

UNIVERSIDAD DE BURGOS – UBU



Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público – Filosofía de Derecho

Programa de Doctorado en Derecho Público

Tesina:

Neoconstitucionalismo y la Teoría del Derecho

La teoría neconstitucionalista y su compatibilidad con el positivismo jurídico

Profesor Doctora Nuria Belloso Martín

Alumno Orientado: Don Max Möller

Comunidad Autónoma de Castilla y León

Julio/2007

Provincia de Burgos

Ciudad de Burgos

Tesina:

Neoconstitucionalismo y la Teoría del Derecho
La teoría neconstitucionalista y su compatibilidad con el positivismo jurídico

Profesora Doctora Nuria Beloso Martín

Alumno Orientado: Don Max Möller

AGRADECIMIENTOS

A Mariana.

A mis amigos, patrimonio más precioso que tengo juntamente con mi familia; los cuales ayudaran a hacer mucho más agradable esta instancia en Burgos. En especial a los Dotorandos D. Frabricio Rafael Mattos y D. Rubens Lozada Menezes.

Especial agradecimiento a mi orientadora Doctora Nuria Belloso Martín, por la disponibilidad, la paciencia y por el excepcional magisterio jurídico que me dedicó. La tengo como un verdadero ejemplo de maestra.

RESUMEN

El movimiento jurídico propio del Estado constitucional de derecho - denominado neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o postpositivismo -, ha evidenciado los muchos cambios que ha sufrido el derecho respecto a muchos de sus temas principales, entre los cuales, la estructura de las normas, la técnica interpretativa y las fuentes del derecho. Esto ha provocado muchas dudas respecto a las teorías del derecho existentes, principalmente respecto a la afirmación que el neoconstitucionalismo es antipositivista y que la tesis de la neutralidad, consistente en la no conexión necesaria entre el derecho y la moral no puede más ser sostenida. En este contexto, la presente investigación tiene por objetivo abordar los principales puntos relativos a las críticas que sufre el positivismo jurídico así como analizar las alternativas que se proponen como teoría del derecho en caso de una sustitución de una concepción positivista del derecho. Además, nos hemos propuesto a analizar como el positivismo se ha reinventado – principalmente a partir de una fuerte influencia de la doctrina anglo-sajona, para ofrecer una explicación adecuada y coherente al derecho actual. Así que en esta investigación está desarrollado el tema de la compatibilidad del neoconstitucionalismo con el positivismo jurídico.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I. Iusnaturalismo.

1.1. Evolución de la concepción iusnaturalista sobre el derecho.....	02
1.2. Concepto de iusnaturalismo.....	07
1.3. Organización normativa.....	10
1.4. El derecho natural.....	14
1.4.1. Características de los derechos naturales.....	16
1.4.1.a. Inalienabilidad.....	17
1.4.1.b. Universalidad e inmutabilidad.....	19
1.5. Críticas a la teoría iusnaturalista.....	21
1.6. Conclusiones.....	25

CAPITULO II. El positivismo jurídico.

2.1. El positivismo clásico.....	31
2.1.1. Orígenes del positivismo jurídico.....	32
2.1.1.a. Il legicentrismo y la concentración de las fuentes del derecho en el Estado.....	32
2.1.1.b. Situación histórica y política del surgimiento del positivismo jurídico.....	34
2.1.1.c. Separación del derecho respecto a la política.....	35
2.1.2. Principales afirmaciones del positivismo clásico.....	36
2.2. El positivismo moderno.....	39
2.2.1. El positivismo jurídico de Hans Kelsen.	40
2.2.2. El positivismo jurídico de Herbert Hart.....	43
2.2.2.a. Puntos de vista interno e externo.....	48
2.2.3. Puntos de conflicto entre las tesis defendidas por el positivismo moderno y el neoconstitucionalismo.....	52
2.2.3.a. Iuspositivismo y legitimidad democrática.....	54
2.2.3.b. Estructura abierta de las normas.....	56
2.2.3.c. Primeras consideraciones respecto a la relación entre el derecho y la moral en el positivismo jurídico.....	58
2.3. El positivismo contemporáneo.....	67
2.3.1. Positivismo incluyente y excluyente.....	68
2.3.2. Las críticas de Ronald Dworkin a la posición incorporacionista.....	72
2.3.2.a. La incorporación de la moral.....	72

2.3.2.b. La estructura normativa.....	74
2.3.2.c. Función epistémica.....	77
2.3.2.d. El derecho como hecho social.....	82
2.4. Conclusión.....	84

CAPITULO III. Neoconstitucionalismo y la teoría del derecho.

3.1. Concepto del neoconstitucionalismo.....	89
3.1.1. Definición ideológica.....	90
3.1.2. Definición terminológica.....	93
3.1.3. Características del neoconstitucionalismo.....	95
3.1.3. a. Rigidez constitucional.....	96
3.1.3. b. Garantía jurisdiccional de la Constitución.....	96
3.1.3. c. Fuerza vinculante de la Constitución.....	98
3.1.3. d. Sobre la interpretación de la Constitución.....	100
3.1.3. e. Aplicación directa de las normas constitucionales.....	102
3.1.3. f. Interpretación conforme a las leyes.....	103
3.1.3. g. Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.....	106
3.2. Derecho y moral en el neoconstitucionalismo.....	108
3.2.1. La discusión entre R. ALEXY y E. BULYGIN sobre la pretensión de corrección del derecho.....	109
3.2.2. Neoconstitucionalismo, derecho y moral.....	118
3.3. El neoconstitucionalismo como teoría del derecho.....	122
3.3.1. Neoconstitucionalismo como ideología.....	125
3.3.2. Neoconstitucionalismo teórico.....	128
3.4. Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo.....	131
3.4.1. Constitución y derecho natural.....	133
3.5. Conclusiones.....	137

CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

Parece ser tesis pacífica que el Estado constitucional de derecho y el movimiento jurídico que lo acompaña - el cuál denominamos neoconstitucionalismo, para hacer un confrontación con el constitucionalismo débil del Estado liberal – ha introducido muchas innovaciones en la actividad judicial así como en la propia manera de concebir el derecho. Estas innovaciones se refieren principalmente a una redescubierta de una teoría normativa, donde las normas no más se resumen a simples reglas, sino dividen espacio con los principios y los valores; a una alteración de las fuentes del derecho, donde la jurisprudencia cobra un papel más destacado; así como en la propia teoría de interpretación, puesto que las normas tienen estructura más abierta y compleja que ya no permiten su aplicación por la simple subsunción. Todos estos cambios ponen de relieve que el derecho ha sufrido una profunda transformación.

Consideradas estas transformaciones, muchas son las voces que anuncian el fin del positivismo jurídico como ciencia capaz de explicar al neoconstitucionalismo. De acuerdo con el posicionamiento positivista como teoría del derecho, este siempre ha propuesto un análisis epistémico respecto al derecho, es decir, que el conocimiento del derecho presupone una posibilidad de descripción coherente de la práctica jurídica. Siempre se ha propuesto a explicar el derecho que es, no el derecho que debe ser. En el momento en que los cambios considerables sufridos por el derecho permiten que los elementos de definición de la práctica jurídica estean frecuentemente relacionados con límites y normas o contenidos morales, es necesario verificar si el positivismo continua a sostener una teoría adecuada y coherente respecto al derecho o, en caso negativo, cuales son las alternativas ante la ausencia de una teoría del derecho positivista.

Así que el objetivo principal de esta investigación es el de verificar si el positivismo jurídico actual se presenta todavía como una teoría del derecho capaz de explicar el

neoconstitucionalismo y todas las repercusiones que la adopción de este modelo implican al derecho, es decir, si el positivismo jurídico es capaz de explicar el derecho neoconstitucionalista.

Para contestar a esta pregunta, algunos puntos nos han parecido esenciales, lo que ha correspondido a nuestra opción por dividir la investigación en tres capítulos.

El primer, consiste en un análisis del iusnaturalismo y de como esta teoría o concepción sobre el derecho comparte ideas y doctrinas respecto al modelo neoconstitucionalista, al punto de este último haber revivido muchas de las ideas consideradas superadas respecto a la concepción iusnaturalista. En esto análisis hemos procurado presentar algo sobre la relación del iusnaturalismo con el derecho positivado y la consideración de un derecho superior, que contenía normas materiales y inmutables como era el derecho natural. El abordaje se explica en razón de las similitudes que el modelo del derecho natural presenta en relación a un modelo de constitución normativa defendido por el neoconstitucionalismo, por lo que su estudio parece importante no sólo para destacar los puntos de contacto, sino también para demostrar las diferencias entre ambas concepciones. Para tal, hemos destacado las principales características del derecho natural, así como su papel de hacer del derecho el instrumento de garantía de determinados valores morales, los cuales no pueden ser objeto de disposición por el poder político.

De otro lado, hemos revisado las críticas hechas al iusnaturalismo cuando confrontado con un modelo positivista de análisis del derecho, de forma a verificar cuales de estas críticas todavía permanecen. En este punto específico, hemos dado especial atención al objetivo de la propuesta iusnaturalista en lo que se refiere a la teoría del derecho, es decir, verificar si la propuesta iusnaturalista presenta una posición eminentemente descriptiva o analítica respecto al derecho, tarea a la cual se propone la teoría del derecho o si su intención es más relacionada con la garantía de un carácter ético básico al derecho (prescriptivo), donde este sirve como instrumento de garantía de determinados derechos.

En el segundo capítulo, dedicado al positivismo jurídico, hemos intentado presentar una evolución de sus principales tesis al largo de su reciente historia. En este punto, hemos puesto especial atención en la separación entre las tesis ideológicas y las tesis descriptivas, puesto que a partir de estas últimas es que se inaugura efectivamente una teoría del derecho. Es en la descripción y en el análisis del fenómeno jurídico que se construye la teoría del derecho y

no a través del establecimiento de condiciones y rumbos a ser seguidos por el derecho. Dentro del análisis teórico y descriptivo hemos intentado presentar la evolución del propio derecho, que ha cambiado de un Estado liberal a un Estado social, destacando que muchas de las tesis positivistas pueden ser consideradas desactualizadas exactamente porque describían un otro sistema jurídico, no porque estuviesen erradas como teoría. Sobre esto, es interesante destacar, que esas tesis que eran descriptivas de un otro modelo, son frecuentemente utilizadas por los críticos del positivismo jurídico cuando afirman su superación como teoría del derecho.

A partir de estas críticas, analizamos como son tratadas por el positivismo las principales tesis defendidas por el neoconstitucionalismo y todos los cambios que esta concepción de derecho ha causado en los sistemas jurídicos, principalmente las relativas en el carácter moral del derecho, la presencia de principios, la nueva postura de los jueces, la crisis de la ley, etc.. De acuerdo con las respuestas a estas críticas es posible verificar el surgimiento de un positivismo contemporáneo, el cuál no deja de contestar las críticas que le hacen los llamados antipositivistas, y que influenciados por las ideas de HART, acaban por presentar explicaciones a partir de puntos de vista no muy habituales a los juristas de tradición europeo-continental. Así como el constitucionalismo sufre influencia de los modelos anglosajones, a partir del neoconstitucionalismo es posible afirmar que también la teoría del derecho. El objetivo de esta abordaje fue, así, el de actualizar el positivismo jurídico, para que así fuera posible verificar su compatibilidad con el neoconstitucionalismo.

En el capítulo final hemos buscado hacer un resumen (un poco tarde, sabemos, pero nos ha parecido más adecuado) de los principales puntos defendidos por el neoconstitucionalismo y de los principales cambios que propone al derecho, muchos de los cuales ya consolidados en ordenamientos considerados más avanzados. Además de las características y proposiciones neoconstitucionalismo, procuramos separar su carácter ideológico de su carácter teórico, es decir, de la parte que se propone como ideología y de la parte que se propone como teoría del derecho. Verificada la posibilidad del neoconstitucionalismo se presentar como nueva teoría del derecho, hemos tratado de uno de los principales puntos respecto a la compatibilidad de una explicación positivista: la tesis de la separación entre el derecho y la moral. Así que en este capítulo final, hemos intentado no sólo describir al neoconstitucionalismo, sino también verificar si este es capaz de se presentar como una nueva teoría del derecho o si consiste más un desafío al positivismo jurídico. Si es este el

caso, como el positivismo jurídico es capaz de presentar una explicación coherente y satisfactoria respecto al derecho neoconstitucionalista.

La presente investigación se propone, entonces, a abordar la compatibilidad de la explicación iuspositivista al neoconstitucionalista. No es, advertimos, el trabajo de un filósofo del derecho, sino de un constitucionalista que entiende esencial la comprensión teórica del fenómeno del neoconstitucionalismo para el desarrollo y estudio de puntos que se presentan polémicos y desafiantes a partir de este nuevo modelo de derecho.

CAPÍTULO I – EL IUSNATURALISMO

CAPÍTULO I. Iusnaturalismo. 1.1. Evolución de la concepción iusnaturalista sobre el derecho. 1.2. Concepto de iusnaturalismo. 1.3. Organización normativa. 1.4. El derecho natural. 1.4.1. Características de los derechos naturales. 1.4.1.a. Inalienabilidad. 1.4.1.b. Universalidad e inmutabilidad. 1.5. Críticas a la teoría iusnaturalista. 1.6. Conclusiones.

El iusnaturalismo ha sido la teoría jurídica que ha dominado el pensamiento jurídico desde el mundo clásico hasta ser – en muchos ordenamientos – a finales del siglo XIX, sustituido por la doctrina del positivismo jurídico, su gran opositor. De cualquier forma, aunque desplazado por el sistema positivo, el modelo iusnaturalista, sus concepciones sobre el Derecho Natural y la importancia de la moral en el concepto de Derecho, siempre se mantuvo presente en las discusiones jurídicas, presentándose a menudo como contrapunto crítico a la doctrina positivista y como objeto de la Filosofía del Derecho. Además, hoy en día, resulta evidente la crisis que viene sufriendo el sistema positivista – principalmente después de la segunda mitad del siglo XX – con la aparición de sistemas constitucionales materiales y de doctrinas sobre derechos fundamentales que cuestionan su compatibilidad con una concepción positivista de derecho; varias de las ideas de concepción iusnaturalista negadas por el positivismo se ven ahora recuperadas por la doctrina de los derechos fundamentales y por el nuevo movimiento jurídico denominado neoconstitucionalismo. Entre ellas, debemos destacar la de la relación entre el derecho y la moral, la relativa a las fuentes del derecho y la consiguiente relación entre el derecho y la política. Pasaremos a tratar cada uno de estos puntos a partir de cada concepción sobre el concepto y fuentes del derecho que dominaran el pensamiento jurídico a fin de mejor comprender el movimiento neoconstitucionalista dentro de la teoría del derecho.

Dentro de un medio jurídico que reacciona automáticamente de acuerdo con una visión iuspositivista no es raro que cualquier mención a un pensamiento iusnaturalista sea asociado a una visión romántica y utópica del derecho o a una perspectiva filosófica de este. Sin embargo parece un tanto pretensioso relegar a una posición meramente accesoria la teoría jurídica que durante tanto tiempo ha dominado el escenario jurídico. ¿Será el iusnaturalismo tan básico que su teoría sobre el derecho solamente puede ser utilizada como una crítica filosófica al derecho positivo? ¿A partir de la teoría neoconstitucionalista y el rescate de contenidos valorativos, tenemos una vuelta a las ideas iusnaturalistas?

Tales cuestiones, impulsadas por un crecimiento sustancial de la doctrina neoconstitucionalista, la cual se propone a tratar el derecho a partir de conceptos materiales presentes en la constitución, generalmente bajo la forma de derechos fundamentales, acaban por hacer resurgir la discusión sobre la concepción iusnaturalista del derecho, que retorna una vez más con fuerza a los debates jurídicos, principalmente en lo que se refiere a la polémica sobre las relaciones entre derecho y moral, así como de reformulaciones de teorías de autores iuspositivistas.

Por nuestra parte, a ejemplo de M. FARREL¹, somos de la opinión de que una concepción iusnaturalista de derecho no es de todo incompatible con la concepción iuspositivista o, al menos, sus tesis no son del todo antagónicas y en un concepto de derecho actual, donde los derechos fundamentales actúan como puertas de entrada de la moral en los ordenamientos jurídicos, la relativa compatibilidad de estas teorías debe ser aclarada.

Así, en los puntos siguientes, procuraremos exponer una definición de la teoría iusnaturalista de forma que abordaremos algunos de sus puntos principales relacionados con un concepto de derecho y, principalmente, con una definición de derechos fundamentales. Adelantamos ya que, a nuestro juicio, iusnaturalismo y positivismo jurídico se proponen responder a dos cuestiones distintas sobre el derecho, y por esto, como destaca FARREL, su contradicción es en cierta forma aparente. Mientras el positivismo jurídico se ocupa de un

¹ Este autor observa que: “Lo único que me propongo a mostrar aquí es mi perplejidad por la persistencia con que en la filosofía del derecho se continúa discutiendo un tema cuya importancia para la polémica se me escapa por completo. En efecto: en el centro mismo de la filosofía del derecho aparece inexorablemente la polémica entre iusnaturalistas y positivistas acerca del concepto de derecho. La discusión se presenta por lo general en estos términos: el partidario del derecho natural requiere de conceptos morales para caracterizar al derecho, mientras que el partidario del positivismo jurídico sostiene que puede prescindir de tales conceptos para realizar esta misma tarea. Así enunciada, la discusión parece ser, en realidad, muy importante, pues su tema central sería, nada menos, que la relación entre la moral y el derecho; el tema discutido – aparentemente – es el de si una moral cumple o no un papel dentro del derecho. Sin embargo, me parece que esta es una versión exagerada del problema: la verdadera discusión es mucho menos dramática y, por supuesto, mucho menos importante.” (FARREL, M., “¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?”, *DOXA*, n. 21, vol. II, 1998, p. 121).

problema de identificación del derecho la preocupación iusnaturalista trata de tal cuestión de forma accesoria en su tarea de definir cual debe ser el contenido del derecho.

1.1. Evolución de la concepción iusnaturalista de derecho

La concepción iusnaturalista como teoría del derecho ha dominado el escenario jurídico por un período incomparablemente mayor que su reciente opositor, el positivismo, ya que quizás se pueda decir que nace junto con la propia concepción de derecho. Desde la Grecia clásica - donde podemos encontrar un pensamiento coherente sobre el derecho y recomendaciones sobre lo que debería contener el derecho con los estudios de SÓFOCLES, PLATÓN y ARISTÓTELES - hasta la actualidad el pensamiento iusnaturalista se hace presente en la doctrina jurídica. En razón de esto, resulta evidente que su discurso no es – ni podría ser - unívoco, sufriendo a lo largo de los siglos una serie de cambios en algunas de sus tesis principales².

Entre las variaciones de la teoría iusnaturalista la más importante se refiere al origen de la ley natural. La corriente más antigua, dominada por el pensamiento tomista, propugna el origen de una racionalización de la moral a través de lo divino, de la religión, en este caso la católica, y en la filosofía se agrupa en una línea de pensamiento denominada escolástica. A esta corriente que asociaba el origen de la ley natural a una voluntad divina se suele llamar de iusnaturalismo teológico. Esta relación entre la ley natural y la voluntad divina se puede atribuir en alguna forma a una desnecesaria vinculación entre la ética y la religión, lo que resta claro en el pensamiento de CICERÓN, cuando define el derecho natural como la razón correcta de acuerdo con la naturaleza, la cual es de aplicación universal, inmutable y eterna. Esta ley natural no sería disponible a los hombres, que la podrían conocer, pero jamás cambiarla. Una ley que vale para todos los hombres donde quiera que estén y que tiene en Dios su único legislador y juez. Atentar contra esta ley natural sería como atentar contra la propia naturaleza humana³.

² Estos cambios en algunos pilares de la teoría iusnaturalista pueden ser explicados no sólo por el amplio período durante el cual ha dominado el escenario jurídico, sino también por las grandes mudanzas acontecidas en la realidad social y corrientes culturales que se han ido sucediendo, tales como el renacimiento, el iluminismo, etc., movimientos que alteraron todo el pensamiento social – marcando la transición a la edad moderna – y reflejado en las artes, ciencias, ..., por lo que no podría dejar de influir de forma considerable en el pensamiento jurídico.

³ “True law is right reason in agreement with nature; it is of universal application, unchanging and everlasting; it summons to duty by its commands, and adverts from wrongdoing by its prohibitions. And it does not lay its commands or prohibitions upon good men in vain, though neither have any effect on the wicked. It is a sin to try to alter this law, nor is it allowable to attempt to repeal any part of it, and it is impossible to abolish it entirely. We cannot be freed from its obligations by senate or people, and we need not look outside ourselves for an expounder or interpreter of it. And there will not be different laws

En este sentido, resulta de gran importancia en la teoría iusnaturalista la sistematización de las diversas leyes de origen humano y metafísico formuladas por Santo Tomás de AQUINO ya desde el siglo XIII (*Summa Theologiae*), cuando ha definido diferentes tipos de leyes: ley eterna, leyes divinas, ley natural y leyes humanas (positivas); siendo las dos últimas las que interesan más específicamente a la ciencia del derecho. No obstante, no se puede negar la gran influencia que ha ejercido la metafísica teológica en el desarrollo de la doctrina del derecho natural, principalmente por insertar una idea de ley superior que consiste en la principal característica del iusnaturalismo en nuestra opinión. Esta superioridad de la ley natural - consecuencia natural de cualquier acto de procedencia divina – permite defender una determinada ascendencia de determinados contenidos materiales revelados a través de la tradición religiosa sobre los acuerdos que posiblemente pudiese producir el hombre cuando se organizó en sociedad. Como explica BOBBIO, el Derecho natural se coloca en una posición de superioridad frente al derecho positivo porque es visto ya como “una norma fundada en la misma voluntad de Dios y dada a conocer por ésta a la razón humana o, como dice San Pablo, como la ley escrita por Dios en el corazón de los hombres.”⁴

Otro punto que se destaca de la fuerte ligación del derecho natural con su fuente teológica – en el caso principalmente cristiana – y que interesa de veras a los derechos fundamentales consiste en la consideración de un hombre igual en respeto y consideración frente a Dios y a los demás, lo que se puede considerar como origen de una concepción de dignidad de la persona humana.⁵

at Rome and at Athens, or different laws now and in the future, but one eternal and unchangeable law will be valid for all nations and all times, and there will be one master and ruler, that is, God, over us all, for he is the author of this law, its promulgator, and its enforcing judge. Whoever is disobedient is fleeing from himself and denying his human nature, and by reason of this very fact he will suffer the worst penalties, even if he escapes what is commonly considered punishment.” (BIX, B., “Natural law theory”, *A companion to philosophy of law and legal theory*, Ed. Dennis Patterson, London: Blackwell Publishers, 1996, p. 224).

⁴ BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. (trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi), Madrid: Editorial Debate, 1993. p. 43.

⁵ Resulta innegable la contribución que ha aportado el Cristianismo a un proceso de reconocimiento de derechos naturales relativos a la dignidad de la persona humana. La doctrina cristiana sostenía la importancia única del individuo, así como la necesidad de ayuda a los necesitados. Existiendo una ley superior que se sobreponía al poder temporal y que regía el universo, el camino hasta una concepción de derechos que serían indispensables para mantener esta condición de dignidad del ser humano ya estaba creado. Para un estudio más profundo sobre la materia sugerimos ver OSUNA Fernández-Largo, Antonio. *Teoría de los derechos humanos – Conocer para practicar*. Madrid: Esteban-Edibesa., 2001.

Es hecho conocido que las tesis iusnaturalistas en el curso de los siglos fueran sufriendo un proceso de secularización por el cual pasaron inexorablemente todos los campos científicos, intelectuales o artísticos posteriormente al renacimiento, lo que evidentemente se reflejó en un cambio del origen de la ley natural; que, partiendo de un origen divino, pasa a ser considerada como algo connatural a los seres humanos y, en seguida, pasa a ser una norma dictada por la razón humana⁶. Sin embargo, no pierde nunca - y esto es imprescindible en orden a mantener la coherencia de una teoría -, la cualidad de ley superior.

Sobre este aspecto es interesante observar que ninguna concepción iusnaturalista ha sido jamás contraria a la existencia de un ordenamiento positivo⁷. Este siempre ha sido considerado por la teoría iusnaturalista como un derecho necesario para la regulación social, un derecho común el cual está condicionado a las normas de derecho natural, consistiendo en parámetro de validez para el derecho común. Tal reconocimiento y trato pacífico con el derecho positivo es evidente hasta el punto de que se considere posible que teorías iusnaturalistas más modernas llegaren a reconocer la teoría monista del derecho. Así ocurre con la división del pensamiento iusnaturalista en ontológico y deontológico. Conforme explica DORADO PORRAS, el iusnaturalismo ontológico concibe el derecho natural como el “ser” del derecho mientras para la corriente deontológico se lo concibe como el “deber ser”⁸. Así, para el iusnaturalismo deontológico el derecho natural estaría relegado a una función crítica del derecho positivo a través del desarrollo de valores morales y éticos y no presenta una definición del concepto de derecho muy diversa de la presentada por el positivismo jurídico⁹. De esta forma, el iusnaturalismo deontológico, al defender una tesis monista en torno al derecho concibe el

⁶ Para B. BIX, “For some, this is meant literally: that there are law-like standards that have been stated in or can be derived from divine revelation, religious texts, a careful study of human nature or consideration of nature”. *Natural law theory*. “A companion to philosophy of law and legal theory”, Ed. Dennis Patterson, Blackwell Publishers, 1996, p. 223.

⁷ En este sentido la afirmación de Javier DORADO PORRAS: “El iusnaturalismo no afirma que exista únicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo, aunque en una posición de inferioridad con respecto al derecho natural.” (*Iusnaturalismo y positivismo jurídico: Una revisión de los argumentos en defensa del positivismo*, p. 54)

⁸ DORADO PORRAS, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Cuadernos “Bartolomé de las Casas” n. 33, Madrid: Dykinson, 2004, p. 53

⁹ Como indicaremos más adelante, cuando tratemos de las características del iusnaturalismo, precisamente por el hecho de no concebir el Derecho Natural como condición de validez del derecho positivo, el llamado *iusnaturalismo deóntico* no puede ser concebido más que como una corriente positivista – lo que se explica por su origen posterior a esta teoría jurídica – la cual tiene por función definir no el Derecho, sino la Filosofía del Derecho. Como apunta E. DÍAZ, la concepción del iusnaturalismo deontológico consiste simplemente en “admitir la existencia de valores jurídicos universales e inmutables sin pensar que estos sean propia y realmente Derecho, sino más bien Ética, siendo esta una actitud que puede encontrarse con cierta frecuencia en autores iusnaturalistas actuales.” (DÍAZ, Elías. “Introducción a la sociología del Derecho natural”, en Kelsen, H., BOBBIO, N. (et al.) *Crítica del Derecho natural*, introd., y trad. de E. Díaz, Madrid: Taurus, 1966, p. 10-11). Sin embargo, como más adelante trataremos, el iusnaturalismo deontológico tendrá su función esencial en el complejo proceso de interpretación e incluso en la definición de los derechos fundamentales, propios del constitucionalismo.

derecho positivo como único derecho, sustituyendo el absolutismo moral del iusnaturalismo ontológico por una postura mucho más moderada. Teniendo en cuenta la historia y los cambios sociales y a partir de conceptos como el de valor y respecto a la dignidad de la persona humana se propone a fundamentar un código de normas morales que desean actuar como exigencias básicas dirigidas al Derecho.

Conforme tales definiciones, conviene apuntar otra versión sobre la que suele haber algunas confusiones. Tal punto consiste en un cierta generalización de la teoría iusnaturalista del derecho natural como sinónimo de moral correcta¹⁰. Parece más acertado considerar aquí que los postulados de derecho natural son mucho menos amplios que los postulados morales¹¹. Es evidente la presencia de una conexión intrínseca entre la moral y el derecho natural. Sin embargo, la moral es mucho más amplia que el derecho natural, lo cual constituye un postulado básico relativo solamente a algunos derechos¹². Es evidente que una concepción iusnaturalista sobre el derecho que se propone responder a la cuestión de qué debe contener el derecho no puede constituir una teoría totalmente disociada de una búsqueda de criterios de justicia que

¹⁰ Sobre la consideración de derecho natural como moral correcta escribe DORADO PORRAS que, aunque destaque la existencia de varias teorías distintas que son clasificados bajo la denominación “iusnaturalismo”, la verdadera tesis defendida por esta concepción de derecho “supone que existe una vinculación necesaria entre Derecho positivo y moral correcta, de forma que no deben incluirse en tal concepto aquellas normas o sistemas de normas que sean materialmente injustos, es decir, contrarios a esa moral correcta a la que se denomina Derecho natural”. (DORADO PORRAS., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 61). No compartimos esta simplificación.

¹¹ También en relación a este punto discrepamos de las críticas iuspositivistas que hacen relación entre los postulados del derecho natural con toda la moral correcta, como, por ejemplo, DORADO PORRAS, citando Kelsen cuando afirma que: “La moral correcta es, así, deducida de «lo que debería ser la naturaleza humana, de lo que sería si se adecuase al Derecho natural. Lo que se deduce de la naturaleza, es decir, de la naturaleza real del hombre, no es la ley natural, sino la naturaleza del hombre, una naturaleza ideal que se deduce de un Derecho natural previamente supuesto».” (DORADO PORRAS, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 73). Entendemos equivocado confundir el Derecho natural con la ética jurídica, puesto que esto contraría la noción histórica de Derecho natural o, como afirma L. PRIETO, “*parece cuando menos abusivo identificar el derecho natural con todo posible enfoque crítico o valorativo a propósito del Derecho positivo*” (“La doctrina del Derecho natural”, Lección 2ª de Lecciones de Teoría del Derecho, Madrid: MacGraw Hill, 1997, p. 62-63). “El Derecho natural renovado, Derecho natural deontológico o Derecho natural como ética jurídica no equivale a cualquier contenido del Derecho natural, sino al que está a servicio de la dignidad humana y sus derechos, o en palabras de L. Prieto “*del hombre y su libertad*”.” (G. PECES BARBA, E. FERNÁNDEZ. R. de ASIS., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 309).

¹² En este punto, no compartimos la opinión de S. NINO cuando este afirma que: “La vieja polémica entre el *iusnaturalismo* y el *positivismo jurídico* gira alrededor de la relación entre derecho y moral. Una descripción simplista del contenido de esa polémica diría que, mientras que el *iusnaturalismo* sostiene que hay una conexión intrínseca entre derecho y moral, el *positivismo jurídico* niega tal conexión. Pero acabamos de ver que hay muchas formas muy diferentes de sostener que hay una vinculación importante entre derecho y moral. No puede pensarse que el *iusnaturalismo* afirme las diez tesis que se acaban de exponer y el *positivismo* se oponga a todas ellas. ¿Cuál es, entonces, la tesis acerca de la relación entre derecho y moral que el *iusnaturalismo* defiende y que el *positivismo* ataca? (NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona: Ariel, 1987, p. 18). En un sentido contrario al de NINO y en refuerzo al argumento que presentamos basta que consideremos a la doctrina de varios autores *iusnaturalistas* de los siglos XVIII y XIX que referían los contenidos que debería tener el derecho (derecho natural) a criterios morales restrictos, los cuales no incorporaban toda la moral, como es el caso de KANT y HEGEL, el pensamiento utilitarista inglés de J. S. MILL y J. BENTHAN, o al caso de la escuela de la exégesis con F.C. SAVIGNY, lo cual hacía referencia a criterios históricos que deberían pautar los contenidos del derecho.

siempre vienen unidos a criterios morales. Sin embargo, incluso en una concepción iusnaturalista del derecho no nos parece correcto afirmar que este se confunde con la moral. En algunos casos puede que sí. Sin embargo, los postulados del derecho natural son de contenido mucho más restrictivos que la moral, ya que no se refieren a una moral general, sino a una moral específica.

Considerando las características de la teoría iusnaturalista a las que hemos hecho referencia, así como, también, relativizando las críticas a algunos de sus puntos de divergencia en razón de los comprensibles cambios que sufre la doctrina a lo largo del extenso período histórico en que está presente, podemos llegar a presentar las características fundamentales de identificación de la teoría iusnaturalista sobre el derecho. Inicialmente, nos parece posible reunir las diversas teorías iusnaturalistas a través en dos tesis principales. La primera, situada en el campo de la filosofía moral que propone principios de justicia universalmente válidos, inmutables y asequibles a la razón humana, denotando un cierto absolutismo moral. La segunda tesis corresponde a una definición del concepto de derecho, según la cual solamente pueden ser consideradas jurídicas aquellas normas que no contradicen los principios de justicia que constituyen el derecho natural.

Esta línea sigue S. NINO cuando afirma que, aunque puedan existir algunas concepciones distintas del pensamiento iusnaturalista, existe la posibilidad de excluir de esta clasificación cualquier afirmación que no cumpla necesariamente estos dos requisitos: “a) una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de ‘jurídicos’ si contradicen aquellos principios morales o de justicia.”¹³

No obstante la suficiencia de la caracterización presentada, en nuestra concepción lo que caracteriza el pensamiento iusnaturalista será la presencia de una norma material superior, el derecho natural, la cual determina contenidos “éticos” mínimos sobre determinados derechos que necesariamente deben ser observados cuando se produce el derecho común, so pena de no pasar en un test de validez. Pasamos, así, a tratar de algunas características de ese derecho natural y la actualidad del tema en la teoría del derecho, principalmente en lo que se refiere a las proposiciones del neocostitucionalismo.

¹³ NINO, S.. *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 28.

1.2. Concepto de iusnaturalismo

Sin duda alguna, el elemento de referencia de una teoría que pretenda llamarse iusnaturalista está en el hecho de tener como punto de referencia de su teoría el derecho natural. Este “derecho natural” (*ius naturale*), es definido por G. FASSÓ como “un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el Estado (Derecho positivo)”, y que “tiene validez por sí mismo, es anterior y superior al Derecho positivo y, en caso de conflicto con este último, debe prevalecer sobre el mismo”¹⁴. La existencia de esta ley superior que limita la posibilidad de creación del derecho por los hombres y que se confunde con criterios éticos y de valor, constituye la antítesis a su doctrina opuesta, llamada “positivismo jurídico”, según la cual el único Derecho es el que establece el Estado y cuya validez es independiente de cualquiera de sus referencias a valores éticos.

Si consideramos tanto las características atribuidas al pensamiento iusnaturalista como a los conceptos de iusnaturalismo como ciencia del derecho o de derecho natural, resulta claro que esta teoría sobre el derecho no se ha limitado a identificar el derecho, sino también a escalonarlo y, principalmente, a definir algunos contenidos que siempre deben estar presentes en el mismo. De esta forma, resulta muy claro que no es el hecho de ser revelado por Dios, por la razón, por la justicia, por una moral, es decir, el origen del derecho natural; el elemento que unifica la tesis iusnaturalista. Lo que se destaca en la idea de un derecho natural son dos puntos principales sin cuya comprensión oscurece la posibilidad de una visión clara de la idea iusnaturalista: el primer punto consiste en el hecho de que, con el derecho natural, el iusnaturalismo siempre ha defendido una idea de ley superior (*higher law*); el segundo, consiste en el hecho de que esta ley superior se ocupa de contenidos materiales, los cuales no pueden ser confrontados por el derecho común (*lower law*).

Estas dos características fundamentales del derecho natural actúan de forma combinada, pudiéndose afirmar que sólo es posible la existencia de contenidos materiales esenciales si estos son garantizados por una *higher law*¹⁵. El hecho de que estos planteamientos

¹⁴ FASSÓ. G. “Iusnaturalismo”, en *Diccionario de Política*, N. Bobbio, N. Mateucci y G. Pasquino (editores), 7ª ed., Madrid: Siglo XXI editores, 1991, p. 836-7.

¹⁵ Nos parece que la traducción en este caso para *higher law* debe ser la de ley superior y no derecho superior, dado que no lo haciendo la definición no sirve para explicar una teoría que pretende definir el derecho (y no los derechos). Siempre ha estado claro en la concepción iusnaturalista la coexistencia entre el derecho natural y el

necesarios que debe contener el derecho son jerárquicamente superiores a las normas comunes, formuladas mediante el acuerdo social, por el poder político, está presente en todo el pensamiento iusnaturalista, y consiste en la atribución de una finalidad al derecho. La función del derecho natural, de esta forma, será la de determinar qué normas pueden convertirse en derecho, actuando sus mandamientos como un criterio de validez para toda la norma positiva. Por otro lado, sus determinaciones son fuente de derecho para las personas, que podrían exigir su cumplimiento, no siendo posible la apropiación de sus contenidos por parte del poder político.

Lo que aquí queremos demostrar es que la concepción de derecho iusnaturalista (o a lo menos su parte principal) no comprende tan solo a la pregunta iuspositivista sobre como identificar el derecho (*What's the law?*). La concepción iusnaturalista por supuesto que abarca también este interrogante; sin embargo, su cuestión principal no se refiere a lo que debe contener este derecho (*What does the law requires?*). Si esto es correcto debemos, al analizar la tesis iusnaturalista, tener el cuidado de saber que intentamos responder a estas dos preguntas, y no solo la primera como se propone el positivismo jurídico, principalmente a fin de comprender la ligación que el iusnaturalismo hace entre el derecho y la moral.

No es necesario decir que esta discusión sobre el papel de la moral en la definición del derecho surge junto con la propia tesis del positivismo, lo que lleva esta inevitable oposición iusnaturalismo-iuspositivismo como uno de los temas más célebres en los discursos jurídicos hasta los días actuales. Sin embargo, como hemos apuntado anteriormente, la oposición entre las dos teorías no es del todo real si comprendemos que trataban de responder cuestiones diversas.

Con el neoconstitucionalismo, que propone la afirmación del carácter normativo de la constitución, la existencia en los ordenamientos jurídicos de Tribunales Constitucionales capaces de hacer juicios de adecuación material de las leyes y principalmente por la presencia de un catálogo de derechos fundamentales, normalmente previstos en forma de principios; las críticas a la doctrina iuspositivista han sido cada vez más frecuentes, proporcionando un redescubrimiento de algunas de las ideas iusnaturalistas, tales como el concepto de ley superior

derecho positivo, por lo que se puede hablar de ley natural y leyes positivas como integrantes de un mismo concepto de derecho aunque posean fuentes diversas y jerarquías diferentes.

y de adecuación material de las normas. Esto puede comprobarse por la frecuente incertidumbre a la hora de clasificar a algunos miembros de la doctrina como iusnaturalistas o positivistas¹⁶.

A fin de perfilar una doctrina adecuada para la construcción de los derechos fundamentales, lo que parece importante en un primer abordaje sobre la doctrina iusnaturalista, consiste en el hecho de que la gran objeción que ha sufrido esta tesis después de la crítica iuspositivista está en el hecho de que los contenidos que “debería contener el derecho” no serían posibles de determinar, por lo que tal doctrina no proporcionaría una seguridad jurídica ni una forma de identificar se un determinado contenido es o no es derecho (o, todavía, si es o no derecho válido). En esta línea, es esencial para comprender la oposición real o aparente entre iusnaturalismo e iuspositivismo como teorías del derecho, la consideración que una teoría del derecho que tiene como objeto sólo la forma de identificar el derecho sin preocuparse con su contenido sólo existe a partir de la doctrina iuspositivista, la cual transforma su objeto en la determinación de “como identificar el derecho”, eliminando de forma ideológica el cuestionamiento sobre cuál debería ser el contenido de este derecho.

Así, si tenemos en cuenta que la pregunta que se propone es iuspositivismo es solamente responder a la afirmación a la pregunta “que es el derecho”, resulta fácil comprender las críticas que esta teoría viene sufriendo de los neoconstitucionalistas, que cuestionan severamente la compatibilidad de la explicación iuspositivista con la incorporación de contenidos abiertos y morales a las normas fundamentales. Lo que hace falta en una concepción iuspositivista ideológica es exactamente la respuesta a la cuestión “¿cuál es el contenido del derecho?”, además de la tradicional pregunta “¿cómo se identifica el derecho?”.

Actualmente, asistimos al desarrollo gradual del concepto y sentido de constitución como norma básica, inaugural y suprema de un Estado. Con la presencia cada vez más frecuente de contenidos morales en sus partes más importantes – como los derechos fundamentales – podemos considerar – incluso en una concepción iuspositivista – que hay ordenamientos que positivizan en sus normas supremas cuáles deben ser los contenidos materiales fundamentales del derecho, vinculando al poder político y reconociendo derechos incluso sin la estructura normativa iuspositivista tradicional. De esta forma, en las constituciones modernas se establece

¹⁶ En España tomemos por ejemplo los casos de Luis PRIETO SANCHÍS y G. PECES-BARBA. El primero, ciertamente entre los más brillantes y coherentes defensores del positivismo jurídico toma posiciones más próximas de una concepción defendida por neoconstitucionalista. Ya Peces-Barba, si se analiza su tesis sobre legitimidad en el desarrollo de los derechos fundamentales y principios constitucionales está mucho más próximo a una teoría iuspositivista.

no sólo sobre el proceso de producción de las normas jurídicas, sino “*what the law requires*”. De ahí que resulte evidente que no se puede, al analizar este nuevo panorama jurídico, no tomar en consideración una tradición milenaria a la hora de tratar el tema, como es la teoría iusnaturalista.

1.3. Organización normativa iusnaturalista

Sin ninguna pretensión de entrar de forma más intensa en la teoría de la norma jurídica, entendemos conveniente hacer algunas consideraciones acerca de la estructura normativa iusnaturalista en razón de la relevancia que la materia asume actualmente, principalmente ante la abstracción propia de los principios. Este redescubrimiento de la doctrina iusnaturalista también es consecuencia de toda una teoría de la norma en el período del Estado decimonómico en el cual las normas jurídicas deberían presentar una estructura estándar, con supuesto de hecho y solución preconcebida. Lo demás, no tenía valor de norma. A partir de una cierta revolución en el sistema jurídico y de la consideración de la fuerza vinculante de la constitución, los principios pasan a ser leídos como verdaderas normas jurídicas – abiertas, abstractas y que demandan un proceso de interpretación más complejo.

La previsión de criterios materiales en las constituciones dotados de fuerza normativa e, por consecuencia, vinculantes de todo el resto del ordenamiento jurídico, principalmente las leyes, presenta – aunque con diferencias considerables – una similitud con la estructura normativa del derecho natural iusnaturalista, lo que provoca una consecuente relectura de la organización normativa iusnaturalista, principalmente en relación a la estructura abstracta de las normas de derecho natural y su concretización.

En primer lugar, hay que destacar la admisibilidad para los iusnaturalistas de la presencia de un derecho escrito, positivado, lo cual puede conferir criterios más fácilmente comprensibles en orden a regular las relaciones sociales. Así, resulta posible en una concepción iusnaturalista la constitución de un sistema exhaustivo de reglas comprendiendo casi la totalidad de las conductas sociales. Sin embargo, y, he aquí la gran particularidad del sistema iusnaturalista, estas reglas estarían materialmente subordinadas a un criterio de justicia para las soluciones que apuntasen. Desde el punto de vista del juez, lo único que haría falta en este caso

sería la realización de este test de adecuación del derecho positivo (en general previsto en forma de regla) al sistema de valores descubierto por la razón crítica¹⁷.

Por otro lado, la teoría iusnaturalista, aunque acepte la presencia del derecho positivo, no lo tiene como elemento indispensable para la existencia del derecho, pues las normas pueden ser “descubiertas” en el derecho natural y, más importante, aplicadas directamente, tal como se propone con las normas constitucionales por el neoconstitucionalismo. En este caso de ausencia de normas positivadas corresponde al juzgador probar su pertenencia al derecho natural, así como el carácter acertado de la solución establecida a la situación concreta en relación a los postulados del derecho natural. La tarea de aplicación, en este caso, es mucho más compleja, una vez que hay un gran margen de soluciones posibles a una misma situación. Todo dependerá de la racionalización realizada por el magistrado, que deberá “construir” una solución a partir del derecho natural¹⁸.

Sobre esta diferente estructura normativa, resulta posible afirmar que es un procedimiento más complejo que el propuesto por el iuspositivismo clásico en el sentido de que trae dos problemas no existentes en este. El primero, la previsión abstracta de las normas superiores del derecho natural, las cuales, además de pertenecer al sistema como revela el intérprete, deben tener su contenido delimitado por la argumentación y, además, proporcionar la única solución al caso – la justa. Por otro lado, este sistema dualista no se restringe solamente en

¹⁷ No utilizamos la expresión “control de la regla” simplemente porque esto lleva a un reduccionismo relacionado solamente con el control abstracto. En un sistema de valores, tal como se considera el iusnaturalismo, pero principalmente el constitucionalismo, la regla puede estar sujeta a un doble control de su adecuación constitucional o valorativa: el primero, normal, de acuerdo con su previsión en relación al ordenamiento jurídico, al cual se conoce como control abstracto; el segundo, en relación a la adecuación de las consecuencias generadas por la aplicación del comando normativo al caso concreto. Este punto será desarrollado en parte posterior del estudio, por lo que hacemos tal consideración solamente para explicar el empleo de la expresión.

¹⁸ Sobre la posibilidad de soluciones posibles a partir de un mismo enunciado se encuentra una de las grandes diferencias entre el neoconstitucionalismo y el iusnaturalismo. Este último defendía la tesis de la única solución correcta, la única posible según criterios de justicia. Ya en el neoconstitucionalismo, al menos en sus autores más importantes como Gustavo ZAGREBELSKY, Luis PRIETO, R. ALEXY, Neil MACCORMICK, se admite la solución más adecuada dentro de las posibilidades y de la falibilidad. Lo que se exige es solamente el esfuerzo en el sentido de analizar y encontrar una solución adecuada entre varias posibles. Así resume Luis PRIETO, *verbis*: “Quiero decir, en suma, que se puede postular que la interpretación del Derecho constituye una actividad racional e intersubjetiva, sin tener que sostener también que el ejercicio de la misma conduce siempre a una única solución aceptable, ni desde la perspectiva del marco normativo aplicable, ni de la óptica de la racionalidad argumentativa; pues, como dice Alexy, «la razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo perfectamente o no en absoluto» (R. Alexy, 1994, p. 176). Esto explica la posición de autores como N. MacCormick (1986, pp. 17 y 22), A. Aarnio (1987, p. 217; 1990) o el propio Alexy (1978, pp. 33 ss. Y 302; 1988, pp. 145 ss.), cultivadores todos ellos de las teorías de la argumentación y, sin embargo, escépticos respecto a la unidad de la solución justa; posición por lo demás plenamente posible desde la perspectiva de la interpretación constitucional, donde la decisión «nunca puede ser racionalizada totalmente» (K. Hesse, 1996, p. 51).” (PRIETO SANCHÍS, L. “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?”, *Anuario de filosofía del derecho*, XIII, 1996, p. 140).

analizar determinada ley en el sentido formal de su producción jurídica, la conformidad del acto con las normas de producción vigente, lo que FERNÁNDEZ-GALIANO y CASTRO CID llaman *legalidad*; sino que incorporan otro análisis, referente al contenido de este acto en relación con el derecho natural, llamado *legitimidad*¹⁹.

Como se puede observar, la estructura normativa e la relación entre las normas presentada en el modelo iusnaturalista se parece en algunos aspectos al sistema actual de reglas y principios propuesta por el neoconstitucionalismo, por lo que se explica la creciente relevancia que adquiere el pensamiento iusnaturalista en relación a la estructura abierta de las normas jurídicas.

Sin embargo, ante la ausencia de una teoría hermenéutica clara de aplicación y, principalmente de identificación, de las normas iusnaturales, resulta posible afirmar que todavía resultan pertinentes las críticas del positivismo a este sistema en este aspecto, ya que, sin un método procedimental claro de interpretación, la actividad del juzgador puede convertirse en arbitrariedad²⁰. En el sistema iusnaturalista, aunque puedan existir reglas, el criterio de validez de las mismas no es seguro. Pese a la ya conocida dificultad de elaborar un juicio de validez de una norma, al sistema iusnaturalista se suma la dificultad de que no hay seguridad respecto a “cuáles” son los criterios de validez – que deben ser buscados en un derecho natural no claramente determinado, lo que crea un relativismo intolerable en nuestros días sobre el contenido del derecho. En este punto, por más similitudes que se pueda encontrar entre la teoría iusnaturalista y el neoconstitucionalismo, no entendemos que sean concordantes las teorías, una vez que por la teoría iusnaturalista hasta las normas abiertas de la constitución y incluso de

¹⁹ Según los autores: “Desde la perspectiva de esta ideología iusnaturalista sobre pleno sentido la distinción – enormemente fecunda en el terreno político – entre *legalidad* y *legitimidad*. La legalidad es la conformidad de un acto con la normativa vigente, con lo que resulta ser un concepto puramente formal: un acto es legal cuando se produce de acuerdo con lo que las normas positivas prescriben. Mas tal adecuación al derecho positivo, precisamente por ser formal, no hace referencia alguna a la posible justicia o injusticia del acto en cuestión, es decir, no tiene en absoluto carácter valorativo. La valoración le viene por su relación con el derecho natural, de la que se desprenderá la calificación como justo o injusto, apareciendo entonces la noción de legitimidad, que consistirá en la conformidad del comportamiento con las normas superiores del derecho natural.” (FERNÁNDEZ-GALIANO, A.; CASTRO CID, B. *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*. Madrid: Editorial Universitas S.A., 2ª edición, 1995, p. 292-3). En el análisis de L. GIANFORMAGGIO, ya considerando la doctrina iuspositivista, “el nexo dinámico entre las normas, es decir, la apelación al poder, tan sólo puede informar sobre la validez de una norma; mientras que el nexo de tipo estático, es decir, el recurso a la razón, está en condiciones de justificarla.” (“Cosa resta nella Allgemeine. Theorie der Normen dei sistemi normativi statici e dinamici?”, en *Sistemi normative statici e dinamici. Analisi de una tipologia kelseniana*, Torino: Giapichelli, 1991, p. 470)

²⁰ Las críticas las entendemos procedentes en un análisis exclusivamente normativo. Si sumamos a esto la situación política de la época, donde lo que buscaban los teóricos eran garantías contra la arbitrariedad de un Estado absoluto, se hacen todavía más fuertes las razones positivistas. De acuerdo con la concepción de derechos fundamentales que considera estos derechos como garantías contra el poder del Estado este punto adquiere todavía más relevancia.

derechos fundamentales deben ceder frente al derecho natural. Sobre esta diferencia de concepciones volveremos al tratar al final, cuando nos ocupemos del neconstitucionalismo.

Lo que tenemos como innegable contribución a una ciencia hermenéutica adecuada al derecho actual consiste en la desmitificación por parte de la doctrina iusnaturalista del funcionamiento de normas de estructura abstracta y de la posibilidad de un control material de las normas de derecho positivo. No supone el iusnaturalismo “la negación de los criterios de validez del positivismo jurídico, sino la ampliación de éstos a través de una conexión obligatoria entre dichas «normas positivas» y una moral correcta”²¹. El pensamiento iusnaturalista agrega la idea de un derecho material superior y hace posible un control extra sobre el indiscutible criterio formal a la vez que perfecciona el derecho como ciencia proponiendo un sentido para el derecho.

1.4. El derecho natural

Con el proceso de secularización del pensamiento a partir del siglo XVI y que se ha reflejado en el derecho a través de retirada del origen divino del derecho natural, la concepción iusnaturalista acaba por encontrar un problema relativo a su criterio último de validez. En un contexto religioso el derecho natural encontraba su criterio de validez en una fuente superior por naturaleza. Con la secularización del pensamiento jurídico el proceso de “revelación” del derecho natural pierde su fuente metafísica infalible e incuestionable de lo divino para ser sustituida por la razón. El derecho natural debe ser descubierto a través de un proceso racional, por lo que se atribuye a este derecho una atemporalidad, no sujeta a una perspectiva histórica o a cualquier concepto de voluntad. Son derechos necesarios e inherentes a los hombres, por lo que no se alteran en el tiempo o en el espacio. No hay voluntad en los derechos naturales, sólo discernimiento, razón²².

²¹ DORADO PORRAS, Javier., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit. p. 89.

²² Resulta importante esta concepción pues será definitiva en la formación del pensamiento neoconstitucionalista, especialmente en la parte referente a los derechos y las mayorías. Según este pensamiento, se debe considerar el Tribunal Constitucional como el órgano más adecuado para definir a los derechos fundamentales exactamente porque es el único de los poderes estatales (aquí generalizando como integrante de la función judicial) que no posee voluntad, sólo discernimiento.

Esta eliminación de la voluntad en relación al derecho natural²³ constituye un primer paso hacia una evolución en la ciencia jurídica y en el concepto de derecho en la medida que busca hasta cierto punto una “neutralidad”²⁴ respecto a la presencia e importancia de la voluntad política para el derecho. De una cierta forma, la racionalización de los derechos naturales aparta la voluntad de su concepto, posibilitando una concepción universal de los derechos naturales. Así, ese paso es importante para unificar un concepto de derecho universal, de forma que los postulados del derecho pueden ser unificados y aplicados a todos los pueblos, puesto que la razón se concibe como característica propia y universal del género humano. Como refiere Luis PRIETO, “este Derecho natural pretendía apelar a lo que de común quedaba entre los hombres, ya irremediabilmente dividido a propósito de los valores revelados”²⁵.

Si por un lado esta nueva concepción iusnaturalista racionalista hace posible una universalización - por cuanto los derechos no se fundan en la religión y, por consecuencia, no tienen sus titulares restringidos a una creencia -, por otro ya no más pueden contar con la fuerza de coacción impuesta por la sanción divina, por lo que se debe encontrar otra forma de protección de estos derechos. Sobre los derechos, conviene destacar que en esta concepción más moderna, estos ya no se conforman con una definición objetiva de la función destinada al hombre en el pensamiento medieval, sino que sufren grande influencia iusnaturalista, concibiendo los derechos como subjetivos, individuales, de forma que crece aún más la necesidad de buscar formas de garantizar su protección²⁶. Esta protección se hace posible a través de las

²³ Si consideramos, por ejemplo, que el fundamento divino poseía voluntad y, por eso, no era aplicable a todos los hombres, sino que dependían de una dominación para la aceptación de determinados postulados religiosos por ejemplo. La revelación mediante fuente divina quedaba condicionada a un proyecto divino y, consecuentemente, tenía una cierta voluntad.

²⁴ Utilizamos el término entre comillas a fin de no confundir con la tesis de la neutralidad iuspositivista, de la cual nos ocuparemos en seguida. Sin embargo, utilizamos el mismo término para relacionar intencionalmente con la tesis de la neutralidad.

²⁵ PRIETO, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003, p. 38.

²⁶ En este sentido apunta L. PRIETO, *verbis*: “Una consecuencia interesante del artificio del contrato (social) es que el Derecho natural quedará en cierto sentido subjetivizado. Frente a la ley de la naturaleza medieval, orden objetivo del universo donde cada individuo tiene su posición asignada de derechos y deberes, surgirán los derechos naturales, posiciones subjetivas y abstractas de libertad y propiedad que erigen al individuo y a sus derechos en fuente última de legitimidad: si antes el orden objetivo querido por Dios precedía y era fundamento de cualesquiera pretensiones individuales, ahora éstas aparecen como el origen de las instituciones y, también, precisamente, como las encargadas en conformar el propio orden objetivo; simplificando no ya del Derecho a los derechos, sino a la inversa, de los derechos al Derecho.” (PRIETO, L., *Justicia constitucional y Derechos fundamentales*, op. cit. 40). La misma concepción se encuentra en B. BIX, según el cual “In the period of the Renaissance and beyond, discussions about natural law were tied in with other issues: assertions about natural law were often the basis of or part of the argument for individual rights and limitations on government; and such discussions were also often the groundwork offered for principles of international law. Hugo Grotius and Samuel Pufendorf (writing in the early and late seventeenth century, respectively) were prominent examples of theorists whose writings on natural law had significance in both debates. (Grotius and Pufendorf, along with other prominent seventeenth-century theorists, Francisco Suarez, Thomas Hobbes, and John Locke, were also central in developing the concept of individual rights in modern sense of that term.)” (BIX, B., op. cit. p. 227).

instituciones, ahora relacionando los derechos naturales con el contrato social. En este modelo, a diferencia de la concepción estatal absolutista, basado en un modelo de “voluntad”, de “revelación”; los derechos naturales constituyen el propio fundamento del contrato social y, por consiguiente, de las instituciones que a partir del mismo surgen. No hay fundamento para el contrato social que no sea la garantía de los derechos naturales del hombre. En las palabras de Luis PRIETO “el contractualismo moderno no pretendía dar cuenta de cómo surgió efectiva o históricamente el Estado, sino determinar algo en el fondo mucho más importante, que es cómo debe comportarse”.²⁷ En suma, de acuerdo con la lógica iusnaturalista racionalista, es necesario una posición contractualista porque “el Derecho y el Estado carecen de apoyatura histórica o teológica y, por tanto, no podían basar su legitimidad en la tradición o en una autoridad superior; el contrato, es decir, el consentimiento individual era el único camino para justificar la sociedad política”.²⁸

El fin de toda la asociación política (sea ella el Estado o otra) no puede ser otro que no la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles. La contribución de esta nueva concepción iusnaturalista racional es imprescindible para la doctrina moderna de los derechos fundamentales. Como apunta C. MASSINI se puede atribuir a esta concepción racionalista de los derechos naturales el concepto “de la moderna noción de derechos humanos: de modo coherente con la exaltación de un sujeto dador de sentido y dotado de autonomía «fuerte» o absoluta” y que conciben algunos derechos ligados a esta autonomía como “prerrogativas inherentes al sujeto, previas a su vida social y sin fundamento trascendente alguno. La única justificación racional que puede darse en esta perspectiva a los derechos humanos, radica en la «santidad» (Kant) que corresponde a la persona humana en virtud de su autonomía y de su racionalidad.”²⁹. Estos derechos necesarios para la existencia digna del hombre se fundan en su propia autonomía ética, actuando como presupuesto mínimo a la propia vida, es decir, son anteriores a la sociedad y, por lo tanto, al Estado. En la síntesis de G. PECES-BARBA, en la concepción iusnaturalista moderna, derechos naturales son “derechos de los seres humanos en el estado de naturaleza y consiguientemente previos al Estado y al Derecho positivo. Son producto

²⁷ PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales...*, cit. p. 38-39.

²⁸ PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales...*, cit. p. 40.

²⁹ MASSINI, Carlos. *La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno*. Madrid: DOXA, n. 21, vol. II, 1998, p. 292. En el mismo sentido la opinión de J. LORCA NAVARRETE cuando afirma que “el término derechos naturales, en tanto que se trata de derechos que encuentran su fundamento en la naturaleza humana, como ha puesto de manifiesto entre nosotros una larga tradición jurídica, que ha visto en la naturaleza humana la piedra angular sobre la que deben estructurarse estos derechos humanos, que por esta razón escapan al poder creador de los respectivos órganos políticos, que se encuentran sujetos en su actuación – posiblemente arbitraria – a su respecto, efectividad y garantía.” (*Temas de teoría y filosofía del derecho: el derecho como orden y sistema general de garantías*. Madrid: Pirámide, p. 400-401).

de la razón y descubribles en la naturaleza humana. Tienen un carácter abstracto, afectan al ser humano genérico y al ciudadano y parten de la superioridad del Derecho natural sobre el positivo. Al deducirse de un sistema jurídico, natural, previo y superior al positivo, son universales, inalienables, imprescriptibles, con lo que la evolución de la sociedad en la historia no es tenida en cuenta en su configuración.”³⁰

1.4.1. Características de los derechos naturales

A partir de las consideraciones arriba presentadas respecto al derecho natural y sus nuevas bases de fundamento a partir de la secularización resulta posible entender mejor las características atribuidas ya no tanto al “derecho natural” pero a los “derechos naturales”, que conforme a la tradición racionalista son derechos extraños a cualquier cuestión relativa a voluntad, dependientes solamente de la razón. A través del contrato social se afirma toda la soberanía del pueblo de forma que todas las instituciones se conciben como entidades creadas para la protección de los derechos naturales, actuando estos como justificación de todo el poder político³¹. Por consiguiente, la idea predominante es la de que las instituciones solamente adquieren legitimidad si actúan para proteger estos derechos, que les son anteriores y superiores. Trataremos, entonces, de las características atribuidas a estos derechos naturales en la concepción iusnaturalista racionalista, las cuales, en nuestra opinión, constituyen artificios con el objetivo de proteger los derechos naturales de la apropiación por parte del poder constituido.

1.4.1. a. Inalienabilidad

En lo que se refiere a esta imposibilidad de apropiación por parte del Estado, la cual determina su ascendencia formal sobre el sistema positivo, es importante la característica de la “inalienabilidad”, apuntada como esencial a los derechos naturales. La inalienabilidad consiste en una de las estrategias planeadas por los teóricos de los derechos naturales para evitar su apropiación o control por parte del poder político y la cual está directamente ligada a la

³⁰ PECES-BARBA Martínez, G. *Lecciones de Derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 51.

³¹ Conforme Luis PRIETO, “Y dado que la autoridad tiene su origen en un convenio, cabe decir que «la soberanía reside originalmente en el pueblo». Los derechos naturales son, pues, la causa y la justificación de todo poder político; la causa porque es su igual libertad la que permite a los individuos concluir el pacto social; la justificación porque el fundamento de la legitimidad de ese poder consiste en la mejor protección de los derechos. La conversión de la teoría del Derecho natural en la teoría de los derechos naturales no podía ser políticamente más oportuna, pues vino a transferir el fondo de legitimidad del Derecho natural a las *Declaraciones* de derechos con que se inicia el moderno Estado liberal (...)” (PRIETO, L.. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*., cit., p. 41).

concepción contractualista de Estado. En este sentido, se revela una estrategia contra un eventual argumento de su cesión en pro del colectivo, lo que dejaría estos derechos superiores sujetos a la deliberación de las mayorías que vienen exactamente a delimitar. La inalienabilidad protege el derecho contra la acción de su propio titular, por lo que, en una concepción contractualista de formación del Estado, por ejemplo, no se podría argumentar que el individuo habría cedido parte de sus derechos naturales en pro de un proyecto colectivo de Estado, por lo que estaría sujeto a la configuración de derecho que le diera el poder estatal³². Conforme explica SOLAR CAYÓN, una “vez que se han definido una serie de poderes o derechos individuales que configuran un espacio sujeto al dominio exclusivo y absoluto del individuo, dicha estrategia opera estableciendo barreras o límites al proceso de cesión de tales derechos que desemboca en la constitución de la autoridad política”³³. De ahí se justifica un poder político limitado por los derechos naturales, que no pueden ser esclavizados políticamente a través de la cesión de sus derechos³⁴.

³² En este sentido se manifiesta SOLAR CAYÓN: “Este no es, sin embargo, el sentido que los teóricos de los derechos naturales atribuyeron al rasgo de la inalienabilidad. Este no alude a la posesión incondicional del derecho en cualquier circunstancia sino a cierta imposibilidad particular de dejar de poseerlo. La posesión de un derecho puede cesar en principio por tres causas: porque su titular *renuncia* a ella voluntariamente, porque *pierde* el derecho como consecuencia de alguna actuación ilícita o bien porque *es privado* de él por la voluntad de un tercero. Los defensores de los derechos naturales trataron de bloquear algunas de estas posibles vías de cese en la posesión de tales derechos. Y lo hicieron predicando una serie de características anejas a ellos. Así, para lograr que la posesión de tales derechos no quedara al albur de la voluntad arbitraria de terceros, incluido el poder político, se predicaban imprescriptibles, como hace el propio Locke basándose en el deber de preservar la humanidad que pesa sobre los hombres. De la misma manera, el rasgo de la inalienabilidad es el instrumento diseñado para proteger ciertos derechos frente a la propia voluntad de su titular: un derecho inalienable es un derecho del cual su titular no puede desprenderse de forma voluntaria. Los defensores de la tesis de la inalienabilidad no estaban por tanto «negando que quien quiera que tenga un derecho a su vida o propiedad podría en alguna ocasión particular no tenerlo si la situación cambiara en ciertos aspectos», sino que «solamente estaban negando que una persona no tendría tal derecho si consintiera expresa o tácitamente en ser privado de él». Consecuentemente, esto no implica que la posesión de un derecho considerado inalienable no pueda perderse de forma involuntaria, a consecuencia de alguna actuación ilícita por parte de su titular. El propio Locke advierte la diferencia entre estas dos vías en la única ocasión en que habla expresamente de inalienabilidad en los Tratados: «un padre no puede alienar el poder que tiene sobre su hijo; tal vez puede perderlo hasta cierto punto, pero no puede transferirlo: y si algún otro hombre lo adquiere no será por concesión paterna».” (SOLAR CAYÓN, José Ignacio. “Los derechos naturales en la filosofía política de Locke”. , A.A.V.V., *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I, Transito a la modernidad, siglos XVI y XVII*, G. PECES-BARBA MARTINES y E. FERNANDEZ GARCIA (dir.), Madrid: Dykinson, 1998, p. 619-620).

³³ SOLAR CAYÓN, J. I., “Los derechos naturales en la filosofía política de Locke”, cit., p. 622.

³⁴ En una opinión meramente especulativa, podemos decir que la inalienabilidad de los derechos naturales puede ser una de las explicaciones para el hecho de que los iuspositivistas funden su regla de reconocimiento en un ente metafísico – cuando exactamente toda la teoría iuspositivista está construida de modo que niega toda la asertiva no comprobable. En esta línea, se puede decir que aunque uno de los pilares del iuspositivismo es la ligación del derecho con el Estado, en relación al origen de la regla de reconocimiento no lo hace a través de una teoría contractualista. Analizando la característica de la inalienabilidad de los derechos fundamentales en el pensamiento de LOCKE, se podría argumentar que esta pueda ser un poderoso argumento sobre la no ligación de la regla de reconocimiento iuspositivista con la teoría contractualista del Estado, prefiriendo KELSEN proponer (o mejor dicho, presuponer) una explicación metafísica.

Conforme define G. PECES-BARBA, la expresión «derechos naturales» supone referirse a unos derechos: a) previos al Poder y al Derecho positivo; b) que se descubren por la razón en la naturaleza humana; c) que se imponen a todas las normas del Derecho creado por el Soberano siendo un límite de su acción. “Representan una concepción abstracta que prescinde de la historia y de la realidad social para la identificación de los derechos y no tiene un arraigo sólido en la cultura jurídica y política”³⁵.

Con base en este concepto resulta posible observar la coherencia de la tesis iusnaturalista racionalista en el sentido de que, se los derechos naturales son anteriores al poder político debiendo limitarlo en cuanto a la posibilidad de deliberación sobre ciertos asuntos, es coherente que no se sujete a las deliberaciones de la mayoría. En el caso, considerando que la tesis del contrato social podría generar la interpretación de la posibilidad de cesión de la libertad en pro de una causa política adoptada por la mayoría, la inalienabilidad de estos derechos esenciales al género humano pretende proteger los derechos de una apropiación indebida por parte de las mayorías.

Al analizar la historia reciente del derecho es posible observar el acierto en la preocupación iusnaturalista racionalista. Basta observar el trato relativo a los derechos fundamentales en las primeras declaraciones europeas, claramente influenciados por el legicentrismo posrevolucionario³⁶ en comparación con el trato dado a la misma materia en los Estados Unidos – lo cual, sin duda, influencia actualmente de forma decisiva el movimiento llamado neoconstitucionalismo³⁷.

³⁵ PECES-BARBA Martínez, G. *Lecciones de Derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 22)

³⁶ Conforme ZAGREBELSKY, al analizar el uso de la *Déclaration*, quizá el instrumento fundador de los derechos humanos, la idea teóricamente muy prometedora terminó por ocupar una posición de mera declaración política, “carentes de incidencia jurídica por sí mismas e insusceptibles de aplicación directa en las relaciones sociales. Se produjo así lo que puede parecer una paradoja: en el país cuya principal contribución al desarrollo de las concepciones constitucionales viene representada sin duda alguna por los derechos humanos, lo que se afianzó no fue la posición central de los derechos, sino lo que se ha denominado *legicentrismo*. Los derechos naturales de los hombres, de los que partía la *Déclaration*, conducían a la soberanía de la ley, producida con el concurso de los ciudadanos.” (...) “No tuvo lugar, pues, el sometimiento de la ley al control de los derechos sino que, al contrario, se produjo el control de legalidad de los derechos, cuya verdadera «constitución» jurídicamente operante no fue la Declaración, sino el Code Civil, no en vano denominado con frecuencia la «constitución de la burguesía» liberal”. (*El derecho dúctil*, ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*, [trad. Marina Gascón], Madrid:Trotta, 1995. p. 53). En suma, el modelo francés revolucionario ha cambiado el poder absoluto del soberano por el poder absoluto de la ley.

³⁷ “La característica principal de las Declaraciones americanas es la fundamentalización de los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho que puede establecer el legislador. Los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las amenazas, primero de las externas provenientes del Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de un legislador omnipotente.” (*El derecho dúctil*, p. 54)

Con la inalienabilidad la teoría iusnaturalista pretende, dentro de una teoría contractualista, proteger la soberanía de los derechos frente a cualquier acuerdo o voluntad, actuando de forma coherente con su proposición de derechos no sometidos a la voluntad, sino tan solo a la razón.

1.4.1.b. Universalidad y inmutabilidad

Conforme apunta José DELGADO PINTO, el iusnaturalismo concibe sus conceptos morales como definitivos y con pretensión de validez general, en todos los tiempos y contextos. En consecuencia, el derecho natural consiste “en una serie de reglas o principios relativos a la ordenación justa de la vida social que son universales, inmutables y cuyo conocimiento todos tenemos acceso mediante el uso natural de nuestra razón”³⁸. Por universalidad se entiende la posibilidad de ser aplicado a todos los hombres, ya que estos derechos estarían relacionados con la propia naturaleza humana, no sometidos a contextos históricos o políticos. En principio, el rasgo de la universalidad de los derechos tiene origen en una concepción de ser humano igual en dignidad en relación a todos los demás, por lo que tales valores serían inmutables y extensibles a todos los seres humanos, independientemente de cualquier criterio espacial o temporal.

Tal como explica G. PECES-BARBA, son varios los sentidos que se puede atribuir a la universalidad. El primero, ya mencionado, relacionado con el plano racional, hace referencia a la titularidad del Derecho Natural, lo cual alcanzaría a todos los seres humanos. El segundo se relaciona con el plano temporal, por lo que el Derecho Natural sería atemporal, es decir, su contenido sería lo mismo a lo largo de la historia, no importando el momento en que sea aplicado. Los derechos de ayer son los mismos derechos de mañana. A este sentido temporal de la universalidad se le conoce también por inmutabilidad. El último sentido de la universalidad sería en el ámbito cultural, donde la concepción iusnaturalista sería válida como derecho natural en cualquier cultura, en cualquier territorio, no importando qué concepción de cultura se tuviera³⁹.

Tienen, por lo tanto, pretensión de aplicación universal, a todos los seres humanos en cualquier tiempo u ordenamiento jurídico y cultural. Estos derechos son anteriores al Estado y,

³⁸ DELGADO PINTO, J. *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*, Discurso leído en la Solemne apertura del Curso Académico 1982-1983, Universidad de Salamanca, 1982, p. 10, citado en DORADO PORRAS, Javier., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. cit., p. 55.

³⁹ PECES-BARBA Martínez, Gregorio., *Lecciones de Derechos fundamentales*. cit., p. 191-2.

por lo tanto, no pueden ser condicionados por este. Son anteriores a cualquier forma de asociación y, por consiguiente, no pueden estar condicionados por ninguna cultura. Además, el referente para que sean descubiertos es el “estado de naturaleza” y su titular es el “hombre abstracto”, no el hombre socialmente considerado y situado en determinado contexto histórico.

Quizá, las mayores críticas recibidas por una concepción de derecho natural se refieran a estas dos características⁴⁰. Una concepción iusnaturalista que defienda el derecho natural y, por consecuencia, el derecho, como inmutable y universal es coherente si se adopta una postura de total independencia con relación al Estado y Sociedad, como efectivamente lo hacen. No obstante, parece que hoy no se puede defender un concepto de derecho que no tenga en el Estado un agente efectivo de realización de este derecho. De la misma forma, las necesidades del individuo y su contextualización anteriormente a cualquier asociación, “estado de naturaleza”, son diversas de sus necesidades en cuanto individuo inserto en determinado ordenamiento social. Es esta la crítica del historicismo al derecho natural, en el momento en que toma consciencia de la necesidad de una concepción más realista de los derechos, para los cuales importará en algún grado de la estructura de desarrollo social y cultural en la cual está inserto el individuo. De ahí la pertinencia de la afirmación de François OST, en el sentido de que el gran problema que se establece es el de saber «en qué medida esta nueva fundamentación ‘historicista’ puede ser compatible con la fundamentación iusnaturalista originaria sin corromper la misma noción de los derechos del hombre»⁴¹.

1.5. Críticas a la teoría iusnaturalista

Entre las críticas formuladas a la teoría iusnaturalista, sin duda una de las más destacadas y que todavía mantiene su relevancia es la que se refiere a una concepción dualista del derecho, defendida por el iusnaturalismo ontológico (el iusnaturalismo deontológico, como hemos visto, propone una concepción monista). Conforme trataremos en seguida cuando nos

⁴⁰ Sobre las críticas sufridas veamos las verdaderas por el utilitarismo y el relativismo en relación a la titularidad universal, en razón de la propia duda sobre la posibilidad de existencia del hombre fuera de un contexto social (la relativización del ser humano); del historicismo en relación a la imposibilidad de una idea de evolución de los conceptos por su aplicación histórica y, al final, del nacionalismo, por la creencia de la imposibilidad de existir una moral universal, o de la obligación de los pueblos a la misma.

⁴¹ OST, François. “Actualité des droits de l’homme dans le crise de l’Etat-Providence”, RIEJ (Revue interdisciplinaire d’études juridiques), 13, 1984 p. 9. Con un cuestionamiento similar, mas pareciendo seguir otra línea de pensamiento la observación de E. FERNÁNDEZ, *verbis*: «La variabilidad histórica es bastante cierta en el caso de los derechos cívico-políticos y en los derechos económico-sociales y culturales; pero ¿lo es igual en el caso de los derechos personales, como el derecho a la vida ya la integridad física y moral? En este último caso creo que nos encontramos ante un sustrato permanente, con variabilidad sólo de matices». (FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y Derechos Humanos*, Madrid: Editorial Debate, 1984, p. 102).

ocupemos de la teoría iuspositivista, es característica del positivismo jurídico el culto a los valores de “seguridad” y “certeza” sobre el derecho, por lo que realiza mucho esfuerzo para responder a la pregunta sobre cómo identificar el derecho. Por esto, gran parte de la crítica iuspositivista al derecho natural consiste en negar la indeterminación del derecho natural, vinculando las fuentes de producción jurídica al Estado y, por lo tanto, imponiendo una concepción monista del derecho – sólo es derecho el derecho positivo. A partir de esta crítica resulta fácil entender la concepción dualista, la cual significa la presencia de dos ordenamientos – el derecho positivo y el derecho natural. El primero, con fuente estatal o de acuerdo con cual sea su norma de producción; el segundo, alcanzable a través de la razón y, más importante, funcionando como criterio de validez del primero. De esta forma, resulta posible afirmar como primera conclusión el hecho de que sobre el derecho positivo no hay dudas acerca de su aceptación – lo que siempre fue admitido por el iusnaturalismo. El problema reside en la aceptación o no del derecho natural como derecho.

No obstante la histórica discusión, en el derecho actual, parece posible encontrar algunos puntos de convergencia. El primero consiste en el avance del derecho como ciencia a partir del pensamiento iuspositivista, presentando criterios coherentes y científicos acerca de cómo identificar el derecho. El segundo punto se refiere al hecho de que con el constitucionalismo y las concepciones de constituciones materiales vinculantes, de derechos fundamentales como instrumentos jurídicos (y no políticos), y de una idea de constitución como reveladora de la voluntad popular anteriormente a la constitución del poder político, o sea - como poder originario -, el objetivo iusnaturalista de un derecho superior que contiene los derechos indispensables y inalienables del pueblo puede de cierta forma ser sustituido en estos ordenamientos. Un sistema de derechos fundamentales no apenas es apto a ofrecer límites al poder político y disponer sobre los bienes más importantes para los ciudadanos, aunque contra las mayorías y el poder estatal; como proporciona un relativo grado de certeza que sólo parece posible con la positivación (mismo que en normas abiertas).

Cuando la teoría dualista deja de atribuir una fuente al derecho natural⁴² o alguna prueba sobre su contenido que no sea únicamente el uso de la razón, deja el derecho como ciencia sujeto a cualquier revelación y por consecuencia, a la arbitrariedad. Como la sociedad moderna atribuye al derecho la condición de instrumento de garantía de la libertad, el contrario de la arbitrariedad, la teoría iusnaturalista abre espacio a críticas como la formulada por H.

⁴² Y esto, como hemos afirmado, desde la secularización, con la cesación del origen divino al derecho .

WELZEL, según el cual: “Toda apelación a lo «conforme a la naturaleza» y toda la negación de lo «contrario a la naturaleza» va precedida de una decisión axiológica primaria no susceptible de prueba... Ya en los comienzos de la teoría iusnaturalista aparece con toda claridad la profunda problemática del Derecho natural: la estructura proteica de la naturaleza humana toma en manos de cada pensador iusnaturalista la forma que él desea; todo lo que tiene por justo y deseable lo ha introducido ya de antemano, tácitamente, en su concepto de «naturaleza» del hombre antes de extraerlo, de nuevo, para justificar su noción de lo justo «por naturaleza»”.⁴³

En este punto, posible decir que pertinentes las críticas a la teoría dualista⁴⁴, por dos motivos principales. El primero consiste en la falta de presentación de un criterio de fundamentación para la existencia y deber de obediencia al derecho natural. El deber de obediencia al derecho natural es presentado como dogma por la doctrina iusnaturalista. Como segundo segunda crítica pertinente se tiene la ausencia de certeza sobre su contenido, lo cuál es definido simplemente como normas “tan evidentes que son accesibles a cualquiera por el uso de la razón”. Sin embargo, la ausencia de una enunciación de estas normas superiores acaba por dejar derechos de los más importantes sujetos a la total discrecionalidad del encargado de su interpretación; además de generar una vulnerabilidad muy grande para una concepción científica del derecho. Desde una perspectiva de derecho como ciencia, pensamos que cualquier

⁴³ WELZEL, H., *Derecho natural y justicia material. Introducción a la filosofía del derecho*. (traducción de Felipe González Vicén), Madrid: Aguilar, 1971, p. 254 y 11. En el mismo sentido la célebre crítica de A. ROSS, según el cual: “*A semejanza de una cortesana, el Derecho natural está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural*” (Alf ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, p. 254). Sobre la afirmación de ROSS entendemos que la ausencia de positivación de cierta forma enflaquece el derecho en relación a su disposición por su titular. Sin embargo, no significa en absoluto un argumento a favor del positivismo jurídico, como fue utilizada, ya que la misma crítica puede dirigirse al iuspositivismo. Precisamente por esto surge la necesidad de una fusión de lo bueno de las dos teorías, a fin de establecer un concepto de derecho que demande no sólo como identificar las reglas, sino determinar algunos contenidos que estas reglas deben tener. Esto parece un concepto de derecho más completo y más actual, lo cual vemos reflejado en gran parte de los ordenamientos constitucionales.

⁴⁴ Otra de estas críticas está relacionada con la efectividad del derecho y su necesaria ligación con el Estado; o sea, de la necesidad de una conexión entre derecho y Estado, principalmente con la finalidad de garantizar eficacia al primero. Sobre esto escriben G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ y R. ASÍS, citando también la opinión de DELGADO PINTO “Nos encontramos así con el dato curioso y sorprendente de que a pesar de defender las posturas iusnaturalistas que existen reglas y principios universales e inmutables que regulan la vida social justa y a los que los seres humanos podemos acceder por el uso natural de la razón (también humana), a pesar de insistir en que las normas jurídicas solamente son obligatorias si no están en contradicción con esos principios y normas naturales de justicia, se hace necesario, además, un nuevo rasgo. Éste consiste en afirmar que «tales reglas o principios son insuficientes para el mantenimiento de una sociedad organizada, por lo que es imprescindible la existencia de una autoridad política a la que corresponde una doble función: por una parte, establecer una serie de prescripciones positivas que recojan aquellos principios, los desarrollen en preceptos más detallados y regulen también aquellas cuestiones más técnicas y circunstanciadas cuya solución no puede inferirse de los principios de la justicia natural; por otra, respaldar mediante la fuerza organizada el complemento incluso coactivo, si fuera necesario, de ese conjunto de prescripciones positivas».” (PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., ASÍS, R., *Iusnaturalismo...* cit. p. 302 – referencia a J. DELGADO PINTO de *De nuevo el problema del Derecho natural*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 10).

apelo a la libre discrecionalidad de decisión – mismo pauta por la razón - es de cierto punto contradictoria con la propia idea de derecho. El derecho, al prescindir de la positivación, entra en una calle de dos manos. Si de un lado escapa de la voluntad política que puede no reconocerlo aunque sea evidente; la falta de una positivación condiciona la propia existencia del derecho a un análisis subjetivo, lo que no ocurre se este derecho ya está positivado.

La positivación, considerando todas las críticas que su falta causa a los derechos naturales, al menos proporciona una prueba de pertenencia de determinado derecho a un ordenamiento jurídico, además de posibilitar que el derecho sea tratado como una ciencia a partir de un objeto determinado. Este hecho, sumado a que muchas constituciones reconocen la dignidad de la persona como valor fundamental de un Estado, amparada por derechos fundamentales que garantizan su protección frente al poder político; posibilita una superación de la concepción dualista bajo ciertas condiciones⁴⁵.

Una vez aceptada la superación de una concepción dualista del derecho, resta la pregunta sobre la posibilidad de defensa de una teoría iusnaturalista desde una perspectiva monista, es decir, sin reconocer el derecho natural como criterio de validez del derecho positivo. En primer lugar, resulta posible una respuesta afirmativa como ya visto a respecto del iusnaturalismo deontológico. Como hasta ahora hemos destacado, el punto más importante de la teoría iusnaturalista nos parece la idea de existencia de una *higher law*, la cual debe contener normas con contenidos materiales limitadores del poder político y que condicionen la validez del derecho inferior en razón de la adecuación a sus contenidos. De esa forma, parece no haber problema en que esta *higher law* sea exactamente la de los sistemas de derechos fundamentales previstos en gran parte de las constituciones contemporáneas. Esto, como ya hemos tratado antes, revela que no hay la necesidad de una confrontación entre la teoría iusnaturalista y iuspositivista (como ya hacía el iusnaturalismo deontológico hace algún tiempo), sino, al contrario, que en estos sistemas deben eliminar sus contradicciones aparentes y trabajar en conjunto. Mientras la aceptación de una teoría monista resuelve todas las críticas sufridas por el “dualismo iusnaturalista”⁴⁶ en lo que se refiere a la cuestión de cómo identificar el derecho; la

⁴⁵ Las condiciones que entendemos necesaria a la adecuación de una concepción monista con los derechos fundamentales está contenida en la doctrina del iuspositivista incorporacionista, puesto consideramos el iuspositivismo ideológico incompatible con la realidad constitucional contemporánea. Esto, sin embargo, será debidamente analizado en los capítulos siguientes.

⁴⁶ Sobre estas críticas a la teoría dualista esclarecen G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ y R. ASÍS, citando también N. BOBBIO, *verbis*: “En cuanto a las objeciones al calificativo natural, quizá éstas tengan mayor calado filosófico, pues realmente es muy difícil extraer normas de organización social de un concepto tan ambiguo y engañoso como es el de naturaleza humana. Los argumentos esgrimidos por N. BOBBIO son los siguientes: 1) La

previsión de criterios materiales abiertos en la cumbre de los ordenamientos jurídicos posibilita la utilización de la razón – no utilizada en la revelación de los derechos, sino que en el desarrollo del contenido de los derechos positivados – para determinar los contenidos de tales normas y “lo que debe contener el derecho”.

En suma, se trata de una combinación de las teorías iuspositivista e iusnaturalista que posibilita una mejor respuesta a la cuestión *¿Qué es el derecho?* la cual es ofrecida no solamente considerando la respuesta sobre *¿Cómo identificar el derecho?* sino que también a la de *¿Qué debe contener el derecho?* Con un análisis integrado de estos dos puntos, entendemos, posible una ciencia jurídica mucho más completa, equilibrada y socialmente relevante, ya que es capaz de ofrecer sólidos límites al poder: principalmente el poder político.

Lo que resta del dualismo, conforme entendemos los derechos fundamentales, es que estos constituyen una clase diferenciada de derechos, no sujetos a las mismas reglas del derecho común – incluso el constitucional, por lo que se puede decir que sería posible en cierta forma un *dualismo hermenéutico* (cuando así lo revelaren los sistemas jurídicos), aunque no resulte sostenible el dualismo originario en razón de la necesidad de positivación de los derechos fundamentales para ser considerados como tal⁴⁷, al menos delante de una postura neoconstitucionalista.

1.6. Conclusiones

Para un análisis de las contribuciones y actualidad de la teoría iusnaturalista resulta imprescindible deshacerse de algunos perjuicios causados por una lectura de la teoría iusnaturalista a través de una óptica iuspositivista, así como realizar una contextualización histórica de sus ideas. Es cierto que esta es una tarea casi imposible, pues el lector de hoy trae consigo toda una cultura jurídica no existente en la época, principalmente producto de los

noción de ‘naturaleza’ es de tal modo equívoca que se han llegado a considerar como igualmente naturales Derechos diametralmente opuestos. 2) Incluso si fuere unánime el acuerdo sobre lo que es natural, de ello no cabía derivar un acuerdo unánime sobre lo que es justo o injusto. 3) Incluso si hubiera sido unánime el acuerdo sobre lo que es justo por el hecho de ser natural, de ello no se derivaría la validez de este acuerdo para el momento actual. La historia de las teorías iusnaturalistas muestran de forma palmaria que lo que se ha presentado como natural no pasa de ser artificial o convencional, en todo caso culturalmente determinado.” (*Iusnaturalismo y positivismo jurídico.*, cit., p. 302-303 y citado en BOBBIO, N., “Algunos argumentos contra el Derecho natural”, en H. Kelsen, N. Bobbio y otros, *Crítica al Derecho natural*, [introducción y traducción de Elías Díaz], Madrid, Taurus, 1996, p. 237.)

⁴⁷ Sobre la característica de positivación volveremos a tratarlo de forma específica cuando nos ocupemos del iuspositivismo, así como en las conclusiones desde estudio.

avances aportados por el positivismo jurídico. Sin embargo, una contextualización histórica y la consideración de que los iusnaturalistas tenían la tarea de explicar el derecho sin un contexto de Estado bien desarrollado facilita la comprensión de algunas de sus teorías ahora ya definitivamente sustituidas – y actualmente utilizadas en parte por el neoconstitucionalismo - sin menospreciar la construcción iusnaturalista por completo.

El iusnaturalismo no posee la misma competencia ni la precisión iuspositivista para establecer criterios científicos sobre el fenómeno del derecho y tampoco construir criterios seguros acerca de su identificación. Sin embargo, debe considerarse que este no era el principal objetivo iusnaturalista. Si por un lado es verdad que las críticas del iuspositivismo metodológico al iusnaturalismo pueden resultar procedentes en lo que se refiere a su concepción de derecho como ciencia; también es verdad que esto nunca ha sido un objetivo de los grandes filósofos iusnaturalistas. Tal como observa Brian BIX los autores iusnaturalistas estaban preocupados con lo que los legisladores, ciudadanos y gobierno deberían o podrían hacer en buena conciencia, es decir, en pleno uso de la razón. No es que estos teóricos nos se preguntaban sobre lo que es el derecho; sino que partían de una concepción inicial de ética, no conceptual⁴⁸.

En esta línea, es notable la contribución de esta perspectiva filosófica del iusnaturalismo para una serie de cuestiones que son retomadas por el neoconstitucionalismo y que estuvieron por mucho tiempo ajenas al concepto estricto de derecho propuesto por el positivismo jurídico (a lo menos en sus versiones no contemporáneas), tales como por ejemplo las declaraciones internacionales de derechos, la filosofía del Derecho, cuestiones políticas que abarcan el papel de la Constitución en los Estados de Derecho (principalmente en Estados Unidos), movimientos de derechos civiles, anti-esclavicionistas, etc. La presentación del iusnaturalismo como teoría política es también importante en orden a la comprensión de muchas de las doctrinas que aporta el neoconstitucionalismo del que nos ocuparemos en la tercera parte, principalmente porque se verá que este como teoría del derecho es muy inferior al iuspositivismo, aunque sus proposiciones traten de una serie de posiciones políticas y de teorías de Estado de las cuales el iuspositivismo no se ocupa en su definición de derecho.

Por lo tanto, resulta difícil realizar una confrontación entre iusnaturalismo e iuspositivismo en el campo de la teoría del derecho. Comparado con el positivismo jurídico, en

⁴⁸ En el original: "...these theorists were concerned with what legislators and citizens and governments ought to do, or could do in good conscience. It is not that these writers (and their followers) never asked questions like "what is law?" However, they were asking the questions as a starting point for an ethical inquiry, and therefore one should not be too quick in comparing their answers with those similar-sounding discussions by recent writers, who see themselves as participating in a conceptual or sociological task". BIX, B., "*Natural law theory*", cit., 228.

una función de teoría del derecho, el iusnaturalismo es - en algunos puntos – primario, por cuanto pasa a lo largo de muchas cuestiones relativas al fundamento y funcionamiento de los sistemas jurídicos, principalmente en lo relativo a la eficacia de su ley natural. No obstante, a partir de una evolución jurídica que consagra constituciones materiales que ocupan en la propia teoría del Derecho una jerarquía máxima, gran parte de las concepciones iusnaturalistas – tales como la abstracción normativa, la adecuación material a las normas superiores y la actividad de interpretación – son en gran parte rescatadas por el neoconstitucionalismo y mucho contribuyen con el derecho actual.

Con la previsión por grande parte de las constituciones de sistemas de derechos fundamentales que, por su estructura normativa abierta acaban por constituir verdaderas puertas de entrada de la moral en los sistemas jurídicos – en el momento en que permiten al intérprete construir racionalmente el sentido de términos abiertos - la preocupación iusnaturalista sobre el contenido que debe tener el derecho parece volver a ser considerada tema relevante, mismo para una óptica positivista⁴⁹. En este sentido, se destaca una renovación de la teoría iusnaturalista, que no viene a oponerse a la teoría iuspositivista (no ideológica) sino que la complementa, o mejor dicho, complementa una insuficiencia de la teoría clásica del iuspositivismo en la tarea de conceptualizar el derecho actual. Como apunta PECES-BARBA: “En el clima de la cultura jurídica europea, democrática y pluralista no me parece posible mantener la pretensión iusnaturalista, sin perjuicio de que la teoría de la justicia deba reelaborar, en concordancia con los nuevos tiempos, la problemática del Derecho justo, del derecho que debe ser...El problema central es el choque del dogmatismo que supone necesariamente el iusnaturalismo con el pluralismo del sistema democrático que se impone en la cultura jurídica y política europea actual y que supone un nuevo punto de vista para la legitimación del poder y, consecuentemente, para la justicia del Derecho”⁵⁰.

Para la solución de esta nueva perspectiva del derecho resulta útil importante una teoría fuerte de los derechos fundamentales, incorporados en las constituciones no apenas como meras promesas, sino como efectivos instrumentos jurídicos limitadores del poder político más, también, con carácter legitimador y justificador de todo el ordenamiento jurídico.

⁴⁹ Así afirmamos porque, conforme trataremos adelante, una vez que esto sea reconocido y aplicado en la práctica jurídica por los tribunales por influencia de la doctrina neoconstitucionalista, será tarea de los positivistas, que se proponen a explicar el derecho que es, demostrar como algunos contenidos de innegable relación moral, ingresan en los sistemas jurídicos.

⁵⁰ PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ, E.; ASÍS, R., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico.*, cit., p. 308.

A partir de una concepción más actualizada del fenómeno jurídico, donde a partir de DWORKIN, se identifica dentro de las normas, nuevas estructuras abiertas denominadas principios, las cuales amplían considerablemente una actitud interpretativa resulta posible decir que el derecho da un paso adelante a partir del momento en que despierta para el hecho de que el verdadero derecho será el derecho aplicado, no el derecho previsto. Así, lo que integra la norma y constituye el derecho no será tan sólo la voluntad del legislador, sino que principalmente la del intérprete. Sólo después de la interpretación es que posible decir lo que es el derecho, no se discutiendo más entre el “ser” y el “deber ser”, sino lo que “es”⁵¹.

De la misma forma, considerando que la interpretación de contenidos abiertos contempla una serie de posibilidades semánticas resulta innegable la penetración de contenidos morales en el razonamiento y en la argumentación, práctica siempre desarrollada en las teorías iusnaturalistas y que, a pesar de la dificultad de aceptación del origen de la ley natural, siempre tuvo en la argumentación racional una forma de proporcionar una solución adecuada al caso y trabajar con criterios indeterminados previstos en una ley superior como era la ley natural.

Es evidente que no estamos ante de una vuelta al iusnaturalismo, incluso porque es imposible retornar a un pasado ya superado y negar los experimentados por la ciencia del derecho. Sin embargo, la actualidad de una contribución iusnaturalista radica en el hecho de la necesidad de una aceptación de un derecho que no está totalmente determinado, donde las reglas apuntan solamente a una solución *a priori*, la cuál debe someterse a la adecuación con normas materiales que no raro pueden prever contenidos acercados a la justicia.

En lo que se refiere al neoconstitucionales y principalmente a los derechos fundamentales- derechos estos de estructura diferenciada-, parece todavía más próxima su aproximación con criterios filosóficos y de ubicación con la *higher law* del derecho natural. En este punto, es relevante la identificación de los derechos fundamental no apenas en relación al hecho de situaren garantías materiales en la cumbre de los ordenamientos jurídicos⁵².

⁵¹ BIX, B., “*Natural law theory*”. cit., 237.

⁵² Entendemos que el objeto de los derechos naturales y de los derechos fundamentales no coinciden exactamente o, al menos, necesariamente. El objeto de los derechos fundamentales es el hombre en su condición social, y no el hombre en su estado de naturaleza. Esto parece ser evidente en el momento en que no se concibe al hombre en un contexto que no sea el social, algo, incluso, que le es arbitrariamente impuesto. No se concibe, en una concepción moderna de Derecho, que alguien viva aislado de un contexto social. Aunque lo quiera, estará subordinado a un imperio estatal y, por lo tanto, al Derecho. De esta forma, parece que en este punto hay una diferencia esencial. Por otro lado, nos parece que la propia concepción de “valor” presente en los derechos fundamentales no esta considerada más en un contexto atemporal, inmutable, sino en los progresos hechos por los conocimientos históricos y de la razón, aprovechándose de los aciertos y de los errores cometidos por las diversas sociedades a lo

Comparten, también la condición de “derechos base”, fundamentados en una moral racional y, por esto, con fuerte apelo y accesibilidad a los intérpretes cuando necesitan argumentar en pro de su aplicación. Comparten, además, el hecho de ocuparse solamente de asuntos esenciales, y no de garantizar privilegios o asuntos que no estén relacionados con la condición del hombre como ser independizado del Estado⁵³. Como ejemplo se puede citar en LOCKE, la separación entre la ley natural y la política como que solamente sería de un mayor interés al derecho natural los derechos principales, de estrecha relación con la moral, mientras que a la política le estaría permitido ocuparse de todo lo demás⁵⁴.

largo de los tiempos. Esta concepción tiene en cuenta una idea de cultura jurídica, donde se considera cierta dinamicidad tanto de la situación del hombre como de la cultura y su percepción de los valores esenciales a la dignidad humana. En razón de tales críticas observa PECES-BARBA que “el término «derechos naturales» tiene importancia en la historia de los derechos pero su uso ha perdido sentido en la actualidad⁵². Por otra parte, en el lenguaje utilizado habitualmente por los operadores jurídicos y por los ciudadanos su incidencia es progresivamente escasa. No parece que sea la expresión adecuada para abarcar hoy el fenómeno de los derechos fundamentales” (PECES-BARBA. G., *Lecciones de Derechos fundamentales*. cit., p. 22).

⁵³ Así hay que entender la afirmación de EZCURDIA “Esta no puede provenir más que de la norma jurídica; pero esa normatividad o es la positiva u otra superior, la natural, y parece evidente que «repugna a la conciencia y a la dignidad humana admitir que el hombre ostenta o no los llamados derechos fundamentales, afectantes a los aspectos más íntimos y entrañables de la persona, dependa tan sólo de la vigencia de las normas que quieran otorgarlas », es decir, del derecho positivo.” (*Curso de Derecho Natural...*, cit., p. 45).

⁵⁴ En este sentido observa SOLAR CAYÓN que: “Es decir, mientras la tesis de la inalienabilidad apelaba a la irracionalidad de la posible cesión voluntaria de determinados derechos esenciales, garantizando al individuo la inmunidad frente a su propia decisión, Locke alude a la concluyente imposibilidad lógica y material de ceder derechos que no se poseen como criterio delimitador en el proceso de creación contractual del poder político. Por tanto, los individuos asociados sólo pueden ceder a los fines de la constitución de la sociedad política esa zona en la que los derechos naturales se configuran como derechos-libertad, única zona en la que tienen verdadero poder para gobernar sus acciones. Tal es en consecuencia el ámbito material de actuación del poder político: el ámbito de las cosas indiferentes.” (SOLAR CAYÓN, “Los derechos naturales en la filosofía política de Locke”, cit., p.. 623).

CAPÍTULO II – EL POSITIVISMO JURÍDICO

CAPITULO II. El positivismo jurídico. 2.1. El positivismo clásico. 2.1.1. Orígenes del positivismo jurídico. 2.1.1.a. Il legicentrismo y la concentración de las fuentes del derecho en el Estado. 2.1.1.b. Situación histórica y política del surgimiento del positivismo jurídico. 2.1.1.c. Separación del derecho respecto a la política. 2.1.2. Principales afirmaciones del positivismo clásico. 2.2. El positivismo moderno. 2.2.1. El positivismo jurídico de Hans Kelsen. 2.2.2. El positivismo jurídico de Herbert Hart. 2.2.2.a. Puntos de vista interno e externo. 2.2.3. Puntos de conflicto entre las tesis defendidas por el positivismo moderno y el neoconstitucionalismo. 2.2.3.a. Iuspositivismo y legitimidad democrática. 2.2.3.b. Estructura abierta de las normas. 2.2.3.c. Primeras consideraciones respecto a la relación entre el derecho y la moral en el positivismo jurídico. 2.3. El positivismo contemporáneo. 2.3.1. Positivismo incluyente y excluyente. 2.3.2. Las críticas de Ronald Dworkin a la posición incorporacionista. 2.3.2.a. La incorporación de la moral. 2.3.2.b. La estructura normativa. 2.3.2.c. Función epistémica. 2.3.2.d. El derecho como hecho social. 2.4. Conclusión.

Entre los efectos generados por los cambios a un modelo de Estado constitucional material y las implicaciones que tales cambios conllevaron para el concepto de derecho, seguramente las mayores consecuencias se manifestaron a través de críticas y ataques al concepto iuspositivista de derecho. De los temas de conflicto aportados por el Estado constitucional encontramos la inserción en el sistema jurídico de contenidos materiales y abiertos, los cuales ceden espacio para que penetren elementos externos en los sistemas jurídicos. La estructura de los enunciados normativos ya no se explica solamente a través de un modelo puro de reglas. Las consecuencias jurídicas ya non son solamente aquellas previstas por las normas, sino que los elementos abiertos permiten la atribución de un significado semántico propio al mundo del derecho, lo que no raramente se asocia a la penetración de criterios morales; algo en principio contrario a la teoría iuspositivista. Además, se cuestiona el llamado Estado legislativo como única fuente de emisión de normas jurídicas, el cual sufre algunos cambios debido a la presencia del Tribunal Constitucional, capaz de definir y desarrollar criterios materiales a los cuales la ley debe adecuarse, además de la atribución de una fuerza normativa propia a las normas constitucionales, que en algunos casos son aplicadas de forma directa.

En razón de estos factores, es común encontrar posiciones sosteniendo que la seguridad sobre el contenido del Derecho, uno de los pilares del positivismo jurídico, acaba por ser relativizada y, en consecuencia, se dividen las teorías positivistas en el sentido de que se

cuestionan algunas de sus máximas, hasta poner en duda la propia viabilidad de la teoría positivista sobre el derecho.

Lo que pretendemos en el presente capítulo, básico para la investigación que estamos realizando, es hacer un análisis de los cambios que sufrieron las principales tesis iuspositivistas a lo largo del tiempo. Con esto, pretendemos verificar la existencia o no de actualizaciones en las diversas tesis respecto a la concepción inicial del positivismo, así como comprobar se efectivamente el iuspositivismo actual sostiene todavía las tesis que le atribuyen sus críticos. A lo largo del análisis, confrontaremos las explicaciones más actuales del positivismo con fin de verificar se son capaces de explicar las nuevas exigencias del derecho actual, mormente en relación a lo que sostiene el neoconstitucionalismo.

2.1. El positivismo clásico

Tal y como hemos afirmado anteriormente el derecho natural y el derecho positivo siempre han convivido juntos, aunque siempre mantuvieron una lucha acerca de la forma de concepción del derecho. Durante el curso de la historia, lo que va a determinar una concepción iusnaturalista o iuspositivista será el grado de ascendencia de uno sobre el otro. El derecho natural nunca se opuso a la posibilidad de existencia y vigencia de un derecho positivo, pero exigía que el criterio último de validez fuesen los preceptos morales del derecho natural. Sin embargo, en la concepción iuspositivista ya no existe esta misma lógica de aceptación. Conforme BOBBIO, el positivismo jurídico nace “cuando «Derecho natural» y «Derecho positivo» no son ya considerados como Derecho en el mismo sentido, sino que sólo se considera derecho en sentido estricto al positivismo.”⁵⁵ Para el positivismo jurídico el concepto de derecho sólo admite un objeto: el derecho positivado, ya que el derecho natural no se concibe más como derecho, sino como pretensión de un día venir a ser positivado y, solamente así, tornarse derecho. Conforme el autor italiano, la propia denominación “positivismo jurídico” tiene sus orígenes en el término “positivación”, es decir, de considerar como derecho solamente aquello que es positivado a través de las formas previstas por las normas de organización y competencia⁵⁶.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. op. cit. p. 44

⁵⁶ BOBBIO identifica la denominación “positivismo jurídico” no porque coincida temporal y en línea de pensamiento con la corriente científica y filosófica denominada positivismo (que tuvo en Augusto COMTE) su mayor exponente), sino porque identifica la denominación con el derecho positivado. Se opone, por lo tanto, a la relación entre positivismo jurídico y filosófico. Tanto que cuando propone el marco inaugural del iuspositivismo establece el momento en que la ley, el derecho positivado, pasa a asumir la precedencia en relación al Derecho

2.1.1. Orígenes del positivismo

2.1.1.a. El legicentrismo y la concentración de las fuentes del derecho en el Estado

La transición entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo es una transición cultural. Mucho más que una imposición, consiste en un proceso gradual de construcción de una realidad jurídica donde el derecho pasa a ser producción del Estado. Esta identificación entre el derecho y sus fuentes oficiales, o reducción de las fuentes del derecho al Estado, se debe en gran parte al pensamiento de HOBBS (por algunos considerado como el primer positivista) y pasa por autores todavía considerados iusnaturalistas, conforme se observa en el pensamiento historicista y realista. A partir del siglo XVII, la oficialización de las fuentes del derecho actúa como forma de unificar los sistemas jurídicos, acompañando la tentativa de unificación de varios Estados en Europa continental, sirviendo la unificación del derecho también como instrumento de unificación política.

En este momento, ejerce gran influencia principalmente a partir de la Francia post revolucionaria la idea de ley como unificadora de la voluntad popular y de la voluntad del Estado, lo que ha contribuido – al menos en la Europa continental – a la casi que eliminación del derecho basado en las costumbres y en la ley natural, así como a la identificación de las fuentes del derecho en el poder legislativo – que aunque independiente, era una institución estatal.⁵⁷

Sin embargo, el surgimiento del positivismo jurídico no puede ser reducido simplemente a la sustitución del derecho natural como criterio de validez por un derecho apprehendido por el legislador y consustanciado en la ley. Esto, en verdad, define lo que se ha denominado *legicentrismo*. Así lo es, porque en este caso todo el derecho continúa todavía

natural (*El positivismo jurídico*. cit. p. 35). También es esta la opinión de DORADO PORRAS, para el cual esta posición “parece más certera, al menos del punto de vista histórico, puede llevar a la consideración del positivismo jurídico como aquella denominación bajo la que cabría agrupar todas las teorías que se oponen al iusnaturalismo. Así, mientras que el iusnaturalismo mantiene una tesis dualista en cuanto al concepto de Derecho – al distinguir entre Derecho natural y Derecho positivo – el positivismo se caracterizaría por defender una tesis monista según la cuál no hay más Derecho que el Derecho positivo.” (*Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. cit. p. 23)

⁵⁷ En un plano político, la ley ha sido de gran importancia para la transición desde un derecho basado en las costumbres hacia un derecho de producción estatal, pues, en su concepción original rousseauiana, presento la posibilidad de una unión de justicia y autoridad, de Estado y sociedad. Como resume Luis Prieto, “... en suma, la voluntad general representa el más formidable instrumento en favor de la justicia de la ley y de su obediencia sin condiciones, cancelando la distancia que separa la autonomía de la moral y la heteronomía del Derecho.” (PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 14)

dependiente del político, identificado con las fuentes estatales y, por qué no, hasta con una moral que se entendía que el legislador era capaz de aprehender y transformar en leyes. Este proceso podemos entenderlo como un escenario anterior al positivismo – el de la sustitución de las anteriores fuentes del derecho natural por fuentes estatales; de contraposición y lucha entre el derecho proveniente del monopolio estatal sobre las fuentes jurídicas y el derecho natural, lo cual desembocará en codificación. Conforme señala BOBBIO, es con la codificación, es decir, cuando el derecho común es totalmente absorbido por el estatutario, es que efectivamente comienza el verdadero y estricto positivismo jurídico”⁵⁸.

A partir de esto momento resulta posible identificar una gran preocupación por parte de sus teóricos en hacer del derecho una ciencia autónoma, libre de elementos externos entre los cuales se incluye la propia voluntad del Estado. En la denominación de H. KELSEN, una teoría “pura” del derecho. En este proyecto, el positivismo jurídico experimenta una fuerte influencia del positivismo filosófico, el cual se obstinaba en mostrar la necesidad de establecer padrones científicos y procedimentalizar el conocimiento – algo que no podría ser diferente respecto a la ciencia del derecho⁵⁹.

En un primero momento, por lo tanto, se puede decir que hay una preocupación con el establecimiento de fuentes del derecho, y esto a partir de las ideas de HOBBS se lo hace a través del Estado. Elimínase con esto, de forma progresiva, el sistema dualista del iusnaturalismo que permitía la existencia concomitante de dos ordenes jurídicas. La negación del dualismo, podríamos llamar, entonces, de proceso de positivación de las normas jurídicas, un proceso anterior al positivismo jurídico.

El proyecto iuspositivista es más complejo que esto, pues pretende también la consideración de derecho como ciencia autónoma y, con eso, la desconsideración por la ciencia

⁵⁸ BOBBIO, El positivismo jurídico., cit. p. 50

⁵⁹ Así, aunque algunos autores suelen distinguir claramente el positivismo jurídico del positivismo filosófico de Comte, no se puede negar que además de la denominación, hay puntos importantes de conexión entre estos ramos del pensamiento. Un elemento mínimo que comparten es la negación a los criterios metafísicos, valorativos, sentimentales o especulativos en la rama científica. Ambos se caracterizan por un fuerte carácter pragmático para los cuales, como afirma MIRETE, lo importante “no es preguntarnos el por qué de las cosas, sino cómo son las cosas, como se desarrollan, no suscitarnos problemas abstractos”(MIRETE, José Luis. *Racionalismo, idealismo y positivismo*. DM Editor, Murcia, 1995, p. 115). Es en este sentido que el positivismo jurídico propone una ciencia jurídica de carácter científico, la cual puede ser descubierta a través de elementos reales y que trae una nueva actitud frente al derecho, separando la ciencia jurídica del ámbito filosófico y del ámbito político. En el primero, trabaja con el derecho que tiene puesto, cierto, seguro, positivado, y no especula sobre su corrección, sus finalidades. Esto en ningún momento significa que clásico tenga una actitud de negación u oposición a la moral, pero simplemente entiende que esta no debe ser una preocupación de la ciencia jurídica, sino de la filosofía del derecho.

jurídica de todo el carácter axiológico, moral y de corrección que caracterizaba el derecho natural. Este proceso constituye un proyecto mucho mayor que la reducción de las fuentes del derecho. A partir de la concepción positivista, el derecho elimina no apenas la dependencia de la moral, como también lo hace en relación a la política.

2.1.1.b. Situación histórica y política del surgimiento del positivismo jurídico

En su busca por la seguridad, la sociedad liberal-burguesa procura en el derecho una forma de protección no sólo contra la incertidumbre del derecho natural, sino también en relación al propio Estado. Esta seguridad será buscada a través del derecho. Buscará en la exacta determinación de lo jurídico la certeza sobre lo que es o no exigible garantizando, así, la seguridad jurídica contra los demás y contra el Estado.

La gran diversidad de valores presente en la sociedad llevaría ciertamente a una indeterminabilidad del derecho y, por consecuencia, a una mayor incertidumbre e inseguridad⁶⁰. Era, en este contexto, interés del positivismo no sólo proteger el derecho en relación al poder estatal como también trabajar en pro de su determinación. Así, por un lado se encuentra la preocupación de garantizar la libertad, lo que implica proteger el derecho contra el poder institucionalizado, motivo por el que no se puede simplemente identificar el derecho con el poder. Por otro lado, hay que buscar la determinación y la seguridad de lo jurídico en una sociedad plural, por lo que resulta necesario la protección del derecho contra el subjetivismo, de forma que se pueda alcanzar certeza cuanto a sus contenidos. Como afirma BARZOTTO, para realizar el valor seguridad, en sus dimensiones de certeza y previsibilidad, los positivistas asumieron la tarea de construir un concepto de derecho que fuese inmune a la incertidumbre del pluralismo axiológico y de la imprevisibilidad del arbitrio estatal⁶¹.

Ante a estos desafíos la teoría positivista del derecho busca el aislamiento del derecho en sí mismo, como sistema autónomo, no relacionado con la política ni con la moral. Irá a construir la base de su teoría en la noción de norma. El derecho se presenta, entonces, como un

⁶⁰ Se de un lado el derecho necesitaba del Estado de modo a conferirle fuerza y, por consecuencia, autoridad, de otro no podía estar sujeto a la voluntad del soberano. Aunque en un primer momento, con Rousseau, la ley haya ejercido este papel de puente entre la sociedad y Estado, la teoría del derecho manteníase todavía conectada al mito de que el legislador era capaz de producir siempre el mejor derecho; lo que de cierta forma mantenía el derecho condicionada a valores axiológicos. Aunque presupuesta, imperaba la creencia en la “justicia de la ley”. Si lo que procuraba el positivismo era construir una ciencia jurídica autónoma ; no dependiente siquiera de la justicia del legislador, la teoría necesitaba todavía un desarrollo.

⁶¹ BARZOTTO, L. F.. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 138.

sistema normativo, concentrándose la teoría positivista en explicar los criterios de pertenencia y no-pertenencia del sistema, lo cual culminará en las nociones de jurídico o no jurídico. Conforme BARZOTTO, no pudiendo fundar el derecho sobre concepciones valorativas ni sobre el poder sin violar el valor seguridad, el positivismo fue llevado a proponer un fundamento jurídico para el propio derecho. Esto significa que fue constreñido a construir un concepto autónomo de derecho. Autónomo en relación al plano fáctico (eficacia) y valorativo (justicia).⁶² Los criterios de pertenencia de un sistema serán, así, plenamente jurídicos, ajustados por la validez.

Lo que interesa, a partir de ahora, es la realidad social, donde lo cognoscible para el teórico del derecho es lo empírico. El concepto de derecho ya no se distingue de la norma jurídica, su “forma necesaria”. Como apunta Nuria BELLOSO MARTÍN, para esta concepción clásica “no hay Derecho fuera de la norma”⁶³. Así, el campo de actuación del estudio del derecho es la ley y su aplicación social. Planteamientos axiológicos, de justicia, o morales, los cuales se refieren a problemas metafísicos ya “no constituyen Ciencia, y en consecuencia, no tienen nada que ver con el Derecho”⁶⁴.

2.1.1.c. Separación del derecho respecto a la política

El concepto de derecho pasa a ser, a partir de la concepción positivista, solamente el derecho que está positivado, o mejor, las normas cuya producción siguen la forma determinada en reglas superiores, obedeciendo las fuentes previstas por la “norma suprema” o “norma fundante”. Este concepto buscará eliminar la dependencia del derecho respecto a la política, su principal fuente. Ambos pasarán a trabajar como ciencias totalmente independientes: será función del poder legislativo, con toda la legitimación y autoridad que posee, descubrir los valores vigentes en una determinada comunidad, en un cierto momento histórico, y, a partir de ahí, elaborar el derecho, lo cual viene siempre al mundo jurídico a través de la ley⁶⁵. El derecho

⁶² BARZOTTO, cit. p. 139.

⁶³ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo”. *El positivismo jurídico a examen : estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006, p. 785.

⁶⁴ MIRETE. *Racionalismo, idealismo.....*, cit. p. 117

⁶⁵ En este sentido el análisis de MIRETE: “Austin y la Escuela analítica en general, parten de una concepción estrictamente positivista del Derecho; lo que caracteriza al Derecho es su generalidad, hay que contemplarlo de modo abstracto, y en este sentido el Derecho es ley, se reduce únicamente a la ley. Reconoce, sin embargo, que existen otra serie de reglas que en ocasiones nos obligan como, por ejemplo, las costumbres, pero la ley, a diferencia de las costumbres, se distingue de ellas por el fundamento de validez y eso hace que la ley constituya únicamente el Derecho. El fundamento de la validez de la ley es su procedencia: procede de un superior jerárquico que sólo puede ser un superior político. Los usos y las costumbres no proceden de ningún superior político, y de

no será dependiente de la ley porque la autoridad legislativa que la produce sólo obtiene esta autoridad porque una norma jurídica, o mejor dicho, el derecho, le propicia esta autoridad. De esta forma, no será el derecho el que dependa de la política, por el simple hecho de que este es anterior al poder político del legislador y, por lo tanto, no puede ser dependiente de tal poder. En razón de esto raciocinio sostendrá el positivismo clásico su separación respecto de la política, así como de que al científico jurídico no le compete ocuparse del contenido de la ley, sino de su aplicación⁶⁶.

2.1.2. Principales afirmaciones del positivismo clásico.

Considerando la substancial evolución ocurrida en las diversas tesis positivistas a lo largo del tiempo, resulta posible hacer una división entre las teorías más clásicas, en general asociadas al positivismo ideológico y con alguna influencia del legicentrismo (lo que se justifica como forma de confrontación con el modelo iusnaturalista); y teorías positivistas más modernas, las cuales demuestran una preocupación mayor por el derecho como ciencia, principalmente en la tarea de explicar conceptos más complejos como los de eficacia, relación de la moral con el derecho y nuevas fuentes de producción de las normas.

En relación al positivismo clásico, conviene destacar su fuerte carácter ideológico en el sentido de determinar cómo deberían comportarse los ordenamientos jurídicos, lo que puede ser explicado por la necesidad de consolidación de una verdadera ideología respecto al papel del derecho, principalmente en lo que se refiere a su contenido, que no debería ser una

aquí la diferenciación entre ley y costumbre para Austin, y es por ello que el único Derecho válido es la ley.” (*Realismo, idealismo...* cit., p. 122-123)

⁶⁶ En lo que se refiere a la separación con la política, la afirmación puede parecer rara ya que la fuente principal del derecho se resumía en la ley, cuya producción dependía del proceso político. Además, es verdad que el positivismo se destaca por la concepción de las normas como acto de producción humana, desvinculadas de una moral perenne que caracterizaba el derecho natural. Conforme explica BARZOTTO, la separación entre el derecho y la política se da a través del artificio de separación entre el poder fáctico del poder jurídico. Solamente el segundo, el cual es producido por normas jurídicas válidas, es capaz de producir normas. Así, las normas no dependen del poder, sino de otras normas que legitiman la idea de autoridad: “el derecho no es contaminado por la política en la medida que no es producido por el mero poder, más por el poder constituido por el propio derecho” (*O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 16.) Complementa el autor explicando que “Cuando la categoría de validez es utilizada para los ordenamientos estatales modernos, decir que una norma es válida es afirmar que ella fue producida en conformidad con una norma del sistema. La validez, tomada como existencia jurídica de la norma, no es reductible a la eficacia (plano de los hechos) y a la justicia (plano de los valores). La validez de una norma depende solamente de la conformidad con la norma que regula su producción. Remontando de norma a norma, llegamos a una norma suprema (norma fundamental en Kelsen, norma básica en Ross, regla de reconocimiento en Hart), que da inicio a todas las series normativas que componen el sistema. Siendo ella misma jurídica, se concluye que el fundamento del derecho es propiamente jurídico, independiente de las dimensiones valorativa y factual de la vida social. El concepto de derecho que emerge de esa construcción es completamente autónomo de la moral y de la política.” (op. cit. p. 29) (traducción libre hecha por el autor del original en portugués).

preocupación del jurista. Sobre el positivismo clásico, BOBBIO establece siete características fundamentales de la teoría, aunque advirtiendo que no es necesario que todas ellas estén presentes en una determinada concepción para que puedan ser consideradas iuspositivistas⁶⁷:

1) El derecho debe ser estudiado como un *hecho y no como un valor*. El jurista debe abstenerse de formular cualquier juicio valorativo sobre la realidad que encuentra, tanto en los hechos sociales como sobre el contenido del derecho traído por las normas. “Derecho es Derecho prescindiendo de que sea bueno o malo, de que sea un valor o un disvalor”. 2) El concepto de Derecho debe estar vinculado a la posibilidad de hacerse cumplir a través de la coacción, y no si es o no cumplido voluntariamente. Así, por Derecho tendremos las normas en vigor una determinada comunidad, las cuales pueden hacerse valer a través de la fuerza (estatal). 3) La principal fuente del Derecho es la legislación. La ley tiene preferencia sobre cualquier otra fuente del Derecho, aunque se admita la costumbre como fuente del Derecho desde que *secundum legem* o *praeter legem*. 4) La norma jurídica como mandato, a lo que denomina BOBBIO la teoría imperativista del Derecho. En este punto, aunque las divergencias sean grandes en la propia doctrina iuspositivista clásica por las normas de competencia y normas permisivas, tenemos hoy uno de los grandes problemas de la teoría, como es, la forma de conciliar una estructura de reglas y principios en la teoría iuspositivista. 5) La teoría del Ordenamiento jurídico, donde cada norma debe ser tratada como integrante de un ordenamiento, que le condiciona validez y compatibilidad. Sobre esto defiende la teoría iuspositivista la *coherencia* que excluye la posibilidad de que en un mismo ordenamiento coexistan normas contradictorias y la *plenitud* según la cual el Derecho puede decidir sobre cualquier caso con base en el ordenamiento (ausencia de lagunas). 6) El iuspositivismo sostiene como sistema de interpretación la interpretación mecanicista, que hace de la actividad jurídica de declaración del Derecho ya que la regla jurídica ya le fornece la solución al caso presentado que se adecua en su supuesto de hecho. 7) La *teoría de la obediencia*, según la cual la ley debe ser obedecida sea cual fuera su contenido, ya que su obediencia consiste en un bien en sí mismo.

⁶⁷ Como ya hemos mencionado, en las características del positivismo clásico apuntadas por BOBBIO posible observar un fuerte carácter ideológico en el sentido de que presenta directivas sobre como debería comportarse el sistema jurídico. Esto parece evidente cuando BOBBIO utiliza a menudo la palabra *debe*. Demuestra, así, la necesidad existente a la época de firmar conceptos, demostrando un carácter ideológico propio de una doctrina que tiene por objetivo cambiar un modelo existente. Esto, como nos ocuparemos adelante, ocurre de la misma forma con el neoconstitucionalismo, el cual presenta fuerte carácter ideológico en el sentido de exigir un comportamiento diverso de los jueces, de la función de las normas constitucionales en el proceso de validez, etc. Este carácter ideológico, sin embargo, se va perdiendo poco a poco en el positivismo jurídico, tal como veremos a lo largo de esta investigación, siendo, por sí sólo, un punto muy importante que debe ser destacado para comprender mejor el positivismo jurídico actual y mucha de las imputaciones que se el hacen..

A esto considera BOBBIO como una forma de ideología iuspositivista (positivismo ético) que no podría ser confundida como teoría iuspositivista sobre el Derecho⁶⁸.

Reconoce el propio BOBBIO que muy difícilmente se encontraría una teoría positiva que reuniera las siete características, lo que hace difícil la definición de un modelo iuspositivista. También en este sentido se posiciona DORADO PORRAS atribuyendo la diversidad de concepciones sobre el positivismo jurídico a la falta de una teoría filosófica que fundamente el pensamiento iuspositivista, lo que perjudica su afirmación como proyecto jurídico o con las funciones que tiene el Derecho en la sociedad; a la variedad de raíces y motivaciones que determinarían su surgimiento, tales como la Escuela histórica en Alemania, la exégesis en Francia y el utilitarismo en Inglaterra y a la propia indeterminación del término “positivismo” reflejado en su asociación o a conceptos de positivismo filosófico o a lo de ley positiva⁶⁹.

A pesar de estas varias concepciones que se van formando a lo largo del tiempo, resulta importante la consideración del positivismo clásico – aunque difícilmente se encuentre a alguien que defienda sus postulados – no apenas para explicar los orígenes del positivismo, sino para mostrar la evolución de sus premisas hacia concepciones más actuales sobre el concepto de derecho, principalmente en lo que se refiere a un abordaje más descriptiva y menos constructivista. En esta línea, resulta posible apuntar como trazo distintivo del positivismo clásico la presencia de un carácter ideológico muy fuerte, puesto que pretende decir como *debe* funcionar el sistema jurídico, y no como funciona. Esto se puede atribuir en gran parte a una preocupación por diferenciarlo de las tesis iusnaturalistas que todavía se presentaban, al menos hasta la consolidación de una teoría positiva del derecho.

Resulta posible observar una significativa evolución de las teorías positivistas, las cuales pasarán a tratar temas más complejos, tales como la eficacia del derecho, otras fuentes sociales que no la ley, hacia la propia decadencia de esta. No obstante, las tesis del positivismo clásico, son por veces reavivadas por los críticos del positivismo jurídico, principalmente para sostener la insuficiencia de la explicación iuspositivista para el derecho actual. Esto, principalmente a partir de las críticas que sufre como teoría del derecho para explicar el neoconstitucionalismo. Siguiendo esta línea de evolución, seguidamente nos vamos a ocupar de

⁶⁸ BOBBIO. *El positivismo jurídico*. cit. p. 141-143

⁶⁹ DORADO PORRAS. J.J. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*., cit., pp. 21-22.

este paso adelante en la teoría positivista, que progresivamente va sustituyendo su fuerte carácter ideológico por una postura más científica y descriptivista de los sistemas jurídicos.

2.2. Positivismos modernos

Con los estudios sobre el derecho de autores como Hans KELSEN, Alf ROSS o H.L.A. HART, a partir de mediados del siglo XX, el positivismo jurídico experimenta un gran avance como ciencia. Su doctrina asume un carácter más científico respecto al estudio del derecho de modo que propicia importantes debates con temas polémicos relativos al derecho existente y el funcionamiento de los sistemas jurídicos, donde se destacan discusiones sobre el contenido del derecho, su relación con la moral, su origen social o presupuesto, su eficacia o no-eficacia. En fin, como afirma DORADO, lo que parece caracterizar al positivismo jurídico en este momento “no es tanto un concepto concreto y acabado de Derecho como un método de aproximarse a su estudio”⁷⁰.

En este punto de la investigación pretendemos trabajar los puntos esenciales de la teoría iuspositivista y sus repercusiones actuales en relación al neoconstitucionalismo, a fin de verificar sus principales puntos de conflicto, los cuales llevan cada día a una evolución en la difícil tarea de describir y explicar el funcionamiento del sistema jurídico. No obstante el sinnúmero de discusiones que se establecen entre sus autores que sostienen teorías diversas, el positivismo no deja de presentarse, tal como afirma Nelson REYES, como “aquella teoría que, desde la perspectiva de un conocimiento científico del derecho, afirma que es legítimo y necesario definir el concepto de derecho tomando en cuenta sólo sus caracteres descriptibles y con entera independencia de cualquier elemento valorativo”⁷¹. En este concepto de iuspositivismo se encuentran sus principales tesis: la identificación del término derecho con el derecho positivo, la distinción entre el derecho que es y el derecho que debería ser, la separación entre derecho y moral, y la diferenciación entre la validez jurídica y el valor del derecho.

Así, de forma resumida, presentaremos algunos de los puntos principales defendidos por algunos autores positivistas como son Kelsen y Hart, los cuales, además de presentaren una idea casi que completa de las posiciones positivistas, representan una doctrina iuspositiva ya bien más evolucionada como teoría del derecho, puesto que adoptan posturas mucho más descriptivistas, proponiendo soluciones para describir el sistema jurídico sin se dejar influenciar

⁷⁰DORADO PORRAS. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p.49.

⁷¹DORADO PORRAS. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 37.

por el carácter ideológico característico del positivismo clásico. A partir de sus obras es construida la base teórica que posibilita el surgimiento de las teorías contemporáneas, como es el positivismo incorporacionista, que es el que efectivamente nos interesa para explicar el neoconstitucionalismo.

2.2.1. El positivismo jurídico de Hans Kelsen

Quizá ningún autor sea tan identificado con el positivismo como Hans Kelsen. El profesor austriaco ha llevado al extremo la propuesta del positivismo de presentar un concepto autónomo del derecho, de forma que su nombre hasta hoy se presenta como sinónimo de positivismo jurídico.

A pesar de que la teoría de Kelsen sea, frecuentemente, relacionada con la identificación del derecho en el Estado, no nos parece que haya sido esta su intención, y ello por el hecho de que su teoría no postula una identificación del derecho en el Estado, por lo que ha pagado un alto precio. La idea central del pensamiento de Kelsen será la construcción de una teoría autónoma del derecho, donde toda norma encuentra su criterio de pertenencia en una otra norma, superior. La única norma que no encuentra su criterio en ninguna otra será la norma fundamental (*grundnorm*), que es presupuesta. Conforme observa Nuria BELLOSO, esta negativa tiene por finalidad mantener la pureza del sistema – no permitiendo ninguna contaminación, siquiera política. Sin embargo, esto “condujo a una contradicción flagrante, puesto que ese positivismo le llevó a vincular el Derecho no a un hecho positivo, sino a una hipótesis”⁷².

La preocupación se justifica en el sentido de que su concepto de derecho no puede estar dependiente ni de la moral ni tampoco de la política. Por esto la preocupación de Kelsen en separar el poder jurídico del mero poder fáctico. El poder jurídico, que detiene la posibilidad de producir normas jurídicas, solamente adquiere su autoridad porque resulta autorizado por una norma jurídica que o precede⁷³. Así, “el derecho no es contaminado por la política en la medida que no es producido por un mero poder, sino que por un poder constituido por el propio

⁷² BELLOSO, Nuria. Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo, cit. p. 793.

⁷³ “As normas do direito positivo são ‘válidas’, isto é, elas devem ser obedecidas, não porque elas são, como as leis do direito natural, derivadas da natureza, Deus ou a razão, de um princípio do absolutamente bom, certo ou justo, de um valor absolutamente supremo ou norma fundamental que se revista da pretensão de uma validade absoluta, mas meramente porque ela foi criada de uma maneira por uma certa pessoa.” (Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 384)

derecho”⁷⁴. De la misma forma, la definición del derecho no se reduce a la noción de norma, sino de un sistema de normas: la simple existencia de una norma no significa que sea jurídica, puesto que puede no satisfacer a los criterios de pertenencia establecidos por el sistema. Es el criterio de pertenencia- la validez - que va a definir la juricidad de una norma. Sin embargo, este criterio de pertenencia se establece de forma dinámica y, no estática (que presupone una derivación lógica). Por el criterio dinámico las normas están sujetas a una relación de autorización. Una norma pertenecerá al ordenamiento jurídico porque resulta producida de acuerdo con la autorización de otra norma superior.

El concepto de derecho para Kelsen es, así, constituido simplemente con base en las nociones de validez y norma fundamental, siendo la primera la relación de adecuación entre normas de jerarquía diversa y la segunda una norma presupuesta con la finalidad de servir de criterio último de validez. Su norma fundamental será presupuesta con la finalidad de mantener la teoría “pura”, es decir, libre de cualquier intromisión externa. No obstante el brillantismo de su teoría, el problema que se ha planteado ha sido el de cómo esta teoría pura se podía relacionar con la presión de los contenidos valorativos y de los hechos.

Sobre esta relación, dos consideraciones se presentan como relevantes en respecto a la concepción del derecho kelseniano. La primera se refiere a la dificultad que se presenta al explicar la relación entre validez y eficacia. Observemos que la validez es conceptualizada de forma dinámica (relacionada simplemente con criterios formales de producción), por lo que será la forma de producción de una norma lo que va a determinar si esta será jurídica o no. Sin embargo, en el intento de explicar la aplicación de una norma válida producida segundo criterios formales y de la aplicación de una norma no producida por un órgano de producción normativa, parece reducir la validez a un juicio meramente *a priori*, dependiente de la eficacia. En este punto se sitúa la insuficiente explicación de Kelsen en el sistema para la norma válida para la cual no se atribuye eficacia y de la norma eficaz que no cuenta con una autorización normativa superior. Lo mismo problema quizá se pueda decir que presenta su concepción de la norma fundamental, presupuesta como *debemos obedecer a la constitución*, que de la misma forma que confiere validez a la constitución, se hace dependiente de la eficacia de esta misma constitución⁷⁵.

⁷⁴ Barzotto. op. cit. p. 22

⁷⁵ Esta no observancia de los criterios formales es lo que determina la propia norma fundamental por parte de los órganos productores del derecho Kelsen utiliza el recurso a la revolución, de forma que a través de la revolución habría una alteración de la norma fundamental. Sobre esto, explica BARZOTTO que, “Por mais que isso possa discrepar da intenção de Kelsen, é evidente a natureza ético-política da pressuposição da norma fundamental. Isso

El segundo problema de la concepción kelseniana consiste en el hecho de legitimar el sistema solamente de arriba hasta abajo, lo que acaba, sin que quiera, por hacer necesario un ordenamiento jurídico preexistente para que sea creado su norma fundamental del sistema. La fuente de fundamento, que determina toda la creación del sistema, necesita de un ordenamiento para su presuposición. Es decir, la norma fundamental de Kelsen establece en su directriz que *debemos obedecer al ordenamiento*, o, *debemos obedecer a la Constitución* (una vez que la norma fundamental no trae ningún otro contenido, dejando a la norma de jerarquía más alta la definición de fuentes formales). Pues en este caso, como observa BARZOTTO, solamente delante de un orden social que se presente estructurado jerárquicamente, eficaz y que estea garantizado por una constitución es que se puede presuponer la norma fundamental. Esto significa que la existencia y la validez de todas las normas del ordenamiento son, por lo tanto, anteriores a la norma fundamental, no sólo desde el punto de vista cronológico, sino también desde el punto de vista lógico⁷⁶. Este fundamento metafísico de inspiración neokantiana presente en la norma fundamental de la teoría de Kelsen afasta en modo considerable su teoría de las concepciones anglosajonas, que conciben la producción del derecho como un proceso que va desde una base social hacia la construcción de las instituciones, es decir, desde bajo hacia arriba. De la misma forma la idea de Kelsen de crear una teoría del derecho libre de cualquiera influencia moral, histórica, política, económica o sociológica es en gran parte contradictoria con los modelos anglosajones, por lo que no se presenta mucho como contrapunto a las críticas que siempre han hecho autores de comparten esta tradición al positivismo jurídico.

Así que, además las dificultades que presenta la teoría pura kelseniana respecto a relación entre eficacia y validez, principalmente en razón de la reducción que hace del concepto de derecho desde un punto de vista meramente normativo, su doctrina no se constituirá el punto principal de análisis de este estudio, pues de ella no derivan gran parte de las teorías incorporacionistas de las cuales trataremos en seguida..

se evidencia no caso em que um órgão produtor de normas, e não um jurista, a pressupõe. O órgão pressupõe a norma fundamental quando considera a constituição obrigatória e se dispõe a agir em conformidade com ela, porque isso, afinal, é o que dispõe a norma fundamental: “devemos obedecer ao constituinte”. Por parte do órgão, não pressupor a norma fundamental significa não considerar válida a constituição, isto é, não considerá-la obrigatória. Ora, esta é a postura política, que levada à prática, configura o que Kelsen chama de “revolução”, que, como exposto acima, é definida como alteração constitucional que não é feita em conformidade com as normas do ordenamento.” (BARZOTTO, cit. p. 69)

⁷⁶ “Tem-se, então, a seguinte circularidade: «A validade objetiva da ordem jurídica, diz Kelsen, está apoiada pela hipótese (...) de uma norma suprema, a *Grundnorm*, mas esta norma não é outra coisa senão a hipótese (...) da validade objetiva da ordem jurídica! A definição em círculos salta aos olhos».”(Barzotto, op. cit. 70-71, citación de Constantin Stamatís, “La systematicité du droit chez Kelsen et les apories de la norma fondamentale” in *Archives de Philosophie du droit*, 1986, p. 49.)

2.2.2. El positivismo jurídico de Herbert HART

A través de las teorías de H.L.A. Hart el positivismo jurídico gana una nueva perspectiva. El profesor de la Universidad de Oxford, buscando explicar el problema de la eficacia en la concepción iuspositivista, trabajó a partir de una aproximación del positivismo jurídico con la jurisprudencia analítica anglosajona. A partir de HART, la norma básica (la regla de reconocimiento) ya no tiene una naturaleza metafísica, sino una naturaleza fáctica, pues depende del reconocimiento y adhesión que la prestan todos aquellos que participan del sistema jurídico⁷⁷. El derecho es visto por la teoría de HART como un hecho social, el cuál puede ser descrito sin la necesidad de consideraciones de naturaleza metafísica o valorativa⁷⁸.

Para la elaboración de su teoría HART parte de un contraste con la teoría de Austin que sostenía el derecho como coacción. A partir de las críticas que hacía a Austin, Hart propone una teoría sobre el derecho donde se destaca las diferencias entre las normas que componen un sistema jurídico. Las primeras, llamadas primarias, que serían las direccionadas a los ciudadanos, y las segundas, denominadas secundarias, las cuales eran dirigidas a los oficiales, instituciones, es decir, los operadores del sistema, quienes tenían competencia para identificar las normas, modificarlas y aplicarlas. Las normas primarias tienen por función conferir obligaciones y derechos, puesto que imponen conductas o determinan la prohibición de practicar determinados actos. Estas normas no sólo no són completas como también presentan defectos, los cuáles pueden ser corregidos por las normas secundarias, que especifican formas por las cuales las reglas primarias pueden ser analizadas, introducidas o eliminadas del sistema jurídico. Así que las reglas secundarias podrán ser tanto de reconocimiento, como de alteración o de juzgamiento⁷⁹.

A partir de la distinción entre estos dos tipos de reglas que presentan funciones diversas en el sistema jurídico HART introduce uno de los grandes avances en el análisis del derecho contemporáneo: la comprensión de que el proceso de interpretación es fundamental a

⁷⁷ Según Nuria BELLOSO, “Hay que hacer notar aquí una cierta afinidad con las teorías contractualistas, al fundar la validez del Derecho sobre el reconocimiento por parte de sus destinatarios.” (“Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo”, cit., p. 795).

⁷⁸ No obstante la concepción kelseniana sobre el derecho presente algunas similitudes con la teoría de Hart, ellas es posible afirmar que poseen bases de fundación opuestas: mientras la teoría de Kelsen posee una derivación en la teoría kantiana, buscando un argumento de fundación transcendental al derecho, Hart propone su teoría en base a hechos sociales, análisis hermeneutica y una filosofía del lenguaje.

⁷⁹ Las reglas secundarias de reconocimiento establecen los criterios por los cuáles una regla primaria puede ser identificada. Las reglas de alteración establecen los órganos o personas capaces de modificar, crear o eliminar una regla del ordenamiento. Por su turno, las reglas de juzgamiento confieren poderes para decidir el caso concreto.

la definición del derecho. En comparación con la teoría de Kelsen, Hart no propone un reduccionismo normativo al derecho, sino que concibe el proceso de formación de la norma como un proceso completo, donde tiene papel fundamental la actividad de los operadores del sistema, o sea, la forma como es interpretado el derecho. Hart consigue en su teoría, diferente de lo que ha hecho Kelsen, combinar la teoría del hecho social, análisis hermenéutica y teoría del lenguaje, lo que permite que hasta hoy su teoría siga actual y abarcativa, ya que se aplica tanto a los ordenamientos jurídicos de influencia europeo-continental como en los de influencia anglo-sajona⁸⁰.

En su concepción de derecho HART parte de una concepción del derecho como un hecho social. De acuerdo con la teoría de Kelsen, la validez de las normas se resume a una relación sintáctica, donde se manifiesta la relación de subordinación entre normas, siendo que una norma es considerada válida si pertenece a un sistema de normas: se la norma existe, es válida. El punto que define la validez de la norma, por lo tanto, no es la aplicación, sino que la pertenencia al sistema. Para la concepción hartiana la validez de una norma primaria es determinada por las reglas secundarias – y en último caso por la regla de reconocimiento⁸¹. Esta

⁸⁰ La importancia de la teoría de Hart para el positivismo jurídico como teoría es sin precedentes. Por un lado, él ha despertado el interés por el positivismo jurídico en los sistemas anglosajones, que siempre han visto el positivismo como una teoría asociada al formalismo legal, o como una teoría sin ninguna consideración con la justicia, en general asociada al régimen nazi o otros regímenes (Bix, Diccionario, p. 84). Por el lado europeo continental Hart consigue insertar en el formalismo legal ideas de la jurisprudencia como verdadera fuente de derecho y principalmente sobre el desarrollo del sentido lingüístico del derecho (aquí fuertemente influenciado por Wittgenstein). A partir de su teoría fue posible a la teoría positivista tomar un otro rumbo, que no el del formalismo legal, y desarrollarse en el sentido de describir un derecho que también cambiaba así como responder críticas de antipositivistas como Dworkin. Como destaca BIX, Hart “also fought the equation of positivism with conservatism and with acquiescence to evil both by emphasizing the law reform credentials of such early legal positivists as Jeremy Bentham and by arguing (not entirely persuasively) that positivism might be better able than natural law theory to allow judges and citizens to resist wicked legal regimes.” (BIX, Brian, p. 84, Diccionario)

⁸¹ A partir de la idea de normas secundarias y de reconocimiento en una autoridad permanente, institucional, Hart diferencia el derecho del mero acto de fuerza, *verbis*: “What is a command? It is simply an expression by one person of the desire that another person should do or abstain from some action, accompanied by a threat of punishment which is likely to follow disobedience. Commands are laws if two conditions are satisfied: first, they must be general; second they must be commanded by what (as both Bentham and Austin claimed) exists in every political society whatever its constitutional form, namely, a person or a group of persons who are in receipt of habitual obedience from most of the society but pay no such obedience to others. These persons are its sovereign. Thus law is the command of the uncommanded commanders of society – the creation of the legally untrammelled will of the sovereign who is by definition outside the law.” (HART, Herbert L.A., “Positivism and the separation of law and moral”, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 58-59). En el mismo sentido la observación de J. COLEMAN, citando ejemplo del propio HART, sobre como el derecho no se puede resumir a la eficacia (al menos a la eficacia que viene desde fuera del sistema), *verbis*: “*The following is a compressed version of his simple but elegant argument. He begins with an observation: while there may be many important similarities commands backed by threats and law, there appear to be certain important differences as well. If we take a gunman as an example of the former, one thing to note is that the force of the gunman’s command evaporates when the threat is withdrawn, whereas law can outlive those who create it; and the authority to create or adjudicate law is not conferred on a particular person, but on persons in virtue of their occupying office. Hart refers to these features of law as its persistence and continuity. They distinguish law from commands and legal systems from gunmen.*” (COLEMAN, Jules. “Incorporationism, Conventionalism and the practical difference

regla de reconocimiento es creada a partir de la aplicación práctica de las reglas secundarias, por lo que su existencia será una cuestión de hecho. Ella será determinada y construida a partir de su reconocimiento por todos los que reconocen un sistema como jurídico y, principalmente, por los operadores del sistema, es decir, por la práctica jurídica. Es, por lo tanto, diferente de lo que sucedía en la teoría de Kelsen, donde la norma fundamental sólo otorga competencia al constituyente para validar las demás normas. Esto de cierta forma elimina uno de los grandes problemas de la concepción kelseniana, lo de la falta de eficacia de una norma válida o de la contradicción de la teoría por la eficacia de una norma no válida.

La afirmación de una fuente dinámica de definición de un criterio de reconocimiento así como el reconocimiento del derecho como hecho social en la teoría de HART nos parece más adecuada en el contexto actual. Sin embargo, asume punto destacado en su doctrina la preocupación con la estructura abierta de las normas, primarias o secundarias. Si el derecho es un hecho social y los criterios de reconocimiento pueden ser dependientes de la práctica jurídica, el lenguaje y la formación de los conceptos en la práctica judicial juegan papel fundamental en la definición de su contenido. En cierto modo siguiendo una línea opuesta a la de Kelsen, Hart sostiene que las reglas jurídicas no presentan un significado único y que tampoco la ley posibilita un sentido inequívoco a las reglas jurídicas. Al contrario, las reglas jurídicas frecuentemente presentan amplias zonas de incertezas, por lo que es fundamental el papel desarrollado por la interpretación.

A partir del reconocimiento de este carácter incompleto del derecho, la interpretación asume papel más destacado. Sin embargo, no se deja de reconocer que los métodos para solución de los conflictos de significado sobre el contenido de las reglas jurídicas pueden ser resueltos jurídicamente de dos formas. El primero a través de la legislación, el cuál determina que el legislador es el responsable por la especificación de conductas definidas en otras leyes con un margen de imprecisión. El segundo es a través de los precedentes, que establecen como son interpretadas las normas establecidas así como definen los criterios de reconocimiento. Ambos constituyen fuentes de derecho dotadas de competencia conferida por la regla de reconocimiento y, por lo tanto, con autoridad. La opción preferencia entre una y otra depende de la práctica legislativa y judicial en un determinado sistema jurídico. Sin embargo, las dos formas siempre estarán presentes puesto que mismo que un determinado sistema quiera eliminar la actividad de creación judicial se debe partir del hecho de que la textura abierta es una

thesis". *Hart's Postscript: essays on the Postscript to The Concept of Law*, edited by Jules Coleman, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 108-109).

consecuencia del límite de lenguaje general que debe contener la ley. La pretensión de generalidad de la ley no permite que trate de todos los casos posibles de modo que cuando se trate de una ley, es imposible prever anticipadamente todas las situaciones posibles y las consecuencias jurídicas que de ella se siguen.

Desde el momento en que se presenta un derecho construido desde bajo – desde las fuentes sociales – hacia arriba, y reconociendo que la regla de reconocimiento no impone conductas, apenas identifica la pertenencia de las demás reglas, será la práctica del derecho que definirá una norma como jurídica o no, así como esta podrá definir los criterios de pertenencia al sistema, incluso atribuyendo significado a conceptos abiertos o incorporando nuevos criterios. Como hemos antes afirmado, los criterios de juridicidad o pertenencia pueden estar – como suele ocurrir – identificados con su producción legislativa. Sin embargo, nada impide que sean también establecidos por otro órgano dotado de autoridad. De esta forma si consideramos que los tribunales asumen la condición crítica del punto de vista interno, y la regla de reconocimiento depende de los criterios de reconocimiento del punto de vista interno; resulta posible concluir que según la teoría de HART, es la práctica jurídica que va a determinar el contenido de la regla de reconocimiento⁸², protegiendo esta de una eventual falta de eficacia.

Según la concepción de HART, aunque la regla de reconocimiento (los criterios de validez) sea dependiente de los criterios establecidos por los operadores del sistema, esto no significará una necesaria contaminación por cuestiones morales. Dependiendo la validez de la práctica jurídica y siendo esta práctica la responsable por la formación de la regla de reconocimiento, debemos considerar que ésta (la validez) no está condicionada a la decisión de un sólo juez, sino a una convergencia entre las decisiones de los jueces lo que constituirá una práctica judicial.

Esta convergencia, sin embargo, no necesita establecer la mejor justificativa o el mejor concepto sobre determinado término. Es suficiente que sea constituida de una convergencia, estando todavía sujeta a cuestiones de jerarquía, puesto que desde el punto de vista interno es

⁸² En este punto se puede observar dos puntos fundamentales en la evolución a la concepción hartiana. El primero que la afirmación de los positivistas ideológicos en el sentido de que el juez debe obedecer ciegamente a la ley es necesario a la explicación positivista del derecho. En el momento en que son los jueces los que definen que ley puede o no ser aplicada y en que caso; son los jueces quienes definen – por convergencia en el punto de vista interno – cuáles son los criterios que identifican la pertenencia de una norma al derecho. El segundo, el hecho de que a través de esta concepción Hart elimina – o al menos disminuye – el problema de la eficacia de Kelsen, consistente en la no aplicación de una regla válida por los tribunales. A través de esta concepción se puede tener una idea de hacia donde evoluciona la ciencia positivista en el sentido de explicar el constitucionalismo, a los criterios de la regla de reconocimiento se añaden criterios que ya no son meramente formales, sino materiales, los cuales confluyen fuertemente con la moral. De esto nos ocuparemos adelante.

fundamental la idea de autoridad y jerarquía en las instituciones. De esta manera, lo que va a determinar la condición de pertenencia o no, al fin y al cabo, será la jerarquía de los tribunales. Sin embargo, conforme a la concepción hartiana, esta decisión debe proporcionar una justificación a lo menos suficiente para provocar la aceptación por aquellos que adoptan el punto de vista interno⁸³.

A partir del análisis de la concepción hartiana resulta posible observar un proceso de formación del contenido del derecho de una forma más compleja de lo que hasta entonces era presentado por las teorías positivistas. Esto debido a la relevancia de los contenidos abiertos, los cuales permiten la incorporación a la definición de lo jurídico de criterio no meramente formales, sino que también filosóficos y de lenguaje. La atribución de sentido a estos términos de estructura abierta que están presentes en normas primarias y secundarias va a depender de la actividad de los operadores jurídicos, lo que, si se considera la tradición jurídica anterior, prueba la importancia de la práctica jurídica en la definición del propio contenido del derecho. De otro lado, su teoría jamás pierde la referencia a criterios metodológicos en la definición de lo jurídico, no dejando de sostener las principales tesis del positivismo jurídico, tales como la concepción de las fuentes sociales del derecho o de la separación entre el derecho y la moral.

Este avance, indispensable para la comprensión del constitucionalismo – y de todo lo que esta concepción implica en la práctica jurídica –, no significará una penetración (necesaria) de contenidos morales en el derecho⁸⁴ como constantemente se acusa a los defensores de esta

⁸³ HART, H., *O conceito de direito*, cit. p. 155. En relación a la afirmación de Hart, BARZOTTO sostiene la siguiente crítica “De este modo, la dimensión fáctica penetra en la esfera jurídica, inviabilizando la lógica del concepto de validez. La crítica a esta contaminación fáctica de lo jurídico puede parecer sin propósito, en la medida que el propio Hart asume la dimensión fáctica de la regla de reconocimiento, renegando, aparentemente, del proyecto positivista de aislar el derecho de los hechos.” (BARZOTTO, cit. p. 122.). Desde nuestro punto de vista la crítica no parece del todo procedente. El tribunal tiene su autoridad basada también en una regla jurídica, y sólo por esto puede actuar. Es su deber actuar conforme al sistema respetando reglas de competencia so pena de desacreditar el sistema y tener también su propia competencia amenazada. Por otro lado, Hart condiciona el establecimiento de los criterios de la regla de reconocimiento al punto de vista interno, de los cuales sólo participan aquellas instituciones dotadas de competencia instituidas por reglas secundarias, alejando de la definición a los participantes del punto de vista externo; estos si formados por filósofos, críticos, partes; que por no tener competencia no influyen en la definición del derecho de otra forma que no sea mediante la crítica. Si el derecho estuviera sujeto a la actuación también del punto de vista externo pensamos que sería posible afirmar su contaminación. Sin embargo, estando protegido por normas de competencia, no parece que se produzca la incoherencia apuntada por BARZOTTO. De la misma forma, también sobre esta afirmación ya se puede tener una idea importante sobre el constitucionalismo y la relación entre el derecho y la moral. No sólo en el positivismo hartiano, sino que también en el constitucionalismo actual, las relaciones entre derecho y moral dependen de tribunales, que incorporan contenidos de acuerdo con lo que piensan sobre determinado criterio, aunque de forma “equivocada”. No se puede decir que dependa de la moral, sino sólo que haya una relación semántica con un concepto moral.

⁸⁴ Sobre esto nos explica el propio HART, *verbis*: “We can not return to the main point. If it is true that the intelligent decision of penumbral questions is one made not mechanically but in the light of aims, purposes, and policies, though not necessarily in the light of anything we would call moral principles, is it wise to express this

concepción. La definición de estos contenidos no sigue necesariamente a criterios morales⁸⁵ sino que dependerán de forma decisiva de la convergencia de los operadores jurídicos y, al fin y al cabo, de la jerarquía⁸⁶. Sobre este tema y la penetración de la moral en la definición de lo jurídico nos ocuparemos seguidamente.

2.2.2.a. Puntos de vista interno y externo

Según la teoría de HART, para explicar el derecho no es suficiente una explicación que se limite a la eficacia; es necesario asumir la existencia de la norma jurídica así como una postura crítica respecto a su pertenencia a un sistema jurídico, la conveniencia de obedecer a tal norma así como a su contenido, lo que significa asumir un punto de vista interno. Diverso de la

important fact by saying that the firm utilitarian distinction between what the law is and what it ought to be should dropped? Perhaps the claim that it is wise cannot theoretically refuted, for it is, in effect, an *invitation* to revise our conception of what a legal rule is. We are invited to include in the 'rule' the various aims and policies in the light of which its penumbral cases are decided on the ground that these aims have, because of their importance, as much right to be called law as the core of legal rules whose meaning is settled." (HART, Herbert L.A., "Positivism and the separation of law and moral", *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford: Oxford University Press p. 71)

⁸⁵ A propósito del tema HART sostiene la coherencia de su tesis con el argumento positivista de separación del derecho respecto a la moral, un ejemplo que explica porqué su teoría puede ser tenida como el primero paso en dirección al incorporacionismo. En el ejemplo, HART presenta un caso en que criterios morales pueden hasta ser buscados por el juzgador sin que se altere la calidad jurídica. La cuestión es que, de la misma forma que puede estar también puede no estar, de forma que se confirma que no es una característica necesaria para la definición de jurídico. Demuestra, también, que la moral natural no siempre está al alcance del juzgador. Además, no será sólo la moral la que puede estar presente, sino también una infinidad de factores externos al derecho que penetran en las decisiones que exigen justificación

"An example may make this point plainer. With us the task of sentencing in criminal cases is the one that seems most obviously to demand from the judge the exercise of moral judgement. Here the factors to be weighed seem clearly to be moral factors: society must not be exposed to wanton attack; too much misery must not be inflicted on either the victim or his dependants; efforts must be made to enable him to lead a better life and regain the position in the society whose laws he has violated. To a judge striking the balance among these claims, with all the discretion and perplexities involved, his task seems as plain an example of the exercise of moral judgement as could be; and it seems to be the polar opposite of some mechanical application of a tariff of penalties fixing a sentence careless of the moral claims which in our system have to be weighed. So here intelligent and rational decision is guided however uncertainly by moral aims. But we have only to vary the example to see that this need not necessarily be so and surely, if it need not necessarily be so, the utilitarian point remains unshaken." (HART, Herbert L.A., "Positivism and the separation of law and moral", *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1983p.70)

⁸⁶ Coleman explica la importancia de la idea de HART de una concepción de formación de la regla de reconocimiento a través de la convergencia. Esto demuestra un poco cómo la ciencia del derecho puede asumir una función descriptiva y no tiene como función imponer una forma de ser al derecho. "*There is always the possibility of disagreement about the extension of a concept. This is true in every domain of discourse, not only the law. Descriptive, conceptual analysis requires a core of agreement, not the absence of disagreement. It is the scope and breadth of disagreement, not its possibility that matters – in law as elsewhere. There is always disagreement because there are always potentially controversial cases. It does not follow from the existence of controversial cases that there is disagreement at the core, or that the core is empty. Those who embrace the possibility of descriptive, conceptual analysis do not claim on its behalf that it can fully specify the content of a concept, nor do they deny that normative argument is appropriate to resolving disagreements at what Hart calls the 'penumbra'. It hardly follows from the appropriateness of normative argument at the 'frequency extremes' that there is no core, or that the core is unsettled, or that its content can be specified only by normative argument.*" (COLEMAN, Jules. "Incorporationism, Conventionalism and the practical difference thesis". *Hart's Postscript: essays on the Postscript to The Concept of Law*, edited by Jules Coleman, Oxford: Oxford University Press, 2001 p. 107-108)

proposición de Austin, HART sostiene que el mero reconocimiento de una sanción no es capaz de producir una obligación. Al máximo, produce un temor psicológico para actuar de determinada manera, pero no un sentido de obligación. Según HART, si no se hace referencia a la existencia de una norma jurídica y sólo se limita a considerar la obligación como una probabilidad de sufrir una sanción, no es posible comprender porqué a menudo se producen violaciones a las normas y cuáles son los motivos que permitan explicar que la consecuencia será una reacción hostil, pero constituyen una razón o justificación de tal reacción y de la aplicación de la sanción⁸⁷. Si no se asume este punto de vista interno de justificación de la sanción en una norma jurídica no se conseguirá distinguir entre un mandato jurídico y un mandato no jurídico que también utilice la fuerza, tal como un bandido con una arma que ordena hacer algo⁸⁸. A partir de esta idea, se puede concluir que los mandatos jurídicos difieren de una simple orden porque presuponen la existencia de una norma anterior que preve una sanción o comportamiento⁸⁹.

Para Hart, respecto al derecho es posible asumir dos puntos de vista. El primero, el punto de vista externo consiste en el mero comportamiento regular en el sentido de la práctica de determinada conducta, la cuál puede ser identificada por cualquier observador, sin la necesidad de un análisis crítica. Por su turno, el punto de vista interno consistirá en la aceptación de este modelo de comportamiento como conducta obligatoria para si e para los demás. Es la aceptación y el reconocimiento de estos comportamientos como norma sumada a una presión social que

⁸⁷ HART, H. L. A., *The concept of law*, Oxford: Clarendon Press, 1961, trad. It. di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino: Einaudi, 1965, p. 68 y ss..

⁸⁸ Sobre esto escribe BARZOTTO que “a) para que exista un hábito en un determinado grupo, es suficiente un mera convergencia de comportamiento. El desvío del comportamiento no provoca necesariamente una crítica. Al lo contrario, dónde existe una regla social su violación viene necesariamente seguida de críticas por parte de los miembros del grupo. b) la existencia de la regla hace con que la crítica a la desviación sea vista generalmente como justificada o legítima, incluso para aquéllos que la infringen. c) la existencia de una regularidad de comportamiento es un hecho observable tanto a la regla cuanto al hábito. Podemos denominarlo “aspecto externo” de la regla. Pero la regla posee una otra dimensión: su aspecto interno. El aspecto interno consiste en una actitud crítico reflexiva en relación al comportamiento previsto por la regla. El comportamiento en cuestión es asumido como padrón, e la crítica a sus desvíos, así como la exigencia de conformidad que se manifiesta delante de la amenaza del desvío son vistos como legítimos y justificados.” (BARZOTTO, *O positivismo jurídico...*cit. p. 110–111).

⁸⁹ Sobre el tema, Silvana CASTIGNONE, utilizando algunas ideas de K. OLIVECRONA, presenta una explicación de tipo psicológico al fenómeno de la adopción al punto de vista interno propuesto por HART, *verbis*: “L’obbligo in sostanza non è altro che la possibilità di essere sottoposti a sanzione: ma tale possibilità si riveste di una apparenza di doverosità oggettiva, la quale si frappone tra il comportamento del singolo e la reazione della macchina del diritto, in un modo, concepito come reale ma in effetti del tutto immaginario, di entità soprasensibili quali i diritti, i doveri, la forza vincolante e simili. Tale rivestimento viene da lontano, dalla commistione primitiva fra magia, religione, diritto e morale: si è conservato attraverso l’abitudine, l’educazione, l’ossequio alla tradizione, e viene continuamente alimentato, a livello inconscio, proprio dal timore della sanzione, cioè dal funzionamento della macchina del diritto che a sua volta contribuisce a ricaricare attraverso il senso di dovere oggettivo nei confronti delle norme.” (CASTIGNONE, Silvana. “Punto di vista interno ed efficacia”, *La teoria generale del diritto, problemi e tendenze attuali*. Milano: Edizioni di Comunità, 1983, p. 10. .

hace posible esta conducta se imponga (transformada en norma por la aceptación), es decir, se torne eficaz⁹⁰.

No obstante, en el momento en que una sociedad cambia de un modelo simple y pasa a constituir una sociedad compleja, es necesario alguna sofisticación en la forma de analizar la presión social por eficacia de las normas. En el momento en que la estructura social se torna más compleja, se presentan normas que posibilitan la mutación de las normas jurídicas, normas que permiten el reconocimiento de las reglas jurídicas y normas que organizan instituciones con competencia para hacer juicios de aplicación de estas normas. A partir de formada tal estructura, el proceso de aplicación y definición de las conductas consideradas jurídicas es dejado en gran parte a cargo de las instituciones: legislativa y judicial, de forma que la aceptación que caracteriza al punto de vista interno es sustituida por una aceptación más pasiva que activa⁹¹.

De esta forma, la gran complejidad social acaba prácticamente por sustituir la crítica que caracteriza el punto de vista interno en las sociedades más simples por una confianza en el juicio hecho por los tribunales, que siempre deben adoptar una postura de aceptación activa, es decir, el juicio crítico de aceptación fuerte descrito en su obra acaba por constituir excepción, y la regla será una aceptación ya más débil. Esto, es posible decir, no ocurre cuando se trata no sólo de los operadores del sistema, sino también con los demás operadores jurídicos, filósofos del derecho y todos aquellos que se interesan de forma más destacada a la formación de los criterios de reconocimiento así como por la atribución de sentido a los términos jurídicos de estructura abierta. En el momento en que los tribunales, que necesariamente adoptan un punto de vista interno, tienen el deber de construir contenidos jurídicos a través de la atribución de la atribución de significados a normas de estructura abierta, la cuestión de los límites del punto de vista interno pasa a ser de gran importancia, mormente delante de valores de correspondencia moral presentes en la cumbre de los ordenamientos, que propician un sin número de interpretaciones. En estos casos, la adopción de una postura crítica respecto a estos términos representa un constante peligro a la tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral,

⁹⁰ HART, H., *The concept of law...* cit. p. 103.

⁹¹ HART introduce la distinción entre aceptación activa e pasiva. La aceptación pasiva o obediencia a un derecho institucionalizado “non implica necessariamente l’idea, da parte di chi obbedisce, che ciò che egli fa sia la cosa che si deve fare, da parte sua e degli altri [...] Il suo atteggiamento, in altre parole, non ha necessariamente quel carattere critico che è presente quando vengono considerati come criteri generali di condotta. Egli non deve necessariamente, sebbene possa farlo, condividere il punto di vista interno e accettare dal punto di vista interno le norme come criteri di condotta per tutti coloro a cui si applicano. Viceversa, egli può considerare la norma soltanto come qualcosa che esige che egli compia un certo atto sotto minaccia di sanzione [...] Ma questo rapporto meramente personale con le norme, che è tutto quello che il privato cittadino può avere nell’obbedire ad esse, non può caratterizzare l’atteggiamento dei tribunali.” (HART, H., *The concept of law...*, cit., p. 136.

puesto que estos términos ya poseen una significación moral que puede o no ser reproducida en el derecho. Dependerá de la postura de los jueces.

Es a partir de esta idea de convergencia y aceptación que se va a construir gran parte de las teorías incorporacionistas que serán tratadas en las epígrafes siguientes, las cuales se destaca que esta postura de aceptación ni siempre tiene por origen un juicio crítico acerca del contenido de la regla, sino que también puede tener como fundamentamiento razones prudenciales o de conveniencia. Además, hasta la postura crítica de los tribunales, que deben presentar una postura fuerte en la aceptación de las normas ni siempre estarán pautada por un análisis moral de su contenido. Al contrario debe ser considerado que a partir del momento en que la teoría de Hart se destaca en la escena jurídica, se presentan algunas críticas respecto a los puntos de vista interno y externo, principalmente en lo que interesa a la aceptación del juzgador. Muchos son los autores que defienden que el punto de vista interno a ser adoptado por el juzgador debe ser algo neutral.

Anteriormente al Estado constitucional o al modelo neoconstitucionalista el positivismo jurídico ha siempre defendido que el derecho podría ser capaz de aceptar cualquier moral, de forma que la identificación del sujeto con la norma era más probable que se hiciera a través de un punto de vista externo que interno. A partir de una aceptación no crítica respecto al contenido, la moral podría ejercer su papel de crítica a la proposiciones jurídicas, siendo esto el modelo adoptado al menos por la concepción formalista. Sin embargo, en el momento en que se observa el ingreso de contenidos propios de la moral como criterios de legitimidad de los sistemas jurídicos en la forma de valores, principios o derechos; la adopción de una crítica libre puede causar serias dificultades a la función epistémica de las normas en el sentido de orientar conductas. Es necesario, por lo tanto, algo que defina la convergencia en la atribución de sentido a estos términos.

Esta nueva ubicación de la moral, que al mismo tiempo que permanece fuera del derecho como referencia crítica, también es incorporada en la cumbre de los ordenamientos jurídicos (como criterio interno de juridicidad) impone que se adopte un medio término entre la postura eminentemente crítica propia de las posiciones morales de *deber ser* y los criterios de definición de la validez o juridicidad de las normas del sistema. Delante de esta nueva perspectiva que autores como SASTRE ARIZA y Luigi FERRAJOLI proponen la adopción de

un punto de vista funcional, el cuál estaría a medio camino entre los puntos de vista interno y externo.

El punto de vista funcional busca un complejo equilibrio entre la necesidad de dar un contenido a lo menos aceptable a los contenidos constitucionales de forma que no se transformen en meros adornos a las constituciones y de otro procura evitar que no hagan confundir el derecho con la justicia, como si la constitución fuese una especie de nuevo derecho natural⁹².

De acuerdo con este punto de vista funcional, al menos de parte de los operadores jurídicos – y quizá de alguna parte de los críticos – las normas de naturaleza moral como los principios y valores exigen del intérprete que se las confiera un cumplimiento adecuado, pero sin dejar de observar cuestiones de jerarquía, de decisiones tomadas por el legislador, por criterios de autoridad, es decir, la atribución de sentido a estos valores no representa necesariamente un sentido ideal, por lo que se exige de los operadores del derecho también un sentido procedimental.

2.2.3. Principales puntos de conflicto entre la tesis defendidas por el positivismo moderno y el neoconstitucionalismo

A partir de las teorías de Kelsen y Hart, las cuales utilizamos como ejemplo del desarrollo de la concepción positivista si lo comparamos con el positivismo identificado simplemente con la obediencia al derecho positivado en oposición al ordenamiento del derecho natural, resulta posible percibir una teoría que se propone a explicar el funcionamiento del sistema jurídico – en vez de definir cómo debe funcionar. Estas ideas acaban por asumir una posición hegemónica en el pensamiento jurídico no por la unanimidad en torno a sus tesis, sino porque se presenta como la única ciencia que se propone a explicar el funcionamiento del sistema jurídico. De esta forma, provoca un notable avance en relación al positivismo clásico – dónde por razón de cuestiones conyunturales había una preocupación mucho más grande en el sentido de explicar como debería funcionar el sistema jurídico. En este sentido, resulta posible

⁹² Sobre el asunto sugerimos FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione*, Roma: Laterza, 1990, pp. 351 y ss., SASTRE ARIZA, Santiago. “Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado constitucional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 35, 2001, p. 351-355 y SHINER, Roger A., “Hermeneutics and the internal point of view, *in Reason in Law*, Milano: Giuffrè, 1988, pp. 213-223.

afirmar que es a partir del positivismo moderno que el positivismo trabaja más fuertemente en el sentido de la construcción de una teoría autónoma del derecho, independiente no sólo de la moral, sino también de lo político.

En esta tarea, el positivismo moderno mantiene una concepción monista del derecho. Continúa identificando la legislación como fuente del derecho, pero ya no se rinde culto a la justicia de la ley. Es verdad que con KELSEN es posible encontrar una cierta recomendación del uso de reglas jurídicas de una cierta formatación, con un supuesto de hecho vinculado a una conexión jurídica bien clara, de modo que al juez baste aplicarla⁹³. Sin embargo, KELSEN jamás sostiene que esta es la forma del derecho, sino que el jurista deberá solamente observar los criterios de validez. Con HART, entendemos, se da un paso adelante, reconociendo la inexorable influencia que elementos externos tienen en la concepción de derecho, por lo que identifica su monismo con una postura institucional, de autoridad, para el reconocimiento de lo jurídico, es decir, amplía un poco las fuentes del derecho, destacando el papel del intérprete en la definición de lo jurídico. Conforme esclarece DORADO, las diversas tesis que procuran explicar el derecho a partir de una postura positivista se caracterizan por la defensa de dos tesis. La primera sostiene que el término “derecho” debe reservarse para referirse exclusivamente al derecho positivo, lo que supone el rechazo del uso de la expresión “derecho natural” para referirse a una determinada moral correcta⁹⁴. La segunda, por su vez, defiende que es posible establecer una separación conceptual entre el derecho y moral. Esto no significa que no existan puntos de conexión entre el derecho y la moral, sino simplemente que no existe ninguna conexión necesaria entre la validez del derecho y su adecuación a una determinada moral crítica, se considere esta como correcta o no. Es decir, el jurista, a la hora de determinar la

⁹³ Sobre la posición de KELSEN explica LOPERA MESSA, *verbis*: “Pese a reconocer que de hecho las constituciones contienen cláusulas de contenido valorativo, éstas no encuentran fácil acomodo en la concepción de la constitución elaborada por el padre de la Teoría Pura del Derecho ya que – según explica este autor – el alto grado de indeterminación que presentan este tipo de normas impide que su consideración en el razonamiento jurídico pueda tener el carácter de un acto de aplicación del derecho en sentido técnico, por lo cual solo cabe entenderlas como expresiones carentes de significado jurídico que consagran espacios abiertos a la discrecionalidad de los órganos de creación jurídica. De ahí que – a juicio de Kelsen – resulte equivocado interpretar “*las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes*, y más aún, emplearlas como criterio para enjuiciar su constitucionalidad, pues ello implicaría un inconveniente e ilegítimo desplazamiento del poder del Parlamento a favor del Tribunal Constitucional. Por ende, aconseja el profesor austriaco, con el fin de evitar un desplazamiento semejante, *‘la Constitución debe (...) abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible.’*” (LOPERA MESSA, Gloria. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados* p. 50, citación de Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, p. 115)

⁹⁴ El sentido de “moral correcta” es abandonado por la creencia sobre la imposibilidad de su determinación por la constatación histórica de los cambios que los sentidos morales han sufrido. De esta forma, esta es identificada con posiciones intuicionistas o emotivistas que no se adecuan a la teoría positivista y, por lo tanto, pueden actuar como crítica al derecho positivado. Sin embargo, no hacen parte del concepto de derecho.

validez del derecho debe actuar de forma neutral, desde el punto de vista valorativo, utilizando exclusivamente hechos susceptibles de comprobación empírica, relacionados en todo caso con la coacción, y no su consideración sobre la adecuación de aquel a una determinada moral correcta que considera como representación de los criterios del derecho justo⁹⁵.

2.2.3.a. Iuspositivismo y legitimidad democrática

Uno de los argumentos más importantes utilizados en relación a la contraposición al neoconstitucionalismo – y para el cual el positivismo jurídico debe presentar una explicación adecuada – es él referente al activismo judicial y la legitimidad democrática. Aunque el tema por se proporcione elementos para un estudio propio, lo mencionamos de forma breve porque implica una cuestión fundamental para comprender el modelo de derecho propio del Estado constitucional⁹⁶.

Son frecuentes las críticas por parte de algunos autores representantes del positivismo no incorporacionista en el sentido de que es necesario haber una restricción al activismo judicial. Esta posición resulta en cierta forma conflictiva con el modelo de derecho en el Estado constitucional o mismo con concepciones que parten del modelo hartiano hasta el neoconstitucionalismo, que atribuyen a la actividad judicial también un papel relevante en la creación propia de criterios de reconocimiento jurídico por los tribunales y, por lo tanto, del propio derecho. Este contrapunto, fundamental para el desarrollo de los conceptos materiales propuestos en la constitución y uno de los puntos clave de la doctrina neoconstitucionalista, confronta de cierta forma la autonomía del derecho y su relación con la legitimación popular.

Una posición más restrictiva en relación a la actividad de los tribunales defiende que los conceptos indeterminados no son de la competencia de los jueces y resultan dirigidos al legislador. Esta idea estuvo relacionada durante mucho tiempo con una concepción programática de la constitución, donde sus normas eran dirigidas al legislador para que las

⁹⁵DORADO. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico...*, cit., p. 49-50. Siguiendo esta misma línea de conceptualizar las características del positivismo jurídico se destaca el de Norbert HOESTER, según el cual, el iuspositivismo se caracteriza por la defensa de cinco tesis: a) *tesis de la ley*: el concepto de Derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley; b) *tesis de la neutralidad*: el concepto de Derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido; c) *tesis de la subsunción*: la aplicación del Derecho puede llevarse a cabo en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones; d) *tesis del subjetivismo*: los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva y e) *tesis del legalismo*: las normas jurídicas deben ser obedecidas en todas las circunstancias. In N. Hoerster. *En defensa del positivismo jurídico*. trad. de Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 11.

⁹⁶ Hacemos este comentario en razón de que este punto constituye una evolución del presente, el cual pretende, en el caso de que evolucione hacia una tesis, incorporar la cuestión de la legitimidad y la actividad judicial así como un análisis más profundo sobre la estructura de las normas.

desarrollase. La constitución representaba, así, una fuente mediata al intérprete, siendo la ley su fuente inmediata. La aplicación de las constituciones respecto a las normas que no presentaban una estructura de regla solamente sería posible después de una especificación del legislador. Sin embargo, a lo largo de las últimas décadas se viene observando un crecimiento del papel de la actuación judicial en el desarrollo de estos conceptos – de influencia del constitucionalismo estadounidense y de discusiones sobre el contenido del derecho que acompañarán el surgimiento del neoconstitucionalismo – donde la ley no deja de tener el protagonismo, pero no tiene más la hegemonía de la producción de las normas secundarias ni la determinación de algunos conceptos. Conforme explica ANSUÁTEGUI ROIG, la concepción clásica del positivismo no concebía un derecho injusto porque “el Poder político – que tiene el monopolio sobre la producción jurídica – tiene el monopolio también sobre la idea de justicia y refleja dicha idea en las normas jurídicas dictadas por él”⁹⁷.

En relación a lo que nos interesa por el momento, la cuestión de la legitimidad judicial se refiere a la posibilidad de los operadores del sistema de crearen normas secundarias o desarrollaren contenidos abiertos, zonas de penumbra, conceptos indeterminados, o como se los quiera denominar, en la medida que esto es indispensable a la comprensión de la explicación del positivismo contemporáneo y del derecho actual⁹⁸. Sin entrar en cuestiones relativas a tareas políticas, es importante observar que en el momento en que es posible que los tribunales atribuyan significado a conceptos indeterminados y estas definiciones son utilizadas como criterios de pertenencia al ordenamiento - es decir, de validez-, la supremacía legislativa queda relativizada, incluso si la consideramos tan sólo desde el punto de vista jurídico

De forma bastante sintética, lo que pretendemos destacar es que la creencia de que la regulación a través de la ley es capaz de resolver todos los problemas jurídicos no puede ser

⁹⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*. p. 24.

⁹⁸ Este problema para la explicación del derecho actual, compuesto no apenas de reglas de estructura clásica, sino que de principios y hasta reglas de contenido abierto, presupone un gran desafío a la explicación positivista, que debe abstenerse de su carácter ideológico al máximo posible. Sobre este desafío apunta Luis Prieto, *verbis*: “Como sabemos, el positivismo ha defendido (o se le han atribuido) dos concepciones de la interpretación abiertamente contradictorias. Según la primera, el Derecho es un sistema pleno o, al menos, completible y la aplicación de la norma al caso representa una tarea mecánica o subjuntiva, de manera que el juez puede presentarse como un autómatas, como un sujeto “neutro”, moral y políticamente irresponsable de la decisión que adopta. De acuerdo con la segunda, el Derecho no sólo presenta lagunas y contradicciones internas, sino que además toda norma adolece de una vaguedad congénita, de una zona de penumbra en la que siempre resultará dudosa la correcta subsunción del caso, con lo que el juez goza de una relativa pero irremediable discrecionalidad. Creo que el constitucionalismo, aunque parezca paradójico, ofrece argumentos en contra de ambas tesis. Por lo que se refiere a la primera, Zagrebelsky lo expresa con toda rotundidad: “sólo las reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánicamente y pasivamente. Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la “maquinización” de su aplicación”. (Luis Prieto, *El constitucionalismo de principios*. op. cit. 137)

sostenida para explicar el derecho actual. En cierta forma, esto implica una revisión de la función judicial, la cual se revela como mucho más que un órgano de aplicación automática de la ley. En este contexto el intérprete ejerce un papel fundamental no sólo en la aplicación del derecho, sino también en la definición de su contenido. La jurisprudencia, más que nunca, asume la condición de importante fuente del derecho. Conforme resume DORADO PORRAS:

También la tesis de la insuficiencia de la ley y, por tanto, su coherencia y su plenitud ha tenido que ser matizada para poder seguir siendo mantenida por el positivismo jurídico, y ello en clara conexión con el rechazo de la tesis de la función judicial positivista-mecanicista. La actividad judicial no puede consistir meramente en la aplicación mecánica de las normas, no sólo por la indeterminación de su lenguaje, sino también porque el juez tiene que resolver los problemas de lagunas y antinomias del sistema. Si la tesis de la coherencia y la plenitud tiene algún sentido no es ya como una propiedad predicable de la ley ni del Derecho legal en sentido amplio, sino más bien como una idea o nota regulativa que implica la existencia de criterios dentro del sistema para que el juez pueda solucionar las antinomias e integrar las lagunas.⁹⁹

2.2.3.b. Estructura abierta de las normas

Conforme lo hacia ahora tratado, gran parte del cambio de actitud en relación al papel desempeñado por los tribunales en la construcción del contenido del derecho se debe a una brecha dejada por los legisladores, que ya no pueden regular una sociedad tan compleja exclusivamente con reglas que prevean todos cubran todas las situaciones de hecho y prevean consecuencias jurídicas para todos los casos¹⁰⁰. De cierta forma, hasta porque, como comenta ZAGREBELSKY, ante el número de situaciones diversas que caben en la previsión de una misma norma jurídica “la mera exégesis de los textos resulta, al final, la más abierta de todas las interpretaciones.”¹⁰¹

De acuerdo con este argumento, resulta posible verificar que el contenido abierto de las normas jurídicas permite aproximar más una solución adecuada de acuerdo con el ordenamiento considerado como un entero, permitiendo una libertad mayor al aplicador de atribuir significados a los términos abiertos. Esta solución, sin embargo, no es tan sólo una

⁹⁹ DORADO PORRAS. J., cit., p. 45.

¹⁰⁰ El argumento esta reflejado en la afirmación de ZAGREBELSKY, según el cual “La superación del Estado de derecho legislativo lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal. Se puede decir, en general, que las dos <separaciones> de la ley de las que hasta aquí se ha hablado – la separación de los derechos y la separación de la justicia – han dotado de enorme relevancia a una distinción estructural de las normas jurídicas no desconocidas en el pasado, pero que hoy, en el Estado constitucional, debe ser valorado mucho más de cuanto lo haya sido con anterioridad.” (ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 109).

¹⁰¹ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit. 146.

opción de los órganos judiciales, sino también una imposición de la complejidad de situaciones que se presentan además de una concesión del propio legislador, que no raramente prefiere una forma más abierta de positivación. Sobre el tema es esclarecedora la síntesis que hace NAVARRO:

“La textura abierta de los conceptos, según Hart, es una consecuencia de dos incapacidades de los seres humanos: el relativo desconocimiento del futuro y la relativa indeterminación de propósitos. Un ser omnisciente no enfrentaría, entonces, problemas de textura abierta. Sin embargo, es conveniente distinguir con claridad entre nuestras capacidades epistémicas y la precisión de nuestro lenguaje. En primer lugar, los límites de nuestro horizonte epistémico no son las únicas fuentes de vaguedad. En algunos casos, *decidimos* usar conceptos vagos a efectos de otorgar discreción a los intérpretes del derecho. Segundo, y más importante, es claro que no toda situación inesperada es una instancia de textura abierta. Las reglas semánticas que fijan el significado de las palabras rara vez son construidas de tal manera que sólo sirvan para clasificar situaciones sociales que han sido previamente anticipadas. Por supuesto, ello no quiere decir que no existan problemas de vaguedad o que nuestros defectos epistémicos no puedan resultar en problemas de textura abierta, sino más bien intento señalar que no existe una conexión necesaria entre vaguedad y conocimiento.”¹⁰²

La estructura abierta de las normas consiste hoy no sólo una opción, sea del legislador sea de los tribunales en busca de una mayor participación, sino en una necesidad: la necesidad de llevar el derecho a situaciones de las más diversas y dinámicas, incompatibles con el moroso modo de producción legislativa, bien como de adecuar las normas de modo que deban ser alejadas cuando, en el caso concreto, colisionen con algún valor material protegido por la constitución¹⁰³.

Es con base en este derecho real que el positivismo, se comprendido como ciencia que se propone a explicar el funcionamiento del sistema jurídico, debe desarrollar sus teorías. Es sobre esta realidad que trata la ley como importante fuente de derecho, pero no como única fuente. Además, es en el análisis de una práctica judicial que trabaja sobre un sistema con

¹⁰² Sigue el autor afirmando que “Hart no distingue adecuadamente ambas situaciones, y por esa razón señala: When the unenvisaged case does arise, we confront the issues at stake and can then settle the question by choosing between the competing interests in the way which best satisfies us. In doing so we shall have rendered more determinate our initial aim, and shall incidentally have settled a question as to the meaning, for the purpose of this rule, of a general word.” (NAVARRO, P., “Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico”, cit., p. 150).

¹⁰³ Debido a dichos obstáculos, la textura abierta del lenguaje de las normas jurídicas no sólo es inevitable, sino que supone una ventaja, al permitir conciliar “dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial (...) y por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto”. Es precisamente en el ámbito de esta segunda necesidad donde opera la actividad del juez aplicando a casos que no había previsto el legislador, y que por tanto suponían una laguna del sistema, aquellas normas cuya textura abierta lo permite. (DORADO PORRAS. J., *Iusnaturalismo...*, cit., p. 47-48).

normas jurídicas abiertas, donde los conceptos son construidos a través de la actividad de los tribunales, que trabaja el positivismo contemporáneo. Tal derecho real, diverso de lo que se tenía, es lo que impulsa al positivismo a reciclarse, llevando, por ejemplo a la afirmación de Luis PRIETO de que nadie sostiene hoy que el único modelo posible de regla sea aquello donde se conecta un supuesto de hecho a una consecuencia o resultado jurídico, mediante una actividad automática de interpretación. De la misma forma, nadie sostiene el monopolio exclusivo de la ley como fuente del derecho, así como nadie identifica la ley con la justicia¹⁰⁴. Así que de la misma forma que el positivismo se debe dedicar al derecho puesto, no presupuesto por una concepción ideológica cuando analizamos una concepción positivista sobre el neoconstitucionalismo debemos tener también presente que las teorías positivistas evolucionaran, no más sosteniendo la ley como única fuente del derecho o la interpretación mecánica de las reglas jurídicas.

2.2.3.c. Primeras consideraciones acerca de la relación entre el derecho y la moral en el positivismo jurídico

En razón de la importancia que reviste el tema en relación al análisis de la compatibilidad del positivismo jurídico y el constitucionalismo, parece pertinente hacer algunas consideraciones acerca de la relación entre el derecho y la moral para el positivismo jurídico, principalmente delante de la incorporación de principios y valores en las constituciones así como de la consideración de una nueva postura judicial respecto a su interpretación. Los principios, cuyo interés ha aumentado sensiblemente a partir de las teorías de DWORKIN, terminaran por colocar serias dudas a respecto de la explicación positivista sobre el derecho, principalmente en lo que se refiere a la tesis de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral.

Entre las discusiones que siempre se han presentado en la teoría del derecho a lo largo de toda su historia, seguramente la más importante es la que se refiere a la conexión entre el derecho y la moral. Esta compleja relación que, como hemos visto, ha sido siempre una preocupación tanto para positivistas como para iusnaturalistas, ocupando siempre una posición de relieve. Primero por la búsqueda por el contenido del derecho para la teoría iusnaturalista seguidas de las críticas positivistas al contenido moral del derecho a partir de principios del siglo XIX o, más actualmente, en el proceso que se denomina materialización de los

¹⁰⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?”. *Anuario de filosofía del derecho*, 1996, 13-14: p. 150.

ordenamientos constitucionales provocados por la crisis de valores en el derecho después del nazi-fascismo y de la utilización que hicieron estos regímenes de la ley como justificación suficiente al derecho.

Entre las tesis iuspositivistas, seguramente la que más caracteriza esta teoría jurídica es la de la separación entre el derecho y la moral. Según parte de la doctrina iuspositivista moderna, como por ejemplo Kelsen y Ross, un sistema debe abstenerse de utilizar criterios morales porque estos, al final, son siempre subjetivos y emotivistas, de modo que no se puede llegar al concepto de una moral correcta a través de un proceso racional. El iuspositivismo (relativista) kelseniano ataca frontalmente a la posibilidad de enunciación de una moral correcta defendida por el iusnaturalismo. La validez de un ordenamiento jurídico no puede estar condicionada a la adecuación a una moral absoluta. Una norma jurídica será válida si está de acuerdo con los criterios establecidos por la validez, aunque pueda ser tachada de injusta¹⁰⁵.

Por otro lado, HART también defiende la tesis de separación entre derecho y la moral, afirmando la inexistencia de una conexión necesaria entre los dos. Sostiene que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así. Sin embargo, ya reconoce la posibilidad de que conceptos morales sean incorporados a la regla de reconocimiento¹⁰⁶. Conforme su teoría, la regla de reconocimiento puede suministrar criterios de validez tanto formales como materiales. Así, mientras que los primeros son referentes al procedimiento de creación normativa de las normas (*pedigree*), los segundos se relacionan con determinados contenidos que se desea para que esa norma venga a adquirir el *status* de jurídica. En conclusión, “la validez de las normas jurídicas puede o no ser únicamente una cuestión de forma, sino también de contenido. Bastará,

¹⁰⁵ En este el pensamiento de H. Kelsen, para el cuál: “Si se acepta que sólo hay valores relativos, entonces la afirmación de que las normas sociales tienen que contar con un contenido moral, de que tienen que ser justas para ser consideradas derecho, sólo significa que estas normas tengan que contener algo que sea común a todos los sistemas morales, en cuanto sistemas justos. Pero frente a la extraordinaria diferenciación en lo que, de hecho, el hombre en distintas épocas y en distintos lugares han considerado bueno y malo (...) no cabe establecer ningún elemento común a los contenidos de las diferentes órdenes morales.” (Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. cit. p. 77.)

¹⁰⁶ “Además, los sistemas jurídicos incorporan entre sus normas determinadas cláusulas que hacen referencia general a la moral, como los principios que en el ámbito, sobre todo del Derecho privado, hacen referencia a las «buenas costumbres». Algunas veces incluso se incluyen principios morales a nivel más alto, es decir, en las cláusulas constitucionales, de tal forma que éstas son reconocidas «como parte de un criterio de validez jurídica. En tales casos, incluso los actos normativos de los supremos Legislativos pueden ser considerados inválidos si carecen de conformidad con tales principios.” (DORADO, op. cit. p. 84-85, citación de Hart)

para que se produzca esta posibilidad, con que en el sistema jurídico de que se trate su regla de reconocimiento haya incorporado algún criterio o criterios materiales de validez normativa”¹⁰⁷.

No obstante el reconocimiento de la posibilidad de que criterios materiales integren la regla de reconocimiento juntamente con criterios formales, esto no perjudica la tesis de HART así como de otros positivistas¹⁰⁸ para que continúen defendiendo la tesis de la separación entre el derecho y la moral. Sobre la terminología aquí aplicada, es importante destacar que, aunque la tesis de la separación haya sido conocida en la doctrina jurídica con esta denominación, su mejor definición sería la de “*no conexión necesaria entre el derecho y la moral*”. Este punto nos parece esencial para comprender el pensamiento positivista según el cual lo que va a determinar el derecho será la relación de validez de las normas, que se establece a partir de criterios de reconocimiento como jurídico o no jurídico; criterios de pertenencia o no pertenencia al sistema; los cuales son establecidos por otros medios que no el de la conexión con la moral.

Siempre ha sido una verdadera obstinación de la doctrina iuspositivista establecer exactamente cuáles son los criterios para determinar la pertenencia de determinada norma a los sistemas jurídicos, hasta el punto de buscar incluso una determinación *a priori* de sus contenidos a través de la afirmación de la ley como única fuente del derecho. Esto terminó por presentarse como una solución incompleta, ya que no se conseguía explicar problemas como el de la falta eficacia del derecho. No obstante sus defectos, la ciencia positiva es la que ha presentado una respuesta más adecuada al funcionamiento del sistema jurídico, presentando criterios sólidos de identificación del derecho y tratando de frente el problema de la autoridad, para la que el iusnaturalismo no hay nunca presentado una respuesta satisfactoria. Como observa ESCUDERO ALDAY, “es la explicación que mejor da cuenta de lo que ha supuesto, para la teoría del Derecho, la consolidación de los modernos Estados constitucionales, en cuyo frontal se ubican las tantas veces aludidos derechos fundamentales, de innegable contenido moral”¹⁰⁹ como es capaz de explicar satisfactoriamente los ordenamientos que no los prevén¹¹⁰.

¹⁰⁷ ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del Positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid:Thompson Civitas, 2004. p. 55-56.

¹⁰⁸ Defensores del positivismo incorporacionista, soft positivism, positivismo incluyente, positivismo metodológico, etc. que serán objeto del siguiente epígrafe.

¹⁰⁹ ESCUDERO ALDAY, R., cit., p.127-128.

¹¹⁰ En razón de esto, posible concluir que la explicación iuspositivista incorporacionista es más coherente con el valor de libre determinación de los pueblos y de la negación de la universalidad del contenido de los derechos fundamentales que el propio neoconstitucionalismo, teoría que tiene con muchas reservas los ordenamientos que no prevén un catálogo de derechos fundamentales, tal como trataremos adelante al analizar el neoconstitucionalismo.

La tesis de la separación entre el derecho y la moral o, como preferimos, de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral, sufre a partir de la doctrina iuspositivista contemporáneas una considerable reformulación. Denomina *tesis negativa del positivismo jurídico*, esta tesis consiste en afirmar que puede existir un sistema jurídico en el que la validez de sus normas no dependa de su moralidad. Así, aunque el iuspositivismo incorporacionista reconozca la posibilidad de que la regla de reconocimiento traiga, además de los criterios formales, criterios materiales, esto no es necesario para caracterizar sus previsiones como derecho. La moral es permitida en el derecho, aunque no sea necesaria para su existencia¹¹¹.

Así ocurre porque bajo tal argumento se podría justificar cualquier moral. Además, el abandono de la idea de una moral universal y atemporal retira el argumento iusnaturalista de que esta moral sea evidente y fácilmente perceptible.¹¹² Toda la razón asiste al iuspositivismo se consideramos el caso en que el concepto de derecho esté condicionado por una moral no determinada *a priori*, lo que imposibilita la construcción de un sistema jurídico posible de estudio como ciencia. La moral aceptada es una moral positivada, como la prevista en la constitución o en la regla de reconocimiento a través de la práctica judicial y que tiene su contenido construido dentro del sistema jurídico, es decir, determinado *a posteriori*.

De otro lado, parece que el argumento iuspositivista acaba por excederse en el intento de contraposición al iusnaturalismo en lo que se refiere al papel de la moral en el derecho. De las lecciones aprendidas por la humanidad en los últimos siglos de hegemonía de la teoría iuspositivista han enseñado al menos sobre la dificultad de concepción del derecho sin la consideración de contenidos morales o una pretensión de corrección, es decir, de un derecho sin rumbo o sujeto a cualquier rumbo. El valor implícito de la igualdad formal, de la seguridad

¹¹¹ Conforme ESCUDERO ALDAY: "El positivismo jurídico no está, a diferencia de lo que postulaba Dworkin, comprometido con una regla de reconocimiento no incorporacionista, es decir, con una regla de reconocimiento limitado a criterios formales de validez jurídica." (cit., p. 92). De la misma forma, como también afirmaba DWORKIN el concepto de derecho no depende de ciertos valores no debe reconocer ciertos valores que, aunque moralmente se impongan, no son necesarios o imprescindibles para caracterizar determinado ordenamiento como jurídicos.

¹¹² En este sentido observa Susana POZZOLO que "Si la conexión de que se trata, por un lado, debería aparecer conforme a la perspectiva normativa del constitucionalismo (en cuanto doctrina de los límites del poder) y, por otro lado, debe ser alguna cosa que el positivismo jurídico niega, se trata entonces de la moral universal. Si el reenvío fuera a la moral universal no se podría operar ninguna reducción fáctica, ya que el reenvío no sería a alguna cosa que pudiera ser empíricamente revelada, sino a alguna cosa que es justa en sí mismo siempre; no está contingentemente determinada. En este caso, el reenvío a la moral universal pretendería efectivamente su sobre ordenación a las normas jurídicas, que encontraría justificación en su naturaleza de «verdad» o de «justicia» universal o objetiva. En este punto, sin embargo, surgiría el problema de la identificación de los criterios aptos para individualizar ese tipo de moral, ya que en su ausencia el reenvío operado por el Derecho quedaría como letra muerta." (in 'Un constitucionalismo ambiguo', A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición CARBONEL, Miguel. Madrid: Trotta, 2ª edición, 2005.p. 202).

jurídica y de la certeza del derecho, aplicados de forma absoluta – elementos indispensables para la construcción de la ciencia del derecho – ya no cuentan más con la unanimidad que tenían a principios del siglo XX¹¹³. En razón de la desconfianza sobre la corrección de que el derecho pueda servir a cualquier mandato - lo que se justificaría por valores de certeza y seguridad – poco a poco empiezan a aparecer en los ordenamientos jurídicos enunciados normativos diversos de los encontrados hasta entonces, con una serie de normas jurídicas que hacen clara referencia a conceptos jurídicos cuya atribución de significado exige que se recurra a la filosofía del derecho, tales como “dignidad”, “libertad”, “igualdad”, etc.

Así, aunque se pudiera optar por una concepción de derecho no condicionado en absoluto a contenidos morales – la total separación entre moral y derecho -, compete al jurista la tarea de tratar de los conceptos morales como integrantes del ordenamiento jurídico, reconocidos – tal como concedía HART – en la regla de reconocimiento¹¹⁴.

Sin embargo, los criterios “morales” que integran los sistemas de derecho actuales en la forma de términos indeterminados (característica propia de los términos morales) no se puede decir que tengan el contenido que presentan en una concepción iusnaturalista, el cuál se caracteriza por una postura esencialista, donde el contenido del derecho depende del propio significado intrínseco del valor implicado. En razón de esto, resulta posible establecer una diferenciación entre la moral que llamaremos universal – la cual es abierta, sin límites que no la razón y propia de la concepción iusnaturalista – y la moral decurrente de normas jurídicas que hacen alusión a conceptos morales, a la cual nos referiremos como moral positivada. La moral positivada no será, entonces, una moral “sobrejurídica” como la concebía el iusnaturalismo respecto a su moral universal, ni tampoco una moral externa al derecho¹¹⁵. Al contrario, será una moral que está inserta en el ordenamiento, porque ingresa no por disposición ajena al

¹¹³ Por esto la crítica de Santiago SASTRE ARIZA para quien: “(...) el positivismo mantiene que el Derecho está vinculado a la moral aunque, eso sí, a cualquier moral. Dicho de otro modo: el positivismo jurídico defiende lo que Eusebio Fernández, siguiendo a Aranguren, denomina moral como estructura, es decir, que cualquier Derecho ofrece un punto de vista sobre la justicia, pero otra cosa es declarar que ese punto de vista es el correcto, lo que supone utilizar la moral ya no como estructura sino como contenido, pues se entra a valorar el mismo. Por tanto, el positivismo jurídico sostiene que no existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta.” (SASTRE ARIZA, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw Hill, 1999. p. 244)

¹¹⁴ Como mejor sintetiza DORADO: (...) Hart no niega la posibilidad de hablar de forma racional sobre la justicia o injusticia de las normas jurídicas, pero ello no debilita la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, sino que, según él, incluso la fortalece, ya que ésta puede servir incluso mejor que la tesis de la vinculación – defendida por el iusnaturalismo ontológico – para luchar contra la legitimación acrítica de los sistemas injustos. (DORADO PORRAS, J., *Iusnaturalismo...*cit., p. 108)

¹¹⁵ Sobre el asunto esclarece DORADO PORRAS que el positivismo no deja de reconocer la moral, sólo no la admite como condición de validez del derecho, *verbis*: “Esto no significa que no existan puntos de conexión entre Derecho y la moral, sino simplemente la validez del Derecho es independiente de su justicia o moralidad.” (*Iusnaturalismo...* cit. p. 61).

sistema pero a través de mecanismo de la propia regla de reconocimiento y que encuentra su significado a través de la convergencia de los operadores, que pueden atribuir a un término un significado diferente de aquello que le atribuye el punto de vista externo.

Los contenidos “morales” adquieren, así, un sentido semántico a partir de la forma en que son reconocidos y aplicados, lo que no significa que sea igual a su esencia filosófica. Tratase de una postura semántica convencionalista o constructivista al contrario de esencialista o descriptivista¹¹⁶. El problema ya no será ahora, entonces, el de refutar conceptos morales situados fuera de los ordenamientos, sino el de atribuirles sentido de acuerdo con el contenido por el cual fueran incorporados al sistema jurídico¹¹⁷.

Incluso ante elogiados argumentos antipositivistas en el sentido de conectar el concepto de derecho a conceptos de justicia o, al final, morales; hay que determinar hasta que punto esta conexión necesaria es coherente con la práctica jurídica actual o, como se apunta ESCUDERO ALDAY, si es presentado “otro criterio que permita distinguir entre decisiones jurídicamente correctas y decisiones arbitrarias”¹¹⁸. De otro lado, ¿estarían los postulados

¹¹⁶ Como observa Luis Prieto, “...no es que los principios encarnen necesariamente unos valores morales correctos, sino que su juego en el proceso interpretativo hace nacer en la argumentación jurídica una argumentación moral, es decir, una exigencia de fundamentación racional de la decisión más allá del esquema simple y «mecánico» de las reglas.” (Luis Prieto, *El constitucionalismo de principios*, op. cit. p. 148)

¹¹⁷ Es en relación a la posibilidad de que el derecho incorpore contenidos morales como se hace una importante división en la doctrina iuspositivista, la cual es imprescindible a su correcta comprensión, principalmente de su evolución. Si por un lado tenemos un positivismo ideológico, el cual defiende que “el derecho siempre tiene fuerza moral, incluso si la aplicación de las normas jurídicas parece conducir a un resultado injusto” (NAVARRO, op. cit., p. 139), el cual es de cierta forma incompatible con la presencia de un sistema de derechos fundamentales; por otro lado se presenta una doctrina más moderna del iuspositivismo conceptual, la cual defiende que se pueden incorporar criterios morales de definición de validez jurídica, lo que no significa que será la moral universal la que definirá la validez del derecho. Como observa COLEMAN, *verbis*: “*Suppose that, in every possible legal system, the community's law completely coincide with what was morally correct. This would show only that law and morality are everywhere coextensive, not that they are cointensional...It is the intensional (conceptual) relationship between law and morality that counts. Even if law and morality coincide, what makes something a moral principle is the fact that it is so in the correct theory of morality; and what makes something law is the fact that it satisfies the conditio of legality in the rule of recognition.*” (COLEMAN, Jules L. ‘Rules and Social Facts’, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 14 (1991), p. 723.

¹¹⁸ Según la conclusión de ESCUDERO ALDAY – el texto es extenso pero lo reproducimos por su interés - *verbis*: “Sólo me limitaré a recordar que esta tesis de conexión necesaria entre derecho y moral enfrenta al menos tres dificultades: En primero lugar, es usual señalar que las premisas de un razonamiento práctico son razones para la acción. Entre estas premisas, es preciso distinguir entre razones operativas y razones auxiliares. Las razones operativas son aquellas que (i) permite otorgar relevancia práctica a la conclusión y (ii) no son superfluas en un argumento lógicamente concluyente. Una premisa es superflua en un argumento lógicamente concluyente cuando ella no es condición necesaria, suficiente o contribuyente para la conclusión. Una vez que se despliega el razonamiento justificatorio que sugieren los antipositivistas se advierte que la norma jurídica y las descripciones de ciertos hechos son condiciones necesarias y suficientes para garantizar la conclusión. Es decir, las ‘normas morales’, i.e. estas normas últimas, cuya naturaleza moral está asociada a ciertos rasgos formales, son irrelevantes o superfluas desde el punto de vista de un argumento lógicamente concluyente. La confusión del antipositivista surge de una falta de adecuada distinción entre los elementos conceptuales asociados a los argumentos justificatorios y los aspectos psicológicos inherentes a la aceptación de las normas jurídicas y el proceso de decisión de aplicación de normas. De esta manera, los antipositivistas argumentan que las normas son entidades proposicionales, que sólo

antipositivistas no iusnaturalistas efectivamente contrarios a la tesis de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral?

En relación a esta pregunta, es relevante la consideración de la discusión entre Robert ALEXY y Eugenio BULYGIN¹¹⁹. Este último demuestra que la discusión acerca de la posibilidad o no del derecho presentar criterios morales va precedida de una discusión semántica. La primera cuestión, evidentemente, consiste en desmitificar algunas afirmaciones por parte de los críticos del positivismo sobre lo que efectivamente defiende el positivismo, principalmente respecto a la conexión entre el derecho y la moral¹²⁰.

Es un hecho innegable que los sistemas jurídicos actuales en gran parte de los ordenamientos presentan normas de estructura compleja y diversa de un modelo puro de reglas donde al juez le competía simplemente aplicar al supuesto de hecho la consecuencia prevista por la norma. Es cada vez más común en la estructura normativa una abertura que permite que elementos externos ingresen en el modo de convencimiento de los jueces y tribunales,

pueden ser introducidos en un razonamiento práctico por razones morales. Sin embargo, esto es una confusión entre las razones (i.e. las normas jurídicas) que justifican la conclusión de un argumento y las razones para involucrarse en ese argumento justificatorio (i.e., las razones morales o prudenciales para justificar la aplicación del derecho. En segundo lugar, estas normas últimas no son necesariamente aquellas normas que una moral crítica identificaría como pautas correctas de comportamiento. Hay que recordar que la principal razón para reducir el concepto de justificación a la noción de justificación moral era la exigencia de no admitir como justificadas ciertas decisiones que podrían ser aberrantes desde el punto de vista moral. Sin embargo, esta conexión entre derecho y moral no puede garantizar esta exigencia. Por el contrario, parece comprometer con la conclusión exactamente opuesta. Dado que la justificación jurídica sería sólo un caso especial de justificación moral, entonces cualquier decisión institucional tendría alguna fuerza moral. Por consiguiente, ahora sería necesario distinguir entre las decisiones justificadas según la *moral crítica* y aquilatas decisiones que están justificadas moralmente *simpliciter*. Finalmente, aunque fuese posible dar cuenta de las objeciones señaladas anteriormente, todavía habría que seguir insistiendo en la distinción entre 'justificación jurídica' y 'justificación moral'. Esta distinción es necesaria para distinguir aquellas decisiones judiciales equivocadas por una aplicación deficiente del derecho, e.g. el juez que aplica una norma que se encuentra derogada, de aquellos casos en que los jueces aplican correctamente el derecho. En ambos casos, según la tesis antipositivista, el juez basaría sus decisiones en normas últimas, i.e. 'de naturaleza moral'. Sin embargo, como muestra el ejemplo, todavía sería necesario usar otro criterio que permita distinguir entre decisiones jurídicamente correctas y decisiones arbitrarias. La noción de justificación jurídica intenta recoger el conjunto de criterios necesarios para dar cuenta de la última objeción que hemos señalado. Por esta razón, es conveniente desde el punto de vista teórico y adecuado con la práctica que se intenta reconstruir, distinguir entre justificación jurídica (cambio página) y justificación moral. Un positivista rechaza una conexión conceptual entre ambas justificaciones, y es posible sostener que una de las principales funciones del razonamiento jurídico es determinar cuando las acciones institucionales, como las decisiones judiciales, están *legalmente justificadas*." (ESCUADERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del Positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid:Thompson Civitas, 2004.p. 159-161).

¹¹⁹ Sobre la discusión vide el libro, *La pretensión de corrección del derecho: la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, (trad. Paula Gaido), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2ª ed. 2005.

¹²⁰ En este sentido el esclarecimiento de Luis Prieto, *verbis*: "Nadie sostiene, en primer lugar, que el único esquema posible de norma jurídica sea aquel donde se conecta un supuesto de hecho a una consecuencia o resultado mediante nexo deóntico. Nadie sostiene el monopolio de la ley como fuente del Derecho, sino que más bien se reconoce su profunda crisis. Nadie sostiene tampoco la concepción mecanicista de la interpretación. Y, en fin, resultaría aún mucho más sorprendente que un positivista tratara hoy de identificar la ley con la justicia." (Luis Prieto, *El constitucionalismo de principios*., cit., p. 150).

incorporando razones de decidir o de establecer padrones de pertenencia en el sistema. Será la convergencia entre los operadores del sistema que se establecen los criterios (materiales principalmente, y formales) que serán utilizados por los tribunales para determinar la pertenencia de una regla al sistema, es decir, el criterio de validez. Este fenómeno es lo que fue descrito por Hart como la posibilidad de que una regla de reconocimiento incorporar criterios materiales (y ¿por qué no? morales)¹²¹. En este caso, ¿qué irá determinar esta convergencia? ¿Sería la moral la responsable por esta convergencia?

Una respuesta iusnaturalista a la cuestión, eso es, en el sentido de que son los criterios morales los que determinarían el contenido del derecho no nos parece correcta. Así no ocurre porque la moralidad admite tan solamente la única solución correcta. Si así fuera, el sistema estaría siempre sujeto a la crítica de que la decisión de mayor autoridad puede no estar de acuerdo con la única solución correcta que demanda la moral o la justicia, por lo que siempre iría haber una razón para negarle autoridad (ya que el criterio de validez no será el de autoridad, sino que la corrección moral)¹²². Una solución que admitiría tener siempre discutible su moral, y si esta adecuación total a la moral condiciona su validez, permite que siempre que se ponga en duda toda la juricidad de toda la decisión. En este punto reside el grande problema de la concepción moral iusnaturalista que adopta la única solución correcta: cualquier solución parcialmente justa será también parcialmente válida y parcialmente nula.

Además, no habrá una definición de grado aceptable o no aceptable de justicia o injusticia que debe tener una decisión para que sea considerada válida o inválida. Así que es esencial la contribución del positivismo en relación a la necesidad de establecimiento de un padrón de revelación de lo jurídico y de lo no jurídico, así como los motivos por los cuales esta

¹²¹ Roughly, the Conventionality Thesis is the claim that law is made possible by an interdependent convergence of behaviour and attitude: what we might think of as an 'agreement' among individuals expressed in a social or conventional rule. For Hart, this is the rule of recognition." (COLEMAN, Jules. "Incorporationism, Conventionalism and the practical difference thesis". *Hart's Postscript: essays on the Postscript to The Concept of Law*, edited by Jules Coleman, Oxford: Oxford University Press, 2001 p. 101)

¹²² A respecto de la diferencia entre moral natural y principios positivistas es importante la distinción que hace R. GEORGE, a partir de la posición iusnaturalista sobre la única solución correcta: "Moral principles – whether the most basic and general principle prior to its specification, or those specifications which are intermediate between the most basic principle and fully specific moral norms, or the fully specific norms themselves – are intelligible as principles of action and relevant to practical thinking only because, at the most basic level of practical reflection, rational human beings are capable of grasping a multiplicity of intelligible ends or purposes that provide reasons for action. Paradigmatically, moral principles govern choices by providing conclusive second-order reasons to choose one rather than another, or some rather than other, possibilities in cases in which one has competing first-order reasons, i.e., where competing possibilities each offer some true human benefit and, thus, hold some genuine rational appeal. Paradigmatically, moral norms exclude the choosing of those possibilities which, though rationally grounded, fall short of all that reason requires." (GEORGE, Robert. P., "Natural law and positive law", *The autonomy of law: Essays on legal positivism*, edited by Robert P. George, Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 323)

definición no puede estar condicionada a criterios morales. La propia concepción de justicia y moral no concibe algo que no sea la *única solución correcta*. Por esta razón, entendemos que la solución de una “moral” basada en criterios de convergencia es mucho más adecuada a la explicación del derecho que la concepción de moral propiamente considerada¹²³. Son concepciones distintas y por esto resulta posible que el positivismo jurídico continúe sosteniendo la no conexión necesaria entre el derecho y la moral aunque delante de ordenamientos que contengan principios¹²⁴.

Así, parece más posible y acertado continuar a sostener la tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral, mismo delante de la posibilidad de incorporación de criterios con correspondencia en el derecho natural. Nos parece no haber problemas en reconocer la presencia contingente de criterios materiales, substantivos o morales, en los ordenamientos jurídicos desde que se tenga claro que: a) para que estos términos morales sean considerados derecho deben ser incorporados por las fuentes del derecho y; b) que el sentido

¹²³ Sobre esto explica Luis Prieto, haciendo una síntesis de la diferencia entre “moral” convencional, incorporada y su diferencia de la moral iusnaturalista y demostrando que aunque puedan coincidir no se las puede confundir, *verbis*: “La conclusión no deja de ser desconcertante: si hacemos caso a Dworkin o Alexy, resulta que las leyes muy injustas no son Derecho; pero si atendemos a estos otros autores, que comparten sus mismas premisas, resulta que las leyes que juzgamos injustas en conciencia generan, sin embargo, un deber moral de obediencia. Por eso, coincido aquí con las palabras de Laporta: «si la identificación del derecho válido se ha de llevar a cabo a través de la idea de “autoridad” y se colorea la naturaleza de esa autoridad con tintes inequívocamente morales, entonces dicha autoridad se presenta emitiendo decisiones y normas cuyo contenido queda excluido de toda argumentación moral: es decir, se trata de una autoridad cuya mera existencia trata de establecer una restricción *a priori* a la discusión racional del contenido de las normas o supone que tal restricción es necesaria para la existencia misma del derecho» (F. Laporta, 1993, p. 120). Con lo cual, la famosa conexión con la moralidad sería parcial y formal: lo primero porque se circunscribiría a los criterios de reconocimiento, y lo segundo porque éstos se remiten principalmente al concepto de autoridad, en nuestro caso, de autoridad democrática. La moral estaría presente en el derecho pero, a diferencia del viejo iusnaturalismo, rehusaría el enjuiciamiento del contenido de las normas; sería una moral puramente procedimental. (*vid.* J. Habermas, 1987, p. 168). En este aspecto escribe Zagrebelsky, que «la ley, para valer, no requiere ninguna legitimación de contenido o sustantiva», si bien «puede deslegitimarse por contradecir a la Constitución» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 239); la moral juridificada se agota, pues, en la Constitución porque, más allá, la ley puede tener cualquier contenido. Pero ¿«valer» en qué sentido?, ¿en sentido jurídico o también moral?, en el sentido de «perteneciente al sistema» o en el sentido de «moralmente obligatoria»? Si es lo primero no hay nada que objetar, pero si es también lo segundo, la proposición resulta mucho más discutible: que el juez no esté llamado a escrutar la moralidad de las normas que aplica y que se conforme con examinar su constitucionalidad no impide que tal escrutinio se realice por un observador algo más externo, por ejemplo, por cualquier ciudadano, quien acaso puede rehusar su cumplimiento como deber moral. Un motivo más para mantener separadas la moral legalizada de la moral crítica o racional (subjetiva si se quiere, pero a la postre la única válida para cada sujeto), o sea, para mantener el tipo de aproximación que propugna el positivismo metodológico.” (Luis Prieto, *El constitucionalismo de principios*, p. 153)

¹²⁴ “El «principialismo» de las Constituciones modernas trae a primer plano el criterio estático y aquí la actitud «crítica» cobra todo su valor, pues afirmar que cierta norma o decisión vulnera, por ejemplo, el principio jurídico de igualdad no difiere sustancialmente de afirmar que vulnera el principio moral de igualdad. Cabe decir, en palabras de Gianformaggio, que «el nexo dinámico entre las normas, es decir, la apelación al poder, tan sólo puede *informar* de la validez de una norma; mientras que el nexo de tipo estático, es decir, el recurso a la razón, está en condiciones de *justificarla*» (L. Gianformaggio, 1991, p. 470). Y justificar significa aquí desarrollar una argumentación donde el principio constitucional actúa *como si* fuese un principio moral, sin ser necesariamente un principio moral «bueno» y, desde luego, sin poner fin al debate sobre la justicia a propósito tanto del principio como de la norma enjuiciada.” (Luis Prieto, *El constitucionalismo de principios*. op. cit. p. 152)

que adquieren dentro de los ordenamientos no será necesariamente correspondiente al sentido que posean fuera del ordenamiento jurídico. A partir de esto se puede sostener que la presencia de normas de evidente contenido abierto que incorporan contenidos morales como los derechos fundamentales no es incompatible con el iuspositivismo. A partir de cuando se incorporan en los ordenamientos estos conceptos “morales” a través de enunciados abiertos en reglas o principios que se sitúan en el más alto grado jerárquico de un sistema resulta posible afirmar, incluso a un iuspositivista, que la “moral” juridicizada puede servir como criterio de validez del derecho¹²⁵.

2.3. El Positivism jurídico contemporáneo

Como hemos tratado en los epígrafes precedentes, gran parte de las críticas que sufre el positivismo están relacionada con el hecho de que explica el derecho en sí mismo, produciendo una teoría “unidimensional del derecho”¹²⁶, un derecho desconectado de la política y de la moral. La desconexión del derecho respecto de la política se basa en la consideración de que en un sistema jurídico, aunque gran parte de las normas provenga del poder político, el poder sólo encuentra su legitimación en el derecho. De esta forma, el derecho no estaría condicionado por la política, puesto que su “norma fundamental”, “norma suprema” o “regla de reconocimiento” situarían el derecho en un plano superior a la política, desvinculándolo del factor político productor de sus normas. Sobre la desconexión del derecho respecto a la moral, se puede decir que, no obstante el deseo de algunos positivistas más radicales¹²⁷, esta no fue una de las bases de la teoría positivista que, en verdad, siempre ha sostenido la tesis de la inexistencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral, lo que es algo un tanto diverso.

¹²⁵ Conviene dejar bien claro que el contenido del término estará sujeto a lo que sea determinado por los tribunales, que puede ser muy diverso de su esencia o concepción filosófica.

¹²⁶ La expresión es de Luis Fernando BARZOTTO, de lo cual también parte la crítica que resume una postura contemporánea de las críticas que sufre el positivismo. Según él se puede decir que una de las razones del fracaso del proyecto positivista tratado en este trabajo fue la tentativa de proponer un concepto unidimensional del derecho, intentando reducirlo a la esfera normativa. Ya se ha tornado un patrimonio del pensamiento jurídico universal la idea de que el derecho es un fenómeno tan complejo que envuelve no sólo normas, sino hechos y valores y, por ende, no solamente la validez, sino también la justicia y la eficacia “concurren a la formación de la noción de derecho” y “quien desea comprender la experiencia jurídica en sus varios aspectos debe tener en cuenta que esa es aquella parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia a realizar, instituciones normativas para realizarlos, acciones y reacciones de los hombres en relación de aquellos ideales y a estas instituciones. La intromisión de elementos fácticos y valorativos en las construcciones positivistas muestra, a *contrario sensu*, la verdad de esta tesis. (BARZOTTO, L.F., cit., p. 146-147).

¹²⁷ Esta concepción sobre la total separación del derecho en relación a teorías morales se atribuye a algún pensamiento positivista más ideológico donde el culto a la ley todavía era una fuerte característica. Conforme explica ROIG, en estos casos no se cuestionaba la noción de justo o injusto porque se partía del dogma de que “el Poder político – que tiene el monopolio sobre la producción jurídica – tiene el monopolio también sobre la idea de justicia y refleja dicha idea en las normas jurídicas dictadas por él.” (ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos.*, cit. p. 24).

A partir de una concepción iuspositivista más actualizada se pasa a reconocer que en muchos de los casos donde – utilizando la terminología de HART – los tribunales utilizan criterios morales para decidir sobre la pertenencia de una norma al sistema y, por lo tanto, establecen un criterio de valor como criterio de validez del sistema; significa que existe la posibilidad de que criterios valorativos sean incorporados en la regla de reconocimiento, constituyendo una forma de identificación del derecho. A partir de la función que ejercen estos principios y valores contenidos en las constituciones, así como en razón del desarrollo de su significado en el derecho, las teorías positivistas contemporáneas, se puede afirmar, se dividen entre los que admiten la incorporación de criterios morales en el derecho y los que no admiten. A los primeros se suele denominar inclusivistas o incorporacionistas, mientras a los segundos se suele llamar no incorporativistas o excluyentes.

2.3.1. Positivismo excluyente e incluyente

El positivismo excluyente o la teoría no incorporacionista tiene en Joseph RAZ uno de sus principales defensores. Según esta corriente del positivismo jurídico el fundamento único del derecho es la autoridad, es decir, el hecho de ser proveniente de sus fuentes autorizadas de producción, no dependiendo de ningún argumento de naturaleza moral. Las normas creadas por la autoridad competente deben ser aceptadas sin que sea necesario recurrir a argumentos morales. Según esta teoría los sistemas jurídicos son constituidos de previsiones de competencia y autoridad, las cuales son razones suficientes para que sean obedecidas las normas que preveen. Aquellos sujetos a la autoridad “pueden beneficiarse sus decisiones sólo se son capaces de establecer su existencia y contenido de una forma que no dependa otra fuente que no la propia autoridad.

El positivismo excluyente comparte algunas de las teorías realistas en el sentido de que admite que los jueces pueden admitir a los criterios morales presentes en los ordenamientos jurídicos una moral convencional cualquiera. Así que en estos casos esto significaría la posibilidad de atribuir a un término jurídico no sólo uno de los muchos significados posibles, como que también un nuevo significado¹²⁸. Por positivismo excluyente tenemos, entonces, la teoría positivista que afirma que la moral no tiene cualquier participación en la determinación de la existencia o del contenido del derecho.

¹²⁸ Sobre el tema, GUASTINI, Ricardo. “Realismo e antirealismo nella teoria dell’interpretazione”, Milano: CEDAM, 2003, pp. 35-47.

De otro lado, en oposición al positivismo incluyente se presenta el positivismo excluyente el cuál, aunque no deje de defender la tesis positivista de la separación, presenta una visión un poco diferente respecto a la relación entre el derecho y la moral. Continúa a sostener que la moral no tiene un papel necesario en la definición del jurídico, pero admite que a través de un criterio convencional un determinado sistema jurídico pueda establecer un criterio moral como necesario para la validez de las normas jurídicas. Mientras una posición fuerte o excluyente respecto a la separación entre derecho y moral no admite siquiera una relación contingente, el positivismo incluyente sostiene que la relación entre derecho y moral no es de ninguna forma necesaria para la definición de los jurídico pero que no hay problema que el sistema jurídico incorpore algún criterio relacionado a la moral como criterio de validez. En estos casos la moral ejercería de cierta forma un papel contingente, pero nunca al punto de juricidad de las normas jurídicas depender de una adecuación a cualquier argumento moral¹²⁹.

Así que ambas las teorías positivistas, incluyente o excluyente, no dejan de se presentar como verdaderas teorías positivista, por cuanto definen el derecho a partir de su fuente social. Las versiones incluyente e excluyente sostienen la tesis de la separación entre derecho y moral, afirmando un concepto de derecho que es descriptivo porque neutral respecto a criterios moral. Su definición, por lo tanto, no depende de la adecuación a la moral conforme sostenía el iusnaturalismo. La diferencia estará en la presentación de una teoría debil o fuerte respecto a esta separación. Tanto es así que el positivismo incluyente, que defiende la tesis debil, es también conocido por *soft positivism*.

Otro argumento en favor del positivismo incluyente es el de que el reconocimiento de criterios morales lo acerca mucho de la forma como los operadores jurídicos y hasta los textos constitucionales contemporaneos utilizan para tratar el derecho, es decir, hace el positivismo adecuado a la ideología neoconstitucionalista. Además, la admisión de que el sistema puede establecer criterios morales neutraliza mucha de las críticas de Ronald Dworkin – tal como la referente a la presencia en los sistemas jurídicos de principios morales que son inexorablemente utilizados por los operadores jurídicos – sin abandonar las teorías positivistas de la fuente social o de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. La teoría incluyente es capaz de

¹²⁹ Sobre esto explica B. Bix que “*Some times the separability thesis is phrased in terms of there being no ‘necessary’ or ‘conceptual’ connection between law and morality. This way of phrasing the view recognizes the obvious point that there is a substantial overlap between law and morality – with much of criminal law, tort law, contract law, and other areas devoted almost entirely to discouraging, morally bad behaviour or encouraging morally good behaviour. This way of phrasing the point also identifies a probable difference between legal positivism and some version of natural law theory: that legal positivism denies that rules or systems of rules must meet some moral test before they qualify as ‘legal’.*” (BIX, Brian. *Diccionario of Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2004., p. 198-199.

solucionar – o al menos pacificar - muchas discusiones acerca de la presencia o no de criterios morales adoptados como criterios de validez en determinado sistema jurídico¹³⁰.

Conforme lo definen J. COLEMAN y B. LEITER, el positivismo incorporacionista tiene por punto de partida la concepción hartiana sobre el derecho. Se tiene por presupuesto que la validez de las normas jurídicas depende de los criterios definidos en la regla de reconocimiento. La diferencia está en la posibilidad de la regla de reconocimiento admitir la presencia de criterios morales en la definición de lo jurídico, caso en que los criterios morales pasan a vincular los propios tribunales, es decir, pertenecer al derecho. Sin embargo, sólo los criterios incorporados a la regla de reconocimiento es que serán vinculantes, no cualquier moral¹³¹. A este positivismo se suele llamar iuspositivismo *incorporacionista*.

Según la posición incorporacionista, dos son las tesis habidas como principales y necesarias a la manutención de una concepción positivista sobre el derecho. La primera, la *tesis negativa* según la cual se puede sostener la separación del derecho de la moral porque esta no es necesariamente un criterio de validez del derecho. La moral puede estar incorporada en el derecho, pero su ausencia no descalifica un sistema como jurídico y sus disposiciones como derecho¹³². La segunda – denominada positiva – consiste en la afirmación de la naturaleza convencional del derecho. La tesis positiva, fundamento de la posibilidad de incorporación de la

¹³⁰ Sobre esto, considera Wilfrid WALUCHOW que el positivismo incluyente se presenta como algo capaz de relativizar muchas de las críticas sufridas por el positivismo jurídico tanto por la parte de DWORKIN, con su derecho (natural o algo moral) como por la parte de RAZ, con su teoría excluyente basada casi que absolutamente en la autoridad, de modo que, aprovechando la idea de John Stuart Mill en *On Liberty*, de que doctrinas opuestas ni siempre tienen que ser verdaderas o falsas, sino que dividen verdades entre ellas, siendo una opinión contraria muchas veces necesaria para sostener una verdad contenida en cada una de ellas. (WALUCHOW, Wilfrid J.. *Inclusive legal positivism*, Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 3). Veamos que la solución parece no cambiar mucho al adoptar un criterio excluyente o incluyente. No obstante, las críticas disminuyen considerablemente se adoptado la posición incluyente cuando por ejemplo, tomamos como problema la definición del criterio “justicia” incorporado al sistema y que debe ser desarrollado por los operadores. Primero, partimos del presupuesto respecto a la concordancia de que el término “justicia” puede ser considerado un criterio moral, o al menos que encuentra en la moral un término correspondiente. A partir de esto, tenemos que este término tendrá su significado atribuido dentro del sistema jurídico por parte de los operadores del sistema, es decir, del punto de vista interno. Hasta este momento concordan positivistas excluyentes e incluyentes. La diferencia estará en admitir que la atribución de significado a este término depende de criterios morales y, por consecuencia, que la adecuación a la justicia será un criterio moral capaz de definir la juridicidad de las otras normas. Mientras esto sería perfectamente posible para la posición incluyente, para la posición excluyente sólo lo que interesa es la atribución de un significado al término “justicia”, en nada importando que este término posea un significado moral externo.

¹³¹ De acuerdo con los autores: “Even if moral principles can sometimes be binding on officials, inclusive positivism or incorporationism claims that this fact about moral principles can be explained by the rule of recognition. The legality of moral norms is not a function of their morality, but their validity under a rule of recognition; the rule of recognition in a particular community asserts, in effect, that certain norms are law provided they meet the demands of justice, or that they cannot be law unless they do so, and so on. Incorporationism depends on a rule of recognition incorporating morality into law.” COLEMAN, J. y LEITER, B., *Legal positivism*, cit., p. 251.

¹³² COLEMAN, J.L.. “Negative and positive positivism. *Journal of Legal Studies*, 11, 139-164. Reprinted in M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London: Duckworth, 1983.

moral, defiende que la utilización de la argumentación moral para determinar criterios de validez del derecho no es incompatible con la doctrina positivista ni con sus fuentes convencionales. Así, las dos tesis del iuspositivismo incorporacionista permiten la presencia de un criterio moral en la formación de una norma jurídica, incluso la regla de reconocimiento; pero sostienen por otro lado que su presencia no sea necesaria para el concepto de derecho, neutralizando así buena parte de las críticas que sufre el positivismo jurídico – principalmente en relación a una comprensión diversa de la tesis de separación entre el derecho y la moral. De acuerdo con el propio COLEMAN, el positivismo incorporacionista está en algún lugar entre el positivismo excluyente de Joseph RAZ¹³³ y el interpretativismo de DWORKIN. Está contenido de forma implícita en HART en la primera edición de su *El concepto de derecho* y explícitamente en su *post escrito*.¹³⁴

Por situarse en una posición que se podría decir intermedia entre positivismo y antipositivismo, la teoría incorporacionista sufre críticas tanto de parte de los iuspositivistas no incorporacionistas como de los antipositivistas. De los primeros, recibe la acusación de que la aportación de contenidos morales e indeterminados - propio de principios y valores - causaría serios daños a la certeza jurídica, la cual es, por sí misma, un valor. Del lado de los antipositivistas sufre el ataque en el sentido de que el iuspositivismo no puede reinventarse de tal forma que cambie muchos de sus métodos, y que, por esto, la presencia de principios y valores no sería compatible con la teoría iuspositivista en razón de gran parte de sus teorías principales como la de la constitución del derecho estar compuesto meramente por reglas que demandan en su aplicación un modelo simple de subsunción, de la concepción de separación de poderes y de la función legislativa como única fuente del derecho¹³⁵.

¹³³ RAZ, J. “Authority, law and morality.” *The monist*. 68, 1985, p. 295-324.

¹³⁴ “In developing incorporationism I have focused almost exclusively on its conceptions of legality and validity and on the role the rule of recognition plays in determining both.” (COLEMAN, Jules. “Authority and reason”, *The autonomy of law: essays on Legal Positivism*. Robert. P. George (editor), Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 288)

¹³⁵ Según la crítica de DWORKIN, por ejemplo, el positivismo es incompatible con los sistemas presentados en los modernos estados democráticos de derecho. Así ocurre porque las constituciones de estos Estados poseen principios morales materiales (sustantivos), donde la operatividad de estos principios dependerá del desarrollo propio de sus contenidos, y no de una decisión que pueda ser políticamente establecida. No se refieren, por lo tanto, a normas de competencia formal. Lo que entiende DWORKIN es que el positivismo establece una concepción de regla de reconocimiento donde sólo las reglas relativas a las condiciones legales de las normas (*legality conditions*) son permitidas, por lo que esta teoría sería inadecuada para explicar los ordenamientos constitucionales materiales contemporáneos. De la parte de los positivistas no incorporacionistas hay críticas en el sentido de que las normas constitucionales materiales y la estructura abierta de las normas consustanciada en los principios serían meros mandatos al legislador, no poseyendo carácter normativo. Si esta solución puede ser aplicada – como lo fue por algún tiempo – para el mantenimiento de una estructura normativa practicada en el siglo XIX, debemos tener en cuenta que en gran parte de los Estados ella no representa la práctica del derecho, es decir, el “ser” del derecho. De esta forma, parece que viene mucho más dirigir los rumbos del derecho que a explicarlo, tarea que se propone el positivismo. En razón de esto, si la teoría incorporacionista rompe con algunos de los dogmas del positivismo

2.3.2. Las críticas de Ronald DWORKIN a la posición incorporacionista

Tanto las críticas antipositivistas como las positivistas son compiladas por las críticas presentadas por DWORKIN, uno de los más célebres críticos del positivismo, quien presenta cuatro objeciones principales a un positivismo que acepta la posibilidad de incorporación de contenidos morales a la regla de reconocimiento. La primera consiste en la discordancia de DWORKIN en el sentido de que una regla de reconocimiento que acepte la incorporación de contenidos morales violaría la tesis de la separación. La segunda se refiere a afirmación de que el positivismo presenta como tesis fundamental la de que la noción de jurídico y no jurídico para la teoría iuspositivista depende necesariamente de su forma de su producción y, por lo tanto, la juricidad de una norma no puede depender de su valor sustantivo o de su conformación con de un principio moral. El tercero sostiene que para teoría iuspositivista, la regla de reconocimiento tendría una función epistémico, la cual permitiría a los individuos identificar fácilmente los mandatos provenientes del derecho y así saber exactamente cuál es la conducta que se requiere de ellos. Al incorporar principios morales, la regla de reconocimiento adquiriría una indeterminabilidad tal que la impediría de cumplir su función epistémico¹³⁶. Por último, afirma que el positivismo se caracterizaría por su fuente social y el incorporacionismo le imposibilitaría de continuar sosteniendo tal tesis. A estas críticas el positivismo incorporacionista presenta las siguientes justificaciones.

2.3.2.a. La incorporación de la moral

Respecto a la primera crítica al incorporacionismo, exactamente lo que destaca esta tesis es el reconocimiento de la posibilidad de incorporación de criterios morales para la identificación de una norma como perteneciente o no a determinado ordenamiento jurídico. Non obstante, al mismo tiempo que lo hace, el incorporacionismo sostiene como primera de sus tesis

clásico, en verdad sólo esta haciendo una descripción más adecuada del “ser” del derecho, ante realidades como las constituciones normativas y el fin de la hegemonía de la ley como fuente suprema del derecho.

¹³⁶ Las críticas relativas a la función epistémica de la regla de reconocimiento puede ser resumidas así, *verbis*: “A related argument against incorporationism would go something like this: if the law is to be an authority, the rule of recognition must serve an identification and not merely a validation function. The kind of rule of recognition that incorporationism allows is incompatible with serving this kind of identification function.

*The rule of recognition must serve an identification function for the following reason: law is an authority only if individuals acting on the basis of it will do better in complying with the demands of right reason than they would do otherwise. For individuals to act on the basis of law’s directives, however, they have to be aware of what law requires of them. That means that the rule of recognition must make the law accessible to them – it must fulfill the epistemic function of identifying what the law is.” (COLEMAN, J. L.; LEITER, Brian. “Legal positivism”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, edited by Dennis Patterson, London: Blackwell Publishers, 1996, p. 257)*

la tesis *negativa*. Esta, a su vez, consiste simplemente en la reafirmación de la tesis de la separación del derecho y la moral. A pesar de que se denomine tesis de la separación, conforme ya hemos tratado antes, esta tesis significa en realidad la de la no conexión necesaria entre derecho y moral, algo que es expresamente afirmado por el positivismo incorporacionista¹³⁷. La posibilidad de incorporación de criterios valorativos a la regla de reconocimiento no significa el fin de la tesis de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Sostiene, destacamos, solamente la posibilidad de que la regla de reconocimiento incorpore criterios morales para definir la relación de validez en el derecho.¹³⁸ De esta forma, la tesis negativa no prohíbe la incorporación de principios morales por el derecho, pero es fuerte en el sentido de que la presencia de contenidos morales no es necesaria para la definición del concepto de derecho.

Conforme entendemos, la teoría incorporacionista, al admitir la moral como criterio posible de validez cuando sea reconocido por la regla de reconocimiento ofrece una explicación positivista más actual y coherente el concepto de derecho ante de los ordenamientos jurídicos actuales, donde la presencia tanto de contenidos abiertos y al menos semánticamente ligados a contenidos morales están presentes. Además, ante una nueva postura de los tribunales respecto a los criterios de pertenencia de las normas al sistema jurídico, presenta una teoría compatible con la producción de criterios de pertenencia diversos de los previstos en la ley, por ejemplo. Con esto, en vez de tentar modificar su objeto para no alterar la teoría, hace una relectura de algunos de los dogmas positivistas de forma que describe mejor el derecho que es. Permite, así, que el ordenamiento se abra a otras fuentes de producción normativa y no exclusivamente a la ley, presentando una explicación coherente no sólo respecto a la constitución normativa, del desarrollo de conceptos indeterminados de normas abiertas - principalmente los principios -, de la utilización de criterios morales como criterios de validez y del nuevo papel ejercido por nuevas fuentes de derecho que sustituyen el protagonismo de la ley.

De otro lado, la moral admitida por la teoría incorporacionista es una moral restringida, es decir, sólo la moral positivada a través de la incorporación por la regla de reconocimiento es que tendrá influencia sobre el contenido del derecho. Así que respecto al derecho natural por

¹³⁷ “*The argument fails, however. (...) The separability thesis is not the claim that law and morality are necessarily separated; rather, it is the claim they are not necessarily connected. The separability thesis allows that law and morality may (as a contingent matter) be connected in a particular political community, for example, ours.*” (COLEMAN, Jules. “Authority and reason”, *The autonomy of law: essays on Legal Positivism*. Robert. P. George (editor), Oxford, Calendon Press, 1996 p. 291)

¹³⁸ En palabras de COLEMAN: “*The argument against incorporating morality into law based on the separability thesis is this: legal positivism accepts the separability thesis, yet incorporating morality into law under the rule of recognition undermines the barrier between law and morality that the separability thesis erects*” (COLEMAN, Jules. “Authority and reason”, cit., p. 291.)

ejemplo se puede decir que sufre tanto un filtro cuantitativo, puesto que apenas los valores incorporados influyen en la juridicidad de las normas; como cualitativo, ya que el sentido que adquiere en el ordenamiento jurídico podrá ser algo diverso que el sentido ideal que posee en términos filosóficos.

2.3.1.b. La estructura normativa

La justificación de la no conexión necesaria como forma de intentar explicar la estructura de constitución de los ordenamientos jurídicos actuales acaba por conducirnos a la segunda crítica, la cual consiste en la incompatibilidad del derecho de concepción positivista de hacer depender su contenido de normas abiertas, lo que representa una relativa desvinculación de su fuente de producción legislativa. Según las críticas de DWORKIN, el positivismo no sería compatible con una actividad de los operadores que no sea mecánica y predeterminada. En las críticas que hace es notable su resistencia a la posibilidad de que el positivismo reconozca una estructura normativa llamada principios, que tendrían su estructura y actuación diferentes de las reglas. Esta (el diagnóstico de la presencia de principios en los ordenamientos), sin duda, es la gran contribución de su teoría a la ciencia del derecho. Sin embargo, parece existir esta incompatibilidad de la presencia de los principios en una explicación positivista para el derecho¹³⁹.

Lo que parece ser el mayor equívoco en la crítica de DWORKIN es describir un positivismo que no es más sostenido por los propios positivistas¹⁴⁰. Así que HART,

¹³⁹ Tanto que DWORKIN nunca se presenta como iusnaturalista, sino como crítico del positivismo. Y este punto de vista normativo que pasa a cobrar fuerza después de Dworkin será analizado más adelante en epígrafe específico, pues afecta al carácter normativo de la constitución y, por lo tanto, al constitucionalismo. Sin embargo, en lo que se refiere a la presencia de principios en un ordenamiento jurídico y de que estos principios sean incorporados, apuntan J. L. COLEMAN y B. LEITER, que es un problema dado que no sólo de principios se construye un ordenamiento. El positivismo es caracterizado por explicar el derecho como un sistema normativo y si las normas pueden ser divididas tanto en reglas como en principios, no hay problema en que el positivismo en continuar sosteniendo el derecho como sistema normativo, *verbis*: “If a positivist incorporates into law moral principals that are not rules, the positivist must abandon the model of rules. This is not a problem, however, since no positivist – not even Hart – advances this model. Hart’s point has always been that law is a rule-governed (that is, a normative) practice, where rule-governed is always intended to be broadly construed so as to include customary practices and other norms (cf. Hart, 1994). Dworkin’s objection is based on a narrow and uncharitable reading of Hart. Positivists are prepared to accept that a variety of different kinds of norms can count as law. What they insist on is that legality of those norms be established by a rule of recognition.” (COLEMAN, J. L.; LEITER, Brian. “Legal positivism”, op. cit. p. 250). Lo que parece haber, al final, es alguna comprensión equivocada del propio Dworkin sobre el positivismo.

¹⁴⁰ La proposición de Dworkin implica una serie de consecuencias, entre las cuales: a) derecho no es simplemente una cuestión de reglas (incluye también principios morales); b) principios morales son derecho aunque no identificados como tal por la regla de reconocimiento; c) la presencia de principios morales que son derecho en razón de su contenido rompe con la tesis de la separación, d) en vez de ejercitar discrecionalidad los jueces están obligados por los principios. Veamos que, sobre la primera consecuencia, no hay confrontación entre las

COLEMAN, u otros incorporacionistas, no tienen ninguna dificultad en admitir la existencia de un tipo diferente de norma diferente de las reglas: los principios; que incluso pueden contener presuposiciones morales y los cuales acaban por necesitar de una actividad por parte de la comunidad jurídica (punto de vista interno) para revelar todo su sentido¹⁴¹.

La presencia de estructuras normativas abiertas y diversas de las reglas (los principios) que posibilitan el ingreso de contenidos indeterminados y con carga moral, sin duda afecta de alguna forma a la cuestión relativa a la certeza sobre el contenido del derecho – al menos se consideró la forma mecánica de aplicación de las reglas que caracterizaba la doctrina positivista en su inicio. Sin embargo, nada posee de incompatible con las explicaciones positivistas, principalmente la más evolucionadas.

Esto porque, en primer lugar, esta inestabilidad que se genera en el sistema por la dificultad en identificar una solución o la pertenencia de una norma también existía (aunque menos frecuentemente) en el sistema puro de reglas. Para tal problema, el positivismo solía utilizar de la discrecionalidad. Lo que ocurre es que en un sistema de reglas y principios la actuación discrecional respecto a la construcción de un sentido jurídico a un concepto indeterminado presente en una regla estará ahora condicionada también por los principios. Ya en lo que se refiere a la atribución de sentido a un término indeterminado presente en un principio – o hasta la construcción de sentido al propio principio – el proceso no será muy diverso. Estos conceptos van teniendo su significado construido de forma gradual a partir de los casos concretos, hasta que adquieran un grado de convergencia que le posibilite incorporarlo como criterio de reconocimiento. La actividad no es muy diversa de aquella realizada por el legislador, pero no resulta en un acto legislativo concreto, sino que varios actos que atribuyen gradualmente un sentido jurídico al término indeterminado (salvo, por supuesto, los pronunciamientos de las cortes constitucionales). En segundo lugar, es posible que los agentes del sistema determinen el sentido de estos conceptos sin abdicar de una coherencia sistémica y

concepciones de Dworkin y el positivismo incorporacionista, aunque con la observación de que los principios no necesitan ser exactamente morales. Sobre la segunda, si los principios no están justificados por la regla de reconocimiento, no obligan más que moralmente, porque no cuentan con autoridad. Los principios no tienen fundamento en sí mismo, puesto que sólo son derecho y, por lo tanto, obligan, cuando son reconocidos. Además, no se puede olvidar que el derecho, aunque admita la existencia de principios, no sólo está compuesto de ellos, puesto que las reglas y hasta algunos principios no necesitan de conexión moral – aunque puedan tener y mejor cuando lo tienen – por lo que es precipitado afirmar la ruptura de la tesis de separación. Finalmente, aunque con la existencia de principios, los jueces todavía pueden tener campos de discrecionalidad cuando falta una norma. Además, como son solamente los principios incorporados que tienen lugar en el derecho, la utilización de un principio moral no incorporado en un área de penumbra aún puede ser llamada discrecionalidad.

¹⁴¹ Estos principios, hacemos hincapié en esto, no son principios morales tal como los concibe DWORKIN a falta de una mejor explicación, sino que son principios que pueden tener conexión con la moralidad, pero son construidos a través de la convergencia, pudiendo incluso tomar un sentido totalmente diverso de lo que sostendría un sabio o un filósofo.

de criterios de autoridad (convergencia). El desarrollo de conceptos jurídicos deja de ser exclusivamente competencia del legislador, pudiendo dividir su protagonismo con los jueces sin que esto afecte la concepción positivista de derecho.

Es interesante destacar que la concepción de principios sostenida por el positivismo incorporacionista no significa literalmente una conexión con la moralidad. La atribución de significado y sentido a los principios para el positivismo incorporacionista es una cuestión de acuerdo semántico mientras para una teoría que considera la moral como integrante del derecho es una cuestión de revelación del sentido ya existente al principio moral. Los principios morales pueden estar presentes en el derecho, pero lo que efectivamente les va conferir autoridad es la forma mediante la cual sean incorporados. Su sentido no será, de esta forma, necesariamente el de su esencia, sino que el sentido que adquiere dentro el sistema¹⁴². No obstante, también no podrá ser absolutamente opuesto, ya que el término originario de la moral tenía ya un significado que no puede ser totalmente alterado (esto podría ser afirmado sólo por una posición excluyente). Según COLEMAN, en primer lugar, es un equívoco confundir la razón correcta con la moralidad, pues la razón correcta es algo esencialmente humano y subjetivo, por lo que puede variar de acuerdo con la forma de tomar contacto con la materia o con los intereses implicados. En este caso, las razones correctas podrían ser aquellas que vengan a aprovechar a los intereses de una parte, por ejemplo, lo que suele ocurrir en un sinnúmero de casos donde las partes opuestas piensan tener razón. En segundo lugar, aunque se pudiera confundir la moralidad con la razón correcta; esto se presenta insuficiente para definir la autoridad del derecho, como ya se ha comprobado en el fracaso del iusnaturalismo ante a la falta de una

¹⁴² Aquí se encuentra un punto central de diferencia entre el positivismo incorporacionista y el iusnaturalismo, demostrando que para el positivismo incorporacionista la única tesis que cae es la de la separación necesaria entre derecho y moral. Para el iusnaturalismo, teoría que sostiene la conexión necesaria entre el derecho y la moral, por ejemplo, impera la siguiente lógica: la autoridad del derecho depende de su conexión con la razón correcta (right reason), o sea, la moralidad. Si el derecho se desconecta de la moralidad pierde su autoridad. La conexión entre derecho y moral es, así, necesaria. Para el positivismo, la conexión entre el derecho y la moral sólo será relevante en el campo jurídico si algún valor moral estuviera incorporado a la regla de reconocimiento, no ocurriendo una conexión entre el derecho y cualquier moral – sino sólo con la moral positivada. Las diferencias entre positivismo incorporacionista e iusnaturalismo van todavía más lejos: incluso en los casos en que hay la incorporación de criterios de valor en la regla de reconocimiento, la lógica seguida es diferente. El criterio de valor es concebido en el positivismo incorporacionista como derivado de la producción humana, debiendo ser desarrollado conforme a los criterios de autoridad y racionalidad. No se adopta necesariamente, en este caso, la “única solución correcta” como defiende el iusnaturalismo, sino que el desarrollo de esta moral se realiza de acuerdo con criterios de convergencia (los mismos que lo incorporan).

fuerza coercitiva del derecho¹⁴³. De lo que depende la autoridad del derecho será, entonces, la eficacia de sus contenidos¹⁴⁴. En resumen:

“The separability thesis is saved because what makes even moral principles binding law is that they are recognized as such under a rule of recognition, not their truth. The rule of recognition is saved just because the legality of all norms – including moral principles – depends on establishing that they satisfy the demands set forth in the rule of recognition.”¹⁴⁵

Así que, al final, la presencia de criterios más o menos indefinidos no interfiere en la coherencia del sistema, donde lo que vale es el reconocimiento en la regla de reconocimiento. Aunque no sea así como algunos teóricos conciben como *debe ser* la estructura de las normas o su contenido, lo que importará es que este deriva exclusivamente de la actividad de los operadores del sistema jurídico y, por consecuencia, de competencia, los cuales atribuirán significados semánticos propios a los términos indeterminados a través de la convergencia y la autoridad, todos pudiendo ser reconocidos por la regla de reconocimiento¹⁴⁶.

2.3.2.c. La función epistémica

La crítica relacionada con la función epistémica de la regla de reconocimiento no es solamente una crítica de DWORKIN sino que es también una crítica compartida por los propios positivistas no incorporacionistas. Según esta discordancia, una vez que incorpora contenidos

¹⁴³ COLEMAN, Jules. “Authority and reason”, *The autonomy of law: essays on Legal Positivism*. Robert. P. George (editor), Oxford, Calendon Press, 1996, p. 309-310.

¹⁴⁴ En este sentido las siguientes observaciones de COLEMAN, verbis: “Law’s authority is a matter of its utility as efficacy, not human welfare.” (“Authority and reason”, cit., p. 310). “Natural law claims that moral principals are part of the law in virtue of their truth as moral principles. I have always claimed that moral principles can be part of the law if they are incorporated into law by the rule of recognition. Now, I appear to be suggesting that some moral principles or ideals – autonomy and equality – are part of the law independent of their being so incorporated by the rule of recognition. Notice two things, however. First, whereas the natural lawyer holds that such principles are valid law, my claim is that the very different one that if law is to be authoritative, it must implement or show adequate respect for such principles. Authonomy and equality are required if law is to be authoritative. They are not required by the concept of legality itself.” (“Authority and reason”, cit., p. 314).

¹⁴⁵ COLEMAN, J., LEITER, B., “Legal positivism”, cit., p. 250.

¹⁴⁶ Así que concordamos solamente en parte con la observación de ESCUDERO ALDAY cuando afirma que “El positivismo incorporacionista sostiene, entonces, que la moral puede determinar tanto la existencia como el contenido del Derecho. La existencia porque cabe perfectamente que se configure como regla de reconocimiento del sistema una práctica social de jueces y operadores jurídicos de reconocer como válidas – y, en consecuencia, de aplicar – las normas que satisfacen ciertos criterios o principios morales; el contenido, porque la presencia de criterios materiales – y, por ende, morales de validez en un sistema jurídico cualquiera hace que el contenido de sus normas jurídicas haya de ajustarse a lo dispuesto en tales principios morales.” (ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del Positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid:Thompson Civitas, 2004, p. 106-107). En parte, porque se podría admitir que la moral pueda inspirar la decisión de algunos jueces o que estos intenten aproximarse lo más posible al sentido moral de determinado bien. Sin embargo, lo que va a determinar su pertenencia es la convergencia en el sentido de que los jueces utilizan para desarrollar estos conceptos (indeterminables o, a lo menos, controvertidos, por esencia). Es esto, y no el valor, la verdad, del bien, que determinara la juridicidad; y por esto la impertinencia de las criticas al positivismo incorporacionista.

morales el sistema queda contaminado con la indeterminabilidad propia de estos contenidos, por lo que afecta en cierto modo a la seguridad sobre la pertenencia o no de una norma al sistema, así como tampoco permite una comprensión por parte de las personas sobre la adecuación de su conducta al derecho¹⁴⁷. Si estos contenidos pueden ser incorporados a la propia regla de reconocimiento, la inestabilidad podría, por lo tanto, afectar a todo el sistema, incluso a la regla de reconocimiento, que en este caso dejaría de cumplir su función epistémico¹⁴⁸.

Como hemos ya tratado, al analizar el positivismo incorporacionista debemos considerar que los contenidos morales no son incorporados por su valor intrínseco, sino que su incorporación depende de la convergencia y aceptación por parte de los operadores del sistema. No se trata, por lo tanto, necesariamente de una moralidad ideal sino de una moralidad positivada. Lo que se suele llamar “moralidad” incorporada es en verdad la simple atribución de sentido a un término indeterminado que puede corresponder a un término existente como valor moral. Es, por lo tanto, muy diverso del desarrollo del contenido de un valor moral, pues una vez ingresado en el mundo jurídico dependerá de contenidos de autoridad y convergencia para construir su propio sentido en el derecho. Para esto, la filosofía, así como la ley, ejercen una función *a priori*, que no significa que sea definitiva. Como ejemplo podríamos citar la noción de “dignidad de la persona”. Este signo posee un significado filosófico propio e, podemos decir, universal. Sin embargo, el sentido que habrá en un determinado ordenamiento jurídico que la prevé como principio dependerá de la interpretación del sentido jurídico que le atribuya los operadores de determinado sistema jurídico.

De otro lado, las discusiones entre los posibles sentidos que pueden ser atribuidos a una norma de estructura abierta (*open texture*), encuentran en las normas de competencia un criterio para que se identifique un sentido jurídico al término indeterminado. La incertidumbre

¹⁴⁷ Lo que, en las palabras de COLEMAN y LEITER, fue sintetizado así, verbis: “A related argument against incorporationism would go something like this: if the law is to be an authority, the rule of recognition must serve an identification and not merely a validation function. The kind of rule of recognition that incorporationism allows is incompatible with serving this kind of identification function. The rule of recognition must serve an identification function for the following reason: law is an authority only if individuals acting on the basis of it will do better in complying with the demands of right reason than they would do otherwise. For individuals to act on the basis of law’s directives, however, they have to be aware of what law requires of them. That means that the rule of recognition must make the law accessible to them – it must fulfill the epistemic function of identifying what the law is.” (“Legal positivism”, cit., p. 257).

¹⁴⁸ O, como proponen Coleman y Leiter: “Does incorporationism undermine positivism’s commitment to the idea that the rule of recognition ser an epistemic function?” (“Legal positivism”, cit., p. 252). En realidad, la gran crítica que se hace a la función epistémico de la regla de reconocimiento es que la incorporación de contenidos morales, que son por esencia controvertidos, podría afectar a la posibilidad de reconocimiento no sólo del derecho, sino principalmente de los comportamientos determinados por el derecho.

es, por lo tanto, diferente de como se la proponen los críticos, de forma que permanece solamente por el tiempo necesario a establecerse la convergencia.

Sobre esto, todavía, COLEMAN y LEITER, sostienen que se debe dividir la función epistémico de la regla de reconocimiento en dos funciones: validez e identificación. En relación a la validez la incorporación de criterios morales mantiene inalterada la posibilidad tanto de identificar una norma como jurídica como la de identificar los criterios formales o materiales de adecuación de una norma jurídica a una otra que le sea superior. En este aspecto, el del reconocimiento de la juricidad, el incorporacionismo no altera la función epistémico de la regla de reconocimiento. Lo que hace es tan solamente tornar el proceso un poco más complejo porque en el juicio de validez pasa a incorporar también contenidos materiales. Por otro lado, en lo que se refiere a la función de identificación, entendemos procedentes en parte las críticas a la función epistémico, puesto que hay una considerable alteración respecto a identificación de la conducta exigida por la norma que contiene un contenido indeterminado. Esto ocurre en razón de la inherente controversia de los contenidos morales. Podríamos considerar así, que hay efectivamente una pérdida relativa de la función epistémico pero sólo en relación a la identificación de la conducta exigida por la norma en el caso de prever un concepto indeterminado, lo que no compromete el incorporacionismo y tampoco no es un problema que no esté también presente en el positivismo no incorporacionista y en mayor grado en el iusnaturalismo¹⁴⁹.

Aunque se pueda reconocer una disminución de la función epistémico con la incorporación de determinados conceptos abiertos valorativos y que esto pueda de cierta forma reducir en cierta forma la certeza sobre el contenido del derecho y, por consecuencia, su función epistémico ; entendemos que esto no es suficiente a comprometer la teoría incorporacionista. Como ya hemos afirmado, la incertidumbre puede estar presente incluso en un sistema puro de reglas, tal como refiere HART a apuntar su clásico ejemplo de la prohibición de vehículos en el parque. Por otro lado, la incertidumbre sobre la conducta que puede generar un principio existe tan sólo a principio, siendo poco a poco sanada por la práctica jurídica que va atribuyendo el

¹⁴⁹ Cf. Coleman y Leiter: “We can distinguish, however, between two different epistemic functions the rule of recognition might be asked to serve: validation and identification. The rule of recognition is the standard in virtue of which *officials*, specially judges, validate the legality of norms. Legal positivism is committed to the rule of recognition’s serving a validation function. Nothing in incorporationism threatens the rule of recognition’s ability to serve that function. That a rule of recognition may be controversial in its instantiations, however, does not entail that judges disagree about what the rule is. They disagree, perhaps, only about what it requires. In that case, they do not disagree about what the validation standard is, only about what it validates.” (“Legal positivism”, cit., p. 252).

sentido que el sistema confiere a este o aquel valor. En realidad, no es muy diverso de lo que ocurre con los casos de discrecionalidad.

Además debemos considerar que la seguridad y la certeza son valores presupuestos, no hechos sociales. Si el positivismo tiene por tarea ofrecer una descripción de cómo actúa el sistema jurídico, no puede cambiar los hechos en nombre de valores como seguridad y certeza. En lo que se refiere a la función epistémica la concepción incorporacionista es perfectamente compatible con el establecimiento de criterios de validez y de identificación del derecho. Si pueden producirse algunos problemas en relación a este último, se trata de un problema *práctico, no conceptual*, por lo que dependerá de los destinatarios de las normas y de su capacidad de comprenderlas y reconocer lo que exigen.

En lo que se refiere a la determinación de conductas en un derecho que incorpora modelos normativos abiertos o diferentes de la concepción tradicional de reglas, nos parece absolutamente satisfactoria la explicación que presente el positivismo incorporacionista. Según esta doctrina, una de las funciones de la autoridad del derecho es exactamente posibilitar la identificación de las conductas que deben ser seguidas¹⁵⁰. Así, si la identificación de conductas puede constituir algo diverso de lo que solía ocurrir en el modelo puro de reglas, se puede afirmar también que la teoría incorporacionista no deja de presentar un criterio claro de definición de las conductas. Además, este modelo de principios cuenta todavía con la posibilidad de reglar un número mucho más grande de situaciones fácticas, lo que hoy constituye un hecho relevante si considerado la dinamicidad del cambio de las relaciones sociales si comparado con la lentitud propia de los procesos legislativos.¹⁵¹

Un ejemplo de la posibilidad de identificación de las conductas previstas por los principios proponen COLEMAN y LEITER, cuando suponen un ejemplo de norma determinante de conducta que establezca que en una determinada situación se debe actuar “de forma utilitarista”. No obstante sean varias las formas de actuar que sean posibles en este caso,

¹⁵⁰ La función de determinación es, así, muy semejante a la de coordinación, pero no puede ser confundida con esta.

¹⁵¹ Sobre esta crítica es interesante referir que lo que siempre ha defendido el positivismo acerca de la descripción de los sistemas jurídicos, sin importarle asuntos ajenos a las normas y a la descripción de los sistemas jurídicos. Así que quedan fuera algunas afirmaciones de los positivistas ideológicos en el sentido de tener la seguridad jurídica como un valor en sí mismo; esta certeza en cuanto al contenido de la decisión parece ser mucho más una característica del derecho en el siglo XIX, la cual fue descrita por el positivismo jurídico, que una característica del propio positivismo. En esta línea, analizando las jurisprudencias de los tribunales de acuerdo con las constituciones materiales y el control cada vez más difuso de la constitucionalidad de las leyes así como la aplicación directa de los principios, parece que una teoría positivista que se niegue a describir o aceptar tal “hecho” esta mucho más para una teoría política que pretende explicar como el derecho “debe ser” que una teoría del derecho que explica como el derecho “es”.

la norma no deja de determinar una conducta que sea relacionada a la forma utilitarista, donde cada uno podrá encontrar razones individuales para actuar de esta o de aquella manera.

Es importante destacar, además, que la aceptación de los principios en un determinado ordenamiento no significa la extinción de las reglas. Al contrario, los propios constitucionalistas sostienen la necesidad de obedecer a la ley, que *prima facie* es el mandato, la *determinación* adecuada a ser seguida. Sin embargo, esto no impide que en su ausencia una norma abierta pueda determinar una conducta: aunque su forma de cumplimiento pueda ser variada. Por otra parte, la función de determinabilidad de una conducta variada puede ser adecuada a un caso y no a otro; o, a través de la jurisprudencia, hace posible elegir la forma más adecuada a la regla de reconocimiento de actuar conforme al derecho¹⁵².

De esta forma, hay que reconocer que la crítica por parte de algunos iuspositivistas no incorporacionistas es procedente en el sentido de que la conexión del derecho con contenidos abiertos o menciones a contenidos valorativos cause una cierta indeterminabilidad en la identificación de las posturas exigidas en el sentido de actuar conforme a la ley (*what law requires*). Sin embargo, esto no es suficiente para que afecte a criterios de identificación del derecho. Estos no apenas permanecen incólumes, sino que también se actualizan con la práctica del derecho. En el derecho que se observa actualmente la estructura normativa se presenta como algo diversa, principalmente si analizamos a la constitución, que suele presentar normas de contenido abierto, indeterminado y se refiriendo frecuentemente a valores. Esto, sumado con un cambio de actitud de los operadores frente a estas normas influenciados por la ideología neoconstitucionalista, trae como consecuencia natural una pérdida de protagonismo de la ley en relación a la actividad judicial, lo que viene reafirmado cotidianamente por los tribunales, al mismo tiempo en que estos atribuyen progresivamente con la práctica la interpretación correcta sobre el sentido que tienen las normas de estructura abierta en el ordenamiento. El problema de identificación de conductas es, por lo tanto, un problema *a priori*.

Por esto nos parece que el positivismo incorporacionista que afronta todas estas cuestiones e cambios a partir de una postura descriptivista se presenta como una teoría mucho

¹⁵² Conforme COLEMAN y LEITER: “The claim to legal authority is based on the thought that the reasons law provides replace the reasons that is based on the thought that the reasons that otherwise apply to us because acting on the former will be enable us more fully to comply with the demands of the latter than we will by acting on the basis of them directly. To extend to wich it is generally true that one will do better acting on the basis of law’s reason than by acting on the basis of the reasons law provides, it is rational for us to accept law as an authority over us.” (“Legal positivism”, cit., p. 255).

más completa para explicar el derecho que *es*, sin preocupar con cuestiones ideológicas de sostener u derecho que algunos *querrían que fuese*. Esto sí, es una conducta incompatible con la teoría y proposiciones iuspositivistas.

2.3.2.d. El derecho como hecho social

En general, parece que gran parte de la teoría inglesa y estadounidense se nota una preocupación mayor por la eficacia de lo que suele presentarse en las obras de algunos teóricos positivistas como Kelsen y Ross. Confieren gran importancia a la consideración del derecho como hecho social, por lo que posible percibir una mayor importancia con la apreciación de las normas por los jueces que por el legislador. Así lo es porque deriva de una tradición dónde el derecho interpretado (*adjudication*) siempre tuvo un papel importante, de modo que no ha sufrido de forma tan fuerte el problema de eficacia que afecta a las teorías positivistas, principalmente la clásica, en las situaciones cuando los jueces no tienen una postura automática respecto a la aplicación de la ley. La actividad de los jueces en estos sistemas no sólo son fundamentales para una concepción de constitución normativa como también ofrecen una explicación mucho más coherente para el fenómeno del derecho.

En las últimas revisiones de su obra, Hart abandona la concepción de derecho como regla social (*social rule*), la cual sostenía en los primeros capítulos de su obre “*El concepto de derecho*”. Hart identifica que la característica que destaca la regla jurídica no es el hecho de esta sea una regla social, sino en la presencia de juridicidad y autoridad. Esta otra concepción de Hart, se fundamenta en el hecho de que la regla de reconocimiento, esta sí, es una regla social (“*social rule*”) cuya autoridad depende de que sea aceptada por el punto de vista interno, o sea, por los jueces. Las reglas subordinadas a la regla de reconocimiento, pueden o no ser reglas sociales, siendo su status jurídico independiente de tal condición, así como sucede con su autoridad. Su autoridad dependerá sólo de que sean derivadas de la regla de reconocimiento. De esta forma, la autoridad de la regla de reconocimiento, única que necesariamente es una regla social, es transferida a las demás reglas cuya juridicidad dependerá de estar de acuerdo con la regla de reconocimiento.¹⁵³

¹⁵³ “...the rule of recognition is a social rule of recognition is a social rule whose authority depends on its being accepted from the internal point of view by the relevant officials, that is, judges. Rules subordinate to the rule of recognition may or may not be social rules. Their status as law is independent of that fact and so is their authority. Instead, their authority derives from their being valid under the rule of recognition. The authority of the rule of recognition is transferred to rules whose legality depends on their standing in the relationship of being valid under

En este punto, Coleman y Leiter presentan una discordancia con Hart, en el sentido de que una regla social proporciona autoridad a la regla de reconocimiento. Esto, segundo ellos, funciona como un indicador de la normatividad de una práctica social.

“Social rules have two components: the description of what individuals do as a rule and their being accepted from an internal point of view.”¹⁵⁴

Conforme estos autores, la definición del derecho como regla social presupone la siguiente cuestión: ¿el mero hecho de que los individuos hagan algo como una regla provoca en alguien motivos para que actúe de la misma forma?

Para responder a la cuestión utilizan el ejemplo de un sujeto llamado Newt, que considera el hecho de que todos los demás conducen por el lado derecho de la vía, lo que le da motivos para hacer lo mismo. El propio interés personal de Newt – aunque no tenga ningún interés en facilitar la vida de terceros – le hace seguir el comportamiento de los demás. El comportamiento convergente provoca una razón *prudencial* en Newt para tratar esta norma como detenedora de autoridad. Por otro lado, un otro sujeto llamada Emma es motivada a hacer algo de la forma correcta, pero no tiene certeza de que actitud tomar porque no conoce cuál es el orden moral para lo que quiere hacer. Emma cree que los demás tienen la misma motivación que ella y, por eso, actúa de la misma forma que ellos por pensar que esto es lo que la moralidad exige. En este caso, el comportamiento convergente provoca una razón *instrumental* para concebir la norma con autoridad.

De la misma manera, algunos jueces creen que la regla de reconocimiento confiere algunos padrones correctos para evaluar la validez de las normas a ella subordinadas. Por otra parte, buscando presentar una solución coherente, otros jueces se preocupan en coordinar sus criterios con los demás jueces, porque entienden que este sea el comportamiento más correcto y útil al derecho. Puede ocurrir, por lo tanto, muchas razones para que los jueces adopten un modelo de acción sobre algún parámetro de validez. Lo que irá a determinar la autoridad del criterio que resultará obligatorio al final no será, por lo tanto, la aceptación de un criterio, sino que el pensamiento convergente. En las palabras de los autores:

“Convergent behavior, not acceptance from the internal point of view, is the key to understanding the authority of the rule of recognition.”¹⁵⁵

the rule of recognition.” (COLEMAN, J. L.; LEITER, Brian. “Legal positivism”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, edited by Dennis Patterson, London: Blackwell Publishers, 1996, p. 247)

¹⁵⁴ “Legal positivism”, op. cit. p. 247.

¹⁵⁵ COLEMAN, J., LEITER, B., “Legal positivism”, cit., p. 247.

Por esto, como observan COLEMAN y LEITER, HART sostiene que una norma no puede ser una regla social si no es aceptada por el punto de vista interno. Sin embargo, defienden los autores que la aceptación por el punto de vista interno pueden ser necesarios para una norma se convierta en una regla social; pero lo que va a explicar su fuerza normativa es el comportamiento convergente del punto de vista interno.

En este caso, queda demostrado que en verdad el positivismo incorporacionista tiene como punto relevante para la definición del criterio de juridicidad, de validez, el criterio definido por el punto de vista interno, el cual no puede ser confundido con un criterio moral. En caso de, por ejemplo, incorporar un criterio, por ejemplo, de dignidad humana como criterio material de validez, lo que va importar no es lo que la dignidad significa efectivamente, sino que la conceptualización que se le da los tribunales. Así que permanece inalterada la cuestión del punto de vista interno, de autoridad y legitimidad de hacer un juicio; del punto de vista externo, que podría partir por ejemplo de los críticos sosteniendo que el tribunal no ha aprehendido el verdadero concepto de dignidad. Al jurídico importará, tan solamente, el concepto de dignidad formulado por el punto de vista interno. El derecho, en ningún caso, deja de estar comprometido con sus fuentes sociales, se fundamentando en la autoridad y en la producción humana.

2.4. Conclusión

Al largo de este capítulo hemos presentado un breve recorrido histórico en el que nos hemos propuesto recuperar algunas de las principales ideas de la doctrina positivista. La presentación de la evolución de estas teorías a lo largo de su historia tiene por finalidad hacer una confrontación entre ellas y, con esto, aclarar las considerables diferencias que presentan entre sí. Los cambios que se observan en las concepciones positivistas refliten nada más que los cambios que ha sufrido el propio derecho. A lo largo de la evolución de las varias teorías que se presentan bajo el rótulo de positivistas cada vez más se destaca la adopción de un método descriptivo, al contrario de posiciones ideológicas presentes en las concepciones iniciales. Esto se explica por la adopción de una postura más científica respecto a la tarea que se propone el positivismo de explicar el derecho, la cuál, en su principio, era mezclada con una tarea ideológica de romper con la lógica iusnaturalista de un derecho superior que no tenía una fuente social, sino que metafísica. Cumplida la tarea con la consolidación de un pensamiento jurídico

que consagra las fuentes oficiales del derecho, fue posible a los teóricos iuspositivistas se dedicaren a una concepción más descriptiva del sistema jurídico¹⁵⁶.

A pesar de que las diversas concepciones que se presentan bajo el rótulo de positivistas concibieran el derecho bajo diferentes puntos de vista así como alternaren posiciones considerablemente diversas respecto a las fuentes del derecho, al proceso de producción de las normas, a la actividad de los interpretes, etc., ninguna de ellas ha dejado de presentar una coherencia con el pensamiento positivista, pues siempre han defendido tanto una no conexión necesaria entre derecho y moral como la de un derecho positivado, revelado a través de procedimientos claros.

Otro punto relevante y quizá el principal de presentar un histórico de evolución de las teorías positivistas es lo de demostrar que las teorías es el de demostrar que ni siempre las críticas que se hace al positivismo jurídico por parte de algunos autores neoconstitucionalistas o antipositivistas – principalmente cuando consideramos el análisis de su adecuación al neoconstitucionalismo – toman como punto de referencia las tesis que se sostiene actualmente, pero versiones desactualizadas, producidas para explicar un derecho que ya no se encuentra más. Así ocurre, por ejemplo, cuando tratamos de las normas de estructura abierta (*open texture*), con la presencia de principios en la cumbre de los ordenamientos, con la idea de ley como única fuente del derecho, con la actividad autómatas de interpretación, etc. De esta forma, pretendemos aclarar que el positivismo se ha reciclado y evolucionado para explicar el derecho que se presenta actualmente, tarea para la cual siempre se ha propuesto. Sin embargo, aunque actualizado, no ha dejado de defender sus tesis principales.

A partir de los cambios que se ha observado en el modo de actuar de los operadores jurídicos, es posible percibir una gran aproximación entre sistemas que hasta no mucho tiempo eran tenidos como absolutamente contrapuestos. Con el cambio de la práctica jurídica en el sentido de considerar de forma fuerte el carácter normativo de las constituciones y, a partir de esto, aumentar su participación en la construcción del derecho por la atribución de sentido a normas de estructura abierta, así como con la imposición de límites materiales al legislador en lo que se trata del control de constitucionalidad de las leyes; acaba se destacando un nuevo papel

¹⁵⁶ Cuando nos referimos a “descriptivo” lo hacemos de forma a sostener una posición que es adoptada por la teoría del derecho de describir el funcionamiento de los sistemas jurídicos sin una carga de influencia ideológica. Así utilizamos el término como contrapuesto a ideológico, dónde, tal como procuraremos profundizar en el capítulo siguiente, se propone un modelo de ciencia dónde se exige la adopción de determinados comportamientos, sin se limitar a describir el comportamiento que se encuentra.

a los jueces también como fuente de derecho. Este proceso ha aproximado las concepciones jurídicas europeo-continental y anglo-sajona, de forma que muchas de las teorías presentes en la última han penetrado de forma definitiva en el derecho de tradición europeo-continental.

Entre los doctrinadores que más han influenciado en este proceso es destacada la doctrina de H. L. A. HART, el cuál propone un concepto de derecho en el cuál la actividad de los intérpretes juega papel decisivo en la definición de la juridicidad. HART consigue explicar la posibilidad del sistema aceptar criterios morales sin dejar de sostener la tesis de la no conexión necesaria entre derecho y moral, o sea, sin dejar de sostener una teoría positivista. Es a partir del *soft positivism* de HART - cuyo desarrollo se debe en gran parte a las críticas de R. DWORKIN, a las cuales HART se ha empeñado a contestar -; que parte el positivismo incorporacionista.

Al admitir la presencia de criterios que puedan hacer referencia a la moral, el positivismo incorporacionista se presenta como una teoría más actual para explicar el fenómeno del derecho con el cual hoy trabajan los operadores jurídicos, principalmente frente a una visión de la constitución como instrumento normativo, lo que ha traído un nuevo parámetro material de la validez de las reglas jurídicas. Entre los cambios derivados del concepto normativo de la constitución y del descubrimiento de un grado de control de validez material por encima de las leyes ordinarias se ha posibilitado un cambio también en el modo de operación del sistema jurídico, destacando la pérdida de protagonismo de la ley y el crecimiento de la importancia de la actividad judicial. Es exactamente en esta actividad judicial donde el derecho acaba por descubrir nuevas fuentes. En este nuevo proceso de desarrollo del contenido de las normas jurídicas la teoría del lenguaje así como la hermenéutica adquieren importante protagonismo. Esto porque la producción de sentido de los términos adquieren sentidos propios dentro del sistema, partiendo de las particularidades del caso concreto y atingido grados de especificidad que la generalidad de ley no permite alcanzar.

Otro punto importante que aclara el positivismo incorporacionista es el de la desmitificación del contenido moral que traen los conceptos cuando se incorporan al derecho. Tales conceptos, una vez incorporados, adquieren un significado propio, que no necesariamente será lo que plantea la moral. Sin embargo, el significado que adquieren estos términos con correspondencia moral es exactamente lo que distingue el positivismo incorporacionista del iusnaturalismo y del positivismo excluyente.

En relación al iusnaturalismo se destaca en primer lugar que los contenidos morales no son generales, sino que deben necesariamente ser incorporados por el ordenamiento jurídico a través de la positivación o, como sostiene HART, a través de su adopción como criterio de validez por la regla de reconocimiento (esto a partir de la práctica jurídica). En segundo lugar, una vez incorporados, los términos jurídicos de estructura abierta con correspondencia en la moral poseen una diferencia lingüística en relación a su correspondiente moral porque pueden adquirir un sentido propio en el derecho. Esta es la diferencia entre una concepción esencialista de la convencionalista. Mientras una concepción esencialista propone una relación necesaria entre el concepto y la realidad, “de forma que las palabras no serían más que meros vehículos de los conceptos, que a su vez reflejan una presunta esencia de las cosas. La obtención de estos conceptos “verdaderos” se descubre a través de la naturaleza intrínseca de los fenómenos de la realidad. No se construyen, se descubren”¹⁵⁷. Por la concepción convencionalista existe la posibilidad de elegir determinados símbolos para expresar conceptos convencionales, que no necesariamente harán referencia a la realidad. “Desde esta perspectiva, un determinado concepto no es una descripción de la realidad, sino una construcción a la que dotamos de un determinado significado que consideramos, por diferentes razones, como la más conveniente”.¹⁵⁸ Al defender una concepción convencionalista para explicar la formación de los criterios de la regla de reconocimiento, donde las opiniones para formación de esta convergencia quedan restringidas, basadas en normas secundarias y sujeta a cuestiones jerárquicas; el positivismo incorporacionista mantiene una teoría positivista y posibilita la explicación de criterios materiales y abiertos, indispensable para la explicación del derecho actual¹⁵⁹, sin confundir con la posición iusnaturalista.

Por otro lado, el reconocimiento de que algunos valores incorporados son valores morales o tienen correspondencia en la moral; posibilita sostener que esta atribución de sentido es algo limitada, es decir, que no pueden adquirir *cualquier sentido* en el derecho. Este es uno de los rasgos distintivos entre un positivismo incluyente y el excluyente. La posición excluyente

¹⁵⁷ DORADO PORRAS, J. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 75-76.

¹⁵⁸ DORADO PORRAS, J. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 75-76.

¹⁵⁹ En el mismo sentido, es la opinión de HART que, al contrario de reconocer valores que están por detrás de una norma jurídica, se adhiere a una explicación semántica para explicar como conceptos morales adquieren significado propio cuanto se insertan en el mundo jurídico. Sobre esto escribe NAVARRO: “Otro ejemplo es la queja de Hart contra Raz, cuando este último rechaza la tesis semántica del positivismo. Esta tesis afirma que ciertas expresiones del vocabulario normativo, e.g., ‘derechos’, ‘obligaciones’, etc., tienen distinto significado en contextos jurídicos y morales. Según Hart, el rechazo de la tesis semántica conduce a Raz a ‘ofrecer una rama de olivo a aquellos que sostienen que hay una importante conexión conceptual entre derecho y moral.’ (NAVARRO, “Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico”. cit., p. 134)

sostiene que tan sólo criterios de autoridad son suficientes para describir el derecho y de que el sentido que los términos poseen fuera del sistema jurídico simplemente no interesan, adoptando una posición casi que realista. De forma más blanda, el positivismo incluyente reconoce la posibilidad de que los términos no tengan en el derecho el mismo significado que poseen esencialmente en la moral. Sin embargo, influenciado por la hermenéutica y la lingüística, defiende que el significado jurídico no puede ser cualquier significado, sino que un significado a lo menos compatible con el concepto moral. Tal como explica R. GUASTINI, la afirmación de que el derecho puede adquirir cualquier significado y, por lo tanto, creado por los jueces no se sostiene en primer lugar porque la propia autoridad de los jueces es dependiente del derecho. Además, sólo hay márgenes para interpretación, aunque política, cuando hay dudas sobre el significado¹⁶⁰. De otro lado, una posición excluyente presenta no raro algunas dificultades con la aceptación, pareciendo incurrir en el mismo error que ha cometido el *legicentrismo* reduciendo las fuentes del derecho a una sola fuente en nombre de una seguridad no compatible con el proceso dialéctico del derecho. De esta forma, nos parece que una posición incorporacionista presente algunas ventajas frente a la posición excluyente, exactamente porque consigue presentar un punto intermedio entre concepciones opuestas, así como por el hecho de ser más compatible con el neoconstitucionalismo. Tal como observa, ESCUDERO ALDAY, la explicación “del fenómeno Derecho que proporciona el positivismo incluyente es la explicación que mejor da cuenta de lo que ha supuesto, para la teoría del Derecho, la consolidación de los modernos Estados constitucionales, en cuyo frontal se ubican las tantas veces aludidos derechos fundamentales, de innegable contenido moral”¹⁶¹.

¹⁶⁰ GUASTINI, R. “Realismo e antirealismo nella teoria dell’interpretazione” ..., cit. pp. 36-37.

¹⁶¹ ESCUDERO ALDAY. *Los calificativos del positivismo jurídico*, cit., p. 127-128.

CAPÍTULO III - NEOCONSTITUCIONALISMO Y TEORÍA DEL DERECHO

CAPITULO III. Neoconstitucionalismo y la teoría del derecho. 3.1. Concepto del neoconstitucionalismo. 3.1.1. Definición ideológica. 3.1.2. Definición terminológica. 3.1.3. Características del neoconstitucionalismo. 3.1.3. a. Rigidez constitucional. 3.1.3. b. Garantía jurisdiccional de la Constitución. 3.1.3. c. Fuerza vinculante de la Constitución. 3.1.3. d. Sobre la interpretación de la Constitución. 3.1.3. e. Aplicación directa de las normas constitucionales. 3.1.3. f. Interpretación conforme a las leyes. 3.1.3. g. Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. 3.2. Derecho y moral en el neoconstitucionalismo. 3.2.1. La discusión entre R. ALEXY y E. BULYGIN sobre la pretensión de corrección del derecho. 3.2.2. Neoconstitucionalismo, derecho y moral. 3.3. El neoconstitucionalismo como teoría del derecho. 3.3.1. Neoconstitucionalismo como ideología. 3.3.2. Neoconstitucionalismo teórico. 3.4. Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. 3.4.1. Constitución y derecho natural. 3.5. Conclusiones.

3.1. Concepto del neoconstitucionalismo

Después de haber tratado de las teorías iusnaturalista e iuspositivista resulta conveniente que nos ocupemos del neoconstitucionalismo con el fin de verificar lo que efectivamente representa respecto a estas dos anteriores teorías del derecho, así como analizar si este movimiento se propone como un modelo del Estado constitucional de derecho o como una teoría propia respecto al derecho. A pesar de que hayamos mencionado en diversas ocasiones el término neoconstitucionalismo, no hemos presentado una definición más completa a fin de que fuera posible tratar el tema en el presente capítulo. En las páginas siguientes procuraremos no sólo conceptualizar este movimiento jurídico a partir de las diversas perspectivas para las cuales se propone, sino que también trataremos de puntos clave relacionados con el neoconstitucionalismo, tales como la relación entre el derecho y la moral, su relación con el iusnaturalismo, hasta llegar a nuestro objetivo principal, que es el de verificar su compatibilidad con el positivismo jurídico.

Al tratar del neoconstitucionalismo, el primer punto que se presenta relevante es el de su consideración terminológica. En la doctrina son muchas las formas que se presentan para determinar este movimiento jurídico surgido en la posguerra, el cual constituye un cambio de paradigma respecto a la práctica jurídica, principalmente en el sentido de establecer un reequilibrio entre los poderes estatales y cimentar parámetros materiales o valorativos en la cumbre de los ordenamientos jurídicos. Las variaciones más comunes son las de constitucionalismo, neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o

postpositivismo. Para hacer la tarea todavía más difícil, consideramos que si no hay una univocidad respecto a la denominación, tampoco en cuanto al sentido que representan estos signos. Mientras el neoconstitucionalismo puede significar un movimiento ideológico nacido en el ámbito jurídico, que propone algunos cambios de actitud a la hora de considerar de las normas constitucionales y el papel de los jueces, este término también puede ser utilizado para designar una concepción que se propone como una nueva teoría del derecho, capaz de suceder al positivismo jurídico. Así que nos ocuparemos en primer lugar de estos aspectos ideológico y terminológico para enseguida tratar del neoconstitucionalismo como teoría del derecho y de su relación con el iusnaturalismo y positivismo jurídico.

3.1.1. Definición ideológica

Siempre ha sido el fundamento principal del constitucionalismo moderno la preocupación por la limitación del poder. Desde su creación la noción de constitución como fundamento del Estado ha tenido por finalidad servir de instrumento de garantía de la libertad. La constitución, al mismo tiempo en que crea y atribuye competencia a las instituciones y al poder estatal puede también limitar tal poder. Ejerce, por lo tanto, de un lado una función de legitimar el poder que es delegado por su titular, el pueblo soberano al mismo tiempo que, de otro, impide su utilización abusiva¹⁶².

Tal como analizado cuando hemos tratado del positivismo jurídico en su principio, al menos en Europa continental el instrumento que se ha destacado en la tarea de desarrollar la constitución, limitar el poder y manifestar la voluntad popular ha sido la ley. A esta se atribuya la posibilidad incluso de limitar, especificar o definir los términos de la constitución. A este movimiento, denominado *legicentrismo*, representaba perfectamente a los ideales modernos de *seguridad* (y por lo tanto seguridad jurídica) e *igualdad* (al menos frente a la ley general)¹⁶³. En

¹⁶² En este sentido la doctrina de Nicola MATTEUCCI, *verbis*: “L’aspetto originale del costituzionalismo moderno consiste nell’aver mirato a una costituzione scritta, che contenga una serie di norme giuridiche fra loro organicamente collegate, in opposizione alla tradizione medievale, che si esprimeva in <leggi fondamentali>. In tal senso il costituzionalismo non si sottrae a quella legge fondamentale che caratterizza la crescita dello Stato moderno, che è un processo di razionalizzazione di tutti gli aspetti della vita politica e sociale: alla codificazione del diritto privato fa necessario riscontro quella del diritto pubblico, per ubbidire alla stessa esigenza di certezza (e quindi di efficienza) e di pubblicità, in modo che tutti siano posti in condizione di parità.” (“Le origini del costituzionalismo moderno”, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da Luigi Firpo, volume quarto, tomo primo, Torino: Editrice Torinese, 1980, pp. 560-561).

¹⁶³ El legicentrismo deriva de la confianza ciega en la ley como instrumento de razón. La generalidad de la ley y su legitimidad popular impedirían que pudiera lesionar derechos individuales, ya que nadie haría mal a sí mismo. Como la abstracción de la ley no podría beneficiar a una casta o perjudicar a determinado grupo, esta sería siempre orientada por la razón de la “voluntad general”, la cual buscaría siempre la mejor solución para todos.

cierto modo, tan grande era la confianza en la ley, que entendemos posible afirmar que uno de los trazos característicos del constitucionalismo moderno era el de estar condicionado por la ley, estableciendo los límites formales de competencia y procedimiento para que la ley pudiera manifestar la voluntad popular. Los límites impuestos al poder eran, de esta manera, formales, mientras los límites materiales en regla eran definidos por la ley.

Respecto a esta concepción moderna de constitucionalismo, posible decir que el neoconstitucionalismo presenta los mismos objetivos de garantizar la libertad de los ciudadanos y limitar el poder. Sin embargo, ya no comparte con la teoría moderna el culto a la ley, el cual fue irrecuperablemente abalado delante de la manipulación de la voluntad de las mayorías por los regímenes totalitarios característicos de la mitad del siglo XX. En razón de la pérdida de confianza en la ley como instrumento apto a garantizar la libertad y limitar el poder, el neoconstitucionalismo se presenta proponiendo una relectura de la constitución como instrumento normativo limitador de la propia ley y considera la actividad judicial como punto de equilibrio entre razón, valores y la voluntad de las mayorías.

A partir de esta profunda crisis que ha enfrentado el derecho, principalmente en lo que se refiere a una fundamentación débil que proponía el formalismo liberal; se hace necesario un rescate de los propios ideales modernos, es decir, la reafirmación de algunos valores a los cuales debe servir el derecho. Para esta renovación de las bases del fundamento del derecho será importante lo que algunos autores como MASSINI denominan de “renovación del pensamiento iusnaturalista”, el cual da al derecho un fin, el de alcanzar una verdad, que “no podrá alcanzarse sin un necesario recurso a la experiencia, sensible y espiritual, de las realidades propias y específicamente humanas”¹⁶⁴. Es esta preocupación acerca de una concepción de derecho que trae algo más que un mero concepto normativo y de producción únicamente legislativa¹⁶⁵.

Es en torno a esta idea, de acuerdo con la creencia de que es posible que exista un derecho crítico, capaz de no ceder cuando se afronta determinados padrones mínimos de un

¹⁶⁴ MASSINI, Carlos. *La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno*. Madrid: Cuadernos DOXA, n. 21, vol. II, 1998. p. 300.

¹⁶⁵ Conforme la observación de N. BELLOSO MARTÍN, “El Derecho positivo, por sus limitaciones naturales, no puede justificarse a sí mismo. Es un error, aunque a veces común, afirmar que es la coacción la que asegura la obligatoriedad del Derecho. Ni la coacción, acto – empleo de la fuerza, violencia – ni la coactividad, potencia – miedo, amenaza – pueden sustituir satisfactoriamente el sentimiento jurídico. Este simplemente ya no existe cuando la amenaza o la violencia se anuncia. Constituyen, pues, términos excluyentes. Lo que realmente se busca, para fundamentar la norma jurídica, es un valor y nunca un disvalor, un concepto general y no excepcional. La obligación, como deber ser, implica consideraciones axiológicas. Sólo el entendimiento del Derecho como *deber ser para ser justo* contempla y dignifica la condición del hombre. (BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo”, cit., p. 785).

sistema jurídico que esté de alguna forma relacionado con el sentimiento jurídico – y, en suma, de alguna forma conectado con la justicia – que surge la convergencia necesaria para la fundación del movimiento neoconstitucionalista. Esta concepción piensa el derecho, y principalmente la constitución, como núcleo de resistencia frente al mero poder, como garantía de manutención de determinados valores no sujetos a decisiones políticas.¹⁶⁶ Para esta nueva concepción de constitución se hace, por consecuencia, una nueva adecuación de las actividades de los poderes, principalmente en lo que se refiere a la actividad judicial.

En suma, el neoconstitucionalismo como ideología se presenta como el movimiento jurídico de oposición a la lógica del Estado decimonómico, donde imperaba el legalismo, el culto a la ley y la concepción de una actividad judicial automática. Lo que parece claro en esta concepción ideológica es su evidente preocupación por la justicia, por los valores y por contenidos materiales de los cuales el derecho no se puede alejar para que pueda ser reconocido como derecho. Así que, visto desde esta perspectiva ideológica, es posible decir que el neoconstitucionalismo podría ser considerado antipositivista, cuando consideramos que la característica positivista de defensa de la separación entre el derecho y la moral. Sin embargo, conforme entendemos, en la perspectiva ideológica solamente podrá conflitar con el positivismo ideológico, ya que las teorías positivistas más modernas tienen por objetivo exactamente el de no poseer ninguna ideología¹⁶⁷.

3.1.2. Definición terminológica

¹⁶⁶ Sobre la distinción entre el constitucionalismo contemporáneo y el decimonómico es esclarecedora la distinción que hace Paolo COMANDUCCI cuando hace la diferencia entre en constitucionalismo en sentido amplio y constitucionalismo en sentido estricto. Según él: “El constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una – cualquiera – Constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. El constitucionalismo en sentido restringido es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de Constitución a fin de limitar el poder y de prevenir el despotismo.” (“Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 77). De esta distinción también resulta posible verificar el carácter ideológico del constitucionalismo contemporáneo, ya que presupone no sólo una constitución, sino una constitución que prevea contenidos mínimos, tales como los derechos fundamentales, acompañado de una actitud de consideración de esta constitución como fuente normativa directa.

¹⁶⁷ De ahí la necesidad de separarnos el constitucionalismo como ideología del constitucionalismo como teoría jurídica para los fines que nos proponemos en el presente estudio. Esta diferencia la destaca S. POZZOLO, *verbis*: “<Neoconstitucionalismo> es un término que ha entrado en el léxico de los juristas hace poco tiempo y que, si bien no tiene un significado unívoco, ha logrado una gran aceptación. En las páginas que siguen, el término <neoconstitucionalismo> será empleado para indicar una precisa perspectiva iusfilosófica que se caracteriza por ser constitucionalista (o sea, por insertarse en la corriente iusfilosófica dedicada a la formación y predisposición de los límites jurídicos al poder político) y antipositivista. El neoconstitucionalismo jurídico tiene como objeto específico el análisis de los modernos ordenamientos constitucionales y democráticos de Occidente.” (POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 188).

A pesar de la variedad de significados que los términos constitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo, postpositivismo o neoconstitucionalismo, se puede afirmar que todos estos términos se refieren al mismo objeto, siendo aceptados por la doctrina prácticamente de forma homogénea. Sin embargo, lo que debe estar claro es que a pesar de que sean sinónimos, pueden referirse desde un movimiento político y jurídico hacia, como ya tratado, hasta una teoría del derecho que visa sustituir al positivismo¹⁶⁸.

En lo que se refiere a la terminología, hemos optado por la expresión neoconstitucionalismo respecto a las demás exactamente porque nos parece que la atribución del prefijo “neo” al término “constitucionalismo” llama la atención a las considerables implicaciones que esta concepción “contemporánea” o “post moderna” de constitucionalismo presenta para el análisis del derecho. El término “neoconstitucionalismo” refleja de forma más clara el cambio de paradigma en relación a algunas de las afirmaciones del constitucionalismo moderno. Además, consideramos la utilización del prefijo “neo” también en otras ciencias, donde tiene por finalidad para definir cambios relativos a la postmodernidad, tales como en la economía, donde es destacado la utilización del término neoliberalismo. De la misma forma que en el campo económico, en el derecho este término refleja la relativización de la seguridad característica de la era moderna en pro de una incertidumbre y del pluralismo que caracterizan la sociedad postmoderna¹⁶⁹.

Así que por neoconstitucionalismo es posible entender esta nueva proposición para el derecho que, más que significar un proyecto de cambio, consiste en un cambio de paradigma ya efectuado. Conforme destaca Santiago SASTRE ARIZA parece tesis pacífica afirmar que el Estado constitucional de Derecho ha introducido significativas innovaciones en la forma de concebir al derecho respecto al modelo constitucional propio del Estado moderno. Tales

¹⁶⁸ En este sentido, y solamente en este, los términos descritos presentan un otro sinónimo, el *postpositivismo*, de Alberto CASAMIGLIA. El postpositivismo se caracteriza por una técnica hermenéutica diferenciada, apta a conciliar ideales de seguridad jurídica con cuestiones valorativas. No se confunde con el iusnaturalismo porque fundado en parámetros hermenéuticos establecidos, en general con grande participación de una teoría de la argumentación. Según tal concepción, se permite examinar criterios de finalidad de las reglas, posibilitando, así, su no-aplicación. A este punto volveremos cuando tratarnos del constitucionalismo como teoría del derecho.

¹⁶⁹ En el mismo sentido la reflexión de Luis Roberto BARROSO, *verbis*: “Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo. Para *jingles*, e não para sinfonias. O direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a *insegurança* é a característica da nossa era” (...) “Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento do crítico em relação ao fenómeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo.” (BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º-11-2005).

alteraciones afectan basicamente a la estructura de la norma (debido a la inclusión constitucional de los principios, derecho y valores), a la teoría de las fuentes (una vez que la Constitución opera verdaderamente como una norma jurídica y se instituye un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias) y a la teoría de la aplicación jurídica (ya que el método de subsunción no dice mucho acerca de cómo deben ser aplicadas las normas constitucionales)¹⁷⁰.

El movimiento constitucionalista propónese, así, a un cambio en “el modo tradicional de concebir legislación y jurisdicción”¹⁷¹, lo que implica no apenas en la proposición de límites jurídicos materiales como son, por ejemplo, los derechos fundamentales, pero principalmente en el modo de afrontar estas normas. Como señala ALFONSO GARCÍA FIGUEROA:

“ (...) la constitucionalización del ordenamiento jurídico no se ha limitado a transformar el Derecho, sino que se predica también del estilo de pensamiento de juristas y teóricos del Derecho. La constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al <constitucionalismo>. Se ha denominado genéricamente <constitucionalismo> (y más precisamente <neoconstitucionalismo> con el fin de acentuar el nuevo carácter que ha adquirido en la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado un cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas”.¹⁷²

Además de aclarar los motivos por los cuales hemos preferido la denominación “neoconstitucionalismo” - puesto que nos parece ser la que destaca más los cambios respecto a un modelo moderno de constitucionalismo y hace una conexión con la postmodernidad y la complejidad que le é propia -, hemos intentado también demostrar que el término neoconstitucionalismo (o la denominación que se preferir) también denota dos acepciones diversas. Una primera que consistiría en la definición de una “teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho”¹⁷³. En un segundo sentido, significa “algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo)constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo) constitucionalismo como ideología”.¹⁷⁴ Son, por lo tanto, definiciones complementarias, pero

¹⁷⁰ SASTRE ARIZA, S. “Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado constitucional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35 (2001), p. 352.

¹⁷¹ PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. cit., p. 132.

¹⁷² GARCÍA FIGUEROA, A. “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”. cit., p. 164.

¹⁷³ COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, cit., p. 75.

¹⁷⁴ No es otra la opinión de Luis PRIETO cuando afirma que: “Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que sirven para aludir, de forma no siempre muy precisa, a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica. Creo que son cuatro las acepciones principales. En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Asimismo, por

sustancialmente diferentes, puesto que una actúa en el campo ideológico y otra en la teoría del derecho.

3.1.3. Características del neoconstitucionalismo

En la doctrina constitucional son muchas las maneras que se presentan para describir las características principales o esenciales o contingentes del neoconstitucionalismo, algunas más amplias, otra más restrictas. Así que a fin de explicitar las principales características del neoconstitucionalismo hemos elegido el rol propuesto por Ricardo GUASTINI, puesto se presenta como completo en lo que se refiere a las diversas proposiciones del neoconstitucionalismo. Además, la posición que adopta el profesor italiano nos parece adecuada porque no adopta una posición bipolar, en el sentido de clasificar un sistema como constitucionalizado o no constitucionalizado. Por el contrario, destaca el carácter progresivo de la constitucionalización de los ordenamientos demostrando que se trata de grados de constitucionalización material, rompiendo un poco con un carácter ideológico y posibilitando un abordaje más analítico¹⁷⁵. De esta forma no sólo hace evidente la característica algo ideológica de algunas posiciones neoconstitucionalista como posibilita una comprensión del fenómeno como cambio de cultura jurídica que, como cualquier cuestión cultural, debe ser un proceso gradual y progresivo. Conforme la clasificación de R. GUASTINI el constitucionalismo presupone las siguientes características: a) constitución rígida; b) garantía jurisdiccional de la Constitución; c) la fuerza vinculante de la Constitución, d) la sobreinterpretación de la Constitución; e) la aplicación directa de las normas constitucionales; f) la interpretación conforme las leyes y g) influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas¹⁷⁶.

3.1.3. a. Rigidez constitucional

constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Finalmente, el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato pudiéramos llamar de filosofía jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del Derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista; esto es, cuestiones tales como la conexión, necesaria o contingente, del Derecho y de la moral, la obligación de obediencia, la neutralidad del jurista o la perspectiva adecuada para emprender una ciencia jurídica.” (PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 101).

¹⁷⁵ En palabras de GUASTINI: “(...), deseo señalar que el concepto de constitucionalización, como yo lo entiendo, no es un concepto bipolar (verdadero o falso), de forma que un ordenamiento únicamente pueda estar constitucionalizado o no estarlo en absoluto, sin algún punto intermedio. Más bien sostengo que la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento. (GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, cit., p. 50).

¹⁷⁶ GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, cit., p. 50-57.

Por rigidez constitucional se entiende, en primer lugar, la existencia de una constitución escrita, es decir, una constitución positivada en texto propio ocupando el escalajón más alto del ordenamiento jurídico. Para que esta superioridad jerárquica sea efectiva, existe también la necesidad de protegerla del legislador ordinario. De esta forma, la superioridad de la constitución supone al menos la previsión de *quorum* calificado o un rito propio para alteración de las normas constitucionales. Solamente así la constitución puede reafirmar su característica de vinculación del poder político, ya que en el caso de que fuera posible alterar la constitución de la misma forma que se produce una ley, esta vinculación sería meramente teórica, no efectiva.

En relación a los derechos fundamentales, por ejemplo, no son pocas las constituciones que preveen partes inmutables de su texto. Estos tópicos determinados, que se suelen llamar *cláusulas pétreas*, no están sujetos a modificación de ninguna forma, ni mismo en un proceso de revisión constitucional. Constituyen, por lo tanto, núcleos inmutables, ajenos a cualquier disposición política¹⁷⁷.

De esta forma, la rigidez constitucional, que presupone una constitución escrita¹⁷⁸, es elemento indispensable para garantizar la supremacía jerárquica de la constitución así como para proteger sus contenidos materiales que tienen función de imponer límites al legislador y, por esto, no pueden estar fácilmente bajo la simple disposición del legislador¹⁷⁹.

3.1.3. b. Garantía jurisdiccional de la Constitución

La garantía jurisdiccional de la constitución constituye otro elemento mínimo ligado a su jerarquía superior. Si el proyecto constitucionalista pretende vincular los demás poderes a los

¹⁷⁷ Como ejemplo de tales núcleos inmutables tenemos el § 4º del art. 59 de la Constitución brasileña, el cual excluye cualquier posibilidad de una modificación constitucional que pretenda abolir: a) la forma federativa del Estado; b) el voto directo, secreto, universal y periódico; c) la separación de los Poderes y d) los derechos y garantías individuales.

¹⁷⁸ Ya que las no escritas pueden ser alteradas por el simple cambio de costumbre o por una ley ordinaria.

¹⁷⁹ Para otros, como LOPERA MESSA, la rigidez no implica imposibilidad de alteración, sino dificultad, posibilitando, incluso, al legislador alterar la interpretación del Tribunal a través de una alteración de la constitución. Conforme la profesora colombiana: "(...) la rigidez, en el sentido en que es entendida por la mayor parte de la doctrina, esto es, como previsión de cláusulas especiales de reforma, supone dificultad para enmendar la constitución, pero a la vez implica reformabilidad. Desde esta perspectiva, considera Ferreres, la posibilidad de modificación que deja abierta una constitución rígida permite al legislador controlar, por vía de reforma, las interpretaciones del juez constitucional, contribuyendo de este modo a compensar la falta de legitimidad democrática que aqueja al control judicial de la ley." (LOPERA MESSA, Gloria. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados.*, cit., p. 39).

mandamientos constantes de la constitución, de nada serviría la previsión de contenidos materiales o formales en sus normas, si no hay ninguna instancia propia para apreciación de lo que es conforme o contrario a la constitución. En este caso, como todos los poderes están sujetos a la constitución, el órgano responsable de su garantía es en general un tribunal no perteneciente al poder judicial, el Tribunal Constitucional.

Destaca GUASTINI que en las constituciones contemporáneas se observan sistemas de control de constitucionalidad de las leyes de las formas más diversas. Encontramos, por ejemplo, un control *a priori* o *a posteriori*, o sea, antes o después de la promulgación de las leyes; el control concreto (o difuso), hecho por el juez ante de un caso, o abstracto (o concentrado), el cual se hace directamente sobre el texto de la ley. Sin embargo, lo que importa en relación al constitucionalismo es la existencia de un control externo al Poder Legislativo, preferentemente ejercido por un órgano neutral, el Tribunal Constitucional.

Como observa GOMES CANOTILHO, la jurisdicción constitucional constituye un reequilibrio entre los poderes del Estado, en el sentido de que la jurisdicción no acepta más su condición de mero aplicador de normas creadas por el poder legislativo; sino que se afirma como un poder igual y no dependiente del legislativo, asumiendo también su función de control de los actos¹⁸⁰ legislativos y, además, de creación del propio derecho¹⁸¹. Ya Luis Prieto va más

¹⁸⁰ La jurisdicción constitucional y, principalmente, la existencia de un Tribunal Constitucional como intérprete último de la constitución contribuye de forma decisiva al argumento positivista en el sentido de la no-conexión entre el derecho y la moral. Si esto es correcto, y al menos se puede decir que es correcto para los constitucionalistas, la decisión última sobre el contenido de una norma constitucional compete al Tribunal Constitucional, aunque una centena de jueces, por ejemplo, haya decidido en sentido diverso. Lo que va importar para la formación de un concepto jurídico, por ejemplo, la dignidad, será la interpretación que le da el Tribunal Constitucional, aunque sea diversa de lo que esperan los filósofos del derecho. Así que, con base en esto, resulta posible sostener la no-conexión necesaria entre derecho y moral. De ahí la advertencia de ESCUDERO ALDAY al afirmar que: “Más peligrosa sería, en cambio, la segunda forma de interpretar tales referencias a principios o valores morales, consistente en entenderlas no como apelaciones a la discrecionalidad del legislador, sino más bien como disposiciones relativas al contenido de las normas jurídicas. Ello exige que esas disposiciones que se refieren a la justicia o a la dignidad como principios a aplicar contengan una formulación de estos principios que sea la más precisa posible. Aun así, el poder que adquiere el órgano competente para juzgar la constitucionalidad de las normas – el comúnmente llamado tribunal constitucional – es enorme e insoportable, puesto que su concepción de la justicia o de la dignidad puede ser ciertamente diferente de la de la mayoría de la población, es decir, del poder legislativo que ha votado la ley. Y si éste fuera el caso, podrían declararse inconstitucionales aquellas leyes que, a los ojos de los miembros del citado tribunal, resultarían contrarias a la justicia o a la dignidad.” (ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del Positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid:Thompson Civitas, 2004. p. 203).

En el mismo sentido se posiciona BONORINO, respecto a la importancia del Tribunal Constitucional: “(...) para Bulygin la tesis que identifica a la jurisprudencia con el conjunto de fallos concordantes es errónea, pues la jurisprudencia como fuente de derecho es el conjunto de normas generales, y de definiciones, creadas por los jueces que llegan a adquirir vigencia en un ordenamiento jurídico determinado. Esto permite explicar por qué una sola decisión de un tribunal superior puede sentar jurisprudencia, mientras que cientos de fallos de órganos inferiores pueden no hacerlo.” (BONORINO, Pablo Raúl. *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin.*, Dykinson, Madrid, 2003. p. 45-46).

lejos en su análisis, afirmando que el reequilibrio entre los poderes no es suficiente, sino que lo indispensable es una nueva postura frente a la constitución. Para él, la constitución no vincula a los jueces a través de la ley, sino que les libera de alguna forma de esta vinculación¹⁸¹.

En suma, la existencia de una jurisdicción constitucional presupone la existencia, dentro de un determinado ordenamiento jurídico, de un proceso de control de la constitucionalidad que no se limite al Poder Legislativo, sino que sea externo a este. Es función de la propia constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico prever un proceso de autoprotección contra la violación de sus contenidos por parte de los poderes. La forma de control, sin embargo, no es lo más importante. Lo esencial es su existencia y efectividad. La existencia de un Tribunal Constitucional nos parece un elemento idóneo, pues este es un órgano ajeno al Poder Judicial, que al final también está sujeto a la constitución. Sin embargo, su inexistencia en determinado sistema no significa que sea inexistente la jurisdicción constitucional, no obstante no sea completo.

3.1.3. c. Fuerza vinculante de la Constitución

La fuerza vinculante de la constitución constituye una oposición a los ordenamientos jurídicos que tienen la constitución como un documento de intenciones, siempre a la espera de un legislador benevolente que, primero, la respete y, después, la concretize. Por fuerza vinculante se puede entender dos concepciones diferentes. La primera, relativa al punto anterior,

¹⁸¹ “Son inequívocas las insuficiencias de un sistema iluminísticamente dominado por la idea de un ‘sujeto de la historia’ (Estado, Pueblo, Nación, Partido), que conformaba la sociedad a través de mandatos políticos formalmente plasmados en reglas imperativas. La idea de un derecho fundamentalmente *jurisdictionnal* – *juridiccio* – apuntaba ya un aspecto destacado posteriormente por el giro autopoietico: que el derecho no debe ser reducido a un componente subordinado de la regulación política, sino que debe ser concebido como una regulación autónoma que actúa a nivel comunitario de la realización concreta del derecho y del arbitraje de conflictos.” (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Teoría de la constitución*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 57)

¹⁸² “La Constitución kelseniana era sin duda una norma, pero una norma ‘interna’ a la vida del Estado, que regulaba las relaciones entre los poderes supremos y que, en cierto modo, estaba ‘sequestrada’ por éstos, entre ellos el legislador negativo; pero que en modo alguno podía ser aplicada frente a la ley por unos jueces que se definían estrictamente como siervos de la ley. Pero hoy la Constitución es una norma que forma parte (que preside) el orden jurídico en su conjunto y cuya virtualidad no puede divorciarse ni sustantiva ni procedimentalmente del resto del orden jurídico. Si unimos ambas cosas, fuerza normativa irresistible y denso contenido material, las consecuencias son de primera magnitud y no pueden dejar de considerarse a la hora de perfilar la posición de los jueces en relación con la Constitución. Como sabemos, ésta es hoy una norma omnipresente, que no vincula a los jueces a través de la ley, sino con independencia de ella. Por ello, es importante subrayar que cuando se sugiere una limitación de la acción de los jueces o una reformulación de su papel en relación con la Constitución, cuando no sencillamente la eliminación de sus facultades de enjuiciamiento desde parámetros constitucionales, no se está proponiendo sólo un nuevo equilibrio entre los poderes del Estado, que sería lo de menos; lo que se está proponiendo en el fondo es un nuevo (mejor dicho, viejo) concepto de Constitución: aquella Constitución cuya virtualidad se dirimía sólo en la esfera interna de los órganos estatales y cuya proyección sobre los ciudadanos había de contar necesariamente con la mediación legal.” (PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 165–166).

se refiere a la posibilidad de repeler leyes que contraríen de forma no aceptable a las normas constitucionales, sean formales o materiales. El segundo sentido, más específico, consiste en la consideración de todos los dispositivos de la constitución como normas jurídicas y, por lo tanto, aptas para producir efectos jurídicos.

Este último sentido tiene por objetivo romper con el carácter meramente político que no raramente se solía atribuir a las normas materiales de la constitución, principalmente en lo que se refiere a derechos fundamentales. Como observa GUASTINI, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica de la idea de que toda norma constitucional – independientemente de su estructura o de su contenido normativo – es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos¹⁸³. En el mismo sentido se manifiesta Konrad HESSE para quien la fuerza normativa es una meta a alcanzar para el derecho constitucional de forma que las normas constitucionales puedan tener la mayor eficacia posible. Sin embargo, esto depende no sólo de una actitud de los operadores del derecho, sino también de posibilidades reales¹⁸⁴.

Esta necesidad de adecuación a la realidad al mismo tiempo en que exigen una construcción de un sentido jurídico que determina la fuerza normativa de la constitución refleja el problema de la función que ejercen en los ordenamientos las normas que no ofrecen ya una solución *a priori*, sino que normas más amplias cuya solución debe ser construida¹⁸⁵: los

¹⁸³ GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, cit., p. 53. Conviene observar que GUASTINI se refiere a la fuerza vinculante como una idea, o sea, demostrando el carácter ideológico del constitucionalismo; lo que, podríamos decir, es punto común en todas las características del constitucionalismo aquí tratadas: un carácter ideológico fuerte proponiendo una determinada actitud a los operadores del derecho.

¹⁸⁴ “A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional” (...) “Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir e maior eficácia possível, proporcionando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional.” (HESSE, Konrad. *in A força normativa da Constituição*. [trad. Gilmar Ferreira Mendes] Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 27). En el mismo sentido se posiciona GOMES CANOTILHO, cuando afirma la incorrección de una normatividad excesiva a la constitución, o sea, que no considere la realidad. Apunta que: “Una de las concepciones de constitución más aplaudidas por la moderna iuspublicística – la teoría material de la constitución – pretende conciliar la idea de constitución con dos exigencias fundamentales del estado constitucional democrático: (1) la legitimidad material, lo que apunta a la necesidad de que la ley fundamental incluya los principios materiales informadores del estado y de la sociedad; (2) la apertura constitucional, pues la constitución debe posibilitar la concurrencia y la lucha política de los partidos y de las fuerzas políticas portadoras de proyectos alternativos para la concreción de los fines constitucionales. Aunque no se deba limitar a ser un “instrumento de gobierno” o una simple “ley de estado”, la constitución debe evitar convertirse en ley de la “totalidad social”, “codificando” exageradamente los problemas constitucionales.” (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Teoría de la constitución*. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 22-23).

¹⁸⁵ “Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que queríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo

principios. Considerando que las constituciones constituyen la cumbre de los ordenamientos jurídicos, no es posible tutelar un valor como la dignidad por ejemplo a través de una serie de reglas exhaustivas que ya traen una solución puesta, o sea, un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Para realizar tal tarea, las constituciones proveen enunciados abiertos de contenido general de cuyo preenchimento necesitará no sólo de la actividad legislativa, sino principalmente de la actuación judicial en la construcción de sentido a términos de estructura abierta (*open texture*). Como señala ZAGREBELSKY:

“(…) hoy los principios que contienen valores de justicia se han convertido en derecho positivo integrado en la Constitución, que, por consiguiente, la apelación de la justicia, junto o frente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), son que es algo previsto y admitido; que tales principios consisten fundamentalmente en <nociones de contenido variable> y, por tanto, cumplen una función esencialmente dinámica – se, comprenderá entonces que se ha introducido en el ordenamiento una fuerza permanentemente orientada al cambio.”¹⁸⁶

Así que, atribuir fuerza vinculante a la constitución significa no hacer distinción entre sus normas respecto a la estructura de sus enunciados, considerando que todas las normas constitucionales, aunque presupongan una estructura diversa de aplicación, no dejan de ser normas jurídicas y, por lo tanto, aptas para producir efectos jurídicos.

3.1.3. d. Sobre la interpretación de la Constitución

Aunque a primera vista el término “sobreinterpretación” cause alguna extrañeza, constituye una de las más importantes características propuestas por el neoconstitucionalismo. Cuando GUASTINI se refiere a la *sobreinterpretación* de la constitución esta aludiendo a la extensión de la consititución a todos los espacios vacíos del ordenamiento, de forma que toda la materia no reglada encuentre en la constitución un mínimo de regulación. Conforme apunta, no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea sólo una *political question*, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes.¹⁸⁷

Conforme ya sostenía HART, todo texto normativo tiene lagunas, las cuales deben ser objeto de interpretación. Estas lagunas, a su vez, pueden estar presentes tanto en el interior de

principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente.” (ZAGREBELSKY, Gustavo., *El derecho dúctil.*, cit., p.16).

¹⁸⁶ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil.*, cit., p. 148.

¹⁸⁷ GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, cit., p. 55.

una norma como consistir en una situación de hecho no prevista por el sistema jurídico. Para estos casos, según el positivismo, el juez debería utilizar de la discrecionalidad para solucionar la cuestión. En los ordenamientos constitucionales modernos, que preveen valores – aunque sean contradictorios – y normas generales y abiertas, ninguna solución que escape a la previsión de una regla estaría sometida a la simple discrecionalidad. Al contrario, es deber del juez en estos casos proponer la solución de acuerdo con la norma constitucional o, mejor dicho, de forma que contrarie ninguno de los valores constitucionales. Tal teoría es muy similar a lo que proponía DWORKIN al cuestionar solución de la discrecionalidad de HART, afirmando que para todos los casos el juez estaría sujeto a “principios morales”.¹⁸⁸ Sin embargo, conviene no confundir la sobreinterpretación con la sujeción a principios morales, pues el constitucionalismo restringe los parámetros valorativos del sistema a los previstos en la constitución, lo que es algo muy diverso.

La preocupación en este caso será la de no dejar ningún ámbito posible de regulación libre a la total discrecionalidad¹⁸⁹. Lo que propone la sobreinterpretación, en resumen, es el fin de la discrecionalidad.¹⁹⁰

¹⁸⁸ “Debemos evitar una confusión tentadora. El sentido fuerte de la palabra discreción no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica. Casi cualquier situación en la cual una persona actúa (incluyendo aquellas en las que no es cuestión de decidir bajo una autoridad especial y, por ende, no es cuestión de discreción, pone en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia.” (DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel. pp. 85-86). Sobre la polémica con HART acerca del tema de la discrecionalidad o de la presencia de principios morales, DWORKIN hace la siguiente consideración: “El desacuerdo entre Hart y yo se centra en la primera de estas tres tesis; él propone y yo lo niego. El problema es importante, de él depende la idea tradicional de que las normas jurídicas se pueden distinguir, en principio y como grupo, de las normas morales y políticas. Si la primera tesis es correcta, entonces en todo sistema jurídico existe algún criterio del derecho, comúnmente aceptado, que tiene la forma de una regla social, y esto basta para distinguir los principios y normas jurídicas de las morales. Pero si la primera tesis es falsa, entonces no existe tal criterio.” (DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 120).

¹⁸⁹ Como observa GUASTINI, “(...) en el espacio vacío de Derecho constitucional la discrecionalidad política del legislador está subtraído de cualquier posible control jurisdiccional por la carencia de cualquier parámetro. Por el contrario, si se está inclinado por la interpretación extensiva (y por el argumento *a simili*), la Constitución puede ser interpretada –o, más bien, ‘sobreinterpretada’ – de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos – esto es, ‘libres’ del – Derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aun minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional.” (GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”., cit., p. 54).

¹⁹⁰ No obstante, este punto debe ser visto con algún cuidado, puesto que hay una discrecionalidad que permanece, incluso ante de la sobreinterpretación. Tal como ya advertía HART incluso las reglas contienen margen a la discrecionalidad. De esta forma, aunque el juez esté limitado por la constitución para decidir, es el juez (o mejor, los jueces) quienes deciden cuál será el sentido atribuido a determinado principio. Aquí, por lo tanto, se observa otra diferencia con respecto a lo que proponía DWORKIN al relacionar esta ausencia de libertad total con los principios morales. Como apunta Luis PRIETO, “(...) la Constitución no fija con precisión el umbral mínimo de su cumplimiento y, por tanto, el juez carece de una consecuencia jurídica concluyente para aplicar al caso; o éste se deja a la total discrecionalidad legislativa como en general se viene haciendo, pero entonces tales principios no pueden considerarse normas constitucionales, al menos no en el sentido fuerte que aquí hemos expuesto; o es el juez quien establece por sí mismo ese umbral mínimo por debajo del cual empieza a operar la garantía, pero

3.1.3. e. Aplicación directa de las normas constitucionales

La aplicación directa de las normas constitucionales está íntimamente relacionada con la fuerza vinculante de la constitución, pudiéndose aprovechar en este punto casi todo lo que antes hemos afirmado. En realidad, la constitución tiene fuerza vinculante cuando sus normas son directamente aplicadas; y las normas son directamente aplicadas en razón de la fuerza vinculante de la constitución. Esta última constituiría un dogma del neoconstitucionalismo al paso que la aplicación directa sería la consecuencia del entendimiento de la fuerza vinculante.

La aplicabilidad directa de las normas constitucionales constituye un paso adelante respecto al control de constitucionalidad. En razón de esta calidad, es posible utilizar la norma constitucional no sólo para orientar y limitar el contenido de las leyes, sino también para fundamentar pretensiones directamente en una norma constitucional. Considerando la estructura que generalmente presentan algunas normas constitucionales, esta cuestión no raramente es objeto de polémica, pues en una norma de estructura abierta como los principios la actividad constructiva del intérprete es potencializada. No obstante, esta posición constitucionalista no significa que todos los principios presuponen su concreción inmediata. La eficacia de las normas constitucionales dependerá decisivamente de su “densidad”, es decir, de los elementos que contiene en el sentido de indicar una solución así como de los argumentos utilizados por el intérprete para complementarlo¹⁹¹.

De esta forma, la aplicabilidad directa significa un cambio de postura de los jueces en los casos de ausencia de ley o de una ley contraria a la constitución. En estos casos, conforme el

entonces es el juez y no la norma constitucional quien lo hace.” (PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales.*, cit. p. 127).

¹⁹¹ De esta forma, en el proceso de concreción de la constitución, cuanto más parámetros proporcione el propio enunciado de la norma constitucional, el poder legislativo y la jurisprudencia, mayor será el avance del proceso de construcción de sentido conforme a la norma. Es, como se puede ver, un proceso progresivo. En este sentido, y principalmente en lo que se refiere a los derechos sociales, advierte J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *verbis*: “No entanto, *aplicabilidade directa* não é equivalente a *exequibilidade imediata* e, por isso, os problemas surgem no que respeita à generalidade dos direitos, liberdades e garantias, desde logo para aqueles direitos cujo *exercício efectivo* está *necessariamente dependente* de uma regulação complementar, de uma organização ou um procedimento – por exemplo, os direitos políticos (como o direito de voto), os direitos processuais (como o direito de acção administrativa), alguns aspectos das liberdades (liberdade de circulação automóvel, liberdade de ensino privado) –, mas também relativamente às *garantias institucionais* (em que há um certo espaço de conformação legislativa) e mesmo a outros tipos de direitos, incluindo as liberdades e os direitos relativos a bens pessoais, quanto a aspectos da sua *proteção perante terceiros* – (...). Nessas hipóteses, o alcance normativo da aplicabilidade directa não reside na exequibilidade, está na *deverosidade estrita* da intervenção legislativa, que há-de assegurar, nas condições de normalidade de um Estado de Direito, a existência da legislação e a produção das demais actuações necessárias ao exercício dos direitos.” (in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2004, 3ª ed. p. 210).

neoconstitucionalismo, se debe aplicar directamente las normas constitucionales cuando sea posible, extrayendo de ellas los efectos jurídicos posibles y que consideren por adecuado. Ante de esta nueva postura muchos de los derechos previstos en una constitución adquieren una nueva dimensión. Como señala el VIEIRA DE ANDRADE, ya no es posible sostener que los derechos fundamentales sólo tengan una existencia jurídica en razón de la ley, sino que poseen validez en sí mismos. La ley les puede facilitar la aplicación, pero no es indispensable¹⁹².

Como antes hemos expuesto respecto a la fuerza normativa de la constitución, la aplicabilidad directa se trata de una proposición ideológica contraria a la consideración de las normas constitucionales como objetivos políticos siempre a espera de una concreción por el legislador, cuándo y cómo este entendiéndose conveniente. Consiste, pues, en una reacción del derecho ante la inercia injustificada del legislador.

3.1.3. f. Interpretación conforme a las leyes

Por interpretación conforme a la constitución tenemos la posibilidad de que el Tribunal Constitucional – o de cualquier juez que detenga competencia para un juicio de constitucionalidad – atribuya una interpretación obligatoria a determinada ley, de modo a evitar que se evite que considerada inconstitucional.

La posibilidad de una interpretación conforme es, en un primer momento, originada de una consecuencia propia del regimen neoconstitucionalista: los jueces ya no ejercen la función autómatas de otros tiempos, aplicando la ley de forma mecánica. Si es una característica general de las normas presentaren zonas indeterminadas por la propia dificultad de la previsión general – lo que es algo más característico todavía a las constituciones que se sitúan en la cumbre de los sistemas jurídicos –; tenemos como consecuencia una posibilidad considerable de decisiones posibles respecto a la interpretación de cada norma. Como también las reglas que no presentan una estructura abierta también demandan la verificación de su adecuación material frente a lo que determinana la constitución, posible afirmar que de acuerdo con la doctrina neoconstitucionalista casi todos los juicios pasan a ser juicios complejos, incluso aquellos

¹⁹² En el original, “Já não é possível sustentar que os direitos fundamentais só tem real existência jurídica por força da lei (em virtude de uma transposição legal), ou que valem apenas com o conteúdo que por estas lhe é dado (por interpretação autêntica ou por delegação constitucional), porque a Constituição vale por si, prevalece e vincula positivamente o legislador, de modo que uma lei só terá valor jurídico se estiver conforme com a norma constitucional que consagra um direito.” (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 206).

considerados “fáciles”¹⁹³. En razón de esto, el derecho – y principalmente el derecho constitucional – estará siempre dependiente de la interpretación¹⁹⁴. Ante un cambio de la estructura de las normas y de la consideración normativa de la constitución que acaba por condicionar hasta aquellas normas que poseen estructura convencional de reglas, resulta posible afirmar que una norma sólo adquiere sentido pleno después de pasar por el proceso de interpretación. Como observa BONORINO, “las proposiciones interpretativas no son ni puramente descriptivas ni puramente valorativas, constituyen una categoría intermedia que combina ambas propiedades.”¹⁹⁵

A partir de esta dependencia de la interpretación debemos también considerar que cuando de la interpretación son agregados aspectos valorativos (constructivos) además de los descriptivos, y que prácticamente todas las normas (seguramente todas que contienen conceptos materiales) admiten interpretaciones diversas, la interpretación de las leyes conforme a la constitución tiene por fundamento no sólo preservar la vigencia de las leyes, procurando interpretarlas de manera que no contraríen a la constitución sino que también de, en este proceso, construir sentidos a las propias normas constitucionales utilizadas como parámetro¹⁹⁶.

Partiendo de esto, GUASTINI define la interpretación de las leyes conforme a la constitución como aquella forma de interpretación que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo – frente a una doble posibilidad interpretativa – el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la

¹⁹³ Utilizando aquí la nomenclatura de DWORKIN, que divide respecto a la dificultad de interpretación los casos en fáciles y difíciles.

¹⁹⁴ Sobre tal punto observa MARTINS REIS: “Quando se fala em interpretação constitucional, não se está admitindo a concepção ilusória de que só há uma solução correta para cada caso, mas a possibilidade de mais de um entendimento sob a égide dos seus princípios e regras, através de uma argumentação singularmente fundamentada. A juridicidade democrática não se contenta com a definição apriorística de certas decisões, posto que derivadas de sua mais alta Corte, por constituir o sistema uma conexão complexa de comunicações que lhe viabiliza reorientar as suas próprias propostas no interior daquele quadro normativo. A imprescindibilidade de um eixo hermenêutico de referência, ideologicamente assentado como um pressuposto valorativo, que permita dispor os deslizamentos de acomodação ou estranhamento no confronto com os sentidos concretos de contexto, constitui o ponto de partida na proposição crítica capaz de generalizar-se de forma congruente ou proporcional.” (MARTINS REIS, Maurício. “A interpretação conforme à Constituição como garantia inerente ao princípio da inafastabilidade jurisdicional”, texto extraído del sito web *Jus Navigandi*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4533>, en 1 de marzo de 2007).

¹⁹⁵ BONORINO, Pablo Raúl. *El imperio de la interpretación.*, cit., p. 13.

¹⁹⁶ De cierta forma, en el momento en que se admite la constitucionalidad de una ley que limite, por ejemplo, la libertad, el intérprete esta constituyendo el sentido del término libertad en un determinado ordenamiento jurídico, ya que jamás ha sido una propuesta del constitucionalismo la validez de estos términos valorativos de una forma absoluta, hasta porque la constitución prevé en no pocas ocasiones valores incluso contradictorios..

Constitución.¹⁹⁷ La consecuencia será, obviamente, la conservación de la validez de una ley que, de otra forma, sería inconstitucional.

En este punto esta característica neoconstitucionalista adquiere toda su relevancia. En la estructura hermenéutica del neoconstitucionalismo dónde se presentan normas que ejercen funciones diversas, los principios y las reglas demandan no sólo formas de aplicación diversa (ponderación y subsunción, respectivamente) sino que también poseen una relación de preferencia. No obstante los principios en general estén localizados en la cumbre de los ordenamientos y son, por esto, jerárquicamente superiores; es necesario considerar en el proceso de interpretación que las normas poseen una solución más específica y, por esto, son más completas que los principios respecto a su adecuación a los casos previstos en sus enunciados. Esto sin mencionar el hecho de que en determinados ordenamientos es posible encontrar principios opuestos, lo que hace difícil su aplicación directa. Esta especialidad va a determinar en la hermenéutica constitucional la necesidad de conferir, en un primero momento, la precedencia de las reglas frente a los principios¹⁹⁸. Esta precedencia cuenta también a su

¹⁹⁷ GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, cit., p. 57.

¹⁹⁸ No obstante esta afirmación pueda parecer un tanto polémica si consideramos la importancia que se atribuye a los principios y su identificación como normas de alto rango – pues están situados en la cumbre de los ordenamientos, aunque esto no sea necesario para definirlos, y si su estructura normativa. Debe ser considerado en este caso que las reglas no comportan una interpretación por ponderación. Su aplicación se hace a través del modelo “todo o nada” como propone DWORKIN. Las reglas son elegidas de acuerdo con el caso concreto, la regla más adecuada en el sentido de más específica, regula el caso. La regla interpretativa será, así, la prevalencia de la regla, que después será testada con relación a su posibilidad de permanencia en el sistema respecto a normas materiales que le son superiores. Esta validez es la que a menudo posibilita la confrontación de la regla (o la solución propuesta por la regla) y de las normas materiales que le son superiores jerárquicamente (que en general vienen previstas en forma de principios). Conforme explica Humberto ÁVILA: “Os princípios possuem, pois, pretensão de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade. As regras possuem, em vez disso, pretensão terminativa, na medida em que, sobre pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a pretensão de gerar uma solução específica para a questão. O preenchimento das condições de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras. As regras são, pois, normas preliminarmente decisivas e abarcantes.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª edição, Editora Malheiros: São Paulo. p. 69). En el mismo sentido el análisis de Ana Paula BARCELOS que destaca la necesidad de priorización de la solución prevista en la regla cuando esta es admisible respecto a los principios, *verbis*: “Os princípios, para além de seu núcleo, estabelecem as fronteiras de um largo campo de atuação possível, dentro de cujos limites as opções políticas podem ser consideradas legítimas. As regras correspondem exatamente a decisões políticas específicas, de efeitos determinados, já tomados no interior de tais fronteiras. Em suma: seja porque essa é a consequência natural das diferenças estruturais entre princípios e regras, seja porque, considerando o contexto constitucional, as duas espécies normativas desempenham funções diferentes, o primeiro parâmetro que deve orientar a ponderação significa que a regra deve ter preferência em face dos princípios. Assim, diante de um conflito insuperável entre regra e princípio que demande a ponderação de um dos elementos em choque, a regra constitucional (aqui incluído, repita-se, o núcleo dos princípios) deve ser preservada e o princípio comprimido.” (...) “A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; a sua lógica tentará isolar um única norma para o caso.” (In BARCELOS, Ana Paula. *“Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional”*. A Nova Interpretação Constitucional, org. Luís Roberto Barroso. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 82). Es posible concluir, de esta forma, que las reglas pueden restringir

favor con un criterio democrático. Así que la solución propuesta por una regla posee una validez *a priori*, que sólo puede rechazada si en conflicto con el núcleo duro de un principio. Si supera el test de constitucionalidad, la solución prevista en la regla es la adecuada – al menos en términos jurídicos. Sobre esta preferencia explica ALEXY:

“La respuesta puede sólo rezar que, desde el punto de vista de la sujeción a la Constitución, existe una prioridad del nivel de la regla. Ciertamente, también el nivel de los principios es el resultado de un acto de positivación, es decir, de una decisión. Pero, una decisión en el ámbito de principios que pueden entrar en colisión deja muchas cosas sin decidir, pues, un haz de principios tolera determinaciones muy diferentes de relaciones concretas de preferencia; es conciliable con reglas totalmente diferentes. Así, pues, en la medida en que se adoptan determinaciones en el ámbito de las reglas, se decide más que a través de la sujeción a todas las decisiones del legislador constitucional. Por lo tanto, las determinaciones adoptadas en el ámbito de las reglas preceden a las determinaciones alternativas que, tomando sólo en cuenta los principios, son igualmente posibles.”¹⁹⁹

Con base en esto resulta posible verificar la importancia de la interpretación de las leyes conforme a la constitución.

3.1.3. g. Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas

El argumento democrático del neoconstitucionalismo, dentre todas sus características, constituye en nuestra opinión el argumento central de la teoría neoconstitucionalista, puesto que a partir de ello se fundamentan todas las demás características. Para Dieter GRIMM, por ejemplo, este tema es tan importante o más que la jurisdicción constitucional, para una concepción neoconstitucionalista²⁰⁰. En razón de su protagonismo, esta quizá sea también la parte de teoría que ha sido objeto de mayores críticas, principalmente en lo que se refiere a la falta de legitimidad de los jueces para construir soluciones jurídicas a partir de los principios o

principios. Estas restricciones son admitidas hasta el momento en que no violen el núcleo intangible de un principio, por lo que se demuestra la importancia de la interpretación conforme a la constitución (o a los principios si se considera que estos en general están previstos constitucionalmente), principalmente para la construcción del sentido jurídico para estos principios.

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría General de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993, p. 134.

²⁰⁰ “Naturalmente, la disposición de dirimir las cuestiones relativas al poder por medio de un tribunal requiere condiciones sociales y culturales que en modo alguno se dan en todos los lugares donde hay una constitución. Cuando dichas condiciones están ausentes, los tribunales constitucionales actúan en la línea marcada por los poderosos o se condenan a la insignificancia. El daño para la constitución en ambos casos es mayor que la plena renuncia a la jurisdicción constitucional. En cambio, el riesgo para una jurisdicción constitucional efectiva se halla en que los tribunales, ante el escaso grado de precisión que contienen, sobre todo, las normas materiales de la constitución y el amparo de su aplicación, asuman tareas de configuración políticas y, de este modo, perturben los nexos de responsabilidad democrática y las limitaciones de funciones.” (GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales. Tit. Or. Die Zukunft der Verfassung* [trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón], Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 36–37).

incluso para no aplicaren determinadas leyes en razón de una particular concepción sobre lo que demanda determinado valor constitucionalmente positivado.

Conforme la proposición neoconstitucionalista, el concepto de democracia no puede ser confundido con el *mayoritarismo irrestricto*²⁰¹, es decir, dónde las minorías o el ciudadano en general estarán sujetos a cualquier decisión que provenga de la mayoría. Un concepto más correcto de democracia demanda exactamente una protección contra el poder de decisión de las mayorías. Así que es perfectamente legítimo que una sociedad establezca límites al poder de las mayorías, regla que puede ser positivada jurídicamente en la constitución²⁰². Por la propuesta neoconstitucionalista, esta democracia limitada, protegida institucionalmente por el derecho, sería no sólo aceptable, sino que es una forma más adecuada de democracia²⁰³. Esta concepción diferenciada de democracia, según la teoría neoconstitucionalista, es una de las características que distingue el Estado constitucional y democrático de derecho del Estado democrático simples. La concepción constitucionalista no propone un argumento contrario a la democracia, sino un argumento en el sentido de cualificarla, de forma que no todo esté a disposición de las mayorías²⁰⁴.

²⁰¹ Expresión de J.C. BAYÓN, la cuál es utilizada en el sentido de dictadura de las mayorías. (BAYÓN, J.C. "Derechos, democracia y constitución", in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 214).

²⁰² "(...), el estado constitucional de derecho se nutre de una idea de soberanía limitada, que a su vez se traduce en un entendimiento de la democracia compatible con la búsqueda de límites al poder de las mayorías. Esta concepción parte de reconocer la existencia y protección de las minorías como condición de posibilidad de la democracia y de considerar los derechos fundamentales como un 'coto vedado' que modera el alcance de la regla de las mayorías, a fin de salvaguardar los presupuestos que hacen de ella un mecanismo de decisión colectiva especialmente valioso. Será ésta la idea de democracia presente en los orígenes del constitucionalismo estadounidense y que, con mayor dificultad, se abrirá espacio en el pensamiento constitucional europeo hasta su consolidación definitiva en la segunda mitad del siglo XX." (LOPERA MESSA, Gloria. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*. cit., p. 23).

²⁰³ En palabras de J. C. BAYÓN, *verbis*: "Alternativamente, si se maneja un concepto más rico y matizado de democracia – de manera que ésta incluya o presuponga ya derechos básicos –, no sólo no habría conflicto esencial entre ella y el constitucionalismo, sino que éste sería la forma institucional de la genuina democracia. Y por lo que se refiere, en segundo lugar, a la justificación del control jurisdiccional de constitucionalidad, una respuesta verdaderamente clásica – tanto que se remonta a lo escrito por Hamilton en *El Federalista* y por el juez Marshall en *Marbury v. Madison* – es la que alega que cuando los jueces constitucionales invalidan decisiones de un legislador democrático no ponen de ninguna manera su propio criterio por encima de éste, sino que se limitan a hacer valer frente a aquellas decisiones la más fundamental voluntad democrática del constituyente" (BAYÓN, J.C., "Derechos, democracia y constitución", cit., pp. 214-215).

²⁰⁴ Como aclara Luis PRIETO: "Por lo que se refiere al constitucionalismo como ideología política, tal vez es aquí la acepción menos problemática o la más externa a las cuestiones que nos proponemos a tratar, y puede identificarse con aquella filosofía que considera que el Estado constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política. Naturalmente, que sea aquí la menos problemática no significa que carezca de problemas; todo lo contrario, presentar el constitucionalismo como la mejor forma de gobierno ha de hacer frente a una objeción importante, que es la objeción democrática o de supremacía del legislador: a más Constitución y a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias." (PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 102).

La metáfora ya incorporada al argumento neoconstitucionalismo para defenderse de las críticas que sufre en relación a la falta de legitimidad democrática de los jueces para que actúen de forma constructiva y, no raramente contraria a las decisiones políticas representativas de las mayorías, consiste en el riferimento a las amarras que ha utilizado Ulysses para protegerse de los encantos de las sirenas. Ulysses ha amarrado su cuerpo al barco para evitar que cambiara de idea como consecuencia del efecto del canto de las sirenas. Ha tomado una decisión racional que le impediría de actuar de determinado modo más adelante²⁰⁵.

En el caso constitucional, sostiene el neoconstitucionalismo con sustanciales argumentos que la actuación del constituyente en elegir determinados parámetros intocables con relación a las mayorías puede ser considerada una decisión racional que visa a limitar el poder democrático. Esto es legítimo para el constituyente mientras la constitución tiene también un origen democrático – diverso de lo que ocurría, por ejemplo, con el Derecho natural. Sin embargo, su origen democrático es todavía calificado por su posición inaugural y jerárquica de marco normativo de un ordenamiento jurídico. Por esto, está perfectamente legitimada para trazar límites a la democracia como también para encargar a las autoridades que ejerzan el control de estos límites así como para atribuirles un significado jurídico²⁰⁶.

3.2. Derecho y moral en el neoconstitucionalismo

La no conexión entre el derecho y la moral, una de las tesis centrales del positivismo jurídico, siempre ha sido una cuestión central en las críticas que se presentaban en relación a su concepción del derecho. A partir de los muchos cambios que ha provocado un posicionamiento neoconstitucionalista en relación a la ciencia jurídica se ha destacado una nueva actitud delante de la constitución y sus normas se ha avivado una discusión que parecía terminada. Ante el catálogo de derechos fundamentales y otras normas constitucionales que hacen expresa mención a valores, contenidos morales e indeterminados, acompañado de una postura normativa

²⁰⁵ Sobre el tema sugerimos: JON ELSTER, *Ulysses y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México: Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 36 y ss.; GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Teoría de la constitución*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 113 y BAYÓN, Juan Carlos. “Derechos, democracia y constitución”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 224.

²⁰⁶ No es diversa la opinión de Santiago SASTRE, “En primer lugar, la noción de poder constituyente va perdiendo su significado revolucionario o su *agresividad* y se va asociando cada vez más al concepto de legalidad constitucional, es decir, a la posibilidad de una legalidad superior a la ordinaria y que, por tanto, es capaz de limitar al legislador. En segundo lugar, la Constitución aparece como un marco normativo regido por el principio del pluralismo en el que se establecen las reglas del juego democrático, pero esto no impide que pueda desempeñar una importante función directiva para el futuro, ya que en ella se establecen los principios fundamentales que deben regir la comunidad.” (SASTRE ARIZA, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 240).

frente a estas normas por parte de los tribunales, que funcionan frecuentemente no sólo como condición de validez, sino como verdaderas normas jurídicas, los argumentos antipositivistas adquieren fuerza en el sentido de que ponen en deiscusión la necesaria relación entre el derecho y la moral, tesis expresamente negada por el positivismo jurídico.

Así que ante los nuevos argumentos que vienen a la discusión, examinaremos primero los ataques más frecuentes que sufre el positivismo jurídico respecto a la defensa de la tesis de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Para tratar de esto asunto utilizaremos el célebre debate establecido por R. ALEXY y E. BULYGIN, el cual de cierta forma resume los principales argumentos antipositivistas representados en la doctrina del primero y los argumentos defensivos del positivismo jurídico. Además, a través de este debate se puede afrontar la cuestión relativa a la pretensión de corrección, la cual consideramos muy esclarecedora en lo que se refiere a aspectos esenciales y contingentes en la definición del derecho. Seguidamente, trataremos más específicamente del cambio de actitud frente a las normas constitucionales que hacen expresa referencia a la criterios morales y cómo afecta esto a la tesis positivista de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral²⁰⁷.

3.2.1. La discusión entre R. ALEXY y E. BULYGIN sobre la pretensión de corrección del derecho

En lo que se relaciona con la discusión acerca de la relación necesaria entre el derecho y la moral es célebre la discusión establecida entre R. ALEXY y E. BULYGIN, que se desarrolla entre los años de 1993 y 2000, a través de artículos sosteniendo puntos de vista diversos²⁰⁸. Utilizamos esta discusión como forma de resumir los principales argumentos objeto de la polémica entre positivistas y no positivistas.

²⁰⁷ Para recuperar lo que hemos tratado en puntos anteriores de esta investigación, partimos del presupuesto que actualmente ningún positivista niega como es el de la existencia en los ordenamientos jurídicos (principalmente las constituciones) de principios, valores y otras normas que hacen expresa referencia a valores morales. Lo que niegan es la conexión necesaria de estos principios con la moral.

²⁰⁸ La polémica establecida por los dos profesores toma cuerpo a través de los artículos: BULYGIN, Eugenio. "Alexy und das Richtigkeitsargument", en Aulius AARNIO et. Al. (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Duncker & Humboldt, Berlín. pp. 19–24; ALEXY, Robert. „Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments“, en Ernesto Garzón Valdés et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory, Festschrift für Carlos Alchourrón und Eugenio Bulygin*, , Duncker & Humboldt, Berlín. pp. 235–250; BULYGIN, E. *Alexy's Thesis of the Necessary Connection Between Law and Morality*, manuscrito presentado en la mesa redonda "Constitucionalismo y la separación entre derecho y moral", Universidad de Ferrara, 1998, *Ratio Juris*, vol. 13, n. 2, junio 2000, pp. 133–137; ALEXY, R. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique, manuscrito presentado en la mesa redonda "Constitucionalismo y la separación entre derecho y moral", Universidad de Ferrara, 1998, *Ratio Juris*, vol. 13, n. 2, junio 2000, pp. 138–147. Todos los textos fueron traducidos y reunidos por Universidad Externado de Colombia,

La discusión se establece a partir la teoría antipositivista de ALEXY que sostiene la incorrección del argumento positivista que sostiene la tesis de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. ALEXY presenta su crítica a través de la constatación de que el derecho no puede aceptar violaciones graves a criterios de justicia y que, por esto, la observancia de criterios morales es relevante en la definición de lo que es jurídico y lo que no es. Primeramente, asume que hay defectos de las normas o sistemas jurídicos respecto a la moral que pueden ser considerados *clasificatorios*, cuando afectan su propia consideración como jurídico; así como violaciones menos graves podrían ser consideradas *cualificatorios*, es decir, cuando apenas pueden cualificar una norma o sistema como *deficientes*, aunque que continúe siendo considerado como jurídico²⁰⁹.

La tesis de ALEXY propone, por tanto, dos argumentos diversos: el argumento de la injusticia y el argumento de la pretensión de corrección. Conforme al primero, los sistemas normativos pierden su calidad de jurídico en el caso de que no rebasen límites intolerables de injusticia. El segundo, la pretensión de corrección presupone que los participantes del sistema jurídico deben necesariamente presentar una pretensión de corrección cuando aplican o crean normas jurídicas. Será, de esta forma, esta conexión fuerte o débil con la moral, respectivamente, lo que conferirá al derecho un razgo distintivo de la mera “fuerza bruta” o la “pura contingencia”²¹⁰.

De acuerdo con esta concepción, los sistemas jurídicos tienen obligación de presentaren una formulación de esta pretensión de corrección, de forma explícita o implícita, si desean ser considerados jurídicos; así como los jueces deben aplicar esta pretensión en sus decisiones, so pena de que sus sentencias sean consideradas deficientes. En este caso, la

que los ha publicado en el volumen *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre el derecho y la moral*, Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2001 (2ª ed., 2005).

²⁰⁹ Conforme ALEXY “Son clasificatorias si privan a las normas o a los sistemas normativos de su clasificación como jurídicos. Por el contrario, tienen un carácter meramente cualificatorio, si las normas o los sistemas normativos conservan el carácter jurídico, y presentan exclusivamente una deficiencia jurídica como consecuencia. La pretensión de corrección cumple un papel clasificatorio – si se la considera aisladamente, y no en interacción con otros argumentos – sólo en cuanto a los sistemas jurídicos en tanto un todo; y allí también sólo en cuanto a la formulación de la pretensión, y no así en cuanto a su satisfacción. Los sistemas normativos que no formulen, explícita ni implícitamente, la pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. De esta manera, la pretensión de corrección permite distinguir entre derecho y fuerza bruta.” (ALEXY, R. *La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 54–55).

²¹⁰ El derecho obtiene a través de ella (*pretensión de corrección*) una dimensión ideal necesaria, que lo saca fuera del ámbito de la pura contingencia.” (ALEXY, R., cit., p. 56).

formulación de la pretensión para los sistemas sería clasificatorio como jurídico y la satisfacción cualificatoria²¹¹.

Exceptuado el primero caso, donde la formulación de la pretensión de corrección respecto a un sistema jurídico es representado por ALEXY a través de la prohibición de que una constitución presente una disposición en el sentido de que “X” es un Estado injusto, parece que el gran alvo de su posición respecto a la pretensión de corrección son los “operadores del sistema”, que en una concepción neoconstitucionalista tienen la tarea de desarrollar los contenidos morales o valorativos de la constitución. Es en el desarrollo de estos términos que los intérpretes, además de una convergencia, deben presentar al mínimo una pretensión de corrección²¹².

Contrariamente a la posición de ALEXY se ha presentado la posición de E. BULYGIN en defensa del argumento positivista de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Primeramente, propone la existencia de una contradicción entre la necesidad de formulación de una pretensión de corrección y el concepto de derecho. Conforme BULYGIN, si la pretensión de corrección es necesaria, esencial al concepto de derecho o a la definición de jurídico, su ausencia debe implicar necesariamente la descalificación de un sistema o norma como jurídico. Si no es así, no estamos hablando de algo esencial, sino que de algo contingente, que es exactamente lo que sostienen algunas teorías positivistas²¹³.

²¹¹ En este sentido, elucidativa es el esquema presentado por Paula GAIDO en la presentación del libro supramencionado.(ALEXY, R. *La pretensión de corrección del derecho.*, cit., p. 20).

Relación entre derecho y moral	Formulación de la pretensión	Satisfacción de la pretensión
Sistemas jurídicos	Clasificatoria	cualificatoria
Normas jurídicas	Cualificatoria	cualificatoria

²¹² Conforme ALEXY: “Positivistas y antipositivistas están de acuerdo en que, como dice Hart, todo derecho positivo posee una estructura abierta (*open texture*). Al respecto, hay varias razones para que ello sea así. Tienen especial importancia la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de contradicciones entre normas, la falta de una norma en la que pueda apoyarse la decisión y la posibilidad de decidir, en casos especiales, también en contra del texto de una norma. En este sentido, existe una apertura necesaria del derecho positivo. El ámbito de apertura puede ser más o menos amplio, pero está presente en todo sistema jurídico.” (*La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 58–59).

²¹³ Conforme BULYGIN: “Si esta interpretación es correcta, entonces creo que se puede constatar en Alexy una contradicción. Por un lado Alexy afirma que tanto las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas, como también los sistemas jurídicos formulan necesariamente la pretensión de corrección. Por consiguiente, la conexión entre el carácter jurídico de una norma o la pretensión de corrección es analítica, o – como lo formula Alexy – es una conexión clasificatoria. Por otro lado, Alexy afirma que la pretensión de corrección en el caso de normas jurídica y decisiones judiciales aisladas tiene “una relevancia exclusivamente cualificatoria”. Pero si se trata de una conexión meramente cualificatoria, entonces la pretensión de corrección *no es necesaria* en el caso de las normas jurídicas aisladas; ellas son normas jurídicas, aún cuando no formulen tal pretensión.” (*La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 45)

Explica que “si la conexión entre derecho y moral depende del argumento de la corrección, como ALEXY afirma expresamente, entonces se requiere una fundamentación más sólida”²¹⁴. La cuestión es que hay que probar que esta conexión es necesaria, puesto que la mera afirmación de la necesidad de una pretensión moral adquiere características más una ideología que de teoría del derecho. Por esto, no es suficiente para contraponer la posición positivista contemporánea al concepto de derecho, que exactamente procura explicarlo sin utilizarse de conceptos ideológicos.

Uno de los grandes problemas de condicionar los sistemas jurídicos a un concepto de justicia ideal y hacer depender la validez de las normas de adecuación a estos criterios es la propia relatividad del concepto de justicia, que puede variar espacial, temporal o incluso subjetivamente. Aunque todos los operadores jurídicos o legisladores se dispongan a una “pretensión de corrección”, esto no pasará de una mera tentativa, que no asegura resultados compatibles con la moral²¹⁵, ya que, como reconoce el propio ALEXY, el concepto de justicia o injusticia no goza de la misma convergencia de sentido como “república”, por ejemplo.

Con base en esto, BULYGIN argumenta que la única posición de ALEXY que implica efectivamente en una alteración del positivismo jurídico o del concepto de derecho es la de la condición *clasificatoria*, ya que determina que una norma será o no jurídica. Por otro lado, la condición *cualificatoria* tendría un objeto diverso, que no el concepto de derecho²¹⁶. Al afirmar que un sistema, una decisión o una norma que no presentan una pretensión de corrección presentan una deficiencia, ALEXY no está formulando una característica definitiva o necesaria, sino contingente. De este modo, afirma, “ambas características son *definitorias*, pero no

²¹⁴ Op. cit. p. 51.

²¹⁵ Como sostiene BULYGIN “Según esta, hay una conexión conceptual, necesaria, entre derecho y moral. Sin embargo, aún si admitimos que todas las autoridades jurídicas (reyes, emperadores, dictadores, presidentes, legisladores, jueces, etc.) necesariamente formulan la pretensión de que las normas emitidas por ellos son moralmente correctas o justas, ¿qué garantía tenemos de que todos ellos entienden lo mismo por “corrección moral” o “justicia”? ¿Es mi idea de justicia que movió a Ghengis Khan, Felipe II de España, Enrique VIII de Inglaterra, Khomeini o Pinochet para promulgar normas jurídicas? Probablemente ellos entendieron cosas bastante diferentes por justicia o corrección moral. Sin embargo, la tesis de la vinculación necesaria entre derecho y moral implica que hay una conexión conceptual entre todo sistema jurídico, por una parte, y una y la misma moral, no cualquier sistema moral, por la otra. En el caso de Alexy, es la moral universal, basada en una ética procedimental del discurso. El hecho alegado de que todos los actos de emitir normas performativamente implican una pretensión de justicia no demuestra que hay una conexión necesaria entre todos los sistemas jurídicos y esta moral específica.” (*La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 88).

²¹⁶ “Seguidamente, Alexy explica qué entiende por “conexión cualificatoria”: “Los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión pero que no la satisfacen son sistemas jurídicos deficientes. En este sentido, la teoría de la pretensión es de carácter cualificatorio. La teoría de la pretensión desempeña un papel exclusivamente cualificatorio en el caso de normas jurídicas y decisiones judiciales aisladas. Si no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección, son jurídicamente deficientes.” (*La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 89–90).

definitorias de “sistema jurídico” o “norma jurídica”, sino de “sistema jurídico deficiente” y de “norma jurídica deficiente”²¹⁷.

Analizando a las teorías de los profesores ALEXY y BULYGIN, se puede observar de algún modo que convergen en grande parte en lo que se refiere a la práctica jurídica, es decir, ambas admiten que la estructura abierta de las normas demanda del punto de vista interno una actividad constructiva en el sentido de atribuir sentido a estas normas que se podrían calificar de “incompletas”. Incluso delante de esta concepción, por adotaren posiciones contrapuestas en lo que se refiere a la relación entre derecho y moral, se encuentran obligados a denominar actitudes muy similares de forma un tanto diversa. Como ALEXY adopta una posición declaradamente antipositivista, sostiene que ante un concepto incompleto el positivista irá a buscar la solución en elementos extrajurídicos, a través de la discrecionalidad del juez, estando este libre de cualquier parámetro. Por otro lado, sostiene que para el mismo caso un antipositivista irá a decidir con base en elementos morales²¹⁸ y atento a la jurisprudencia.

Conforme a lo que hemos presentado hasta ahora, entendemos que no existe una diferencia tan gran como la ve ALEXY. Consideremos un juez que sigue la doctrina positivista y puede aceptar o no la tesis de la pretensión de corrección. En su decisión y frente a un concepto *incompleto* (*open texture*), deberá utilizarse de la discrecionalidad cuando no encuentra razones de decidir dentro del sistema o para atribuir un sentido a una norma de estructura abierta. Los argumentos que buscará serán extrajurídicos, cuando buscar una justificativa para su decisión fuera del sistema jurídico; así como será jurídico o interno, cuando buscar en la jurisprudencia un respaldo en los órganos de decisiones superiores cuya opinión, al fin y al cabo, prevalecen. El procedimiento, en suma, es idéntico al propuesto por ALEXY, con la única diferencia de que el sentido que atribuye al término jurídico no debe rebasar padrones morales mínimos, cumpliendo, así, con la pretensión de corrección.

²¹⁷ Op. cit., p. 91.

²¹⁸ “Por el contrario, la pretensión de corrección conduce hacia una interpretación antipositivista. Esta pretensión, por estar necesariamente vinculada con los fallos judiciales, es una pretensión jurídica, y no sólo una pretensión moral. A ella le corresponde un deber jurídico, necesariamente unido a los fallos judiciales, de decidir correctamente.” (p. 59) “En numerosos casos difíciles no es posible justificar la solución correcta de manera diferente que con argumentos morales o de justicia.” (p. 60) “Por el contrario, la pretensión de corrección conduce hacia una interpretación antipositivista. Esta pretensión, por estar necesariamente vinculada con los fallos judiciales, es una pretensión jurídica, y no sólo una pretensión moral. A ella le corresponde un deber jurídico, necesariamente unido a los fallos judiciales, de decidir correctamente.” (p. 59) “En numerosos casos difíciles no es posible justificar la solución correcta de manera diferente que con argumentos morales o de justicia.” (p. 60).

En el caso del positivismo, en razón de argumentos de autoridad y convergencia, los criterios propios de la discrecionalidad no serán meramente subjetivos. Autoridad y convergencia confieren a la subjetividad inherente a la discrecionalidad un carácter objetivo, la cual aproxima mucho a la pretensión de corrección planteada por ALEXY. El argumento del juez no podrá ser cualquier argumento, sino un argumento que depende de lo establecido en el sistema, es decir, compatible con lo que es contruido y revelado por la práctica jurídica. Además, si consideramos que el derecho depende de la convergencia como sostiene el positivismo, es un hecho que la forma más efectiva de alcanzar la convergencia es la fundamentación en un valor moralmente positivo. Sin embargo, sobre este aspecto, debe también ser considerada el análisis de J. COLEMAN y B. LEITER, según los cuales, aunque el criterio moral pueda ser un aspecto en favor de la convergencia, son varias las razones que pueden hacer la convergencia de los operadores que no las razones morales. Consideran a tal punto que ni siempre la influencia moral es el factor determinante para el establecimiento de las decisiones que cuestionan la propia concepción de HART según la cual es el juicio crítico del punto de vista interno que determina el contenido de la regla de reconocimiento. Para ellos, será el comportamiento convergente, aunque motivado por intereses privados o por la simple voluntad de manifestar una opinión conforme una autoridad jerárquicamente superior que puede determinar las razones de decidir²¹⁹.

La posición de ALEXY en el sentido de la pretensión de corrección del derecho no abandona la estructura de autoridad del derecho, entendiendo el propio sobre la relevancia que se debe atribuir a la seguridad jurídica, la cual constituye una función esencial del derecho. De esta forma, no explica claramente qué solución sería adecuada en caso de una decisión cualitativamente deficiente, es decir, ¿quién haría este juicio, si los tribunales ya se han manifestado? Parece que en este caso tiene razón BULYGIN cuando afirma que el objeto discutido por ALEXY son los criterios para considerar una decisión, una norma o un sistema *deficientes*, y no discutir su juridicidad.

²¹⁹ Según los autores citados *verbis*: “Some officials believe that the rule of recognition provides something like the right standards for evaluating the validity of norms subordinate to it. For them, compliance with what other officials do may be required in order that they all do what is required (morality or otherwise). Still other officials are motivated largely by a desire to co-ordinate their behavior with other officials – quite apart from their views about the substantive merits of the rule of recognition itself. The avoidance of confusion and mayhem, as well as the conditions of liberal stability require co-ordination among officials. Whether motivated by political or private moral virtue, or even by brute self-interest, the mere fact that many judges act in a certain way – that is, apply certain standards to determinate legal validity and reason from those standards in certain ways – can provide particular officials with a compelling reason to do what others do – just because they do it. Convergent behavior, not acceptance from the internal point of view, is the key to understanding the authority of the rule of recognition.” (COLEMAN, J. y LEITER, B. “Legal positivism”, cit., p. 248).

El argumento de la pretensión de corrección es muy atractivo y, particularmente, creemos en la existencia de una pretensión de corrección tanto en la actividad del intérprete como de cualquiera que adopte el punto de vista interno respecto al derecho. Incluso, parece que la pretensión de corrección es algo que se propone cualquier asociación que implique en un poder, de cualquier institución. Un sistema jurídico que no posea un mínimo de pretensión de corrección no sirve como sistema jurídico, de la misma forma que un Estado que no la tenga no sirve como Estado, que cualquier institución o forma asociativa que representa un poder no sirve si no tiene ninguna pretensión de corrección²²⁰. El argumento, sin embargo, parece más político que jurídico²²¹, principalmente si considerado el hecho de que ALEXY no hace clara su propuesta sobre las consecuencias jurídicas de una decisión moralmente *deficiente*²²².

²²⁰ “Abandonando la pretensión de corrección se socava la naturaleza del derecho...” (ALEXY, Robert. “Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin”. In *La pretensión de corrección del derecho.*, cit., p. 102). Hay que reconocer la coherencia de la teoría de ALEXY cuando afirma que solamente la corrupción del sistema es causa para no reconocimiento como jurídico, ya que es posible que un sistema justo contenga una o otra norma injusta. Sin embargo, el problema parece estar en no definir la autoridad para hacer este juicio cuando no lo hacen los tribunales.

²²¹ En razón de esto nos consideramos más importante destacar la identificación del derecho por la autoridad que en razón de la corrección. Veamos que la relevancia de destacar la pretensión de corrección en detrimento de la autoridad sería relevante en el caso de un Estado que tuviera en la constitución una norma que dispusiese, como propone ALEXY, “X es un Estado injusto”. En estos casos, poderíamos decir, que no hay tan sólo un problema relacionado con el derecho, sino con el propio Estado. No se trata en un problema relativo a lo que hay que hacer con esta norma, sino un problema relativo a “como un pueblo viene a recepcionar una norma tal en la constitución”. Así que la anomalía de tal Estado ya viene expresada en la producción de la constitución – el plano político o de las relaciones de poder, y no es un problema exclusivo del derecho. La pretensión de un mínimo de justicia es algo inherente al propio Estado, y no al derecho. Parece evidente que el derecho no puede perseguir la injusticia y tiene que actuar correctamente. De la misma forma, concordamos totalmente con ALEXY cuando afirma que un Estado no puede perseguir como fin “la injusticia”. Ni el Estado, ni el derecho y tampoco cualquier institución estatal. Sin embargo, ¿es esto lo que caracteriza el derecho? ¿Esta constatación es suficiente para defender una conexión necesaria entre el derecho y la moral? Desde nuestro punto de vista la respuesta es negativa simplemente porque el concepto de justicia es un concepto demasiado abierto y comporta una gama infinita de interpretaciones, las cuales dependen del punto de vista que se adopta o de una serie “n” de factores. En razón de esto, el derecho como una ciencia de orden debe encontrar una solución para la conciliación de esta infinidad de interpretaciones posibles respecto a la justicia. Y esto, parece que se ha explicado de forma satisfactoria a través de la autoridad y de la convergencia. La autoridad, a su vez, no puede depender de la moral, porque esta es contraria al propio concepto de autoridad: si lo que vale es la mejor opinión, no hay porqué tener autoridad (es obvio que el demandante piensa tener razón y que su argumento es mejor que el del demandado y, por esto, jamás estará de acuerdo con la decisión del juez que no acoje su planteamiento, salvo si reconoce en el juez – y en la institución que representa – la autoridad). El propio ALEXY lo reconoce cuando afirma que: “Al Legislativo le pueden prohibir aprobar determinadas leyes. Es así como el principio de la república prohíbe la introducción de una monarquía, y el principio del Estado social la derogación de cada ayuda social. Los actos del Ejecutivo y del Judicial son inconstitucionales si contradicen principios constitucionales. Si esto no fuera así, la jurisdicción constitucional se vería de forma diferente. Por consiguiente, hay tanto destinatarios como acciones a los cuales los principios constitucionales pueden referirse. Esto también se aplica a un principio tan abstracto como el de la justicia, y a su contraparte monstruosa: el de la injusticia. La introducción de un principio de injusticia como principio constitucional encerraría, ciertamente, una contradicción performativa y, por tanto, sería absurdo; sin embargo, un principio de esa naturaleza también podría referirse de la manera expuesta a los destinatarios y sus acciones.” (ALEXY, R. “La crítica de Bulygin al argumento de la corrección”, cit., p. 76–77).

²²² Esto es reconocido por el propio ALEXY al afirmar que: “Se podría pensar que la satisfacción de la pretensión de corrección también tiene carácter definitorio. Esto, sin embargo, tendría consecuencias desastrosas. Todas y cada una de las incorrecciones del sistema jurídico o de un norma o decisión aislada destruirían automáticamente el

De esta forma, pensamos que la pretensión de corrección atribuida por ALEXY al derecho no tiene propiamente acogida en la conceptualización del derecho. Sin embargo, encuentra nos parece un argumento indispensable en la teoría de la interpretación (más específicamente en el rollo que tiene la lingüística). Conforme hemos ya tratado cuando del abordaje del positivismo incluyente y excluyente, su punto de diferencia entre estas dos teorías está en la posibilidad de apropiación de los signos con correspondencia en la moral por el sistema jurídico, o, dicho de otra forma, de la existencia o no de límites lingüísticos al sentido que estos términos adquieren dentro el derecho. Mientras el positivismo excluyente entiende que la construcción de un significado no precisa considerar el significado moral de estos términos el positivismo incluyente propone que, una vez incorporados, pueden funcionar como contenidos verdaderamente moral, al menos manteniendo un mínimo de su significado. Conforme explica más técnicamente GUASTINI sólo hay actividad interpretativa cuando hay márgenes de interpretación²²³. Una norma de estructura abierta puede si proporcionar muchas posibles interpretaciones, cuya selección puede ocurrir por criterios de autoridad. Sin embargo, no se puede ir allá de las interpretaciones posibles. Como destaca GUASTINI, la teoría del “open texture” no es una forma moderada de realismo y tampoco un medio camino entre el formalismo y el realismo. Por lo contrario, se trata de un neo-formalismo, puesto que niega siempre tengano discrecionalidad puesto que no todos los casos son dudosos, así como comprende que los casos dudosos son marginales. Esto significa que no dejan el interprete libre para aplicar cualquier norma, sino una norma determinada a la cual es posible atribuir significados algo diversos. Así que la estructura abierta no altera el proceso formalista de identificación de las normas respecto al caso, sino solamente el camino del enunciado al significado²²⁴.

Quizás el mejor punto de vista sea aceptar que el derecho pueda tener si una pretensión de corrección, pero esta pretensión de corrección es más un objetivo que un elemento esencial al concepto de derecho. Esto permite que incluso un positivista pueda sostener la tesis de la

carácter jurídico y, consecuentemente, la validez jurídica del sistema y de la norma y decisión aislada. Por razones normativas, especialmente aquellas de seguridad jurídica, esto no es aceptable.” (ALEXY, Robert. “Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin”. In *La pretensión de corrección del derecho*, cit., p.110).

²²³ “Potremmo dire così: una buona interpretazione deve avere ad oggetto ciò che Jerzy Wróblwski chiamava ‘interpretazione *strictissimo sensu*’, ossia l’interpretazione intesa come soluzione di dubbi intorno al significato. Se non c’è dubbio, non c’è controversia (c’è pur sempre interpretazione, beninteso, ma) non ci sono fenomeni rilevanti per la teoria dell’interpretazione.” (GUASTINI, R. “Realismo e antirealismo nella teoria dell’interpretazione”, cit., p. 39).

²²⁴ GUASTINI, R. “Realismo e antirealismo nella teoria dell’interpretazione”, cit., pp. 40-42.

pretensión de corrección del derecho sin que tenga que abandonar la tesis de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral²²⁵. La pretensión de corrección, de esta forma, puede ser un elemento clasificatorio de una norma o un sistema jurídico, pero no es un elemento conceptual²²⁶.

Ante todo lo presentado, parece posible sostener una pretensión de corrección como un objetivo o un elemento ideal del derecho. Podría decirse que un sistema jurídico que no tenga una pretensión de corrección es un sistema jurídico defectuoso, dado que no parece coherente sostener la existencia de un sistema jurídico que consagre como valor la injusticia. Sin embargo, esta pretensión de corrección no puede ir más adelante de una clasificación del derecho. No se presenta como un elemento capaz de constituir un elemento conceptual. En suma, es posible decir que todo el derecho tiende a ser justo, pero no es posible decir que todo el derecho es necesariamente justo, hasta porque definir justo no es como definir república (utilizando el ejemplo del propio Alexy). La definición de justo depende no sólo de una convergencia, sino que también de la autoridad. Por su turno, si reconocemos que el derecho está relacionado con la autoridad, tenemos que necesariamente reconocer que sus conceptos dependen del juicio que construyen los tribunales y, por tanto, están sujetos a criterios de jerarquía y convergencia²²⁷.

²²⁵ Según ALEXY cuando afirma la posibilidad de que un positivista acepte tal tesis. “Esto no significa que la pretensión de corrección sea suficiente para sustentar al antipositivismo. Hay positivistas que aceptan la tesis sobre la pretensión de corrección, y al mismo tiempo niegan que exista conexión necesaria alguna entre derecho y moral. Pero si la tesis de la pretensión de corrección es verdadera, el antipositivismo cuenta con un punto arquimediano, que aumenta considerablemente el poder de los argumentos normativos a favor del antipositivismo, y en contra del positivismo.” (ALEXY, Robert. “Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin”. In *La pretensión de corrección del derecho*, op. cit. p. 96)

²²⁶ Tal como explica la metáfora presentada por BULYGIN, *verbis*: “Usando la argumentación de Alexy podríamos, por ejemplo, sostener que hay una conexión cualificatoria pero necesaria entre la mujeres y la belleza; es decir, que las mujeres necesariamente pretenden ser hermosas. Si una mujer no satisface esta pretensión, esto es, si ella no es hermosa, sigue siendo un mujer, pero fea, y la fealdad es una falla conceptual. La ausencia de belleza no es una propiedad negativa meramente deplorable de algunas mujeres, pues la pretensión de belleza otorga a las mujeres una dimensión ideal, y de esta manera conecta necesariamente a las mujeres con la belleza. Estoy totalmente de acuerdo con la conclusión de este argumento, pues la belleza efectivamente confiere una dimensión ideal a las mujeres, pero me parece que el argumento es lógicamente defectuoso.” (BULYGIN, E. *La pretensión de corrección del derecho*. cit., p. 92).

²²⁷ La conclusión que no aceptamos por parte de ALEXY es la siguiente: “Según el positivismo jurídico, la deficiencia moral es algo que está fuera del dominio del derecho. La pretensión de corrección transforma a la deficiencia moral en deficiencia jurídica. Y esto no es en ningún sentido trivial. Es la conversión del positivismo en antipositivismo. La pretensión de corrección del derecho no es de ninguna manera idéntica con la pretensión de corrección moral, pero incluye una pretensión de corrección moral. Es esta inclusión la que más claramente muestra que no sólo es posible hablar sobre las conexiones cualificatorias, sino que también es necesario si entendemos la naturaleza del derecho.” (ALEXY, R., “Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin”. *La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 115). Con esto no podemos concordar totalmente teniendo en cuenta todo lo que fue hasta ahora expuesto. Primero, el positivismo no determina que la moral está fuera del dominio del derecho, sino algo que puede estar o no en el derecho. Depende de una incorporación. El derecho puede representar a la moral, y esto es bueno cuando coinciden. Sin embargo, el concepto de derecho no depende de su correspondencia con la moral. En segundo lugar, conforme posible entender de la tesis de ALEXY, la pretensión de corrección no es la *corrección moral*, sino una *pretensión de corrección moral*. Así, su esfuerzo en probar la presencia de una pretensión de corrección no rompe la tesis de la no conexión

3.2.2. Neoconstitucionalismo, derecho y moral

De acuerdo con lo que fue tratado hasta ahora con respecto al neoconstitucionalismo, resulta posible percibir una gran preocupación de este movimiento jurídico con algunos aspectos relativos al contenido de las normas jurídicas, o mejor dicho, con un blindaje de los sistemas jurídicos para que los valores reconocidos por el constituyente condicionen las decisiones de los jueces y para que no sean sometidos a la disposición política. Proteger el derecho por principios y derechos fundamentales relacionados con valores morales como justicia o dignidad como propone el neoconstitucionalismo - y, con esto, adicionando criterios materiales, sustanciales, a la condición de validez de las reglas-; proporciona a los operadores jurídicos herramientas inestimables en el sentido de no tolerar leyes que contradigan de forma intolerable a estos valores. El juez no aplica la ley sólo porque es la ley siguiendo un procedimiento formal, sino somete las disposiciones legales a principios o valores previstos por el ordenamiento – preferentemente en la constitución. Hay, sin duda, una mayor preocupación a partir del neoconstitucionalismo de evitar el derecho injusto, preocupándose en crear y garantizar contenidos materiales generalmente conectados con la moral²²⁸. Así, la cuestión que se pone de relieve ante de este nuevo paradigma en la práctica jurídica es saber si efectivamente hay un cambio en las relaciones del derecho y moral a partir del neoconstitucionalismo.

De acuerdo lo que hemos presentado hasta ahora nos parece que, el neoconstitucionalismo, aunque aproxime el derecho a la moral y abra nuevas puertas que posibiliten el ingreso de contenidos antes restringidos al ámbito político, no altera la relación entre el derecho y la moral de manera a imposibilitar que se continúe sosteniendo la tesis positivista de la separación. Y esto debido a dos puntos fundamentales que no permiten identificar conceptualmente el derecho a criterios morales.

necesaria entre derecho y moral. Tan solo, como él mismo reconoce, es un argumento a más en favor de las tesis antipositivistas. Incluso se hubiera demostrado el derecho necesariamente posee una pretensión de corrección – lo que creemos no lo hace de forma definitiva – y que esta pretensión fuera conceptual – lo que no es el caso – la tesis de la no conexión necesaria no perdería su argumento.

²²⁸ En este sentido señala Gloria LOPERA MESSA: “Donde se aprecian importantes diferencias es en las tesis adscritas al llamado neoconstitucionalismo metodológico o conceptual, las cuales apuntan a una revisión del concepto de derecho y del modelo de ciencia jurídica propias del positivismo, esto es, de la tesis de la neutralidad, la separación conceptual entre derecho y moral crítica, la adopción del punto de vista externo y el papel descriptivo de la ciencia jurídica. Desde finales de los sesenta dichos planteamientos han sido objeto de controversia por cierto sector de la filosofía jurídica y la dogmática constitucional, que ve la incorporación de principios constitucionales en los ordenamientos actuales como una vía de penetración de la moral en el derecho.” (LOPERA MESSA, Gloria. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, cit., p. 19).

El primer punto se refiere al hecho de que la concepción neoconstitucionalista no defiende que el derecho debe estar condicionado por cualquier valor o norma moral. Según la doctrina neoconstitucionalista, las constituciones deben prever contenidos materiales vinculantes de los respectivos ordenamientos jurídicos con fin de garantizar derechos mínimos en general ligados a la dignidad además de condicionaren la aplicación de las demás reglas. Este argumento puede ser denominado argumento político, puesto que nada tiene de relacionado con el concepto de derecho, sino a lo que debe contener una constitución. El argumento que interesa al concepto de derecho y principalmente su relación con la moral es el efectivo a la fuerza vinculante de estos valores. Sin embargo, sólo los valores positivados en las constituciones constituyen objeto de la vinculación sostenida por el neoconstitucionalismo. Así que los criterios morales que pueden influenciar en la definición del derecho serán tan sólo los criterios positivados, no cualquier criterio moral. Así que la moral positivada presenta diferencias al menos cuantitativas en relación a la moral universal iusnaturalista, por ejemplo, por lo que resulta posible afirmar la manutención del carácter institucional del derecho por la concepción neoconstitucionalista²²⁹.

Si el primero argumento propone una diferencia cuantitativa respecto a los contenidos de la moral positivada respecto a la moral universal; el segundo se refiere a una diferencia cualitativa de los contenidos morales. A partir de la consideración del contenido indeterminado de los principios²³⁰, valores en las constituciones y la conexión de estos con elementos de la moral hace posible afirmar que a través de ellos se permite el ingreso de determinados

²²⁹ En algunos casos, principalmente más al inicio de los movimientos constitucionalistas, pueden haber excepciones que rebasan al propio neoconstitucionalismo. Es citado por ALEXY el fallo del Tribunal Constitucional Alemán que representa bien estos excesos: “La sujeción tradicional del juez a la ley, elemento básico del principio de la división de poderes y, por tanto, del Estado de derecho, ha sido modificada en la Ley Fundamental, en todo caso en su formulación, en el sentido de que la actividad judicial está sujeta a la “ley y el derecho” (art. 20, párrafo 3). Con esto, de acuerdo con la opinión general, se rechaza un positivismo legal estrecho. La fórmula mantiene en pie la conciencia de que la ley y el derecho coinciden, de hecho, en general, pero no siempre y necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial.” (BverfGE 34, 269). Conforme observa el propio ALEXY, “en fallos posteriores, el Tribunal Constitucional Federal se ha expresado, por cierto, más cautelosamente con respecto a la elaboración judicial del derecho en contra del texto de la ley (...)” (ALEXY, R. *El concepto y la validez del derecho*, [trad. Jorge M. Señal], Barcelona: GEDISA, 2004, p. 17–18).

²³⁰ Cuando trata de los principios ALEXY coloca que “el argumento de los principios dice que el juez, también en el ámbito de apertura del derecho positivo, es decir, el derecho impuesto y eficaz, está jurídicamente ligado y lo está de manera que crea una vinculación necesaria entre el derecho y la moral.” (*El concepto de validez*, op. cit. p. 74). Este argumento es importante porque efectivamente destaca la existencia de los principios como puerta de entrada de los criterios morales, algo que entiende diverso del caso de las reglas²³⁰. Sin embargo, es de todos conocido el pensamiento de HART, cuando ya afirmaba que incluso las reglas poseen contenidos indeterminados que permiten el ingreso de contenidos externos (*todo el derecho positivo posee una estructura abierta*). A esto, sin embargo, llamaba *discrecionalidad*.

contenidos morales en el derecho²³¹, lo que no permitiría continuar sosteniendo la tesis de la separación. Conforme apunta A. GARCÍA FIGUEROA, “el reiterado recurso a lo ideal presupone un suerte de germen de corrección insito en el sistema jurídico que debe ser optimizado. Este presupuesto supone la base del antipositivismo. Una vez que el Derecho acoge ciertos principios en algunas cosas ciertamente imprescindibles para configurar un sistema jurídico, éstos abren paso a la argumentación en que el discurso real y el ideal se encuentran²³²”.

Sin embargo, es exactamente en este punto “que cobra importancia la concepción de la constitucionalidad como una propiedad disposicional del Derecho”²³³. Conforme hemos tratado en el epígrafe relativo a la relación entre el derecho y la moral para la teoría positivista incorporacionista, los contenidos del derecho (positivados) con correspondencia en la moral adquieren (o pueden adquirir) un sentido jurídico que no necesariamente será su sentido *ideal*, esencial o filosófico. Esto porque en el sistema jurídico dependerán de criterios de autoridad y convergencia de los intérpretes.

Esto significa que la resolución de la duda sobre lo que demanda determinado concepto o la construcción de su significado jurídico no será resuelta necesariamente por el mejor argumento, es decir, por el argumento que más se aproxime a la dimensión ideal del valor en discusión. En el punto de vista interno es evidente que los argumentos cuentan, pero la decisión estará condicionada por la convergencia de los tribunales y, en último caso, por la autoridad. En este caso, el objeto buscado será la definición del concepto de dignidad, de igualdad o de justicia, podrá ser algo diverso de la definición *ideal*. Asumimos como hecho que los operadores en regla intentan alcanzar el concepto más próximo, pero no es la mayor proximidad con el concepto ideal lo que va a definir la juridicidad de la decisión²³⁴.

²³¹ Destacamos aquí que hay una gran diferencia entre defender una posición iusnaturalista en relación a la defensa de una posición antipositivista. Con relación a esta última, más actual y con argumentos más consistentes, y que tiene como grandes exponentes a DWORKIN y ALEXY, no sostienen la vuelta al derecho natural como criterio último de validez, sino que el derecho posee una conexión necesaria con la moral. ALEXY, por ejemplo, define el derecho como “sistema normativo que incorpora una pretensión de corrección”, vinculando el propio concepto de derecho a una dimensión ideal (Dworkin) y normativa, lo que rompe con la “radical exclusión de elementos valorativos en la definición del derecho defendido por el positivismo metodológico.” (LOPERA MESSA, Gloria. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados.*, cit., p. 20).

²³²GARCÍA FIGUEROA, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005, p. 180.

²³³ GARCÍA FIGUEROA, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, cit., p. 180.

²³⁴ En este sentido, es relevante la observación que hace SASTRE en el sentido de que la consideración normativa de criterios morales provoca indudablemente un cambio en el derecho. Un cambio, concordamos, para mejor, *verbis*: “(...)desde el momento en que algunos estándares de moralidad han adquirido la condición jurídica en las constituciones, la tarea de determinar lo que el Derecho *dice* no puede ser concebida como una actividad totalmente científica u objetiva, ya que pueden entrar en juego las opiniones o las consideraciones morales.” (SASTRE ARIZA, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*,

Así resulta posible percibir la importante distinción entre la moral (*itself*) y la moral positivada. De esta fina pero considerable diferencia resultan algunas concepciones sobre la tesis de la separación sostenida por el positivismo que entendemos equivocadas, tal como ocurre con DWORKIN al llamar los principios – normas de estructura abierta previstas en los sistemas – de *principios morales*. Parece precipitado definir los principios como principios morales una vez que su contenido jurídico podrá ser algo diverso de su contenido moral ideal, puesto que jurídicamente dependerán de la convergencia y autoridad de los operadores jurídicos²³⁵.

A partir de estas consideraciones tenemos, entonces, una diferenciación entre la moral universal, cuya definición es un proceso abierto a todos, venciendo el mejor argumento y una moral positivada, restringida al punto de vista interna, que puede o no coincidir con la moral universal. Como observa Susanna POZZOLO,

“Si la conexión de que se trata, por un lado, debería aparecer conforme a la prospectiva normativa del constitucionalismo (en cuanto doctrina de los límites del poder) y, por otro lado, debe ser alguna cosa que el positivismo jurídico niega, se trata entonces de la moral universal. Si el reenvío fuera a la moral universal no se podría operar ninguna reducción fáctica, ya que el reenvío no sería a alguna cosa que pudiera ser empíricamente revelada, sino a alguna cosa que es justa en sí mismo siempre: no está contingentemente determinada. En este caso, el reenvío a la moral universal pretendería objetivamente su sobrecordenación a las normas jurídicas, que encontraría justificación en su naturaleza de ‘verdad’ o de ‘justicia’ universal u objetiva. En este punto, sin embargo, surgiría el problema de identificación de los criterios aptos para individualizar ese tipo de moral, ya que en su ausencia el reenvío operado por el Derecho quedaría como letra muerta”.²³⁶

Así que nos parece claro que esta nueva postura de los jueces frente a la constitución que propone el neoconstitucionalismo y la presencia de valores, principios o normas de estructura abierta que hagan referencia a términos morales no implican una dependencia conceptual del derecho respecto a la moral. Primero porque a partir del neoconstitucionalismo

Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 252). Sobre esto hay que hacer dos consideraciones en direcciones opuestas: La primera, se refiere a las críticas que sufría el positivismo en el sentido del acriticismo que caracterizaba la ciencia del derecho. En el momento que penetran conceptos “morales”, o mejor, conceptos abiertos que hacen referencia a conceptos morales, la validez de las leyes encuentran en un documento jerárquicamente superior, la constitución, padrones materiales que deben respetar. De esta forma, el derecho crea elementos capaces de proporcionar una crítica valorativa interna, donde no se sigue ciega o acriticamente a la ley. De la misma forma, la posición superior de estos principios propicia razones para invalidar una ley cuando esta violara de forma intolerable el bien protegido. Esto constituye sin duda una influencia de criterios valorativos en el derecho, que amenazan las críticas al modelo decimonómico de una actividad acrítica de aplicación de las leyes.

²³⁵ Aunque se reconozca una influencia de criterios morales oriundos del propio sentido semántico que tienen los valores antes de ser incorporados al sistema jurídico, de forma que se puede entender bajo una óptica positivista la posición de ALEXY respecto a la pretensión de corrección.

²³⁶ POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 202.

es considerada tan sólo la moral positivada y, segundo, porque los términos morales pueden adquirir en el derecho un significado jurídico propio, dependiente de la convergencia y autoridad de los intérpretes.

3.3. El neoconstitucionalismo como teoría del derecho

Con la consolidación del constitucionalismo como ideología en el ámbito jurídico y en razón del cambio de posturas que ha traído al derecho, no son pocas las voces que anuncian el fin del positivismo jurídico como teoría del derecho. Sin embargo, antes de analizar la posibilidad o imposibilidad de subsistencia de una explicación positivista al derecho actual, resulta importante verificar si el neoconstitucionalismo, además de su carácter ideológico, constituye también una teoría jurídica capaz de sustituir al positivismo jurídico en la definición del derecho y en la explicación de su formación y funcionamiento.

En tal tarea, conviene destacar que son varios los criterios utilizados para identificar el derecho, por lo que deberemos delimitar también un significado al término teoría del derecho²³⁷. Seguidamente procuraremos separar las proposiciones neoconstitucionalista de carácter ideológico de aquellas otras que se presentan como una verdadera teoría del derecho. La diferenciación se presente relevante puesto que una de las consecuencias que se atribuye al neoconstitucionalismo es la de haber puesto fin a la explicación iuspositivista sobre el derecho. Si esto es correcto, además de analizar la compatibilidad de la explicación positivista para el derecho, es también necesario verificar si el neoconstitucionalismo presenta una otra explicación al derecho de forma que se pueda sustituir a la teoría positivista.

Esta discusión respecto a la teoría de derecho no ha traído muchos problemas cuando del cambio del modelo iusnaturalista al modelo iuspositivista en razón de que las proposiciones defendidas por estas doctrinas resultaba evidentemente contrapuestas²³⁸. La cuestión es que, mientras el derecho se caracterizaba por una concepción formalista o sustancialista no habían grandes dificultades en optar por una o otra para explicar el derecho. La discusión se situaba en

²³⁷ Sobre el asunto advierte M. BARRANCO que en incluso en la doctrina española no son claros los criterios utilizados por los diversos autores para identificar el derecho. Conforme la opinión de la autora, “los autores españoles no utilizan los mismo criterios para determinar qué es Derecho y cuándo una norma es jurídica.” (BARRANCO AVILÉS, M. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. cit., p. 55).

²³⁸ Como hemos sostenido en el Capítulo I, el iusnaturalismo no viene a presentar una contradicción con la teoría del derecho positivista porque la concepción de la teoría del derecho en el sentido de explicar el derecho y su funcionamiento científicamente puede ser atribuida a la propia doctrina iuspositivista. El iusnaturalismo es, por lo tanto, anterior. Segundo, porque esta no era una preocupación iusnaturalista, que se preocupaba principalmente por definir los contenidos del derecho, no su concepto descriptivo.

un plano más ideológico que científico, siendo que el posicionamiento ideológico determinaba también el posicionamiento científico. Sin embargo, en el momento en se producen cambios significativos en los ordenamientos jurídicos, principalmente con la incorporación en los textos positivados de derechos fundamentales, normas de contenido material relacionados a términos morales y situados en la cumbre de los ordenamientos jurídicos, la relación de oposición no se hace así tan evidente. Además, con un cambio de postura de los operadores del sistema jurídico, los cuales pasan a aplicar tales conceptos abiertos de forma directa, atribuyéndoles significado, sin dejar de observar cuestiones formales, se posibilita una interesante mezcla entre concepciones formales y materiales que ya no son más contrapuestas, al menos en la práctica jurídica²³⁹.

De esa forma, la cuestión que se presenta respecto a la teoría del derecho es si la teoría del derecho actual es capaz de explicar este nuevo derecho que se presenta o, quizás si el neoconstitucionalismo demanda una nueva teoría del derecho.

Cuando nos proponemos a analizar la compatibilidad del positivismo jurídico con el neoconstitucionalismo lo hacemos a partir de una perspectiva de teoría general del derecho, es decir, como teoría que se propone a describir el derecho como *es*, explicar la lógica de su funcionamiento. Como no podría dejar de ser, el estudio de la compatibilidad del positivismo ocurre dentro de lo que esta ciencia se propone como ciencia del derecho, cuál sea, el estudio del orden normativo, la sistematización, interpretación y descripción de las normas vigentes en la sociedad, a fin de que sea posible formular un conjunto homogéneo de proposiciones racionalmente controlables.

La teoría del derecho tal como concebida a partir del positivismo jurídico se propone a construir una ciencia jurídica y, como ciencia, no puede confundir su objeto con la teoría, es decir, no puede confundir el derecho con la ciencia del derecho. La teoría del derecho, no obstante pueda tener distintas definiciones en la doctrina, será considerada para los fines de este estudio como la ciencia jurídica descriptiva e analítica del sistema jurídico, que identifica los criterios de pertenencia de las normas al sistema jurídico así como define la lógica y relación presentada por los diferentes componentes del sistema jurídico. La tarea será, así, descriptiva, en

²³⁹ Como apunta BARRANCO, “existen ciertos rasgos de las Constituciones contemporáneas, que tienen que ver con los derechos fundamentales, y que hacen hablar de un ‘cambio de paradigma’ en el Derecho vigente, que de producirse nos obligaría a afirmar que los juristas positivos han dejado de ser formalistas. Y es que cuando estamos hablando de ‘derechos fundamentales’, la definición del objeto de la Teoría del Derecho se hace si cabe más compleja.” (sic) (BARRANCO, M., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 56).

el momento que procura describir las relaciones normativas, las fuentes normativas o las funciones que ejercen otros elementos en el sistema jurídico y, además, analítica, puesto que se permite hacer afirmaciones y establecer conceptos con relación al derecho²⁴⁰.

Así, la posición que se adopta en el presente estudio es parte de una situación metalingüística porque la teoría en este caso se coloca en un plano distinto al de su objeto. El abordaje es, por lo tanto, de carácter analítico-descriptivo. Tal como considera B. BIX, un abordaje descriptivo es algo diverso del prescriptivo porque no puede criticar la situación de hecho y proponer su cambio, sino que sus afirmaciones deben tener correspondencia en la realidad. Si no encuentra, es la teoría que debe ser cambiada, no la realidad²⁴¹.

Así que consideramos como teoría del derecho la teoría que se propone a la tarea descriptiva, o al menos prioritariamente a la tarea descriptiva, de análisis de la práctica jurídica respecto a una posición prescriptiva, que propone establecer criterios más adecuados según las ideas de su autor sobre como debería comportarse la práctica jurídica. A este último tipo llamaremos posición ideológica, tal como nos hemos referido anteriormente.

Tal como hemos comentado en el Capítulo primero de este trabajo investigador, esta perspectiva en cierto modo aleja la contraposición entre positivismo e iusnaturalismo, puesto que este último siempre se ha presentado como una teoría prescriptiva, partiendo siempre de la afirmación de que el derecho debe estar de acuerdo con el derecho natural. El dogma iusnaturalista no llevaba en consideración la práctica jurídica, los hechos sociales, el análisis empírico. Por esto motivo sostenemos que el iusnaturalismo no se presenta como contrapuesto al positivismo jurídico como teoría del derecho. Posee, esto sí, una concepción diversa sobre el derecho que es muy importante cuando del estudio del neoconstitucionalismo, pero no se presenta verdaderamente como una teoría del derecho en los términos que consideramos el

²⁴⁰ Como define B. BIX: “Las teorías del derecho son frecuentemente catalogadas como ‘analíticas’ o ‘conceptuales’ – tales teorías generalmente pretenden ser ‘descriptivas’, en el sentido de que pretenden describir el modo en que las cosas son antes que criticar o prescribir –. De todos modos, tales teorías no son generalmente ‘meramente descriptivas’, en el sentido en que, en esos casos, los teóricos están haciendo algo más que el mero reporte de datos u observaciones. Además, hay algunos teóricos para los cuales no está claro si sus teorías son mejor comprendidas como conceptuales o como ‘meramente’ descriptivas.” (BIX, B., *Teoría del Derecho: ambición y límites*. [trad. Pablo E. Navarro et. al.] Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 19-20).

²⁴¹ Según B. BIX: “La tarea del teórico descriptivo será inevitablemente más difícil y más inestable que la tarea de alguien que asume un papel puramente prescriptivo. El teórico prescriptivo puede afirmar descaradamente ‘cualesquiera hayan sido las decisiones pasadas y las prácticas pasadas, el modo justo (o prudente, o eficiente, o pragmático) de continuar es el siguiente.’ (...) “El teórico descriptivo, que intenta describir lo que es, y no sólo cómo piensa que las cosas *deberían ser*, no tiene ese lujo, y está para siempre subordinado a lo que *en realidad sucede*.” (BIX, B. *Teoría del Derecho: ambición y límites*. cit., pp. 78-79).

derecho como ciencia. Es mucho más un proyecto para el derecho que una descripción del sistema jurídico. Esta diferencia, entendemos, es punto fundamental para comprensión del neoconstitucionalismo y su compatibilidad con el positivismo jurídico.

Aclarada la terminología utilizada por este estudio respecto a teoría del derecho, pensamos importante considerar el carácter dúplice que presenta la teoría neoconstitucionalista, del cual hemos ya tratado en epígrafe anterior relativa al concepto de neoconstitucionalismo. En un primer sentido, el término designa teoría o ideología respecto a la necesidad de presencia de algunos contenidos materiales en las constituciones y que exige un nuevo método de interpretación de estas normas por parte de los tribunales. En un segundo sentido, significa algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el neoconstitucionalismo como teoría. El carácter dúplica se revela, por lo tanto, a través de definiciones complementarias, pero sustancialmente diferentes, puesto que una actúa en el campo ideológico y otra en la teoría del derecho.

3.3.1. Neoconstitucionalismo como ideología

Antes de ingresar en el análisis neoconstitucionalismo como teoría del derecho importante tratar de sus proposiciones ideológicas, o prescriptivistas, es decir, cuando hace afirmaciones respecto al que *deben* prever o contener los sistemas jurídicos. Considerando las principales proposiciones neoconstitucionalistas analizadas en epígrafe anterior, resulta posible identificar que estas se presentan como una apelación a un cambio de actitud de los operadores jurídicos frente al derecho puesto y, en algunos casos, trazando algunas directrices políticas para la elaboración de las constituciones que *deben* ser observadas por los constituyentes. Tanto a punto de que dependiendo del grado de cumplimiento de estas “características obligatorias” el sistema jurídico será calificado como más o menos constitucionalizado. Las prescripciones se refieren no sólo a la presencia de algunos contenidos materiales en las constituciones, tales como los derechos fundamentales, y formas de su protección, sino también a un cambio de postura por parte de los juristas, y principalmente de los jueces, respecto a esos conceptos: como por ejemplo lo de encarar la constitución como una verdadera norma jurídica, y no apenas política, o la consideración de los principios como verdaderas normas, aptas a la producción de efectos jurídicos.

Como verificado, el derecho puede ser explicado por varias dimensiones: ética, política o jurídica, siendo que la teoría del derecho se ocupa sólo de esta última dimensión. Cuando analizamos las proposiciones del neoconstitucionalismo resulta posible identificar muchas que tienen carácter prescriptivo, mucho más adecuadas a una discusión política o moral que a un análisis descriptivo, es decir, se presentan de forma prescriptiva en vez de descriptiva.

Sin embargo, muchas de estas prescripciones son utilizadas como argumentos en defensa de una incompatibilidad de la explicación positivista al derecho actual (o a un sistema jurídico que sigue las prescripciones neoconstitucionalistas). Esto parece ser razón de los frecuentes ataques al positivismo de carácter ideológico aunque nadie lo sostenga actualmente. Además, la separación del neoconstitucionalismo como ideología es importante para la teoría del derecho puesto que permite explicar por qué ordenamientos jurídicos que no siguen las propuestas del neoconstitucionalismo continúan a ser tratados como ordenamientos jurídicos. Serán considerados por el neoconstitucionalismo ordenamientos deficientes constitucionalmente, pero no dejan de ser considerados jurídicos; por lo que se puede evidenciar que esta ideología no tiene por objeto definir lo que es jurídico o no²⁴².

Esto, destacamos, no es en absoluto una crítica al neoconstitucionalismo, sino sólo una especificación de que respecto a sus teorías prescriptivas este actúa en un campo diverso de la teoría del derecho. Es exactamente la aceptación de esta ideología la que ha posibilitado todo un cambio en el modelo jurídico el cual se encontraba bajo influencia de la *ideología positivista*.²⁴³ Como observa SASTRE ARIZA, el término constitucionalismo o neoconstitucionalismo viene utilizado para designar un “*nuevo modelo jurídico*”²⁴⁴. Un nuevo modelo jurídico que debe ser analizado y explicado por la teoría del derecho, lo que es diverso de una nueva teoría del derecho. A este respecto apunta Luis PRIETO, *verbis*:

“De este modo, el constitucionalismo aparece como el mejor banco de pruebas de la nueva teoría del Derecho y ésta, a su vez, como una óptima justificación del modo de actuar de aquél. El constitucionalismo, en efecto, acostumbrado a trabajar con valores y principios, que son jurídicos pero también morales, así como a escrutar la validez/justicia de las normas a la luz de los mismos, permite

²⁴²Respecto a estos ordenamientos no dotados de derechos fundamentales, de jurisdicción constitucional, de constitución normativa, etc., porque así no actúan los jueces o no lo prevé la constitución, serían para el neoconstitucionalismo sistemas jurídicos deficitarios. Luego, tal como visto cuando analizada la crítica de BULIGYN a ALEXY, el objetivo no es una concepción de derecho, sino una ideología sobre el derecho ideal.

²⁴³ Por más contradictorio que esto pueda parecer respecto a lo que hemos sostenido en este estudio utilizamos el término “ideología positivista” para relacionarlo con lo que es conocido como positivismo ideológico, que, aunque, estuviese relacionado con el positivismo como teoría del derecho, no puede ser confundido con este— aunque esta confusión sea muy frecuente.

²⁴⁴ SASTRE ARIZA, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, cit., p. 239.

confirmar (al menos en los países donde existe Constitución pluralista, pero esto a veces se olvida) lo acertado de una ciencia del Derecho del participante justifica y estimula al constitucionalista en la búsqueda de las mejores respuestas morales a los problemas jurídicos, otorgando carta de naturaleza a lo que, por lo demás, ya era sabido: la función justificadora y no meramente descriptiva de la dogmática”.²⁴⁵

Esta concepción exitosa sobre como *debe* funcionar el sistema jurídico consistente en la parte prescriptiva o ideológica de la teoría neoconstitucionalista resulta, así, el nuevo objeto de la teoría del derecho, y no una nueva teoría del derecho. Como observa SASTRE ARIZA, el modelo de derecho que ora se presenta es “el que se deriva de la conjunción entre el observador normativo y el observador empírico”²⁴⁶. Si esto es así, quizá nunca la teoría del derecho haya estado tan proxima de explicar realmente el derecho que *es*. Cambia, sin duda, el análisis eminentemente normativa en pro de un análisis de la práctica jurídica.

El neoconstitucionalismo importará, entonces, en un nuevo paradigma para la teoría del derecho, y no una nueva teoría del derecho, lo que significa que consiste en una nueva ideología que, debido a su aceptación en la comunidad jurídica, determinará la revisión de muchas tesis positivistas, principalmente en lo que se refiere a como explicar la presencia de criterios materiales y axiológicos en el derecho²⁴⁷.

²⁴⁵ Luis PRIETO, “El constitucionalismo de principios”. cit., p. 144.

²⁴⁶ Conforme el autor: “Si este planteamiento no es equivocado, el modelo de ciencia jurídica que parece más adecuado es el modelo que se deriva de la conjunción entre el observador normativo y el observador empírico; es decir, un modelo que no se caracteriza por su naturaleza unidimensional sino por ser normativista y realista al mismo tiempo, de manera que la ciencia jurídica se convertiría en una ciencia normativa y empírica. Esto implica dejar a un lado la tesis kelseniana de la autonomía o la independencia de la ciencia jurídica respecto del resto de las ciencias como camino para conseguir convertirla en una verdadera ciencia. El carácter empírico de la ciencia jurídica podría suponer, frente al modelo dogmático tradicional, un acercamiento a la sociología del Derecho, sobre todo con vistas a explicar cómo funciona y a verificar si cumple los fines que persigue el Derecho. Y, por otro lado, es preciso desenmascarar los aspectos valorativos que aparecen en la determinación del Derechos válido sin que esto suponga un ataque directo al positivismo jurídico, pues éste sigue en pie mientras se defiende una noción neutral de Derecho válido, como ya se ha indicado.” (ARIZA, Santiago Sastre. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. cit., p. 230).

²⁴⁷ Como sintetiza Luis PRIETO: “...la dimensión conceptual y metodológica del neoconstitucionalismo, que ya fue aludida en el capítulo precedente, representa una revisión de algunas de las tesis centrales del positivismo, al menos de la versión más ortodoxa de este último, y, de forma muy esquemática y simplificadora, puede resumirse así: dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho e incorpora un nutrido conjunto de valores o principios de naturaleza moral, al menos allí donde existe ese modelo cabe sostener un conexión necesaria entre el Derecho y la moral. A su vez, de aquí se pueden derivar varias consecuencias: la primera es que la validez de las normas o decisiones ya no depende de su mera existencia u origen social, sino de su adecuación formal y sustantiva a la Constitución y, más aún, de su consistencia práctica con ese horizonte de moralidad que preside y se recrea en la argumentación constitucional. La segunda consecuencia, que tal vez pudiera llamarse constitucionalismo dogmático, implica una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, propugnando bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del científico del Derecho.” (PRIETO, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. cit., p. 103).

3.3.2. Neoconstitucionalismo teórico

Actualmente, no son pocas las voces que declaran la insuficiencia de una teoría que pretende explicar el derecho dejando fuera elementos éticos o morales, es decir, que sostienen la insuficiencia de una teoría del derecho positivista en razón de que esta rechaza la conexión necesaria entre el derecho y la moral. A partir de estas posiciones *antipositivistas* resulta posible constatar que en lo que se refiere a la teoría del derecho, son diversas las soluciones que se presentan ante el fin de una concepción positivista de derecho. No obstante sean severos críticos del positivismo jurídico, se dividen respecto a cual teoría es capaz de explicar descriptivamente al neoconstitucionalismo contemporáneo. En el caso de ALEXY y DWORKIN, severos críticos del positivismo, estos no proponen propiamente un abandono de la sistemática positivista, o mejor, no proponen una nueva teoría alternativa, restringiéndose a la crítica. De otro lado, existen los que proponen un regreso a las teorías del derecho natural, afirmando que esta sería todavía la mejor forma de explicar el derecho actual, que efectivamente ha asumido contenidos morales como elemento esencial. Por fin, entre los neoconstitucionalistas, se observan algunas voces que ya proclaman el nacimiento de una teoría del derecho propia. En el último caso, sostiene COMANDUCCI que “mientras algunos de sus exponentes entienden que aquella no es más que la continuación, con el mismo método pero con un objeto (parcialmente) modificado, del iuspositivismo, otros sostienen por el contrario que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico.”²⁴⁸

Así que posible considerar al *neoconstitucionalismo teórico*, como la teoría que sostiene - además del argumento antipositivista de que los cambios generados por el neoconstitucionalismo como ideología son tan profundos que demandan una nueva teoría del derecho - que el neoconstitucionalismo puede representar una verdadera teoría del derecho.

Sobre esta pretensión de neoconstitucionalismo como teoría del derecho, inicialmente nos parece necesario analizar la concepción que esta teoría presenta respecto a la constitución y, más específicamente, sobre la fundamentación y funciones que ejerce en los sistemas jurídicos. A partir de ahí es posible hacer algunas primeras consideraciones sobre la consistencia del neoconstitucionalismo teórico como nueva teoría del derecho. La definición de constitución como un conjunto de normas positivadas reunidas en un documento jurídico que ocupa la

²⁴⁸ COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, cit., p. 83.

cúspide de los ordenamientos jurídicos es un sentido común tanto al neoconstitucionalismo teórico cuanto al ideológico. Sin embargo, para que se podamos presentar como nueva teoría del derecho es necesario detectar algún aspecto que no pueda ser explicado o que sea incompatible con el positivismo jurídico. Una vez que la conexión necesaria entre derecho y moral, según nuestra concepción expresa en el punto anterior, no es la clave para inaugurar una nueva teoría, resta al *neoconstitucionalismo teórico* la defensa de una concepción diversa para fundamentar a la constitución.

Como hemos observado, la explicación normativa para la constitución pertenece también al positivismo. En razón de esto, el *neoconstitucionalismo teórico* como apunta P. COMANDUCCI, propone una explicación que rebasa el mero carácter normativo de la constitución. La constitución, según esta concepción, sería una norma que, además de su superioridad, posee “determinados contenidos a los cuales se atribuye valor especial”²⁴⁹. Si esto es correcto, conforme el neoconstitucionalismo teórico, la constitución no es sólo una norma, sino que también está dotada de un valor intrínseco, o sea, constituye un valor en sí misma.

A partir de esta concepción, el *neoconstitucionalismo teórico* acaba por identificar la constitución, al mismo tiempo, como norma y meta-norma. Este procedimiento, pensamos, acaba incurriendo en el mismo error que ha cometido el legalismo cuando necesitaba presentar una explicación convincente para la posibilidad de falta de eficacia del derecho, determinando que la obediencia al derecho constituya un valor en sí mismo²⁵⁰. De esta forma, acaba por inserir un carácter ideológico que no es propio de una teoría del derecho²⁵¹. Al partir de la consideración de la constitución como meta-norma, el neoconstitucionalismo presenta, como ha hecho el iusnaturalismo, un dogma; que por definición no puede ser objeto de prueba. Así que caracteriza uno de los puntos fundamentales de su teoría como prescriptiva, no partiendo de un descripción de la actuación de la realidad jurídica, sino de una idea de un derecho ideal.

²⁴⁹ Citación de DOGLIANI, M., *Introduzione al diritto costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 14. *Vid.* también en COMANDUCCI, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico.”, cit. p. 84 y ss.

²⁵⁰ Sobre esto explicaba GUASTINI: “Il legalismo, infatti, non è propriamente una teoria del diritto, né una teoria della scienza giuridica. Si tratta piuttosto di una teoria della morale (una meta-etica, appunto), secondo la quale si deve obbedire al diritto positivo, c'è un obbligo morale di obbedire alle norma del diritto esistente. Da questo punto di vista, si noti, il diritto non è un insieme di norme qualsivoglia: è un sistema di norme obbligatorie o vincolanti.” GUASTINI, Ricardo. “Sulla validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico” in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1991, pp. 338–339.

²⁵¹ No es propio porque una teoría del derecho se propone a explicar la *praxis jurídica*, es decir, el derecho que es. Cuando la ideología se mezcla con a la teoría del derecho, la no observación de la ideología (que es algo político, no jurídico) importa en la insuficiencia de la teoría. Utilizamos, así, el paradigma del positivismo ideológico porque este presentaba una fuerte ideología mezclada con la teoría del derecho.

Incluso dentro del positivismo jurídico se pueden encontrar dos concepciones de una norma suprema que condicionan la validez de la constitución no en un hecho, sino que en una suposición. Como tratado cuando analizamos la doctrina de KELSEN, si consideramos el ordenamiento jurídico a partir de un punto de vista meramente jerárquico, la constitución ciertamente será la norma fundamental en los casos de constituciones rígidas. Ya del punto de vista lógico, la norma considerada suprema será aquella que posibilita la revisión de la constitución, ya que posibilita la alteración de las demás normas. Será, así, una meta-norma, que necesita ser presupuesta, sin que pueda ser probada.

Así, considerando el carácter descriptivo al que se propone la teoría del derecho, la única concepción positivista aceptable - fuera la de considerar la propia constitución como ordenamiento marco - es la hartiana. En esta, se presupone una regla de reconocimiento, es decir, una meta-norma que indica los criterios de reconocimiento de las demás, incluso a la propia constitución.²⁵² Sin embargo, esta meta-norma es absolutamente dependiente de su eficacia y, por lo tanto, tiene carácter empírico, no ideológico.

Pues volviendo a la tesis del *neoconstitucionalismo teórico* la consideración de la constitución como norma que posee un valor implícito, o sea, también como meta-norma, además de no ser demostrable, parece asemejarse mucho al legalismo, en el sentido de condicionar la actividad política y jurídica a partir de la idea que la norma posee un valor en sí misma²⁵³. La consideración de la constitución como un valor indica, bajo esta concepción, que debe ser obligatoriamente observada²⁵⁴, así como que su no observación en algún caso contamina el acto como no jurídico. De esta forma, incurre en el mismo defecto positivista de no explicar los casos donde son aplicadas decisiones sin observar la constitución: el problema de las normas eficaces y no válidas. Más grave, si la constitución es un valor en sí misma, sus

²⁵² Conforme GUASTINI: "(...) si può parlare di una norma fondamentale, per riferirsi a quella che alcuni chiamano *rule of recognition*, o norma di riconoscimento, cioè la meta-norma che governa l'identificazione di ogni altra norma in quanto membro del sistema giuridico di cui trattasi. Da questo punto di vista, in tutti i sistemi giuridici sviluppati, la norma fondamentale non è una singola norma, ma piuttosto un insieme di norme: precisamente, l'insieme delle meta-norme sulle fonti di diritto." (GUASTINI, Ricardo. "Sulla validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico" in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1991, p. 344).

²⁵³ "La ricerca di un fondamento per il carattere obbligatorio della costituzione è dunque il tentativo di trovare una risposta al problema dell'obbligo politico. Siffatto problema appartiene all'orizzonte ideologico del legalismo, ma è del tutto estraneo al positivismo giuridico scientifico in entrambe le sue versioni. Dal punto di vista del positivismo scientifico, la costituzione non è obbligatoria, né non obbligatoria. Dunque, anche la problematica della <norma fondamentale> appartiene, a sua volta, al legalismo. Per chi ammetta che, nei vari sistemi giuridici, non vi sono né norme meta-costituzionali né norme sovra-costituzionali, la norma fondamentale non può che essere una norma extra-giuridica (o meta-giuridica)." (GUASTINI, "Sulla validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico", cit., p. 345).

²⁵⁴ Veamos aquí la semejanza con la *grundnorm* kelseniana.

normas pueden ser así consideradas y, por lo tanto, poseen un significado acabado, tal como sostenía el iusnaturalismo respecto al derecho natural. En este último caso, cuando la constitución preve criterios morales, deberá haber una conexión necesaria entre el derecho y la moral.

Así que el constitucionalismo como teoría del derecho parece poner demasiado esfuerzo en la dogmática y, por esto, presenta una explicación que parece mucho más ideológica que coherente. Está, nos parece, más preocupado por condicionar lo político que propiamente explicar el derecho²⁵⁵.

De otro lado, otro argumento sobre el cuál se puede sostener una teoría del derecho neoconstitucionalista es el que se refiere a las prácticas de interpretación propias de los principios, tales como la ponderación como método que sustituye a la subsunción. Así que al proponer estos métodos y en el momento que estos son acogidos por la práctica judicial el neoconstitucionalismo se podría presentar como nueva teoría del derecho en sustitución al positivismo jurídico. Cuanto a este argumento, es posible decir que efectivamente el método de la ponderación viene a cada día más consolidando como instrumento usual de interpretación. Sin embargo, al menos por el cuanto fue tratado en esta investigación, no se observa cualquier incompatibilidad con el positivismo jurídico actual. Si existe alguna incompatibilidad, esta puede ser solamente respecto al positivismo ideológico y al modelo legalista que, como ya hemos tratado, nadie todavía sostiene. De esta forma, las contribuciones neoconstitucionalistas, en el momento que son todas explicadas coherentemente por el positivismo no deben ser consideradas más que esto, contribuciones. Al menos hasta que se detecte alguna incompatibilidad o imposibilidad de la descripción o conceptualización positivista al derecho actual.

3.4. Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo

Conforme hemos tratado en la primera parte de esta investigación, la concepción iusnaturalista sobre el derecho siempre ha estado mucho más preocupada por atribuir contenidos materiales al derecho que propiamente por explicar el funcionamiento del sistema jurídico. El

²⁵⁵ Conforme explica GUASTINI la *grundnorm* de Kelsen no es otra cosa que un argumento en favor de una conclusión normativa: que la constitución é obligatoria y debe ser observada. “Ma da questo punto di vista, non c’è una norma fondamentale: vi sono tante norme fondamentali quanti sono gli argomenti che si possono avanzare per giustificare la <forza vincolante> della costituzione.” (GUASTINI, R., “Sulla validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico”, cit., p. 346).

concepto de derecho estaría, por lo tanto, condicionado a su adecuación con el derecho natural, criterio último de validez de cualquier norma jurídica. El iusnaturalismo, como hemos visto, proponía el derecho a partir del dogma de la supremacía del derecho natural, no se preocupando con la práctica jurídica. El sistema era explicado de una forma prescriptiva, es decir, no a partir de los hechos, sino de la teoría. tenía como moral condicionante del derecho la moral universal, por lo que defendía la única solución correcta. La concepción iusnaturalista carecía, así, de una autoridad institucionalizada, puesto que al final es el mejor argumento, la mejor solución, el más próximo al derecho natural, el que debe prevalecer.

No hay duda que con el neoconstitucionalismo se renuevan no solamente las críticas al positivismo jurídico²⁵⁶, sino que también resulta posible observar una revitalización de las propias ideas iusnaturalistas de un derecho ligado a valores. Esto puede ser atribuido al énfasis que confiere el neoconstitucionalismo a criterios materiales que debe tener una constitución, principalmente en lo que se refiere a los catálogos de derechos fundamentales. Además, las normas abiertas que caracterizan las constituciones actuales y los valores previstos demandan al intérprete – que ya no presenta la posición pasiva y autómatas de otros tiempos – un papel relevante en la construcción del propio derecho. Este tiene una posibilidad mucho mayor de buscar el mejor sentido a un determinado valor presente en el ordenamiento. De esta forma, resulta posible encontrar semejanzas entre la propuesta neoconstitucionalista y muchos puntos de la teoría iusnaturalista, principalmente en lo que se refiere a la posibilidad de agregar criterios valorativos al derecho.

Teniendo presentes estos puntos de convergencia, así como considerando el gran movimiento antipositivista que acompaña al neoconstitucionalismo, ¿podríamos decir que el iusnaturalismo se puede presentar como una teoría del derecho más adecuada para explicar el constitucionalismo?

Nuestra posición sobre el tema parece evidente en razón del lo que ya hemos expuesto en nuestras consideraciones sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral así como el propio concepto de teoría de derecho tratada en la epígrafe anterior. En el momento en que no consideramos esta conexión como necesaria, nos parece imposible sostener una posición iusnaturalista (de la misma forma que sostener esta conexión impide una aceptación del

²⁵⁶ *Vid.* punto referente a la conexión necesaria entre el derecho y la moral.

positivismo) ya que según el iusnaturalismo no hay una simple conexión, sino una sobreposición de la moral respecto al derecho.

Tal como tratado anteriormente, la consideración de la constitución como el derecho natural y, por lo tanto, como un valor en sí misma, acaba por reproducir una concepción prescriptiva sobre el derecho, la cuál tendrá lugar como teoría política, no como teoría del derecho.

3.4.1. Constitución y derecho natural

La teoría iusnaturalista, como hemos ya tratado, se caracteriza por una concepción dualista referente al derecho existente. Reconoce la posibilidad de existencia de un derecho positivo, incluso organizado jerárquicamente, pero condiciona como criterio último de validez de estas normas positivadas la adecuación al derecho natural, definiéndolo universalmente válido, asequible a la razón humana²⁵⁷. Esta concepción iusnaturalista de defensa del dualismo y de definición del derecho natural como un sobrederecho se choca según nuestra opinión en dos puntos centrales con la doctrina neoconstitucionalista.

En primer lugar porque la posición de la constitución como norma más alta del ordenamiento jurídico impide una concepción dualista, donde la constitución podría estar condicionada por los valores presentes en el derecho natural. Para el neoconstitucionalismo es clara la idea de que la constitución es la norma de más alta jerarquía²⁵⁸, no pudiendo estar condicionada por un derecho natural (por más evidente que sea)²⁵⁹.

²⁵⁷ En este sentido la ya citada síntesis de C. S. NINO, según el cual, aunque puedan existir algunas concepciones distintas del pensamiento iusnaturalista, existe la posibilidad de excluir de esta clasificación cualquier afirmación que no cumplan necesariamente estos dos requisitos: “a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de ‘jurídicos’ si contradicen aquellos principios morales o de justicia.” (NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derechos*, Barcelona: Ariel, 1987, p. 28).

²⁵⁸ En conformidad con esta posición de la constitución respecto a todas las demás normas jurídicas el constitucionalismo sostiene la posibilidad de condicionar el poder político (así como no depender de este), imponiendo límites materiales no solamente al derecho, sino también a la política y a la administración. En este sentido, sostiene de forma claramente ideológica la necesidad de que las constituciones, para ser consideradas avanzadas (veamos que no “jurídica”) deban contemplar contenidos materiales, derechos fundamentales y contar con una actuación judicial que trate lo previsto en la constitución como verdaderas normas jurídicas y no meras promesas políticas.

²⁵⁹ Sobre esto trata R. GUASTINI cuando considera que solamente los ordenamientos que poseen una constitución rígida pueden ser considerados constitucionalista en el sentido atribuido a este movimiento. “Ciertamente, casi todas las Constituciones contemporáneas son escritas y, al mismo tiempo, rígidas. Sin embargo, conviene subrayar que la constitucionalización es más acentuada en aquellos ordenamientos en los cuales – según la doctrina de los juristas y, lo que más cuenta, según la jurisprudencia de los tribunales constitucionales –, existen principios

De otro lado, ante la imposibilidad de considerar el derecho natural como superior y condicionante a la constitución, posible sugerir la identificación del derecho natural respecto a la constitución, puesto que ambas concepciones (neoconstitucionalismo y iusnaturalismo) atribuyen un papel central y de norma jurídica de jerarquía más alta. Además, ambas prevén criterios valorativos y materiales, por lo que esta identificación parece posible *a priori*. Sin embargo, esta solución parece todavía menos aceptable, ya que la concepción de constitución respecto a legitimidad, origen y contenido es considerablemente diversa de la del derecho natural. Conforme Luis PRIETO, aunque se puedan encontrar algunos puntos de convergencia, la fundamentación, legitimación y concepción de la constitución es diametralmente diversa al derecho natural. :

“La constitución opera frente a la ley del mismo modo que lo hacía el Derecho natural, esto es, ofreciendo criterios sustantivos de legitimidad, lo que en modo alguno es equivalente a la existencia de un Derecho suprapositivo en el sentido de supraempírico o al margen de las convenciones humanas. Al contrario, «las Constituciones reflejan el “orden natural” histórico concreto de las sociedades secularizadas y pluralistas, en las que, precisamente por ello, no podría proponerse de nuevo un derecho natural con fundamento teológico ni racionalista»; más rotundamente, «el derecho natural no sería compatible con la democracia en su sentido actual».²⁶⁰

Así, a diferencia del derecho natural, la fuente del constitucionalismo es democrática y, en razón de esto, la constitución, como observa ZAGREBELSKY “aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva”.²⁶¹ Una identificación entre constitución y derecho natural rompe con el carácter democrático de la constitución, precio que parece que el neoconstitucionalismo no estea dispuesto a pagar. Aunque la constitución constituya límites a la decisión democrática de las mayorías, condicionando el poder político infraconstitucional, sus raíces son inegablemente democráticas. Confundir el neoconstitucionalismo con el derecho natural retira de aquello su principal característica, el pluralismo, o, como observa Luis PRIETO, “conduce a una suerte de ‘absolutización’ de la Constitución, a una legalización de la moral o, lo que es lo mismo, a la peor versión del positivismo, que es el positivismo ético o ideológico: si la Constitución es el Derecho natural

constitucionales (expresamente formulados o meramente implícitos) que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. El conjunto de los principios ‘inmutables’ es lo que algunos llaman la ‘Constitución material’ (en uno de los muchos sentidos de esta equívoca expresión).” (in “La <Constitucionalización> del ordenamiento jurídico”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 51).

²⁶⁰ Luis PRIETO, “El constitucionalismo de principios”, cit., p. 146. (citaciones de G. Zagrebelsky).

²⁶¹ ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil.*, cit., p. 178.

fácilmente puede sentir la tentación de compartir con éste su pretendido carácter – históricamente siempre desmentido – de «verdad indiscutible».”²⁶²

Al final, la consideración sobre la posibilidad de una vuelta al derecho natural causaría problemas a la función epistémica del derecho que no parece ser conforme a las posiciones neoconstitucionalistas. Aunque la posición neoconstitucionalista sostenga ideológicamente la necesidad de las constituciones conteneren criterios materiales como son los derechos fundamentales, no considera los sistemas cuyas constituciones no están dotadas de contenidos materiales fuertes no sean sistemas jurídicos, sino sólo que son constitucionalmente deficientes²⁶³. Además, incluso en los sistemas que contemplan criterios materiales, es posible decir que el neoconstitucionalismo sostiene la atribución de un carácter normativo solamente a estos valores incorporados, y no a otros, aunque puedan ser considerados racionalmente como integrantes del derecho natural. Es fuerte, por lo tanto, el legame con el derecho positivo en la doctrina neoconstitucionalista. De la misma forma, el propio sentido que estos contenidos materiales adquieren no están dependientes de la moral universal, o crítica, sino de la moral positivada, que será aquella construida por la práctica jurídica, dentro de los límites de realidad. En razón del origen democrático de la constitución, los valores que presenta derivan y, por esto, son histórica y contingentemente determinados. Son valores específicos decididos por el constituyente originario, los cuales deben orientar la actividad jurídica y política de determinado Estado. De esta forma, son también territorialmente determinados. Sin embargo, lo más importante, es que son considerados un proyecto inacabado, por lo que dependen de condiciones económicas, políticas, o de convergencia (de actitud) que les son posteriores. Tal como explica Dieter GRIMM:

“ La constitución normativa encuentra siempre una constitución empírica previa y debe imponerse a ella. En tales circunstancias la relación entre ambas, la pretensión jurídica y la acomodación a los hechos (por lo demás, no investigada a fondo) no es unidireccional, sino de ida y vuelta. Los objetos de regulación del derecho constitucional tienen su propia dinámica y consistencia, lo cual repercute,

²⁶² PRIETO, L., “El constitucionalismo de principios”, cit., p. 151.

²⁶³ “Lo contrario sería, a mi juicio, abandonar la pretensión descriptiva del fenómeno jurídico que ha de presidir toda teoría del Derecho. Ciertamente es que el texto constitucional dotado de valores superiores y derechos fundamentales es una realidad que se ha extendido en ciertos sistemas jurídicos. Pero, ni en todos es así, ni tiene por qué ser necesariamente así. Es posible construir la estructura típica de los sistemas jurídicos allí donde no existen los derechos fundamentales, o donde se constata una concepción de justicia radicalmente diferente a la que nosotros podamos tener. Podrá discutirse sobre su moralidad o no – cuestión que nos ubica en el mismo centro del debate moral -, pero lo que quizá no deba hacerse sea negar, por ese hecho, su carácter jurídico. De hacerse así, ese texto jurídico llamado Constitución vendría a desempeñar, ahora, la función que históricamente ha cumplido ese conjunto de preceptos normativos llamado Derecho natural. Y, en consecuencia, a esta pretensión le serían de aplicación todas y cada una de las críticas que, también históricamente, se han venido formulando contra el iusnaturalismo desde el positivismo jurídico.” (ESCUADERO ALDAY, R., *Los calificativos del positivismo jurídico.*, cit., pp. 262-263).

a su vez, en la comprensión y aplicación de las normas constitucionales; a la inversa, su efectividad está determinada por la circunstancia de que operan en el plano simbólico del derecho. De ahí que las constituciones no puedan cambiar la realidad de forma inmediata, sino sólo influir indirectamente. Influencia que descansa en la posibilidad de legalizar o ilegalizar las relaciones de poder existentes y, de este modo, fortalecerlas o debilitarlas. (...) Naturalmente, el equilibrio es delicado y la efectividad de una constitución jurídica elaborada sin tener en cuenta la constitución empírica hay que considerarla, desde un principio, de escasa importancia.”²⁶⁴

De esta forma, la concepción de constitución como un proyecto incompleto confronta frontalmente con la concepción iusnaturalista de moral universal, la cual, además de atemporal y universal, es un proyecto acabado²⁶⁵. La única solución correcta que propone no cede a concesiones, sea ella fáctica o jurídica, debiendo su aplicación ser absoluta, ya que si lo fuera, provoca un defecto de validez en la decisión²⁶⁶. Como resume GRIMM, la validez jurídico-positiva diferencia a la constitución del derecho natural.”²⁶⁷

Así que, considerando tal punto de vista, no parece que la concepción iusnaturalista respecto al derecho sea una opción posible para explicar el neoconstitucionalismo. Además de las incompatibilidades formales, iusnaturalismo y neoconstitucionalismo presentan importantes divergencias respecto a la moral que utilizan como punto de validez material. Esto es importante en el camino que trazamos dado que se pone de manifiesto que el derecho constituye

²⁶⁴ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales. Tit. Or. Die Zukunft der Verfassung* [trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón], Madrid: Editorial Trotta, 2006. pp. 34–35.

²⁶⁵ A partir de la consideración de un sentido temporal, territorial y contingente a un valor situado ya nos alejamos un poco de la moral universal iusnaturalista. Aquí, debe ser considerada no sólo la evolución de los conceptos respecto a los cambios en la “moral dominante” en determinada sociedad, como la propia historia y condiciones materiales del lugar donde está inserto el intérprete. Para no utilizar ejemplos extremos de confrontación entre tradiciones de oriente y occidente, conviene que comparemos la concepción de los tribunales y del propio constituyente entre Europa y Estados Unidos. El primero, de fuerte carácter social, tiende a privilegiar la igualdad sustancial en gran parte de sus disposiciones legislativas o jurídicas, pudiéndose utilizar como ejemplo las cuestiones laborales. En los Estados Unidos las cuestiones respecto a la libertad formal de los ciudadanos siempre ha estado priorizada, constituyendo uno de los pilares de la nación estadounidense. De esta forma, podemos verificar, en ambos sistemas jurídicos altamente desarrollados y que sirven de parámetro para otros sistemas diferencias sustanciales sobre lo que significa el concepto de libertad, valor consagrado tanto en la constitución estadounidense como en la mayoría de las constituciones europeas. Un segundo motivo de la necesidad de la contextualización de los conceptos “morales” (insistimos, oriundos de la moral o con correspondencia en conceptos morales) previstos en las constituciones respecto a la realidad social es el temor de la falta de eficacia, capaz de frustrar su contenido hasta la desconsideración de tal norma. De ahí la preocupación de GRIMM con respecto a la previsibilidad o atribución de sentido a una norma constitucional dentro de lo real o realizable. De la misma forma que la no aplicación de una norma válida por el intérprete era un tormento para la concepción kelseniana, también el intérprete, al construir un concepto y determinar cierta consecuencia tiene el problema de que su decisión, aunque jurídicamente aceptable y justificada, se haga imposible ante la falta de condiciones fácticas. O sea, también el intérprete sufre con la posibilidad de la falta de eficacia de su decisión (principalmente cuando tratamos de derechos sociales prestacionales) de modo que su entorno, sí condiciona su decisión.

²⁶⁶ Con base en esto, es más fácil entender la diferencia de la pretensión de corrección de ALEXY y la moral iusnaturalista. Tanto ALEXY como DWORKIN, fuertes críticos del positivismo, jamás se declaran iusnaturalistas.

²⁶⁷ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales. cit.*, p. 48.

significados propios a estos contenidos valorativos²⁶⁸. Tienen indudable origen en la moral. Sin embargo, a partir de su positivación adquieren un significado propio, mismo porque, como propone el neoconstitucionalismo, necesitan mantener una conexión necesaria con la realidad. El desafío de la constitución empírica será siempre un elemento indispensable a la constitución normativa²⁶⁹.

3.5. Conclusiones

Parece ser tesis pacífica que el Estado constitucional de derecho - y el movimiento jurídico que lo acompaña -, ha introducido muchas innovaciones en la actividad judicial así como en la propia manera de concebir el derecho. Estas innovaciones se refieren principalmente a una redescubierta de una teoría normativa, donde las normas no más se resumen a simples reglas, sino dividen espacio con los principios y los valores; a una alteración de las fuentes del derecho, donde la jurisprudencia cobra un papel más destacado; así como en la propia teoría de interpretación, puesto que las normas tienen estructura más abierta y compleja que ya no permiten su aplicación por la simple subsunción. Todos estos cambios ponen de relieve que el derecho ha sufrido una profunda transformación.

A este movimiento jurídico la doctrina ha denominado de muchas formas: constitucionalismo contemporáneo, postpositivismo, neoconstitucionalismo. En nuestra opinión esto último término parece más adecuado, exactamente porque hace posible hacer un confrontación con el constitucionalismo débil que caracterizaba al Estado liberal. No obstante, el punto más importante en lo que se refiere a la denominación es el hecho de que cualquier de las denominaciones que se adopte puede significar tanto un movimiento con fuerte carácter ideológico en el sentido de que se adopte determinados comportamientos frente a los ordenamientos constitucionales y la actividad judicial, como, de otro lado, una teoría jurídica que

²⁶⁸ Sobre la relativización que los conceptos morales sufren después de ser positivados observa S. POZZOLO: “(...) me parece difícil negar que la naturaleza contingente e históricamente determinada de los principios constitucionales. De modo que, si por un lado parece obvio que la decisión política que lleva a la positivación de un valor pretende constitucionalizar un ‘objeto’ que posee cualidades universales, me parece también cierto que la conceptualización de ese valor, su significado positivo, está históricamente determinada y cambia en el curso del tiempo aunque mantenga con frecuencia la misma denominación (es emblemático el caso de la palabra ‘libertad’).” (POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. pp. 202–203).

²⁶⁹ No es diversa respecto a este punto la observación de Luís Roberto BARROSO cuando advierte que “no se debe alimentar ilusiones ni la creencia en que las deliberaciones del espíritu operen automáticamente en el mundo de los hechos. Ignorar las dificultades no impide que se produzcan”. (BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade.*, cit., p. 107) (traducción libre).

estaría en condiciones de sustituir al positivismo jurídico. Al primero, hemos llamado neoconstitucionalismo ideológico mientras el segundo de neoconstitucionalismo teórico.

Si de un lado tenemos que el neoconstitucionalismo ideológico parece ser una realidad de los Estados que adoptan un modelo más desarrollado de Estado constitucional de derecho, lo que puede ser comprobado por el análisis de la práctica judicial y la jurisprudencia en estos ordenamientos, el mismo avance parece no ocurrir cuando consideramos el caso del neoconstitucionalismo teórico como alternativa a la teoría positivista como teoría del derecho. Como hemos visto, el neoconstitucionalismo no viene acompañado de una adecuada teoría del derecho. Su fuerte teor ideológico – necesario, se diga, para la proposición de un cambio de actitud frente a las constituciones – implica en la consideración de la constitución al mismo tiempo como norma y meta-norma. De esta forma, presenta dificultades en conceptualizar ordenamientos jurídicos donde las constituciones no contemplan criterios materiales, o cuando los jueces no confieren carácter normativo a la constitución o a los ordenamientos que no poseen jurisdicción constitucional. Así que se puede decir que el constitucionalismo está más preocupado en presentar una definición de Estado constitucional de derecho que propiamente presentar un concepto de derecho. Además, en el caso de los ordenamientos que satisfacen las condiciones neoconstitucionalistas, la teoría que considera la constitución como norma y meta-norma al mismo tiempo, repite el problema de no presentar una explicación adecuada a la falta de eficacia de alguna norma válida. Este, incluso, es un de los argumentos que se aplica también a la posición positivista de H. Kelsen, por ejemplo. Así que el neoconstitucionalismo no se presenta realmente como una doctrina descriptiva, puesto que sus afirmaciones no consiguen separar de su argumento ideológico o político. Presente, por lo tanto, problemas para explicar los ordenamientos donde la parte ideológica no está consolidada y, en los que está, presenta deficiencias respecto a la explicación a una falta de eficacia de las normas constitucionales; mismo problema que presentaban algunas concepciones iuspositivistas.

Una vez que el neoconstitucionalismo no presenta una descripción adecuada de los ordenamientos jurídicos, tanto de los Estados constitucionales de derecho como de otros sistemas que no alcanzaran este nivel, es común asociar el fuerte apelo a la moral contenido en las constituciones, principalmente en forma de valores o principios positivados, a una concepción iusnaturalista. En este punto, no obstante sea un hecho innegable que a partir del neoconstitucionalismo hay una preocupación mucho mayor del derecho con criterios morales, parece que no es todavía posible afirmar la dependencia del derecho a criterios morales, tal

como propone una concepción iusnaturalista. Primero porque conforme las proposiciones neoconstitucionalistas, sólo interesan a los ordenamientos los criterios morales positivados en la constitución. Estos principios y valores positivados son dirigidos a un fin ideal, pero su significado es concebido como un proyecto incompleto, dependiente de condiciones culturales, económicas, de convergencia, etc.. Así, se es posible decir que el derecho dá un paso adelante respecto a la moral, parece inconsistente sostener un retorno a una concepción iusnaturalista, la cual sostenía un derecho natural superior, atemporal, inmutable y eterno. Además, el origen iusnaturalista de un derecho perfecto no parece compatible con el carácter democrático que sostiene el neoconstitucionalismo respecto a la constitución. De esta forma, la concepción de constitución como un proyecto incompleto confronta frontalmente con la concepción iusnaturalista de moral universal. La validez jurídico-positiva diferencia fuertemente a la constitución del derecho natural.

Sin embargo, parece haber aspectos en las teorías iusnaturalista en lo que se refiere a la definición del contenido de términos jurídicos y de la influencia de la moral que parecen ser complementarios además de inspirar de cierta forma a la teoría del derecho contemporáneo. Así que para que el positivismo jurídico pueda presentar una teoría adecuada al derecho, debe considerar la presencia de estos valores en el derecho, los cuales penetran en los ordenamientos jurídicos principalmente a través de las normas de estructura abierta y que se afirman como relevantes a partir del nuevo papel de la jurisprudencia como fuente de derecho. Así que una teoría positivista que pretenda presentar una descripción adecuada del derecho del Estado constitucional de derecho, debe al menos considerar el papel crucial que tienen los valores y principios actualmente.

De otro lado, parece que es imposible definir al derecho como un mero carácter moral, puesto que una vez que la constitución es un proyecto inacabado como sostiene el neoconstitucionalismo, hay que considerar la función del derecho de pacificador de los conflictos sociales y, por lo tanto, de autoridad para definir cual son los significados que estos términos abiertos. La moral que importa, así, es: a) la moral positivada en las constituciones; b) la moral aceptada por el sistema jurídico.

De esta forma, es posible percibir que el derecho contiene de un lado criterios de autoridad, los cuales son absolutamente necesarios para la definición de un ordenamiento y, principalmente, de los criterios que utiliza este ordenamiento para hacer sus decisiones. Esto es

el objetivo de una teoría del derecho: comprender como funciona un sistema jurídico. Sin embargo, de otro lado, a partir de neoconstitucionalismo se añade en algunos casos discusiones relativas a contenidos morales en los procesos interpretativos para los cuales las teorías del derecho necesitan a lo menos presentar una explicación adecuada. El derecho, en este aspecto, no es absolutamente seguro, sino algo opinable, donde la definición de significado (función epistémica) es determinada no *a priori*, con la regla, sino *a posteriori*, con la decisión. Ante esto desafío, nos parece que la teoría positivista incorporacionista es capaz no sólo de presentar una descripción correcta de los ordenamientos, principalmente a partir de una concepción del derecho a partir de sus bases, de la práctica judicial, en sustitución a una explicación desde arriba, que siempre presupone la aceptación de un dogma. Presenta una teoría adecuada del derecho como hecho social. De otro lado, es capaz de continuar a sostener la tesis de la neutralidad, sin dejar de reconocer la posibilidad de que los ordenamientos jurídicos incorporen criterios morales, que cuando incorporados exigen del intérprete alguna atención a su significado crítico.

CONCLUSIÓN

Para analizar la compatibilidad del positivismo jurídico en primer lugar se hace necesario considerar la crisis que ha sufrido el derecho en su concepción liberal, principalmente en lo que se refiere a la identificación de la justicia simplemente en la igualdad formal y la confianza en la generalidad de la ley. En este escenario, resulta posible afirmar que el derecho sufre un reduccionismo, puesto que su contenido se reduce a criterios formales de producción, sin revelar como esencial una preocupación con valores o con criterios de justicia. Como intentamos demostrar en esta investigación, esta concepción liberal-formalista respecto al derecho tiene su origen en el mismo momento histórico que se consolida la teoría positivista como una teoría del derecho que se propone a explicar los sistemas jurídicos, identificar sus fuentes y la forma de interacción entre las normas que lo componen, además de presentar un concepto de derecho.

Así que a partir de la segunda mitad del siglo XX, se viene observando en los ordenamientos jurídicos una preocupación real con el rompimiento con el modelo de Estado liberal a través de una preocupación de insertar en las constituciones límites políticos materiales, así como rumbos previos que deben ser seguidos por los Estados. Esto, por supuesto, ha repercutido decisivamente en el derecho, principalmente a partir de un cambio significativo en la práctica jurídica que terminó por afirmar un carácter normativo a la constitución, es decir, de la consideración de estas normas como límites políticos al legislador y como verdaderas normas jurídicas, capaces de producir efectos sin necesitar de una especificación por parte del legislador. Considerando que estos límites materiales frecuentemente se refieren a valores con correspondencia en la moral, apelos a la justicia o a la dignidad; no son pocas las voces que han sostenido la necesidad del contenido del derecho ser necesariamente influenciado por criterios morales.

Esta crisis por que pasa el modelo formalista de derecho propio del Estado liberal – el cuál suele ser conocido por *legicentrismo* – y el efectivo cambio de paradigma en relación al modelo de sistema jurídico, sea él normativo o práctico, trae como consecuencia una extensión de las críticas al modelo de derecho que imperaba a la ciencia que se proponía a explicarlo. Así que se reflejan en el positivismo jurídico todas las afirmaciones contrarias a un modelo de sistema jurídico que acaba por ser sustituido, de forma que se anuncia su incapacidad para explicar el modelo jurídico actual.

Sin embargo, diferentemente de lo que ocurría con el iusnaturalismo, que siempre se ha presentado como una teoría prescriptiva el positivismo jurídico siempre se ha propuesto a una posición descriptiva del sistema jurídico, por lo que las consideraciones sobre su incompatibilidad con el sistema actual demandan más que un simple cambio su objeto de estudio: el derecho. Para la teoría prescriptiva iusnaturalista, la comprensión de su proposición dependía de la aceptación de un dogma, es decir, de la existencia de un derecho natural que condicionaba todo el ordenamiento jurídico. Dependía, así, de un acuerdo político de forma que ocurriendo un cambio en la aceptación de este dogma, el iusnaturalismo debería también ser eliminado como teoría del derecho, aunque pudiera permanecer como postura crítica. En el caso del positivismo jurídico que adoptaba una postura descriptiva y analítica, nunca fue su proposición original como teoría del derecho, presentar un dogma a ser seguido. El culto a la ley, aunque sea de cierta forma asociado al positivismo jurídico, es un rasgo político del Estado liberal y que puede sí corresponder al positivismo ideológico, pero no al positivismo jurídico como teoría del derecho. Conforme intentamos demostrar al largo de esta investigación, la única característica verdaderamente positivista es la tesis de la neutralidad. La neutralidad se caracteriza por no imponer al derecho ninguna limitación de contenido. Así que se por un lado esta tesis proporcionaba una criticada explicación sobre el hecho de que al derecho no importaba el contenido de una norma, también parece no haber problemas a la neutralidad para explicar descriptivamente un derecho que se preocupa con criterios morales o valorativos.

La tesis de la neutralidad, propia de una posición descriptivista, se propone a explicar el derecho a partir de las observaciones de la práctica jurídica y de la iteración entre las normas, para a partir de esta observación construir sus conceptos. Teóricamente, sería posible afirmar que una posición descriptiva sería capaz de explicar un sistema jurídico cualquier; desde que para él presente una explicación coherente. Sin embargo, se propone como ventaja frente a una explicación iusnaturalista exactamente porque no necesita del dogma de la conexión

necesaria entre el derecho y la moral, que de cierta forma es incluso incompatible con una posición iuspositivista. Así que parece presentarse como mayor desafío a la teoría positivista actual la tarea de sostener esta no conexión necesaria ante: a) una posición neoconstitucionalista que propone claramente la necesidad de la presencia de criterios morales en la cúspide de los ordenamientos jurídicos, las constituciones y; b) ante un cambio en la práctica jurídica, que revela el desarrollo de los valores y principios consagrados en las constituciones no a partir de la voluntad de las mayorías, sino que a través del razonamiento de los tribunales, algo en cierta manera similar a lo que proponía el iusnaturalismo. Esto todo todavía acompañado con la tarea de negar muchas de las críticas o prejuicios que sufre en razón de una asociación con las afirmaciones que le son atribuidas referentes al momento en que el positivismo describía un otro modelo de derecho.

Verificado la insuficiencia de la teoría iusnaturalista para explicar el derecho actual, puesto que no presenta una explicación adecuada para una eventual falta de eficacia de una norma moral del derecho natural, así como ante la falta de preocupación de esta teoría con un posicionamiento descriptivo respecto al derecho, resta verificar la posibilidad del neoconstitucionalismo teórico se presentar como sucesor del positivismo jurídico. Como hemos visto, el neoconstitucionalismo no viene acompañado de una adecuada teoría del derecho. Su fuerte teor ideológico – necesario, se diga, para la proposición de un cambio de actitud frente a las constituciones – implica en la consideración de la constitución al mismo tiempo como norma y meta-norma. De esta forma, presenta dificultades en conceptualizar ordenamientos jurídicos donde las constituciones no contemplan criterios materiales, o cuando los jueces no confieren carácter normativo a la constitución o a los ordenamientos que no poseen jurisdicción constitucional. Así que se puede decir que el constitucionalismo está más preocupado en presentar una definición de Estado constitucional de derecho que propiamente presentar un concepto de derecho. Además, en el caso de los ordenamientos que satisfacen las condiciones neoconstitucionalistas, la teoría que considera la constitución como norma y meta-norma al mismo tiempo, repite el problema de no presentar una explicación adecuada a la falta de eficacia de alguna norma válida. Este, incluso, es un de los argumentos que se aplica también a la posición positivista de H. Kelsen, por ejemplo. Así que el neoconstitucionalismo no se presenta realmente como una doctrina descriptiva, puesto que sus afirmaciones no consiguen se separar

de su argumento ideológico o político, o, como sostiene S. POZZOLO, es más una política constitucional, qué no indica como el derecho es, sino como el derecho debe ser²⁷⁰.

Resta, así, el análisis de adecuación de una teoría positivista como teoría del derecho capaz de explicar el neoconstitucionalismo como modelo de derecho actual. En esta tarea, el primer obstáculo a ser superado es lo relativo a la presencia de valores y principios y la tesis de la separación. Es un hecho la consolidación de los principios y valores como elementos normativos, constitucionalmente contemplados, y que hacen un puente entre el derecho positivo y los criterios morales, puesto que muchas veces son coincidentes con los principios morales. De otro lado, cuando incorporados en las constituciones, estos principios además de llevar al derecho algo del valor moral que representan, adquieren también un sentido propio dentro del sistema, puesto que su significado depende de algún modo de la aceptación por los tribunales y de las decisiones dentro del sistema. Como sintetiza L. PRIETO, “no es que los principios encarnen necesariamente unos valores morales correctos, sino que su juego en el proceso interpretativo hace nacer en la argumentación jurídica una argumentación moral, es decir, una exigencia de fundamentación racional de la decisión más allá del esquema simple y «mecánico» de las reglas.”²⁷¹

Si comparados los criterios morales añadidos al derecho a partir de los principios, muchos puntos apuntan en favor de la tesis positivista de la separación. El primero consiste en una reducción cuantitativa respecto a los principios constitucionales y los principios morales. De acuerdo con el neoconstitucionalismo, solamente los principios positivados serían considerados como verdaderos principios jurídicos, mientras los demás continuarían a pertenecer sólo a la moral crítica²⁷². Una segunda reducción posible es la cualitativa. Conforme la tesis sostenida por el positivismo y por el neoconstitucionalismo, el significado que será atribuido a un principio

²⁷⁰ “Il neocostituzionalismo, occorre ancora avvertire, non è del tutto omogeneo al positivismo giuridico (metodologico) in quanto non si presenta affatto come una dottrina descrittiva ma, al minimo, come una ricostruzione razionale e, al massimo, come una giustificazione del sistema. La dottrina neocostituzionalista, in definitiva, è anche, se non soprattutto, una politica costituzionale che indica non come il diritto è, ma come il diritto deve essere.” (POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 11).

²⁷¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?”. *Anuario de filosofía del derecho*, 1996, 13-14: p. 148.

²⁷² A este respecto es posible afirmar que el positivismo jurídico es incluso más amplio que el neoconstitucionalismo, puesto que su sentido de incorporación es más alargado. Así se podría decir, por ejemplo, del caso donde un valor no está contemplado en la constitución y la práctica judicial lo afirma como integrante de la regla de reconocimiento. Por la concepción neoconstitucionalista podría negar su condición de principio, mientras un positivista no negaría su incorporación a través de la práctica judicial. Sobre el asunto también observa S. POZZOLO, *verbis*: “La questione è che non tutti i valori permettono essa influenza sul diritto, però soltanto i valori positivati nella costituzione come diritto. E questa è una differenza fondamentale che differenzia il neocostituzionalismo del giusnaturalismo.” (POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., 144).

constitucional correspondiente a un principio moral podrá no ser necesariamente el mismo. Esto porque el sentido moral crítico demanda siempre un significado ideal, mientras que el neoconstitucionalismo exige sólo el mejor significado posible, dentro de las posibilidades reales y del confronto con los demás principios del ordenamiento. Así que parece que la explicación positivista en el sentido de que los principios y demás términos *open texture* adquieren jurídicamente el significado que es atribuido por los tribunales, aunque diverso sea su significado ideal. En este punto esta nuestra opción por una posición incorporacionista en vez de aceptar el realismo propio del positivismo excluyente. Mientras en esto último la atribución de significado puede ser cualquiera, dependiendo solamente de criterios de autoridad, por la posición incluyente hay un límite lingüístico al intérprete, que solamente puede interpretar lo que es efectivamente interpretable. Esto significa que no puede atribuir un significado absolutamente diverso al término, sino que está limitado al menos a un significado adecuado. Esta posición seguramente presenta algo de ideológico, pero la ideología es referente a la actividad de interpretación, es decir, a la ciencia hermenéutica, y no al concepto de derecho, que permanece incólume. De esta forma, la moral presentada por los principios y, por consecuencia, por el neoconstitucionalismo, se caracteriza por ser un concepto dinámico, limitado, circunstancial y histórico, es decir, muy diverso de la atemporalidad, inmutabilidad y universal de la moral crítica. De esta forma, también en relación a la tesis de la separación no parece haber una incompatibilidad de la explicación positivista con el neoconstitucionalismo.

El neoconstitucionalismo debe ser visto como hecho consolidado en el escenario jurídico, el cuál sin duda ha servido para revivir la preocupación con los contenidos materiales. Sin embargo, a partir de la teoría positivista es innegable el avance que experimenta el derecho como ciencia jurídica. Sin embargo, de acuerdo con lo que hasta ahora tratado, no nos parece necesario confundir un posicionamiento ideológico característico de una posición neoconstitucionalista con la preocupación científica de explicar el derecho que es, de forma neutral, descriptiva, analítica. Para esta tarea, nos parece que el positivismo jurídico se ha reciclado y actualizado suficientemente respecto a sus tesis iniciales de modo a explicar esta constitucionalización de los sistemas jurídicos y las nuevas fuentes de creación normativa y interacción entre las normas.

En razón de esto, es un gran equívoco asociar una previsión de valores en la constitución a una concepción iusnaturalista. Esto implica en aceptar un dogma político de la dependencia del derecho a criterios morales, lo que es un argumento político, no científico, o

mejor, no constituye el objeto de la teoría del derecho. Tal como apunta B. BIX, puede “ocurrir que la doble naturaleza del derecho - como institución social y como práctica que suministra razones – haga imposible capturar la naturaleza del derecho mediante un único enfoque, y que se necesite un enfoque más ‘neutral’ (como del positivismo jurídico) para comprender su lado institucional, y un enfoque más evaluativo (como el de las teorías del derecho natural) para dar cuenta de su lado de práctica que confiere razones.”²⁷³ Sin embargo, considerando que el carácter descriptivo del positivismo no se propone (diversamente de otros tiempos) a una tarea de justificación del ordenamiento, sino que sólo a su descripción y análisis, resulta posible afirmar su competencia en esta tarea, la cuál, justo que se diga, es el objeto de la teoría del derecho.

El positivismo incorporacionista se presenta como teoría suficientemente adecuada para explicar el carácter doble del derecho sin recurrir a meta-criterios. Siempre partiendo de la teoría de Hart ha desarrollado criterios suficientes para explicar: criterios abiertos, nuevas fuentes del derecho, ponderación. Esto busca en la hermenéutica, la lingüística, y principalmente encuentra argumentos para continuar sosteniendo la separación del derecho respecto a la moral. El positivismo no ha fracasado, en la expresión de Luis PRIETO, “en su postulado más básico: construir una explicación del Derecho al margen de las formas y contenidos que el mismo adopta.”²⁷⁴ Continúa vivo. Vivo, actual e evolucionado.

²⁷³ BIX, B., *Teoría del Derecho: ambición y límites*. cit., p. 185.

²⁷⁴ PRIETO, L., “El constitucionalismo de principios”. cit., p. 127.

BIBLIOGRAFÍA

A.A.V.V.. Lecciones de derechos sociales, coord. María José Roig y José García Añon, 2ª ed, Tirant lo Blanch: Valencia, 2004.

A.A.V.V.. El Estado social, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986

A.A.V.V. El principio de igualdad. Org. Luis García San Miguel, Universidad Alcala de Henares, Dykinson: Madrid, 2000.

AARNIO, Aulus. Lo racional como razonable, Centro de Estudios Constitucionales n. 21, Madrid, 1991.

AGUILÓ REGLA, Josep. "Sobre la Constitución del Estado constitucional". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2001; (24), 429-459.

ALEXY, Robert. Teoría General de los derechos fundamentales, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993.

_____. "Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità", in *Diritti, procedure, virtù*, [org. Massimo La Torre e Alberto Scerbo], Torino: Giappichelli, 2005, p. 1-13.

ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier. El positivismo jurídico neoinstitucionalista (una aproximación). Universidad Carlos III, Dykinson: Madrid, 1996.

_____. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*. Dykinson, Madrid, 2000.

_____. "Sulla tensione tra costituzionalismo e democrazia", *Diritti, procedure, virtù*, [org. Massimo La Torre, Alberto Scerbo], Torino: Giappichelli, 2005, p. 15-42.

ASÍS, Rafael de. *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001.

ATIENZA, Manuel. "Entrevista a Robert Alexy". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2001; (24): 668-687.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, Melhoramentos: São Paulo, 4ª ed, 2004

BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*, Princeton and Oxford: Princeton University Press.

- BARBERA, Salvador. *Escasez y derechos fundamentales*, in V.V.A.A.. Problemas actuales de los derechos fundamentales, edición de José María Sauca, Universidad Carlos III, Madrid, 1994
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*. Dykinson, Madrid, 1996.
- _____. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson: Madrid, 2004.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. "Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo". [El positivismo jurídico a examen : estudios en homenaje a José Delgado Pinto](#), Universidad de Salamanca, 2006,
- BIX, B., "*Natural law theory*". *A companion to philosophy of law and legal theory*, Ed. Dennis Patterson, London: Blackwell Publishers, 1996.
- BIX, Brian. *Diccionario of Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. (trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi), Madrid: Editorial Debate, 1993.
- BOBBIO, N., "Algunos argumentos contra el Derecho natural", en H. Kelsen, N. Bobbio y otros, *Crítica al Derecho natural, introducción y traducción de Elías Díaz*, Madrid, Taurus, 1996
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, (trad. de Juan Luis Reguejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft Baden Baden, 1993.
- BONORINO, Pablo Raúl. *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Dykinson, Madrid, 2003.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 25, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, 2003.
- BURCHILL, Richard. "Democracy and the promotion and protection on socio-economic rights", in *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, [org. Baderin and McCorquodale], Oxford, p. 361-387.
- CARBONEL, Miguel. "Sobre el constitucionalismo y positivismo jurídico de Luis Prieto Sanchís", *ISONOMIA*, n. 8, abril, 1998, p. 207-214.
- CARLASSARE, Lorenza. "Costituzionalismo e democrazia nell'alterazione degli equilibri", in *Studi in onore a Gianni Ferrara*, Torino: Giappichelli, vol. I, 2000, 561-579.
- CARRIÒ, Genaro R. "Sull'interpretazione giuridica", in *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico*, [org. Mario Bessone e Ricardo Guastinni], Milano: CEDAM, 1995, p. 18-51.

CASADEI, Thomas. "Sovranità popolare e «costituzionalismo progressivo» in Thomas Paine", in *Potere sovrano: simboli, limiti, abusi*, [org. Stefano Simonetta], Bologna: Il Mulino, 2003, p. 137-157.

CASTIGNONE, Silvana. "Punto di vista interno ed efficacia", in *La teoria generale del diritto: problemi e tendenze attuali (Studi dedicati a Norberto Bobbio a cura di Uberto Scarpelli)*, Milano: Edizioni di Comunità, 1983, p. 9-20.

CASTRO CID, B. e FERNÁNDEZ-GALIANO, A.. *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*. Madrid: Editorial Universitas S.A., 2ª edición.

CHIASSONI, Pierluigi. "Lacune nel diritto: progetto di voce per un *vademécum* giuridico", in *Interpretazione e diritto giudiziale: I. regole, metodi, modelli*, [org. Mario Bessone], Torino: Giappichelli, p. 107-149.

CIANCARDO, Juan. *Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción*, Boletín Mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XXXVI, num. 108, septiembre-diciembre, pp. 891-906

DELGADO PINTO, J. *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*, Discurso leído en la Solemne apertura del Curso Académico 1982-1983, Universidad de Salamanca, 1982.

DICIOTTI, Enrico. "Operative Interpretation and Systemic Validity", in *Cognition and interpretation of law*, [org. Letizia Gianformaggio e Stanley Paulson], *Analisi e diritto*, n. 18, Torino: Giappichelli, 1995, p. 53-83.

CALSAMIGLIA, Alberto. "Postpositivismo". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1998; (21), vol. I. p. 209-221.

CAMPBELL, Tom. "El sentido del positivismo jurídico". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2002; (25), 303-331.

DÍAZ, Elías. "Introducción a la sociología del Derecho natural", en Kelsen, H., BOBBIO, N. (et al.) *Crítica del Derecho natural*, introd., y trad. de E. Díaz, Madrid: Taurus, 1966.

DÍEZ-PICAZO, Luiz Maria. *Sistemas de derechos fundamentales*, Thompson Civitas, Madrid, 2003.

DORADO PORRAS, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Dykinson, Madrid, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, _____

_____. "Giudici e politica nell'esperienza di common law", in *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico*, [org. Mario Bessone e Ricardo Guastinni], Milano: CEDAM, 1995, p. 71-111.

ESCUADERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thompson Civitas, 2004.

EZCURDIA LAVIGNE, José A.. *Curso de Derecho Natura: perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos*. Madrid: Réus, 1987.

FASSÓ, G.. "Iusnaturalismo", en *Diccionario de Política*, N. Bobbio, N. Mateucci y G. Pasquino (editores), 7ª ed., Madrid: Siglo XXI editores, 1991.

FARREL, Martin. *¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?*, in DOXA, n. 21, vol. II, p. 121.

FERNÁNDEZ-GALIANO, A.; CASTRO CID, B.. *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*. Madrid: Editorial Universitas S.A., 2ª edición.

FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio. *El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII*, A.A.V.V., Historia de los derechos fundamentales, Tomo I, Transito a la modernidad, siglos XVI y XVII, dirección PECES-BARBA MARTINES, Gregório y FERNANDEZ GARCIA, Eusebio, Dykinson, Madrid, 1998. p. 571-600

FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y Derechos Humanos*, Madrid: Editorial Debate, 1984.

FERNANDEZ-LARGO, Antônio Osasuna. *Teoría de los derechos humanos – conocer para practicar*. Madrid, Esteban-Edibesa.

FORSTHOFF, Ernest. *Problemas constitucionales del Estado social*. In El Estado social, V.V.A.A., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986

GARCÍA AMADO, J. A., "Ductibilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios.", *Anuario de filosofía del derecho*, 1998, n. 13, p. 65-85.

GARCÍA, JESÚS Martínez. La teoría de la justicia en John Rawls. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1985.

GARZON VALDES, Ernesto. "Algo más acerca de la relación entre derecho y moral." *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1990; (8): 119-130.

_____. "Algo más acerca del <coto vedado>". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1989; (6): 209-213.

_____. Ernesto. "Tribunal constitucional y positivismo jurídico". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2000; (21): 161-195.

_____. "Algunas consideraciones acerca de la posibilidad de asegurar la vigencia del <coto vedado> a nivel internacional", in *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las casas*, XII, 2003, p. 57-70.

GAVARA, Juan Carlos de Cara. *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

GIANFORMAGGIO, Luigi. "Cosa resta nella Allgemeine. Theorie der Normen dei sistemi normativi statici e dinamici?", en *Sistemi normative statici e dinamici. Analisi de una tipologia kelseniana*, Torino: Giapichelli, 1991.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2003.

GUASTINI, Ricardo. "Sovranità popolare, legge, giurisdizione", in *Interpretazione e diritto giudiziale: regole, metodi, modelli*, [org. Mario Bessone], Torino: Giapichelli, 2002, p. 199-226.

_____. "Derechos: una contribución analítica (draft)", in *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid: Universidad Carlos III, 1994, p. 127-141.

_____. "Interpretazione giudiziale e creazione del diritto", *Studi in onore di Fausto Cuocollo*, Milano: Giuffrè, 2005, p. 777-788.

HERNÁNDEZ, José López. Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporánea. Colección Estudios de Derecho, Universidad de Murcia, Servicio de publicaciones, Murcia, 2005.

HOLMES, Stephen. "Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia", in *Il futuro Della costituzione*, [org. Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro, Jörg Luther], Torino: Einaudi, 1996, p. 167-208.

LAPORTA, Francisco J., "La reinención de la ley", in *La legge e i diritti*, [org. Susana Pozzolo], *Analisi e diritti*, n. 55, Torino: Giappichelli, 2002, p. 13-27.

LOPERA MESSA, Glória Patricia. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, Universidad EAFIT, Medellín, 2004.

LORCA NAVARRETE, J. *Temas de teoría y filosofía del derecho: el derecho como orden y sistema general de garantías*. Madrid: Pirámide.

LORENZO RODRÍGUES-ARMAS, Magdalena. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Granada: Editorial Comares, 1996.

LUZZATI, Claudio. "Kelsen vs. Bulygin on Legal Interpretations: how not to read Kelsen through Hart's eyes", in *Cognition and interpretation of law*, [org. Leticia Gianformaggio e Stanley L. Paulson], *Analisi e diritto*, n. 18, Torino: Giappichelli, 1995, p. 85-115.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José. "El derecho a salud: un derecho social esencial", in *Derechos y Libertades*, n. 14, época II, enero 2006, p. 129-150.

MASSINI, Carlos. "La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno". Madrid: Cuadernos DOXA, n. 21, vol. II, 1998, p. 289-303.

MIRETE, José Luis. *Racionalismo, idealismo y positivismo*. Murcia: DM Editor, 1995.

MOSCHELLA, Giovanni. "Funzione giurisdizionale e legittimazione democratica", in *La magistratura nello statu costituzionale: teoria ed esperienze a confronto*, [org. Silvio Gabino], Milano: Giuffrè, p. 2004, p. 497-528.

NAVARRO, Pablo. "Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2001; (24): 133-166.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derechos*, Ariel, Barcelona, 1987.

OLVERA, Óscar Rodríguez. Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta. Editorial Comares: Granada, 1998.

OST, François. *Actualité des droits de l'homme dans le crise de l'Etat-Providence*, RIEJ, 13, 1984.

PECEZ-BARBA, Gregorio Martínez. *Lecciones de derechos fundamentales*. Dykinson: Madrid, 2004

_____. Derechos sociales y positivismo jurídico. Cuadernos "Bartolomé de las Casas" n. 11, Dykinson: Madrid, 1999.

_____. Curso de derechos fundamentales (I) – Teoría general. Eudema Universidad: Madrid, 1991.

_____. *Derechos fundamentales*, Madrid: Universidade Complutense, 1986.

_____. Los valores superiores. Tecnos: Madrid, 1989.

PRIETO, Luis Sanchís. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos "Bartolome de las Casas" n. 7, Dykinson: Madrid, 1998.

_____. Estudios sobre derechos fundamentales, Editorial Debate, Madrid, 1990.

_____. "El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?", *Anuario de filosofía del derecho*, XIII, 1996, p. 125-158.

_____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003.

PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, Eusebio, ASÍS, Rafael de. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 1999.

PEREZ PEREZ, María Luisa, "El derecho a la protección de la salud en España", *Anuario del seminario permanente sobre derechos humanos*, 1993, p. 229-252.

POZZOLO, Susanna. "Congetture sulla giurisprudenza come fonte", in *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, [org. Lucia Triolo], *Analisi e diritto*, n. 51, Torino: Giappichelli, 2001, p. 115-145.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra, 2002.

RAZ, Joseph. "Rights and Politics", in *Rights*, [org. Robin West], Wiltshire: Cornwell Press, 2001, p. 297-314.

REDONDO, Maria Cristina. "Algunas consideraciones ontológicas y epistémicas acerca del contenido del derecho", in *La legge e i diritti*, [org. Susanna Pozzolo], n. 55, Torino: Giappichelli, 2002, p. 29-88.

ROSELLI, Federico. "Dovere di conoscere la giurisprudenza", in *Interpretazione e diritto giudiziale: I. regole, metodi, modelli*, [org. Mario Bessone], Torino: Giappichelli, 2002, p. 264-285.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*, [traducción de Genaro R. Carrió], Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

RUBIO, F.. *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 31, 1991

SANTAMARIA IBEAS, J. Javier. *Los valores superiores en jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997.

SASTRE, Santiago Ariza. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. McGraw Hill: Madrid, 1999.

_____. "Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado constitucional", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35 (2001), pp. 349-355.

SCHIAVELLO, Aldo. "Positivismo inclusivo, oggettività ed interpretazione del diritto", in *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, [org. Lucia Triolo], *Analisi e diritto*, n. 51, Torino: Giappichelli, 2001, p. 165-196.

SOLAR CAYÓN, José Ignacio. *Los derechos naturales en la filosofía política de Locke*. , A.A.V.V., Historia de los derechos fundamentales, Tomo I, Transito a la modernidad, siglos XVI y XVII, dirección PECES-BARBA MARTINES, Gregório y FERNANDEZ GARCIA, Eusebio, Dykinson, Madrid, 1998, p. 601-636.

TARTUFFO, Michele. "Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria", in *Interpretazione e diritto giudiziale: regole, metodi, modelli*, [org. Mario Bessone], Torino: Giappichelli, 2002, p. 247-263.

TROPER, Michel. "La séparation des pouvoirs dans la Constitution de l'an III", in *La Constitution de l'an III*, Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 51-71.

_____. "La notion de pouvoir judiciaire au debut de la revolution française", in *1791 La premiere constitution française*, [org. Françoise Naudin-Patriat], Dijon: Economica, p. 355-365.

_____. "Contribution a une critique de la conception kelsenienne de la science du droit", in *Mélanges offerts a Charles Chaumont*, Paris: Éditions Pedone, 1984, p. 527-539.

_____. "La motivation des décisions constitutionnelles", in *La motivation des décisions de justice*, [Ch. Perelman e P. Foriers], Bruxelles: Société Anonyme D'éditions juridiques et scientifiques], 1978, p. 287-302.

VICENTE, Teresa Giménez. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2006.

SALMERON, Fernando. "Sobre la moral y el derecho histórico", *ISONOMIA*, n. 5, octubre, 1996, p. 79-105.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. *Teoría y experiencia de los derechos humanos*, Madrid, 1968.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. – 3ª edição – Coimbra: Almedina. 2004.

WALDRON, Jeremy. "Normative (or Ethical) positivism", in *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, [org. Jules Coleman], Oxford: Oxford University Press, p. 411-433.

WELZEL, H., *Derecho natural y justicia material. Introducción a la filosofía del derecho*. [traducción de Felipe González Vicén], Madrid: Aguilar, 1971.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. [trad. Marina Gascón], Madrid:Trotta, 1995.

_____. "Le decisione delle questioni di legittimità costituzionale sulle leggi", in *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico.*, [org. Mario Bessone, Ricardo Guastini], Milano: CEDAM, 1995, p. 427-469.