

# El concepto dual del derecho: Por una nueva forma de entender el fenómeno de lo jurídico en el moderno estado constitucional de derecho

*Alexander Rivera Chávez\**

**SUMARIO:** *I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL CONCEPTO DUAL DEL DERECHO. 1. ¿Qué es un concepto?. 2. Dos perspectivas y el concepto del Derecho. 3. Dualismo conceptual. III.- EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL CONCEPTO DUAL DEL DERECHO. 1. El Estado de Derecho. 2. El Estado Constitucional de Derecho. 3. Implicancias conceptuales de este tránsito. IV.- VIRTUDES DE LA PROPUESTA CONCEPTUAL. 1. Las tensiones internas del Derecho. 1.1. La aplicación de normas no dotadas de respaldo autoritativo. 1.2. La inaplicación de normas dotadas de respaldo autoritativo. 2. Tomando en serio nuestros derechos. V.- AMBICIONES DE MI PROPUESTA: ESENCIALISMO VS. CONVENCIONALISMO. VI.- CONCLUSIONES. VII.- BIBLIOGRAFÍA.*

---

\* Estudiante de Segundo año de la E.A. P. Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

## RESUMEN

Desde dos perspectivas distintas frente al Derecho: la del observador y la del participante, es posible adoptar «ideas» del Derecho distintas. De estar forma, como en la luz, hemos de adoptar un concepto dual o bidimensional del Derecho que nos represente al Derecho, a la vez, como un sistema de normas dotadas de autoridad y como una práctica argumentativa.

Esta dualidad conceptual es necesaria para poder teorizar la moderna práctica judicial del Estado Constitucional de Derecho. Esta práctica judicial tiene como característica esencial lo que en filosofía del Derecho se suele denominar la «institucionalización de la razón». Esta nota comporta un cambio esencial respecto a la forma estatal precedente, el Estado de Derecho, donde lo esencial era el «imperio de la ley».

En efecto, ciertas «tensiones internas del Derecho» demuestran que la práctica judicial se ha complejizado en virtud de la institucionalización de la razón, de tal forma, que es necesario un nuevo paradigma conceptual, de un nuevo concepto de Derecho, para poder teorizarla adecuadamente. El concepto dual se muestra como el adecuado.

El concepto bidimensional no pretende universalidad, esto es, no busca explicar la totalidad de la «naturaleza del Derecho». Por el contrario, es un bidimensionalismo débil, ya que a lo sumo, se muestra como el mejor concepto para tratar «nuestro Derecho», el Derecho bajo la forma estatal de nuestro tiempo.

Un concepto de Derecho que sea útil para una teoría hecha en virtud de la práctica judicial significa tomar en serio la práctica judicial de nuestro tiempo donde están en juego mucho de nuestros más importantes derechos. En esencia, como Dworkin trató de convencernos en su tiempo, solo con un concepto que se vuelque en virtud de la práctica de las cortes hemos de tomar seriamente nuestros derechos.

**Palabras clave:**

Estado Constitucional de Derecho – concepto bidimensional - teoría de la argumentación jurídica- positivismo jurídico- convencionalismo conceptual.

## **I.- INTRODUCCIÓN**

En el presente trabajo defiendo un concepto dual del Derecho (como sistema de normas y como práctica argumentativa) donde cada dimensión conceptual tiene su origen en dos perspectivas distintas: La del observador y la del participante. Me distancio de esta forma de autores<sup>1</sup> que absorben una perspectiva a otra, y por consiguiente, una forma conceptual a otra.

Seguidamente, siendo la tesis neurálgica del texto, sostengo que solo mediante un concepto bidimensional con estas características es posible construir una teoría jurídica útil para la práctica judicial de un Estado Constitucional de Derecho. Naturalmente, la defensa de esta tesis exige responder a interrogantes como: a) En qué consiste la práctica judicial del Estado Constitucional de Derecho y b) ¿Qué es lo que hace al concepto dual adecuado? Para responder a la primera pregunta haré a una breve referencia a la transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho y sus implicancias conceptuales. Para responder a la segunda pregunta traeré a colación ciertas «tensiones» de la práctica judicial de nuestro tiempo que son incapaces de enmarcarse dentro de un concepto unidimensional como el que sostiene el positivismo jurídico normativista.

Una última pregunta por responder sería el por qué ha de importarnos la práctica judicial como relevante para el concepto de Derecho. La respuesta es clara e incisiva: La importancia de poseer una teoría para la práctica («teorías de la argumentación jurídica») estriba en el hecho de que es en estos campos donde están en juego muchos de nuestros más importantes derechos. No es posible que se sostenga que el Derecho deja de interesarse en estas cuestiones argumentando, sin más, que la aplicación de nuestros derechos en estos campos escapa de «lo jurídico» y entra en la esfera de la «discrecionalidad del juez».

---

<sup>1</sup> Cfr. Alfonso Ruiz, Miguel (1997) y Bulygin, E. (1998).

Es momento, siguiendo aquí a Dworkin, que empecemos a tomar seriamente nuestros derechos y esto solo es posible con la defensa de un concepto de Derecho que sirva para una teoría hecha en función de la práctica.

## **II. EL CONCEPTO DUAL DEL DERECHO**

### **1. ¿Qué es un concepto?**

Un concepto es una representación mental, una idea. En esencia, enarbolar un concepto significa atribuir propiedades esenciales a un conjunto de fenómenos de la realidad. Así, el concepto de «mesa» imputa a un conjunto de objetos concretos del mundo unas propiedades esenciales que hacen que pertenezcan a la «clase» de mesas. Su importancia radica en que nos permiten sistematizar las experiencias del mundo.

Por lo demás, podemos y de hecho así sucede, atribuir más de dos sistemas de propiedades a un mismo conjunto de objetos. El ejemplo más esclarecedor de esto es el concepto físico de la luz. En efecto, los físicos poseen un concepto dual de la luz: como onda y como materia. Esto es así porque un concepto unidimensional, por sí solo, sería incapaz de explicar el comportamiento total de este fenómeno de la naturaleza. Sin ninguna pretensión adicional, este ejemplo de las ciencias naturales solo nos ha de servir para poder tratar como posible la dualidad conceptual.

### **2. Dos perspectivas y el concepto del Derecho**

Así como puede haber representaciones mentales sobre objetos, también hay actitudes acerca de los mismos. No solo conocemos los objetos, sino que también decidimos valorarlos. En el campo de la ciencia moderna es un pensamiento común creer que en la ciencia las valoraciones son excluidas por el método científico. Mientras más purificado esté de nuestras creencias mejor será el resultado científico porque la naturaleza de los objetos por conocer son independientes de ellas.

Pues bien, quienes tengan un concepto de Derecho que asuma que este es un objeto independiente de nuestras creencias -ya que es una realidad que si bien creada por nosotros, una vez alumbrada esta adquiere independencia-,

no dudarán en asumir una perspectiva meramente descriptiva. Por el contrario, quienes sostengan un concepto de derecho dependiente de nuestras creencias, como una práctica interpretativa<sup>2</sup> por ejemplo, no dudarán en asumir una perspectiva valorativa y prescriptiva.

Es patente que esta diferencia de perspectivas nos lleva a dos formas diferentes de representarnos al Derecho. A su vez, estas dos perspectivas y formas conceptuales han recibido varias denominaciones. He considerado adecuado en el campo de las perspectivas usar los términos de Alexy<sup>3</sup> y en el de los conceptos los términos de Manuel Atienza<sup>4</sup>.

### **2.1. El derecho como sistema de normas dotadas de autoridad y la perspectiva del observador**

Alexy nos dice que «adopta la perspectiva del observador quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico»<sup>5</sup>.

Esta actitud no solo puede, sino que sobretodo, debe agotarse en lo descriptivo pues es resultado de un concepto del Derecho que lo piensa como algo independiente de nuestras valoraciones, como una realidad ya dada que debemos procurar conocer, de hecho, un libro terminado que solo nos queda sistematizar<sup>6</sup>. Esta pureza es un imperativo, pues, debemos procurar conocer «el Derecho que es y no el Derecho que debe ser».

A pesar, como bien se han percatado Alexy y Dworkin, de que de una actitud tan limitada como la de la perspectiva del observador se puedan defender diferentes conceptos de Derecho - como el sociológico<sup>7</sup> por ejemplo- es el concepto de Derecho como sistema de normas dotadas de autoridad (que incluye reglas y principios) el que más ha influido en la imaginación de los juristas.

---

2 Cfr. Dworkin, Ronald, 1988.

3 Cfr. Alexy, Robert, 1994.

4 Cfr. Atienza, Manuel, 2006.

5 Alexy, Robert, 1994, pag. 31.

6 Cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1975.

7 El ejemplo más citado es el concepto de derecho de Max Weber.

## 2.2. El derecho como argumentación/ práctica argumentativa y la perspectiva del participante

Asumen una perspectiva del participante quienes «en un sistema jurídico participan en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado»<sup>8</sup>. En efecto, la perspectiva del participante es la perspectiva de todo operador jurídico<sup>9</sup> por el cual se adopta una actitud que incluye los tres elementos posibles: descriptiva, valorativa y prescriptiva.

En realidad, solo desde el campo de esta perspectiva se puede defender un concepto que no entienda al Derecho como una realidad ya dada, sino como un proyecto. El concepto, en palabras de Dworkin, debe representarnos al Derecho no como un libro sino como una novela que aún no termina de escribirse<sup>10</sup>. De hecho, un concepto del Derecho que muestre «lo jurídico» como una práctica argumentativa donde lo esencial no son las normas sino la resolución de conflictos lleva necesariamente a adoptar una perspectiva que valore y prescriba, y que además, sienta que esta actitud es una actitud jurídica. El profesor Atienza entiende al respecto que «el enfoque del Derecho como argumentación supone contribuir a la realización de una empresa: el objetivo de la teoría del Derecho no puede ser exclusivamente cognoscitivo, sino que la teoría (como ocurre en la concepción “interpretativa” del Derecho de Dworkin) se funde con la práctica»<sup>11</sup>.

Esencialmente, esta perspectiva supone que el Derecho no solo debe ser descrito como un «objeto mundanal», sino como una práctica donde la obediencia de la autoridad debe estar justificada. Esto es así porque « (...) la cuestión “¿qué es el Derecho?” no se puede separar de la cuestión ¿por qué se debe obedecer el Derecho?” Una teoría del Derecho que quiera ofrecer solución a los problemas prácticos [de nuestro derecho] debe responder a las dos cuestiones y eso supone que uno de los pilares del paradigma neutra-

---

8 Alexy, Robert. 1994, pag. 31.

9 Un autor como Joseph Raz toma la perspectiva del participante limitado a la del abogado. Es esta dificultad que hace que Raz entienda la perspectiva del participante limitada y solo como el punto de partida para una perspectiva más completa. Cfr. Raz, Joseph, 2001.

10 Cfr. Dworkin, Ronald; 1988.

11 Atienza, Manuel, 2006, pag. 33.

lista se destruye como paso previo para la construcción de una teoría desde el punto de vista del participante»<sup>12</sup>.

### 3. Dualismo conceptual

En primer lugar debemos rechazar la tesis que sostiene que no es verdad que por cada perspectiva se puedan defender dos formas distintas de concebir al derecho<sup>13</sup>. Esta tesis ha quedado refutada en el desarrollo de los puntos anteriores.

Por lo demás, debemos aceptar con Calsamiglia<sup>14</sup> que ambas formas conceptuales no se excluyen teóricamente, de ahí que sea posible de que adoptemos un «concepto dual o bidimensional del Derecho». En otras palabras, no hay nada dogmáticamente que nos inhabilite de entender al Derecho de las dos formas descritas: como un sistema de normas dotada de autoridad y como una práctica argumentativa.

Con las limitaciones que supone, el concepto que propongo se puede formular en términos de la tesis alexyana del «caso especial»<sup>15</sup>. Esta tesis sostiene que el discurso jurídico es una forma especial del discurso práctico general (derecho como argumentación), y consigue su especialidad, en el hecho de yace limitado institucionalmente, además de que las decisiones tienen fuerza autoritativa (derecho como normas dotadas de autoridad).

En base a todo esto, puede resultar entendible la tesis neurálgica que definiendo en el presente trabajo, a saber, que el concepto bidimensional del Derecho que entienda «lo jurídico», a la vez, como un sistema de normas dotada de autoridad y como una práctica argumentativa, es el adecuado para poder «teorizar» la práctica judicial del moderno Estado Constitucional de Derecho (en adelante, ECD). Esta tesis si bien entendible aún no es convincente. Para ello hemos responder a dos preguntas esenciales: a) En qué consiste la práctica jurídica del moderno ECD y b) Qué virtudes respecto a la práctica judicial tiene este concepto dual. El capítulo que sigue responderá a la primera, mientras que la segunda será objeto del capítulo subsiguiente.

12 Calsamiglia, Albert, 1997, pag. 492.

13 Cfr. Bulygin, Eugenio, 2009.

14 Cfr. Calsamiglia, Albert, 1997.

15 Cfr. Robert Alexy, 1989.

### III.- EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL CONCEPTO DUAL DEL DERECHO

El ECD es una forma de Estado reciente que data desde la Segunda Guerra Mundial. Para entenderla es necesario compararla con la forma de Estado que la antecedió: El Estado de Derecho (en adelante, ED). Seguidamente, en base a esta distinción, reflexionaremos sobre los alcances conceptuales de este tránsito.

#### 1. El Estado de Derecho

El ED (el *Rechtsstaat*) es la forma de Estado característica del siglo XIX. Se distingue y se opone históricamente a al *Machfstaat*, el Estado absolutista del siglo XVII y al *Polizoeistaat*, el Estado del despotismo ilustrado del siglo XVIII<sup>16</sup>.

Esencialmente, el ED no es más que la decapitación del rey en el poder absoluto, es el paso de la soberanía del discurso del rey a la soberanía del discurso del parlamento. De modo que el ED se identifica con la consagración del principio de legalidad -del imperio de la ley- en el Derecho. Bajo este principio no hay derecho oponible a los derechos legales, de ahí que ni las facultades del pueblo ni del gobierno valen más de lo que estipula la ley. En esencia, lo que el Derecho dice se agota en lo que la ley -y con ella el parlamento- dice.

El concepto del ED es, como bien se ha esforzado en demostrar Zagrebelsky, un concepto elástico. Debido a esto puede ser formal (cuando no incluye cierto respeto mínimo de derechos, como sucedió en la Alemania nazi) o sustancial (se incluyen derechos). Más allá del hecho de que no se le incluyan derechos mínimos en el concepto de ED – como el Estado formal de Derecho- o se le incluyen valores limitados - como el Estado liberal de

---

16 Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, 2005. Zagrebelsky, en este libro, prudentemente, destaca que estos tipos ideales solo son claros conceptualmente. Por esta razón, su valor estriba en el poder ordenar una serie de realidades que muchas veces escapan de esta tipología ideal. Además nos recuerda que es importante dar cuenta que esta tipología se basa en la historia constitucional del mundo continental, ya que en el mundo anglosajón los procesos tuvieron otras connotaciones.



Derecho- o se les preñe de derechos sociales – como el denominado Estado social de Derecho-, la nota característica sigue siendo el imperio de la ley. De ahí que los derechos esgrimidos se las toma como inherentes a la ley, fuera de ella no pueden triunfar. Es esta forma de entender los derechos lo que entrará en crisis en la época actual.

## 2. El Estado Constitucional de Derecho

La práctica judicial del ED que como ya hemos señalado consistía en una sacralización de la ley entrará en una etapa de crisis desde la Segunda Guerra Mundial. En términos generales podemos decir que el imperio de la ley cederá su lugar al imperio de la constitución. Para entender el significado de este tránsito de «imperio» es preciso aclarar, en primera instancia, el sentido de la «constitucionalización del orden jurídico» y sobre todo, aclarar el porqué hemos entendido al imperio de la constitución como una cosa opuesta al imperio de la ley. Conviene, pues centrarnos en estas cuestiones.

En primer término, la «constitucionalización del Derecho» está lejos de ser una cuestión de simple existencia de una Constitución política. En efecto, «el Estado liberal de Derecho es un Estado con una Constitución en el último sentido indicado, pero no sería un Estado constitucional porque la Constitución no tiene allí exactamente las mismas características (y, en consecuencia, no juega el mismo papel) que en los Estados occidentales en la última etapa de su desarrollo, esto es, fundamentalmente, a partir del final de la segunda guerra mundial»<sup>17</sup>. Por el contrario, la constitucionalización del orden jurídico es un fenómeno complejo que comporta un proceso gradual, no del todo o nada. En realidad, es el resultado de una serie de factores que forman los «síntomas de un orden jurídico constitucionalizado». Estos síntomas pueden no estar todos presentes, pues como acabo de indicar, es un proceso gradual. Para la enumeración de estos factores utilizaré el trabajo de Riccardo Guastini<sup>18</sup>.

Guastini destaca una serie de factores que significan la versión máxima de un Estado constitucionalizado. Entre ellos tenemos: a) La rigidez de las

17 Atienza, Manuel, 2007, pag. 199.

18 Cfr. Guastini, Riccardo, 2003.

constituciones, para modificar o derogar una norma constitucional se requiere procesos más áspersos. b) Incorporación de derechos fundamentales; c) Dotación de jerarquía suprema en el orden jurídico y la creación de la «reserva de la constitución», esto es, ciertas materias solo pueden ser derogadas por la constitución; c) Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución. Las normas de la Constitución son más que programas, son normas imperativas.; d) Se produce una «sobreinterpretación de la constitución», es decir, se va más allá que el sentido literal, de manera que se puedan extraer diversas normas y principios; e) Se asume que las normas constitucionales pueden ser aplicados directamente por los jueves; f) Se interpreta las normas subconstitucionales de acuerdo con la Constitución y g) Los debates y procesos políticos tienen como límite y herramienta a la Constitución.

Todos estos hechos suponen, sin duda alguna, un cambio. Sin embargo, más allá de constatar estos hechos podemos, también, volcar nuestros valores sobre ellos<sup>19</sup>. Pero más importante que tomar posición política en relación a estos cambios es responder a la pregunta de si esta transformación comporta realmente un cambio con implicancias conceptuales. En efecto, ¿podemos hablar de una nueva forma de Estado o simplemente de un cambio de ropaje del ED decimonónico?, o en todo caso, ¿es aún posible explicar el Estado actual mediante el enfoque positivista normativista? Respondamos a estas interrogantes.

### **3. Implicancias conceptuales de este tránsito**

#### **3.1. La institucionalización de la razón**

A todo lo escrito se le puede objetar, y efectivamente así ha sucedido, que el hecho que el imperio de la ley haya cedido frente al imperio de la constitución no significa nada más que el paso de la soberanía del legislador ordinario a la soberanía del «legislador» constitucional. A esta crítica debemos responder aclarando que en realidad «lo que caracteriza al “Estado Constitucional” actual es ante todo la separación entre los distintos aspectos o componentes del derecho en el Estado de derecho del siglo XIX estaban

---

<sup>19</sup> Cfr. Laporta, Francisco, 1999.

unificados o reducidos en la ley»<sup>20</sup>. No existe pues, como bien señala Zagrebelsky, soberanía abstracta por parte de la Constitución. Lo que en realidad hay es un libramiento de cuestiones que en el Derecho se encontraban suprimidos en el absolutismo de algún discurso bajo las formas de Estado que antecedieron al moderno ECD.

Esencialmente, esto no significa otra cosa que la pérdida de legitimidad de la autoridad en el ECD. De hecho, la crisis del legislador es un tránsito de la soberanía de la autoridad a la soberanía de la razón. En este sentido, la pretensión de autoridad no basta por sí misma para justificar decisiones. De ahí que vivamos una época donde las normas jurídicas no son simplemente manifestaciones de voluntad de la autoridad, sino que son sobre todo, decisiones debidamente justificadas a la luz de las disposiciones constitucionales. La ley ya no es más Derecho por tener la simple forma de ley, sino que es Derecho por respetar las razones constitucionales y su debida ponderación. En términos de Ferrajoli<sup>21</sup>, en el moderno ECD la validez de las normas no se agota en la validez autoritativa, sino que es necesario una validez sustancial.

Este desdoblamiento de la validez jurídica se identifica con lo que Alexy ha denominado la «institucionalización de la razón»<sup>22</sup>. De hecho, la institucionalización de la necesidad de una razón práctica para la aplicación del Derecho es la nota característica del ECD. Se puede decir que el Derecho de nuestro tiempo presenta una doble dimensión<sup>23</sup>: Una real, fáctica o autoritativa y otra ideal, correctiva o justificativa.

### 3.2. Positivismo jurídico

Actualmente, se entiende por «constitucionalismo» dos cosas diferentes<sup>24</sup>. Un fenómeno histórico donde la razón yace institucionalizada mediante una constitución y un paradigma teórico para poder abordar académicamente este fenómeno. Efectivamente, una cosa es defender un cambio real de for-

20 Zagrebelsky, Gustavo, 2005, pag. 45.

21 Cfr. Ferrajoli, Luigi, 2003.

22 Cfr. Alexy, Robert, 2009.

23 Cfr. Alexy, Robert, 2011.

24 Cfr. Comanducci, Paolo, 2003.

mas de Estado y otra distinta es defender un concepto del Derecho distinto para su tratamiento.

Líneas arriba cité a dos autores positivistas – Ferrajoli y Guastini- no en vano, pues me sirve como introducción para el siguiente problema conceptual. Tantos autores positivistas como no-positivistas pueden estar de acuerdo en aceptar al fenómeno descrito como dotado de una cualidad digna de ser tomado como algo «cualitativamente distinto» al ED. Sin embargo, hemos de resaltar que el consenso se acaba aquí. Las discrepancias son patentes al momento de tratar el problema sobre el paradigma conceptual adecuado para su tratamiento.

De esta forma, Luigi Ferrajoli sostiene que el positivismo jurídico aún está legitimado académicamente, pues si bien en el Derecho hay una dimensión valorativa (razón institucionalizada), esta dimensión yace sometida a la pretensión de autoridad (positivización) del Derecho. Esto es así porque «el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanza con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivización no sólo ya del *ser del Derecho*, es decir, de sus condiciones de ‘existencia’, sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de ‘validez’»<sup>25</sup>.

Por lo demás, es esta característica lo que hace que el positivismo jurídico sea insuficiente, como veremos en el siguiente capítulo, para dar cuenta debidamente de la práctica judicial del ECD. Deviene en incapaz ya que «el ver lo valioso como derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de las directivas (...) inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales. La primera es la de los conflictos entre principios, (...) Algo análogo ocurre con la discusión, hoy tan de actualidad, sobre las excepciones implícitas a las reglas. Tan sólo parece poder darse cuenta coherentemente de ellas como supuestos de sobreinclusión por parte de las reglas en relación con las razones, esto es,

---

25 Ferrajoli, Luigi, 2003, pag. 19.

con los juicios de valor, subyacentes»<sup>26</sup>. Es preciso seguir insistiendo en el hecho de que esta insuficiencia se debe esencialmente, al hecho de que el positivismo jurídico es una concepción del Derecho que defiende un concepto de Derecho exclusivamente como un sistema de normas dotadas de autoridad e ignora la perspectiva del participante para explicar la soberanía de la razón (dimensión correctiva) en casos puntuales donde la justificación de las decisiones jurídicas no son «fáciles» y por tanto relativamente independientes de la autoridad. De hecho, fracasa porque no logra entender que el derecho no consiste en solo interpretar textos, sino que también se interpreta prácticas convencionales.

Ante esta contingencia, debemos dejar atrás el concepto positivista del derecho (que es unidimensional-normativo-autoritativo) y entender que, «en contra de lo que han sostenido algunos autores como Ferrajoli, Comanducci o Prieto, el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el Derecho»<sup>27</sup>. En su remplazo hemos de adoptar un concepto dual que sea capaz de dar cuenta de las dos dimensiones del Derecho de nuestro tiempo, dimensiones que en realidad no se presentan subordinadas una con otra como pretende encuadrarlas el positivismo ferrajoliano.

#### IV.- VIRTUDES DEL CONCEPTO DUAL DEL DERECHO

En términos generales, se puede sostener que el gran mérito de la propuesta que defiende es el dar cuenta con mayor detalle de «la argumentación en el Derecho», que es otra forma de tratar la institucionalización de la razón. Esta cuestión es fundamental pues como el profesor Atienza bien sostiene<sup>28</sup>, ninguna concepción del Derecho que se ha esgrimido en la historia del pensamiento jurídico es capaz de esclarecer con total claridad la argumentación en el Derecho. A su vez, esto nos permite construir, eficientemente, una «teoría de la argumentación jurídica», pues, necesariamente hemos de teorizar algo que este

---

26 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 2007, pag.24.

27 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 2007, pag.25.

28 Cfr. Atienza, Manuel, 2006.

dentro del alcance de nuestra idea de lo jurídico.

Dicho esto, nos toca ahora elucidar el alcance de este logro<sup>29</sup>. Para ello repararemos en dos fenómenos de la práctica judicial contemporánea que los teóricos han denominado «tensiones internas del Derecho». Nos valdremos de estas tensiones para evidenciar cómo mi propuesta conceptual sirve para su adecuado desarrollo.

### **1. Las tensiones internas del Derecho<sup>30</sup>**

Las tensiones internas del Derecho son, *grosso modo*, el resultado del conflicto interno entre la corrección y la autoridad en el Derecho. En otras palabras, son el producto de un desajuste entre lo que prescribe la autoridad jurídica y lo justificativo de las decisiones jurídicas. Esta tensión se manifiesta en la distinción entre la validez – entendida como perteneciente a un sistema – y la aplicabilidad de las normas jurídicas. De modo que normas sin dotación autoritativa son aplicadas y normas dotadas de autoridad son inaplicadas. Debemos tratar estos dos casos por separado.

#### **1.1. La aplicación de normas no dotadas de respaldo autoritativo**

En un concepto de Derecho donde lo valorativo se deriva de lo ordenado por una autoridad solo es posible dar cuenta de la existencia y validez de aquellos casos donde la propia autoridad provee de conceptos valorativos en las normas jurídicas. Conceptos como «trato degradante», «abuso de derecho», «trato cruel», «dignidad humana», «buena fe», etc. son ejemplos de la remisión del legislador (ordinario o constitucional) a las «convenciones interpretativas vigentes en un determinado colectivo social»<sup>31</sup>, convenciones que están exentas de cualquier respaldo autoritativo., cuya validez es meramente moral.

Sin perjuicio de lo escrito hasta ahora, hay casos donde estas convenciones interpretativas emergen a la práctica judicial sin la necesidad de una remisión de la autoridad. En estos asuntos se considera que, utilizando los

---

29 No hay aquí ánimos exhaustivos, de ahí que se puedan encontrar otras virtudes de nuestra propuesta conceptual.

30 Este apartado se ha basado en Ródenas, Ángeles, 2012.

31 Cfr. Bayón, Juan Carlos, 2002.

términos de Schauer<sup>32</sup>, las «formulaciones normativas» de las reglas dicen menos de lo que dan a entender sus «justificaciones subyacentes». En efecto, cuando los jueces interpretan «extensivamente» una regla, en realidad se están apartando de lo institucionalmente dispuesto y aplican «razones morales» para la extensión normativa. ¿Hay acaso algún mecanismo meramente legislativo que establezca la existencia de este tipo de interpretación? ¿Es necesario que lo haya? En lo absoluto, esta forma interpretativa es una creación doctrinal e independiente de su positivización.

A la luz de un concepto del Derecho donde solo se preste consideración al Derecho como sistema de normas dotadas de autoridad, la aplicación de estas cuestiones quedan, ineluctablemente, fuera del alcance del «fenómeno de lo jurídico». Bajo este concepto, el Derecho renuncia a estas cuestiones, pues dicen estos teóricos, quedan en la «discrecionalidad del juez». A todo esto hemos de preguntarnos, seriamente si, ¿es verdad que al Derecho le deja de interesar la manera como estas convenciones interpretativas sobre los valores son aplicados?, ¿al derecho le debe dejar de interesar como las normas jurídicas son interpretadas más allá de su formulación literal?, ¿el juez puede decidir cómo le crea conveniente, porque va más allá de lo dispuesto por el “Derecho”?, ¿el derecho debe darle la espalda a lo que efectivamente creen los jueces que aplican<sup>33</sup>?, ¿debemos, sin más, rechazar lo que los jueces o los otros operadores jurídicos creen porque el Derecho es un objeto independiente de ellas<sup>34</sup>? Después de reflexionar estas preguntas, no es difícil darnos cuenta de la insuficiencia de un concepto de Derecho como el que defiende el positivismo normativista.

En realidad, la única forma de poder tratar este fenómeno es mediante un concepto de que dote de cierta independencia a la «argumentación en el de-

32 Cfr. Schauer, Frederick, 1991.

33 Dworkin, ha demostrado que los jueces de nuestros tiempos no aplican el derecho de una forma habitual, sino que se sienten vinculados jurídicamente a ello. Cfr. Dworkin, Ronald, 1977.

34 A ello debemos responder que «una buena teoría del derecho es la que logra proporcionar una imagen del Derecho que sea capaz de organizar en un todo coherente las ideas fundamentales compartidas en la cultura jurídica pública de nuestras comunidades jurídicas» Juan Ruiz Manero. 2014. pag. 124.

recho». Dado que solo así, entendiendo la dimensión correctiva del derecho como no derivado de lo autoritativo, podemos sostener que «una cosa es admitir que los jueces puedan aplicar normas que no resultan identificables de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes y otra diferente es hablar de discrecionalidad en estos casos. El derecho no renuncia a determinar cuándo los jueces pueden aplicar normas no identificables autoritativamente. Tampoco resulta indiferente cuál deba ser su contenido. El operador jurídico que aplique una norma no identificable autoritativamente tendrá que desarrollar una argumentación tendente a mostrar que, de acuerdo con el derecho, concurren razones para resolver el caso aplicando tal norma y que el contenido de dicha normas es coherente con el resto de valores del ordenamiento»<sup>35</sup>.

### **1.2. La inaplicación de normas dotadas de respaldo autoritativo**

La inclusión de la valoración en el derecho establece dos tipos de normas, los principios y las reglas. Ambos tipos de normas yacen dotadas de respaldo autoritativo, sin embargo, la «aplicación» de ambas no dependen de dicha dotación. De hecho, naturalmente, los principios no son aplicables en un caso concreto por su consagración en la constitución, sino por su «peso» en el caso concreto. Por su parte, las reglas son inaplicadas por una previsión legislativa, pero también por cuestiones que trascienden la remisión autoritativa.

En el caso de los principios, de acuerdo a la ley de la colisión, la aplicación de estos significa ineludiblemente la inaplicación de otros principios. Es una realidad -hasta deseable- que el sistema normativo sea indiferente a cómo, efectivamente, los principios son aplicados. De modo que el cómo de esta aplicación de normas esté, ineludiblemente, en manos de los teóricos del derecho y de la jurisprudencia (de nuestras convenciones interpretativas). Que sea necesaria una construcción supone que los principios no determinan por sí mismos su aplicación en los casos concretos, como lo entendió Dworkin. Por el contrario, los principios son insuficientes, de ahí que «los niveles de regla y de los principios deben ciertamente complementarse con un tercero, a saber, con una teoría de la argumentación jurídica»<sup>36</sup>.

---

35 Ródenas, Ángeles, 2012, pag. 110.

36 Alexy, Robert, 2010, pag. 21.



Si los principios no determinan por sí mismos «la respuesta correcta», entonces debemos valernos de construcciones teóricas para dotar de racionalidad a la aplicación y sobre todo la inaplicación de principios constitucionales. Entre las muchas posibles, una de las formas de dotación de coherencia en la aplicación de principios es la estructura de la ponderación<sup>37</sup>. Esta construcción teórica que va más allá de lo que dispone la autoridad en el Derecho, ha dominado la justicia constitucional en los últimos años.

En el caso de las reglas, en muchas ocasiones el legislador regula la inaplicación de ellas. Utiliza metareglas como son los criterios de especialidad, jerarquía y cronología. Además se vale de mecanismos como los ilícitos atípicos para controlar la aplicación reglas permisivas (ejemplo de estos mecanismos es la clásica prohibición del «abuso de derecho») y de mecanismos que regulan la aplicación de reglas prohibitivas como son las causas de justificación en materia penal.

Por lo demás, los principios jurídicos no solamente son utilizados cuando no hay reglas de por medio. La práctica judicial nos demuestra que en realidad estos principios que aparecen como una «justificación subyacente» de una regla muchas veces regulan el caso a pesar de que haya una regla clara y lógicamente coherente con el sistema normativo. Este fenómeno donde una regla (norma dotada de autoridad) es inaplicada en virtud de su justificación subyacente se ha denominado como «la principalización de los casos». Veamos dos casos concretos para entender más detalladamente este fenómeno de la práctica judicial contemporánea.

Supongamos que una regla R: “Prohibido fumar” es válida en un país X. Supongamos también que la justificación subyacente de esa regla es la protección de la salud de los terceros no fumadores. Dos casos llegan a las cortes de X. El primero de ellos es uno donde el denunciado es una persona ha fumado en un cuarto cerrado sin afectación de un tercero, ¿realmente la regla es aplicable en este caso? La moderna práctica judicial considera que en este caso la «formulación normativa» dice más de lo que debería decir a la luz de su «justificación subyacente», considera, a fin de cuentas, que

---

37 Cfr. Alexy, Robert, 1997.

el caso queda fuera del alcance de la regla. Un segundo caso se configura donde hay ensayo clínico en un hospital dónde se busca estudiar el impacto pasivo del humo del cigarrillo. En este caso, se asume que el caso sí está dentro del alcance de la regla, pero es una «excepción implícita» a la misma, pues hay un principio, como el de la salud pública, que derrota a esa justificación subyacente en ese caso en concreto.

Estos dos últimos ejemplos son muestras de cómo la práctica judicial hace uso de la «interpretación restrictiva». Y es patente que a la luz de un concepto limitado como el del positivismo normativista este fenómeno de la práctica judicial es desatendido tanto en su existencia como en su aplicación. Nuevamente aquí surgen las preguntas tan odiadas o «recalcitrantes» que los positivistas desprecian, en efecto, ¿el Derecho debe desatender al cómo sus normas son inaplicadas?, ¿debe darle la espalda a la ponderación y a los casos donde se considera a un caso como excepción o fuera del alcance de una regla? Por lo demás, solo a la luz de un concepto de Derecho que entienda lo jurídico también como una práctica argumentativa puede mostrarse potencialmente capaz de participar y de brindar herramientas para su desarrollo teórico. Tener que participar teóricamente, como juristas, de estas discusiones es esencial porque la práctica judicial nos revela que «los aplicadores del derecho no son libres de formular cuantas excepciones o exclusiones del alcance de las normas deseen y cuando lo deseen. (...). El juez [está convencido que] tendrá que desarrollar una argumentación tendente a mostrar cuál es el balance de razones que subyace a la formulación normativa cuya aplicación se pretende restringir»<sup>38</sup>.

## **2. Tomando en serio nuestros derechos**

Estas tensiones internas del Derecho nos dejan bien en claro la insuficiencia de un concepto de Derecho como el criticado a lo largo del presente trabajo. A la vez, cumplen con la tarea de revelarnos las virtudes de un concepto como el que propongo. En efecto, creo que nadie, que se tome en serio las preocupaciones de los jueces puede permitir que estas contingencias de la práctica judicial queden fuera del alcance de nuestra idea de «lo jurídico» - de modo que esta práctica judicial no sea una práctica jurídica- por una

---

38 Ródenas, Ángeles, 2012, pag.

pretensión de «pureza» o de «claridad conceptual». No es tolerable que en virtud de una simpleza explicativa debamos darle la espalda a la práctica judicial dejando en zonas de penumbra la aplicación de las convenciones interpretativas donde están en juego mucho de nuestros más importantes derechos. Inspirado en el espíritu de Dworkin<sup>39</sup>, termino esta parte sosteniendo que un concepto de Derecho que sirva para una teoría jurídica para la práctica, es la única vía por la cual podemos empezar a tomar seriamente nuestros derechos.

## V.- AMBICIONES DE MI PROPUESTA: ESENCIALISMO VS CONVENCIONALISMO

Es oportuno ahora centrarnos en un problema distinto. Constantemente a lo largo del presente trabajo me he referido al concepto dual como «el mejor concepto en el contexto del ECD». He tomado como supuesto que el valor de un concepto está en función de cuestiones prácticas. En todo caso, ¿qué significa sostener que el valor de un concepto dependa de la explicación de algo? Nos toca ahora reflexionar sobre esto. Para ello hemos de traer a colación las dos posturas posibles en el campo desde la teoría de los conceptos (esencialismo y convencionalismo).

En primer término, los esencialistas entienden que existen conceptos «verdaderos» y que la verdad de un concepto se deriva de la capacidad que tenga este para aprehender la «naturaleza» de los fenómenos de la realidad. En el contexto que nos interesa, una posición iusfilosófica esencialista<sup>40</sup> que se esfuerza por encontrar la esencia del Derecho encontrará más adecuado un concepto cuanto más logra informar acerca de la «realidad inmutable» de «lo jurídico».

Por su lado, los convencionalistas, suponen que las «esencias» de las cosas es una ficción filosófica producto de un mala comprensión de nuestro

39 Cfr. Dworkin, Ronald, 1977, 1986 y 2007.

40 Entre ellos tenemos a los positivistas, iusnaturalistas, realistas y algunos no-positivistas principalistas como Alexy.

lenguaje. Si no hay esencias entonces no existen conceptos «verdaderos». De ahí que la adecuación de un concepto esté en función de su utilidad y no de su «cognoscibilidad esencial».

Hecha esta distinción resultan claro ahora las ambiciones de mi propuesta conceptual<sup>41</sup>. Efectivamente, en un objeto cultural como el Derecho no es factible hablar de esencias. Con toda razón Dworkin sostuvo que es cierto que «los átomos y el ADN de los animales tienen estructuras físicas inherentes, y tiene sentido suponer que estas estructuras determinan la “esencia” del hidrógeno o de un león. Pero no hay nada comparable en una práctica social compleja. ¿Dónde deberíamos buscar esa “esencia” o naturaleza? (...) ¿Qué es lo que en el mundo físico, histórico o social nos impone estas “verdades” conceptuales con plena independencia de nuestros propósitos políticos y morales?»<sup>42</sup>.

La distinción también me habilita para justificarme acerca del uso del sintagma «concepto dual del derecho». El uso de esta expresión me sirve para distanciarme de, llamémosle así, la versión fuerte o esencialista de la teoría dual del Derecho. En efecto, esencialistas como Robert Alexy no nos hablan de un «concepto bidimensional» sino de una «doble naturaleza del derecho»<sup>43</sup>. Esto es así porque para los esencialistas los conceptos, no son más que parásitos ideales de la naturaleza de las cosas, de ahí lo poco importante de tratarlos. Por el contrario, si asumimos la inexistencia de las esencias de las cosas, la única posibilidad factible es tratar la propuesta como un «concepto bidimensional», pues, en objetos culturales como el derecho no hay una distinción tajante entre objeto y concepto.

A esta última forma de tratar la bidimensionalidad en el Derecho se le puede denominar la versión «débil» del bidimensionalismo. Al respecto Pierluigi Chiassoni sostiene la tesis que la renuncia al esencialismo significa la

---

41 Aunque es preciso deslindarme de una absoluta posición antiesencialista.. Mi posición no es tan radical, ya que solo asumo que, por lo menos, en objetos culturales como el derecho no es posible hablar de esencias ya que en estos objetos no es posible diferenciar nítidamente el objeto de la representación (concepto). Cfr. García Figueroa, Alfonso, 2011.

42 Dworkin, Ronald, 2007, pag. 234.

43 Cfr. Alexy, Robert, 2011.

inutilidad del propio bidimensionalismo, pues asegura en estas condiciones «se puede “renunciar” a incluir en el concepto de derecho la propiedad clasificatoria necesaria u objetiva de corrección, y al mismo tiempo, a) ser conscientes de las conexiones contingentes entre el derecho positivo y moral, y b) abogar, sobre el plano de la filosofía iuspolítica y de la política del derecho, la instauración de sistemas jurídicos que protejan los mismos valores a los cuales se conecta el concepto alexyano (racionalidad, libertado, igualdad, derechos humanos). Lo que constituye, por ejemplo, un rasgo central del constitucionalismo iuspositivista y garantista de Luigi Ferrajoli»<sup>44</sup>.

Más allá del hecho de que una posición como la defendida por Chiassoni y Ferrajoli sea contradictoria respecto a la relación entre derechos fundamentales y política jurídica<sup>45</sup>. Esencialmente, una posición con estas características se muestra inhabilitada, como ya lo hemos desarrollado, respecto a su participación competente de los diversos debates y sectores de la práctica judicial de nuestro tiempo.

El desarrollo de las tensiones internas del derecho nos sirve entonces, para darle base a una concepción débil de la bidimensionalidad del derecho. Nos es útil dado que permite verificar que hay buenas razones para no considerar que la renuncia al esencialismo en realidad agote las posibilidades para un bidimensionalismo conceptual.

## VI.- CONCLUSIONES

1. El concepto de derecho, como la luz, puede – y debe – tener un carácter dual. De modo que cada dimensión conceptual, llamémosle así, tenga su estructura ontológica en dos perspectivas distintas frente al derecho: la del observador y la del participante.
2. El ECD es una forma estatal cualitativamente diferente al ED. Diferente en la medida en que el imperio de la autoridad dimite frente el imperio de la razón.

<sup>44</sup> Chiassonni, Pierluigi, 2011, pag. 140.

<sup>45</sup> Cfr. Alterio, Ana M., 2011.

3. La nota característica del ECD es, pues, la institucionalización de la razón, esto es, la obligación en el derecho de justificar para hacer «válidas» las decisiones legislativas y judiciales. Así, en el ECD la tan citada frase kelseniana «el derecho puede tener cualquier contenido» carece de todo sustento institucional.
4. El concepto de Derecho del positivismo jurídico normativista – que tanta influencia e importancia ha tenido, sobre todo con el influjo de dos grandes pensadores como Kelsen y Hart – debe ser superado dado que la subordinación conceptual de la dimensión correctiva a la autoritativa del Derecho de nuestro tiempo deja fuera del campo de lo jurídico diversos fenómenos importantes de la práctica judicial del ECD.
5. Un concepto bidimensional del Derecho (donde se otorgue relativa independencia a la corrección de la autoridad) permite entender como parte de «lo jurídico» esta «zona oscura» de la práctica judicial donde son aplicadas convenciones interpretativas cuya validez es meramente moral y son inaplicadas normas autoritativas por razones morales.
6. Entender como parte de nuestra idea del Derecho estas contingencias de la práctica judicial es importante para una «teoría para la práctica». En efecto, en lugar de dejar en la orfandad de su «discrecionalidad» a los jueces, el Derecho ha de brindar herramientas teóricas para que el juez resuelva los casos, cuando –dado la forma estatal de nuestro tiempo– sienta que los casos deben verse a luz de ciertas convenciones interpretativas. Es esta importancia la que se refleja en el auge actual de las modernas teorías de la argumentación jurídica.
7. No existe una «esencia del derecho». El concepto bidimensional que defiende no busca la «naturaleza del derecho», por el contrario, pretende ser válido en la medida en que sirva para explicar las contingencias de la práctica judicial de «nuestro derecho». La renuncia al esencialismo hace que el bidimensionalismo que defendemos sea uno de carácter débil – esto frente al bidimensionalismo fuerte-esencialista de Alexy –, a la vez, esta debilidad conceptual no torna insostenible al bidimensionalismo, pues hay razones prácticas para su defensa.
8. La importancia de la obra de Dworkin radica en su lucha por una teoría que se interese por las preocupaciones de los operadores jurídicos. En efecto, él entendió que solo así, volcando el concepto de Derecho a estas contingencias donde están en juego mucho de nuestros más importantes

derechos, hemos de construir una teoría útil para la práctica que sea capaz de responder al participante sobre qué es lo que el derecho «dice» en cada cuestión. Se puede decir, pues, que todos los trabajos -entre los cuales pretende enmarcarse el mío- que pretenden construir un concepto útil para la práctica judicial (los denominados «neoconstitucionalistas» o «pospositivistas»), son descendientes y están apoyados sobre el pensamiento de Ronald Dworkin.

## VII.- BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1975): *Introducción a la metodología de las ciencias sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- Alexy, Robert. (1994): *El concepto y validez del Derecho y otros ensayos*, Gedisa, Barcelona.
- Alexy, Robert (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Alexy, Robert (1997): *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Alexy, Robert (2009): «Los principales elementos de mi filosofía del Derecho» en *Doxa*, num 32.
- Alexy, Robert. (2010): *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México.
- Alexy, Robert. (2011): «La doble naturaleza del Derecho» en Carlos Bernal Pulido (edición de), *La doble dimensión del Derecho*, Palestra, Lima.
- Alfonso Ruiz, Miguel (1997): «Derecho y punto de vista Moral» en *Anuario de filosofía del derecho*, número 14.
- Alterio, Ana (2011): «La esfera de lo indecible en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: Un análisis crítico» en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, número 13.
- Atienza, Manuel (2006): *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.
- Atienza, Manuel (2007): «Argumentación y constitución» en *Anuario de filosofía del derecho*, número 24.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2007). «Dejemos atrás el positivismo jurídico» en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 27.

- Bayón, Juan Carlos (2002): «Derecho, convencionalismo y controversia» en María Cristina Redondo (compilación de), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona.
- Bulygin, Eugenio (1998): «Sobre observadores y participantes» en *Doxa*, número 21.
- Bulygin, Eugenio (2009): «Mi filosofía del Derecho» en *Doxa*, número 32.
- Calsamiglia, Albert (1997): «Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación» en *Anuario de filosofía del derecho*, número 14.
- Chiassonni, Pierluigi (2011): «Alexy y la doble naturaleza del Derecho: comentarios escépticos» en Carlos Bernal Pulido (edición de), *La doble dimensión del Derecho*, Palestra, Lima.
- Comanducci, Paolo (2003): “Formas de (neo)constitucionalismo”, en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid
- Dworkin, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- Dworkin, Ronald (1988): *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona.
- Dworkin, Ronald (2007): *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi (2003): «Pasado y futuro del Estado de Derecho» en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- García Figueroa, Alfonso (2011): «Derecho, metafísica y naturaleza» en Carlos Bernal Pulido (edición de), *La doble dimensión del derecho*, Palestra, Lima.
- Guastini, Riccardo (2003): “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- Laporta, Francisco (1999): “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, en *Doxa*, número 22.
- Raz, Joseph (2001) *Ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona.
- Ródenas, Ángeles (2012) *Los intersticios del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- Ruiz Manero, Juan (2014): *El legado del positivismo jurídico*, Palestra, Lima.
- Schauer, Frederick (1991): *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision- Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford.
- Zagrebelsky, Gustavo (2005): *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta.