróneamente decidido por la Corte Suprema.

¹⁰ Esta es la posición, por ejemplo, de BULYGIN 2006. Tal vez eran también, al menos parcialmente, las dudas acerca de la objetividad de la moral las que condujeron a este tipo de positivismo a KELSEN (1957), ROSS (1958), BOBBIO (1965) y el realismo jurídico americano (véase LEITER 2001). A ello puede sumarse lo que podemos denominar el realismo jurídico italiano y francés. Véase respectivamente: GUASTINI 2006 y TROPER 2001.

¹¹ Véase también SHAPIRO 1998, 2011:cap. 9 y MARMOR 2002, 2011, cap. 4.

El argumento de Raz en defensa de esta tesis, que como puede apreciarse está en contradicción con la tesis de la incorporación, es un argumento conceptual. Dicho ahora muy resumidamente, un rasgo definitorio del derecho es que pretende autoridad y pretender autoridad comporta la capacidad de suministrar, a los destinatarios de las normas promulgadas por la autoridad, razones que desplacen las razones a favor y en contra que ellos tienen de comportarse de determinado modo. Si el derecho incorporara pautas morales, entonces no podría pretender autoridad puesto que dichas pautas son válidas para sus destinatarios con independencia de lo que la autoridad establezca. Por lo tanto, por razones conceptuales, el derecho no puede incorporar el razonamiento moral.

O sea tenemos dos formas de positivismo jurídico que sostienen la imposibilidad de la relación entre la identificación del derecho y el uso de los argumentos morales: una fundada en el escepticismo ético y otra fundada en una determinada concepción de la autoridad.

¿Qué sucede entonces, según estas concepciones, cuando nos encontramos con estas expresiones valorativas en los textos jurídicos de las fuentes? Pues bien, la respuesta más habitual es que los jueces gozan de *discreción* para completar o cambiar el derecho de acuerdo con la moralidad. Raz (1994, 310-324), por ejemplo, distingue entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al derecho, que puede requerir el recurso de los jueces a las razones morales. También los escépticos en ética consideran, es claro, que en este caso los jueces tienen de modo inevitable discreción dado que no hay pautas previas que identificar y aplicar.

Creo que hay razones para dudar de la plausibilidad de esta posición. Veamos el siguiente pasaje de Raz (1979, 75)¹²:

Supongamos, por ejemplo, que según el derecho los contratos son válidos solo si no son inmorales. Cualquier contrato puede ser considerado *prima facie* válido si se conforma a las condiciones «neutras valorativamente» establecidas jurídicamente para la validez de los contratos. La proposición «Es jurídicamente concluyente que este contrato es válido» no es ni verdadera ni falsa hasta que un tribunal dotado de autoridad determina su validez. Esta es una consecuencia del hecho según el cual, por la tesis de las fuentes, los tribunales tienen discreción cuando son requeridos a aplicar consideraciones morales.

Si la versión raziana de la tesis de las fuentes implica que siempre que el derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, los jueces tienen discreción (como el anterior pasaje de Raz sostiene), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C

¹² Véase sobre este punto ENDICOTT 2003.

antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho Romano, la pena del saco, la *poena cullei*, una pena que condenaba a los parricidas a ser encerrados en un saco con un mono, un gallo, una serpiente y un perro y arrojarlos al mar o al río más cercano. Podemos preguntarnos, ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel –también los romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la pena merecida para los parricidas– y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque «cruel» es, sin duda, un término moral, «cruel» se aplica sin controversia ninguna a la *poena cullei*, no hay aquí espacio para la discreción¹³.

Raz añade otro argumento en defensa de su posición (Raz 1979, 47 nota 8 y 2004, 17):

Los defensores de tal concepción [de la tesis de la incorporación] del derecho tienen que proporcionarnos un criterio adecuado para separar las referencias legales a la moralidad, que hacen de su aplicación un caso de aplicación de normas jurídicas preexistentes, de los casos de discreción judicial en las que el juez, al recurrir a consideraciones morales, está cambiando el derecho. No conozco ningún intento serio de proporcionarnos tal criterio.

Es cierto que dicho argumento deberá ser suministrado con detalle, pero el eje del razonamiento tratará de mostrar que en los casos de uso de conceptos y consideraciones morales los jueces no tienen discreción. Si nosotros creemos que la presencia de crucifijos en las escuelas vulnera la libertad y autonomía de los no cristianos, entonces tenemos buenas razones para argüir que Lautsi es una decisión incorrecta desde el punto de vista jurídico. En cambio, cuando los jueces ejercen su discreción (por ejemplo, cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en virtud del *certiorari* decide admitir un recurso o no) su comportamiento no puede nunca ser tildado de *jurídicamente incorrecto*.

Es más, a menudo, es el espacio excesivo de discreción de los jueces lo que lleva a algunos autores a comprometerse con el ideal de la certeza del derecho y a rechazar la inclusión de conceptos y consideraciones morales en las fuentes del derecho. A menudo este ideal de la certeza del derecho está asociado con la Ilustración jurídica y, en concreto, con el positivismo jurídico. Sin remontarnos a Beccaria o a Bentham, esta es la razón (por ejemplo) por la cual Kelsen (1931) se

¹³ Se trata de un argumento presentado en MORESO 2012b.

mostraba contrario a la incorporación de conceptos morales (como *igualdad* o *justicia*) y esta es la razón que anima las defensas recientes (Campbell 1996, Waldron 2001, Green 2008) o no tanto (Scarpeilli 1965) del denominado *positivismo jurídico normativo*¹⁴.

Reducir el ámbito de la discrepancia y disciplinar la actividad de los jueces es el propósito de todas estas posiciones. Sin embargo, ni los presupuestos ni la estrategia para llevar a cabo estas operaciones son siempre los mismos.

Aparte de la posición normativa de recomendar el uso parimonioso de conceptos de valor en el derecho, algunos autores positivistas han intentado otras vías para identificar el derecho en estos casos con certeza.

Algunas veces, por ejemplo, se ha argüido que los jueces deben decidir cuál sea el contenido de expresiones como «libertad religiosa» no apelando a sus convicciones morales sino a cómo dichas expresiones son entendidas y usadas en la sociedad de la que ellos forman parte. Así se entiende algunas veces la referencia del artículo 3 de nuestro código civil a la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas¹⁵. De este modo, se piensa, no caeremos como rehenes de la voluntad de los jueces.

El problema de esta concepción es doble: por una parte, en todas las cuestiones controvertidas la opinión pública acostumbra a estar dividida cuando no perpleja; por otra parte, si se quiere construir un punto de vista articulado, como parece exigible a los jueces y tribunales, entonces será imprescindible moldear las actitudes y creencias de la mayoría social para presentarlas en una doctrina razonable y ello, me parece, es ya prácticamente indistinguible del razonamiento moral: comienzas con la moral social, pero si estás dispuesto a aceptar la crítica argumentada, la opacidad de algunas de nuestras convicciones, la posibilidad de refinarlas y moldearlas, terminas en la moral crítica (Moreso 2009a, 192).

Una estrategia distinta consiste en sostener que cuando la Constitución usa conceptos valorativos en realidad únicamente incorpora aquello que encerraron en ellos deliberadamente los autores de la Constitución. Determinar el contenido de estas cláusulas consiste en recuperar las intenciones explícitas de los que las dictaron. En la discusión norteamericana se conoce esta posición como *originalismo*¹⁶. De este modo, consideran estos autores, la indeterminación se reduce: sólo está amparado por la libertad religiosa (en nuestro ejemplo) los

¹⁴ Que presenté y critiqué en MORESO 2012b. Algunos ecos de esta posición, aunque asumida con matices, entre nosotros en HIERRO 2002 y LAPORTA 2007.

¹⁵ Este argumento en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991. Valdría la pena considerar la vinculación de este argumento con el llamado *constitucionalismo popular* que han defendido, por ejemplo, TUSHNET 1999 y KRAMER 2004. Véase también GARGARELLA 2006.

¹⁶ Y su más ilustre representante tal vez sea el magistrado de la Corte Suprema SCALIA 1997.

comportamientos considerados incluidos por los redactores del Convenio Europeo de derechos humanos.

No es preciso, por cierto, que esta posición provenga de un punto de vista escéptico acerca de la moralidad (no es el caso de Scalia ni de otros originalistas), puede que sea una estrategia que tiende a reducir la discreción de los jueces porque desconfía de la capacidad de los jueces de acertar en cuestiones morales.

Esta posición ha sido criticada muchas veces con los mismos argumentos que había sido criticada la denominada *interpretación subjetiva*: las conocidas dificultades de establecer plausiblemente cuáles eran las genuinas intenciones de los constituyentes, las intenciones de quiénes son relevantes (de los que votaron a favor, de los redactores...). Es más: aún en casos en donde es claro que no estaba en sus intenciones, como tal vez sea el caso de los crucifijos en las aulas, entonces ha de resultar excluido sin más argumentación. Y esto es muy implausible. Antes de la reforma reciente de nuestra legislación procesal civil, la vieja Ley de Enjuiciamiento (como la nueva) establecía que son inembargables los instrumentos necesarios para el ejercicio de un oficio, con esta doctrina de la interpretación hay que suponer que hasta el año 2000 los ordenadores podían ser embargados a un abogado, por ejemplo, dado que los legisladores del siglo XIX no podían pensar en ellos. Es más, es razonable creer que el legislador del año 2000 de la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no considerara (porque todavía no habían sido creadas) las I-pad como objetos a los que se refiere el artículo 606.2: «Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada». Pero un abogado podría argüir a favor de la inembargabilidad del I-pad de otro abogado demandado en 2012.

5. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN CONTINGENTE

Si los argumentos esgrimidos en los dos epígrafes anteriores resultan convincentes, entonces nos queda la tesis de la incorporación, una conexión contingente (en virtud de la remisión de las fuentes del derecho) a la argumentación moral. La conexión del derecho con la moralidad no es ni necesaria, ni imposible, sino que es contingente, como sostiene el denominado positivismo jurídico incluyente¹⁷. Aunque esta cuestión suele vincularse con la de la posibilidad de que la propia

¹⁷ Los precedentes de tal concepción pueden hallarse en CARRIÓ 1971, LYONS 1977, SOPER 1977, COLEMAN 1982 y HART 1994. Las dos defensas más articuladas en WALUCHOW 1994 y COLEMAN 2001. Véase una presentación general en HIMMA 2002 y MORESO 2009a, cap. 10.

regla de reconocimiento incluya razones morales entre los criterios de validez jurídica (como es claro en Hart 2004), basta que tomemos ahora para nuestra discusión una tesis como la tesis de la incorporación (Leiter 2002, 978): «las fuentes usuales del derecho –como las leyes y las disposiciones constitucionales– pueden incluir conceptos y consideraciones morales».

Según dicha concepción, entonces, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos o consideraciones morales, el derecho ha de identificarse mediante el uso de dichos conceptos y consideraciones. Y, por lo tanto, los jueces han de aplicar el derecho identificado mediante el recurso a la moralidad en los casos pertinentes. Así ocurre, según creo, en el caso de que los jueces hayan de decidir si determinadas decisiones públicas vulneran o no la libertad religiosa: en dichos supuestos el razonamiento de los jueces deviene un razonamiento genuinamente moral.

Contra esta posibilidad se han presentado, en los últimos años, diversos argumentos¹⁸. Me propongo, para concluir, analizar la posición de Ferrajoli al respecto, para saber en qué medida el constitucionalismo garantista está comprometido con la tesis de la incorporación.

Sin embargo, antes de analizar la posición de Ferrajoli tal vez sea útil salir al paso de una objeción consistente en señalar que la diferencia entre los positivistas excluyentes y los positivistas incluyentes es una mera cuestión de palabras¹⁹.

En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso²⁰. En el contexto de este debate Raz y Coleman, entre otros, sostienen que todas las normas jurídicamente válidas en determinada son de aplicación obligatoria por parte de los jueces, pero hay normas que no son válidas en dicha jurisdicción (las normas de un derecho extranjero por ejemplo) que, en virtud de las normas de conflicto del derecho local, pueden ser de aplicación obligatoria por parte de los jueces.

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces

¹⁸ RAZ 1979, 2004; HIMMA (que en Himma 1999 presentaba argumentos favorables al incorporacionismo) 2003, 2005, 2009; BAYÓN 2002a, 2002b; DWORKIN 2006, 2011; SHAPIRO 2009, 2011; MARMOR 2011. Algunos de estos argumentos son analizados en MORESO 2012a.

¹⁹ Se trata de un argumento que se remonta a MORESO 2009a, cap. 10.

²⁰ Puede verse la distinción en estos términos en BULYGIN 1982, MORESO 1997, cap. 3, MORESO-NAVARRO 1997 y VILAJOSANA 1998.

decidir de acuerdo con él. En este sentido, un defensor de positivismo excluyente podría argüir señalando que la lectura restrictiva de la tesis de las fuentes sociales es la adecuada, aunque ello no impide que las pautas morales sean, algunas veces, obligatorias para los jueces. Podría añadir que no hay más razones para contemplar dichas pautas morales como parte del Derecho de las que hay para suponer que cuando una disposición jurídica prohíbe la construcción de edificios de más de diez metros de altura en determinada zona, o limita el peso al que determinados ascensores pueden ser sometidos a cuatrocientos kilogramos, el Derecho incorpora el sistema métrico decimal (vd. sobre ello Kramer 2007). Si bien este argumento puede convertir el debate entre ambos tipos de positivismo en un debate de palabras, esto es, en la adecuación de reconstruir el concepto de validez jurídica de una u otra manera, la tesis de la discreción judicial sigue siendo polémica. Y es así porque aunque no se incorpore al Derecho el sistema métrico decimal, las reglas (tal vez, constitutivas) de dicho sistema han de ser usadas por los jueces cuando deciden los casos a los que aplican normas que contienen expresiones que hacen referencia a tal sistema. Los jueces no tienen discreción en dichos casos. El problema que plantean las pautas morales es el de si son aptas para guiar el comportamiento de los jueces o, más bien, remiten a la discreción. Esta cuestión no puede ser resuelta por la distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad.

6. FERRAJOLI Y LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN: DOS VERSIONES

Veamos cuál era la posición de Ferrajoli en su perspicua e influyente presentación del garantismo hace ya más de veinte años (Ferrajoli 1989, 100-101):

Una alternativa todavía más clara se produce según que el lenguaje usado por el legislador excluya o incluya términos *valorativos*. Como ejemplo de norma penal que designa un hecho y no un valor se puede señalar el artículo 575 de nuestro código penal [el autor se refiere, es claro, al código penal italiano] que define el homicidio como el acto de «cualquiera que produce la muerte de un hombre»; en el extremo opuesto, como ejemplo de norma penal que expresa un valor y, por lo tanto, infringe el principio de estricta legalidad [«stretta legalità» es el nombre que Ferrajoli reserva para el principio de taxatividad], podemos recordar el artículo 529 del mismo código que define los actos y los objetos obscenos como aquellos que «ofenden el pudor según el sentir común». La aplicación de la primera norma supone un juicio de hecho, del tipo «Ticio ha producido la muerte de un hombre»; la aplicación de la segunda supone, por el contrario, un juicio de valor del tipo «Ticio, según el sentir común, ha ofendido el pudor». El primer juicio, al referirse a un hecho empí-

rico objetivo, es (relativamente) verificable y falsable, y es de esta manera un acto de conocimiento y de jurisdicción; el segundo, al referirse a una actitud de desaprobación del sujeto que lo pronuncia, es absolutamente inverificable e infalsable, y es, por lo tanto, un acto de valoración basado en una opinión subjetiva y meramente discrecional.

Si Ferrajoli tuviera razón, esto es, si todas las proposiciones que presuponen un juicio de valor, no fueran aptas para la verdad y la falsedad (fuesen, como a veces se ha dicho, únicamente expresiones de emociones), entonces habría una razón muy fuerte para eliminar los términos valorativos de la formulación de las normas jurídicas: en presencia de conceptos valorativos nunca podríamos establecer si un caso individual es o no una instancia del concepto valorativo en cuestión. Es importante darse cuenta de que la presencia de conceptos valorativos en las normas jurídicas constituiría un problema mucho más grave que el de la vaguedad de los conceptos, porque al fin y al cabo los conceptos vagos sólo son problemáticos en los casos marginales de aplicación, mientras que los conceptos valorativos, con arreglo a esta concepción, serían problemáticos en *todos* sus casos de aplicación (este argumento en Moreso 2009a, cap. 11).

Sin embargo, ¿qué razones tenemos para adoptar esta concepción de los conceptos valorativos? Parece que dicha concepción presupone la admisión de un enfoque escéptico en materia moral, es decir, un enfoque según el cual los juicios morales son sólo expresiones de emociones o bien prescripciones acerca de cómo debemos comportarnos y, por lo tanto, no pretenden describir el mundo. Este no es el lugar para una defensa del objetivismo en moral. Baste con apreciar que el argumento de Ferrajoli presupone el rechazo del objetivismo.

En los últimos trabajos de Ferrajoli (desarrollando las ideas presentes en 2007, 2011a, 2011b, 2012, Ferrajoli-Ruiz Manero 2012) hay un refinamiento considerable de esta posición. Aunque sigue manteniendo su punto de vista, por razones ontológicas y epistémicas, de acuerdo con el cual no puede predicarse valor de verdad de los juicios morales; y sigue manteniendo también que el objetivismo moral lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral, explica más claramente su posición metaética (por ejemplo Ferrajoli 2012b, 67):

El rechazo del cognitivism y del objetivismo moral, por otro lado, no debilita, ni aun mínimamente, la firmeza con la que defendemos nuestras tesis morales o políticas en materia de justicia, como las tesis sobre la igualdad o sobre la libertad ...La alternativa al cognitivism ético, en efecto, no es en absoluto, a mi parecer, el relativismo emotivista, o la idea de que los valores éticos son el fruto de preferencias inmotivadas, ni aún menos, el indiferentismo moral: personalmente tiendo a no usar la expresión «relativismo moral», a mi parecer altamente equívoca, sino la expresión «anticognitivism (o anticognitivism y antiobjetivismo) ético». La alternativa es simplemente la fundamentación, racionalmente moti-

vada y argumentada, aunque no «verificada», de nuestras tesis ético-políticas, en cuanto tales normativas, en base a (nuestra concepción de) la justicia, más bien que en base a la verdad.

A esta posición metaética se suma una posición que acepta lo que denomina «la positivización de la “ley de la razón”», es decir, la incorporación de la moralidad en el derecho. Por ejemplo (Ferrajoli 2011, 25):

De este modo, el antiguo y recurrente contraste entre *razón y voluntad*, entre *ley de la razón y ley de la voluntad*, entre *derecho natural y derecho positivo*, entre Antígona y Creonte, que recorre la filosofía jurídica y política en su totalidad, desde la antigüedad hasta el siglo xx, y que corresponde al antiguo y también recurrente dilema y contraste entre el *gobierno de las leyes* y el *gobierno de los hombres*, ha sido en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, a través de la positivización de la «ley de la razón» –aun cuando históricamente determinada y contingente– bajo la forma de los principios y de los derechos fundamentales estipulados en ellas, como límites y vínculos a la «ley de la voluntad», que en democracia es la ley del número expresada por la voluntad de la mayoría.

Esta posición es perfectamente compatible con la tesis de la incorporación y Ferrajoli puede, de acuerdo con ella, ser contado entre las filas de los positivistas incluyentes. Que su modo de defender esta tesis sea cuidadoso en no colapsar la argumentación jurídica con la argumentación moral y en no dar alas al activismo judicial es un modo concreto de ser incorporacionista. Pero, tal y como lo veo, el constitucionalismo garantista de Ferrajoli presupone la tesis de la incorporación.

Sin duda que esta tesis de Ferrajoli está en tensión con sus posiciones metaéticas. En mi opinión la tesis de la incorporación presupone el objetivismo ético, si por tal entendemos algo similar a lo que Rawls (2000:245) atribuye a la ética kantiana: «decir que una convicción moral es objetiva, entonces, es decir que hay razones suficientes para convencer a todas las personas razonables de que es válida o correcta».

7. ETHICA MORE IURIDICO INCORPORATA

Aquí no he discutido un argumento que a menudo se expone (Raz 2004, Shapiro 2009, Bayón 2002b, Marmor 2011) contra la tesis de la incorporación. Un argumento que es, en realidad, una instancia del argumento de la pendiente resbaladiza: si el derecho puede remitir algunas veces a la moralidad, entonces puede hacerlo siempre y, de tal modo, el derecho perdería su capacidad de resolver los conflictos mediante reglas claras, públicas y accesibles a todos. Algo de este argumento puede considerarse implícito en el constitucionalismo garantista de Ferrajoli (véase Moreso 2011): la razón que justifica

resolver nuestros conflictos mediante normas jurídicas es que dichas normas son públicas, accesibles a todos y capaces de poner fin a las discrepancias que podemos tener acerca de cómo debemos comportarnos en determinadas circunstancias. Si las normas jurídicas y, en especial, las normas constitucionales remiten a consideraciones morales, entonces no disponemos ya de normas públicas, accesibles y opacas a las razones subyacentes. Como a veces se dice, las normas jurídicas entonces no realizarían ninguna *diferencia práctica*. La tesis de la diferencia práctica puede formularse del siguiente modo: si las pautas jurídicas aplicables por los jueces remiten a pautas morales, dichas pautas no están en condición de motivar la conducta de los jueces, porque dichas pautas no añaden nada a las razones que los jueces ya tendrían, si fueran racionales, para actuar. En otras palabras, las remisiones del Derecho a la moralidad son superfluas y, por lo tanto, la única concepción plausible del Derecho, como un instrumento capaz de producir diferencia práctica, es el positivismo excluyente. Tal vez, algo de esto quiera decir Ferrajoli cuando aduce que el positivismo, que denomina principialista y que está más cercano al positivismo incluyente, rebaja la normatividad del derecho y de la constitución.

Creo que esta crítica cede si son plausibles los dos siguientes argumentos: en primer lugar, que las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del derecho intervenga activamente la argumentación moral²¹ y, en segundo lugar, que la diferencia práctica del derecho va de la mano de su estructura institucional²².

Muchos supuestos de aplicación del derecho son opacos a las razones morales subyacentes. Cuando un juez rechaza una demanda por hallarse fuera de plazo, lo hace sin acudir a la razón subyacente que justifica, por razones de seguridad, estabilidad de las expectativas y adecuado funcionamiento de la administración de justicia, el hecho de poner límites temporales a la interposición de nuestras reclamaciones jurídicas. Sencillamente la rechaza por estar fuera de plazo. El recurso a las razones morales ha de estar reconocido, de un modo u otro, por las razones jurídicas. Cuando, por ejemplo, la constitución española prohíbe, en su artículo 15, los tratos inhumanos o degradantes, habilita al Tribunal constitucional (el único competente para apreciar la constitucionalidad de las leyes, en España) a razonar moralmente cuando se le plantea, por ejemplo, si es constitucional la norma penitenciaria que niega a algunos presos las denominadas comunicaciones íntimas.

Este último ejemplo puede servir también para comprender cómo la estructura institucional del derecho es la que permite a las normas

²¹ Una posición según la cual si se acepta el incorporacionismo entonces no hay modo plausible de detener la invasión del derecho por parte de la moralidad en ORUNESU, PEROT, RODRÍGUEZ 2005.

²² Para este segundo punto véase el sugerente estudio de ATIENZA-RUIZ MANERO 2001.

con consideraciones morales realizar una diferencia práctica, conservar la fuerza normativa. Me explico: si la denegación de las comunicaciones íntimas a determinados presos es una norma de rango reglamentario, entonces un funcionario de prisiones no puede acudir al razonamiento moral para aplicarla, para él la norma es totalmente opaca a las razones subyacentes. En cambio, un juez de vigilancia penitenciaria puede considerarla inconstitucional, y como tal nula e inaplicable. Si, en cambio, se trata de una norma con rango de ley, entonces el juez sólo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad y es el Tribunal Constitucional el único competente para anularla. Es decir, en virtud de la estructura institucional dichas normas adquieren diverso peso normativo, tienen un grado de opacidad diferente para los diversos aplicadores del derecho. La incorporación de la moralidad en el derecho puede ser vista como el proceso de levantar progresivamente el velo de la opacidad de las reglas.

En resumen, la tesis de la incorporación es compatible con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, puesto que el derecho incorpora pautas morales de manera contingente y dependiendo de cuál sea su contenido. Es también más apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que nuestras fuentes jurídicas constitucionales y legales, y también las decisiones de nuestros Tribunales, recurren a menudo al lenguaje de la moralidad. La tesis de la incorporación explica las razones, el alcance y los límites del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del derecho.

REFERENCIAS

- AGUSTÍN DE HIPONA (2012): *De libero arbitrio* I, v 11), http://www.augustinus.it/latino/libero_arbitrio/index2.htm.
- ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio (1991): «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 303-328.
- ALEXY, Robert (1992): *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, Verlag Alber.
- ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan (2001): «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», *Doxa* 24: 115-130.
- (2007): «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía*, 27: 7-28.
- ATRIA, Fernando (2002): *Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing.
- (2005): «Sobre las lagunas» en F. Atria, E. Bulygin, J.J. Moreso, P.E. Navarro, J. Ruiz Manero, J.L. Rodríguez, *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- BAYÓN, Juan Carlos (2002a): «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en V. Zapatero (comp.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, vol. 2, 33-54.

- (2002b): «Derecho, convencionalismo y controversia» en P. E. Navarro, M. C. Redondo (eds.): *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 57-92.
- BULYGIN, Eugenio (1982): «Time and Validity», en A. A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam, North Holland, 65-82.
- (2006): *El positivismo jurídico* (México: Fontamara, 2006).
- CAMPBELL, Tom D. (1996): *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth.
- CARRIÓ, Genaro R. (1971): *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- COLEMAN, Jules L. (1982): «Negative and Positive Positivism», *Journal of Legal Studies*, 11: 139-162.
- (1998a): «Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, 4: 381-426.
- (1998b): «Second Thoughts and Other First Impressions» in Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 258-278.
- (2001): *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- DWORKIN, Ronald (1975): «The Law of the Slave-Catchers» en *Times Literary Supplement*, December, 5.
- (1986): *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- (2006): *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- (2011): *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- DYZENHAUS, David (2000): «Positivism's Stagnant Research Programme», *Oxford Journal of Legal Studies*, 20: 703-722.
- ENDICOTT, Timothy A.O. (2003): «Raz on Gaps-The Surprising Part», en Thomas Pogge, Lukas Meyer, and Stanley Paulson (eds), *Rights, Culture, and the Law. Essays After Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 99-117.
- FERRAJOLI, Luigi (1989): *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.
- (2007): *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.
- (2011a): «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011), 15-53.
- (2011b): «El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011), 311-362.
- (2012): «La scelta come fondamento ultimo della morale», *Teoria Politica*, 2.
- FERRAJOLI, Luigi; RUIZ MANERO, Juan (2012): *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.
- GARDNER, John (2001): «Legal Positivism: 5 ½ Myths», *American Journal of Jurisprudence*, 46: 199- 226.
- GARGARELLA, Roberto (2006): «El nacimiento del constitucionalismo popular», *Revista de Libros*, 112 (abril), 15-18.
- GREEN, Leslie (2008): «Positivism and the Inseparability of Law and Morals», *New York University Law Review* 83: 1035-1058.
- GUASTINI, Riccardo (2006): «Lo scetticismo interpretativo revisitato», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 36: 227-236.

- HART, H.L.A. (1994): *The Concept of Law*, 2 ed. P. Bulloch y Joseph Raz (eds.), Oxford, Oxford University Press.
- HIERRO, Liborio (2002): «¿Por qué ser positivista?», *Doxa* 25: 263-302.
- HIMMA, Kenneth E. (1999): «Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms», *Legal Theory*, 5: 415-434.
- (2002): «Inclusive Legal Positivism» en J.L. Coleman, S.J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 125-165.
- (2003): «Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States», *Journal of Law and Society*, 42: 149-218.
- (2005): «Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», *Law and Philosophy*, 24: 1-45.
- (2009): «Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition», en M.D. Adler, K. E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 95-121.
- HUGHES, G.E., CRESSWELL, M.J. (1996): *A New Introduction to Modal Logic*, London, Routledge, 1996.
- KELSEN, Hans (1931): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R.J. Brie, Madrid, Tecnos, 1985.
- (1957): *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, California University Press, 1957.
- KRAMER, Larry (2004): *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press.
- KRAMER, Matthew (2000): «How Moral Principles Can Enter into the Law» en *Legal Theory*, 6: 103-107.
- (2001): «Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus», *Oxford Journal of Legal Studies*, 21: 673-701.
- (2007): «Why The Axioms and Theorems of Arithmetic are not Legal Norms», *Oxford Journal of Legal Studies*, 27: 555-562.
- LAPORTA, Francisco J. (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta.
- LEITER, Brian (2001): «Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered», *Ethics*, 111: 278-301.
- (2002): «Law and Objectivity» en J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 969-989.
- (2009): «Explaining Theoretical Disagreement», *University of Chicago Law Review* 76: 1215-1250.
- LYONS, David (1977): «Principles, Positivism and Legal Theory», *Yale Law Journal*, 87: 415-436.
- MARMOR, Andrei (2002): «Exclusive Legal Positivism», en J.L. Coleman, S.J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 104-124.
- (2011): *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press.
- MORESO, José Juan (1997): *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2009a): *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons.
- (2009b): «Legal Positivism and Legal Disagreements», *Ratio Juris*, 22: 62-73.

- (2011): «Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011), 183-199.
- (2012a): «La ciudadanía de la moral en la corte de los juristas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 28: 119-140.
- (2012): «Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality» en J. Ferrer Beltrán y G. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, cap. 13.
- MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E. (1997): «Applicability and Effectiveness of Legal Norms», *Law and Philosophy*, 16: 201-219.
- NINO, Carlos Santiago (1994): *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel.
- ORUNESU, Claudina; PEROT, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge L. (2005): «Derecho, moral y positivismo», en C. Orunesu, P. Perot y J. L. Rodríguez, *Estudios sobre la interpretación y la dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005, pp. 59-90.
- RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- (2000): *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- RAZ, Joseph (1979): *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- (1994): *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press.
- (2004): «Incorporation by Law», *Legal Theory*, 10: 1-17.
- ROSS, Alf (1958): *On Law and Justice*, London, Stevens and Sons.
- SCALIA, Antonin (1997): *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press.
- SCARPELLI, Uberto (1965): *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizione di Comunità.
- SHAPIRO, Scott J. (1998): «On Hart's Way Out», *Legal Theory*, 4: 469-508.
- (2007): «The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed», en A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 22-55.
- (2009): «Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?», *Ratio Juris*, 22: 326-338.
- (2011): *Legality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- SOPER, Philip: «Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin, Dispute», *Michigan Law Review*, 75: 511-542.
- TOMÁS DE AQUINO (2012): *Summa Theologiae* I-II q. 95 a. 2 c.), <http://www.corpusthomicum.org/sth1001.html>.
- TROPER, Michel (2001): «Une théorie réaliste de l'interprétation», en Olivier Jouanjan (ed.), *Dossier Théories réalistes du droit*, Strasbourg, PU de Strasbourg, 2001, 51-78.
- TUSHNET, Mark (1999): *Taking the Constitution Away from the Courts*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- VILAJOSANA, Josep M. (1998): «Sobre recepción de normas», *Isonomia*, 8: 181-191.
- WALDRON, Jeremy (2001): «Normative (or Ethical) Positivism» en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, cap. 12.
- WALUCHOW W. J. (1994): *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012.