



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año:2013

LOS FALSOS DILEMAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL: UNIÓN NECESARIA VS SEPARACIÓN RADICAL *

* Este artículo es producto del proyecto de investigación “*Los falsos dilemas del neoconstitucionalismo: una revisión a las grandes corrientes jurídicas*” desarrollado por el Semillero de Teoría y Filosofía del Derecho, perteneciente al Grupo Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. El proyecto se encuentra inscrito en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y en el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI- de la misma Universidad.

Fecha de recepción: agosto 21 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 30 de 2014

LOS FALSOS DILEMAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO
RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL:
UNIÓN NECESARIA VS SEPARACIÓN RADICAL

*Luz Astrid Álvarez Patiño***

RESUMEN

Este trabajo presenta la relación actual entre derecho y moral, bajo el prisma de las corrientes teóricas del neoconstitucionalismo y el positivismo, a partir del cual se presenta dos posiciones antagónicas: una conexión necesaria vs una separación radical. No obstante, ante el dilema de esta relación se presenta una posición intermedia, denominada positivismo incluyente, postpositivismo o constitucionalismo positivista, que se concreta en los ámbitos de creación, existencia, validez, interpretación y justificación del derecho.

Palabras Clave: Derecho y moral, Positivismo, Neoconstitucionalismo, Tesis de la unión, Tesis de la separación

FALSE DILEMMA OF THE NEO CONSTITUTIONALISM:
RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND MORAL.
NECESSARY UNION VS RADICAL SEPARATION

ABSTRACT

This paper presents the actual relationship between right and morality, under the theoretical currents of neoconstitutionalism and positivism, from which two opposing positions are presented: a necessary connection vs a radical separation. However, between this relationship it is presented an intermediate position, called inclusive positivism, post-positivism or positivist constitutionalism; as embodied in the areas of creation, existence, validity, interpretation and justification of the right.

Key words: Law and moral, Positivism, Neoconstitutionalism, Thesis of the union, Thesis of the separation

** Coinvestigadora del proyecto: “Los falsos dilemas del neoconstitucionalismo: una revisión a las grandes corrientes jurídicas”. Estudiante del Decimo Semestre del pregrado de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia.

LOS FALSOS DILEMAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL: UNIÓN NECESARIA VS SEPARACIÓN RADICAL

1. INTRODUCCIÓN

Son numerosas las controversias que suscita la relación entre derecho y moral, así como numerosos los teóricos que la han discutido, las perspectivas analizadas y las posiciones asumidas por investigadores, juristas, jueces y abogados. Precisamente, en virtud de la sensibilidad que suscita el tema donde ya han sido derramados tantos ríos de tinta, se hace necesario precisar los términos de la discusión en el contexto actual, pues el tema no es de poca complejidad y la falta de distinciones teóricas sólo ha dado pie a mayores confusiones.

En primer lugar, la doctrina ha dicho, tradicionalmente, que existen diferencias evidentes entre el derecho y moral, representadas por conceptos contrapuestos, así: i) la moral es autónoma, porque se la impone el hombre, mientras el derecho es heterónomo, porque lo dicta un órgano público que lo atribuye aún contra su voluntad¹; ii) la moral es incoercible, porque de su inobservancia no se sigue un castigo institucional, mientras el derecho es coercible, porque se puede recurrir a la fuerza para hacer cumplir su contenido²; iii) La moral es interna, porque está

1 Carlos Gaviria Díaz presenta este criterio de diferenciación en los siguientes términos: “Para Kant, conducta heterónoma es la que obedece a un precepto que no deriva de su albedrío, sino que le es impuesto por una voluntad extraña. Autónomo es, por el contrario, aquel proceder que obedece a normas que el sujeto se ha impuesto a sí propio, convencido de su universal validez. Es éste un fenómeno de autolegislación, como que son uno solo el creador de la norma y su destinatario. Autonomía, entonces, vale tanto como autodeterminación. En las reglas heterónomas, en cambio, la relación que entre ellos se establece es en principio de orden vertical: el legislador impone su voluntad al destinatario.” (1992, pág. 47)

2 Este criterio es presentado por el mismo autor así: “Que la moral es incoercible significa, simplemente, que su observancia es espontánea y absolutamente libre. En el momento en que alguien sea constreñido al cumplimiento de una norma moral (o siquiera exista esa posibilidad), su comportamiento carecerá de toda significación ética. Porque el acto moral es esencialmente voluntario, queda desprovisto de sentido si su ejecución es forzada.

“Pero en el ámbito de lo jurídico las cosas suceden de otro modo: el derecho regula el empleo de la fuerza, para lograr la concordancia de las conductas que rige con las prescripciones que impone, y esta posibilidad de constreñir a la observancia de la norma no quita el sello de la juridicidad de la conducta, sino que lo destaca, porque el derecho –insistimos–, en razón de los intereses que tutela, exige de modo preferente –casi exclusivo– la conformidad externa de la conducta con la norma.” (Óp. cit. pág. 46)

dirigida a la conciencia individual -fuero interno-, mientras el derecho es externo, porque se ocupa principalmente de la regulación exterior del comportamiento humano -fuero externo-³; iv) la moral es unilateral porque las desventajas no son correlativas a las ventajas de otro individuo, mientras el derecho es bilateral, porque establece ventajas para una persona y en forma correlativa desventajas para otra⁴. No obstante, estos criterios no son tan tajantes ni objetivos como parecen; de hecho, varios autores desmienten esta división tan radical⁵.

Estas distinciones tan frecuentes en las facultades y diferentes ámbitos jurídicos obedecían a una corriente jurídica dominante, el positivismo; sin embargo, desde el principio de esta tendencia y el movimiento constitucional de las posguerras mundiales se presentan críticas al modelo imperante y se adopta una posición diferente, en la cual el derecho y la moral encuentran puntos de unión, cada vez más crecientes, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Así surge una nueva corriente denominada (neo) constitucionalismo que propende por una conexión entre derecho y moral como una antítesis de la separación adoptada por el positivismo. Cada tendencia iustéorica y filosófica parece adoptar una de las antípodas de una contradicción o dilema: la conexión o la separación. No obstante, las dificultades para adoptar un punto de vista no son tan sencillas, objetivas y absolutas.

Por ello, en el presente trabajo, se abordará la discusión entre derecho y moral distinguiendo las posiciones asumidas por las grandes corrientes del derecho: el positivismo, supuestamente en decadencia y el neoconstitucionalismo, tendencia en vanguardia, para mirar hasta qué punto las posiciones asumidas coinciden o son divergentes, claramente superadoras o simplemente distorsionadoras. Ello con el fin de demostrar que la tesis del famoso imperialismo de la moral defendido por el neoconstitucionalismo no es tal, pues las características esenciales del cambio de paradigma no son diversas de las propuestas por el positivismo. De hecho, en

-
- 3 El profesor Gaviria, presenta éste criterio así: “Para Kant, la interioridad de la moral consiste en que la conducta éticamente plausible no sólo se ajusta al deber contenido en la norma sino que encuentra en él su motivo determinante; correlativamente, la exterioridad del derecho consiste en que la conducta obediente a la norma debe ajustarse a la prescripción, sin que importen los motivos de la obediencia, porque pueden ser, entonces, exteriores al deber.” (Ob. Cit. pág. 33)
 - 4 El autor aludido, presenta este criterio, así: “En lenguaje Kantiano puede expresarse esa misma idea con sutilismo y significativo cambio de matiz, diciendo- como lo expusimos más atrás- que la moral prescribe comportamientos buenos en sí mismos, mientras que el derecho los prescribe como buenos para algo y con respecto de alguien. Es decir la moral toma en cuenta la bondad de la conducta en sí misma, referida a un sujeto cuya condición inalienable es la dignidad (imposibilidad de que otro lo sustituya), mientras que el derecho considera al destinatario como un sujeto social, con obligaciones relativas a esa condición.” (Ob. Cit. pág. 37-38)
 - 5 Al respecto, véase: Vega Gómez, Juan. (2013). García Máñez y la diferencia entre normas jurídicas y morales: Un análisis crítico. En: González de la Vega, R. & Larigué, G. (2013). Problemas de filosofía del derecho. Nuevas Perspectivas. Bogotá: Temis.

algunos casos son defendidas por algunos de los positivistas hasta el punto de surgir una nueva tendencia intermedia, denominada: positivismo incluyente (Waluchow, 2007), positivismo dúctil (Peces Barba en: Zagrebelsky, 1997), post-positivismo (Cal-samiglia, 1998) o incluso un constitucionalismo positivista (Prieto Sanchís, 1997).

En efecto, algunos autores tras adoptar la clásica distinción del positivismo -en metodología, teoría e ideología- (Bobbio, 1998), la trasladan al análisis del neoconstitucionalismo, para afirmar respecto al derecho y la moral que “«el neoconstitucionalismo teórico, si acepta la tesis de la conexión sólo contingente entre Derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico, al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo. Dado que han (parcialmente) cambiado los modelos de Estado y de derecho respecto a los típicos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, *la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo de nuestros días*” (Comanducci, 2002, pág. 102.). Y en relación, con la metodología e ideología, aspectos en los que subyace la relación entre derecho y moral, afirman con cierta vehemencia que “*es preferible abandonar del todo la etiqueta «neoconstitucionalismo metodológico» y adoptar, en cambio, a falta de mejor, aquella de post-positivismo, o anti-positivismo, o no-positivismo*” (Pino, 2011, pág. 207.)

Así las cosas, para demostrar este falso dilema de la separación tajante y la inescindibilidad de la moral y el derecho, se plantean los siguientes interrogantes ¿cuáles son los puntos de partida de las grandes tendencias jurídicas en torno a la relación entre derecho y moral? ¿Cuáles son los representantes de cada tendencia? ¿Qué tanto se conecta la moral con el derecho? ¿Son las conexiones totales, parciales o inexistentes? ¿En qué puntos se conectan? Estas preguntas se resolverán en tres momentos: primero, se plantean tres puntos de partida, relacionados con las dos posiciones extremas del dilema y el enfoque intermedio que lo desvirtúa; en segundo lugar, se analiza la relación entre derecho y moral en los momentos jurídicos de la creación, identificación –en cuanto existencia y validez-, interpretación y justificación del derecho; y, finalmente, se proponen algunas conclusiones sobre la relación entre derecho y moral

2. TRES PUNTOS DE PARTIDA EN LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

De la relación entre derecho y moral se puede afirmar en principio la existencia de dos grandes posiciones: la primera, afirma una conexión entre estas esferas normativas, y, la segunda, niega tal conexión. No obstante, en la primera posición se encuentran dos tendencias claramente diferenciadas, la de aquellos que defienden una conexión necesaria y la de los otros que postulan una conexión contingente.

La tendencia que defiende una separación es el positivismo excluyente, dentro del que se ubican autores como Joseph Raz, Neil MacCormick⁶, Eugenio Bulygin (Atienza & Ruiz Manero, Octubre 2007); por otra parte, una conexión necesaria es defendida por el iusnaturalismo clásico y el neoconstitucionalismo, de la mano de autores como: Robert Alexy, Dworkin y Carlos Santiago Nino; y, finalmente, defienden una conexión contingente, un grupo de autores como Bentham, Austin, Hart, Coleman, (Waluchow, 2007, pág. 17) Carrió, Juan José Moreso, Comanducci, Ferrajoli y Prieto Sanchís (Atienza & Ruiz Manero, Octubre 2007).

La tesis del positivismo es la no conexión necesaria entre el derecho y moral -Ferrajoli, Prieto, Kelsen, Hart, entre otros-, posición defendida en su afán cientificista para aproximarse al derecho de forma neutral y avalorativa, distinguiendo el derecho como un hecho social idéntico a un hecho natural y por ende susceptible de estudio científico con independencia de la valoración que merezca su contenido. Por ello, los criterios distintivos del derecho son únicamente formales y se consolidan en una determinada teoría de la validez sustentada en las formas, procesos y requisitos de producción del derecho que el mismo se prescribe. Teoría que prescinde de toda valoración del contenido, pues cual vaya a ser éste es algo histórico y contingente.

Este punto de partida es inicialmente aceptado por todos los autores denominados positivistas; sin embargo, de negar una conexión no necesaria no se deriva su total negación: en este punto es donde surge los matices. Inicialmente se considera que el positivismo clásico defendía la total separación de estas esferas normativas, incluso, los críticos acusaban a sus representantes de escepticismo ético. Sin embargo, como afirma Carlos Santiago Nino:

“no todos los positivistas son escépticos en materia ética. Ciertamente no lo fueron Bentham, Austin, quienes estuvieron entre los fundadores del positivismo jurídico. Y autores contemporáneos que son representantes preeminentes del positivismo, como Hart, Bobbio, Carrió, Raz no defendieron posiciones escépticas en materia ética al exponer su posición positivista. Aún quienes son efectivamente escépticos, como Kelsen, Ross, Alchourron y Bulygin no es cierto que sean indiferentes al origen y contenido de los sistemas jurídicos, ni legitiman cualquier configuración del poder político, (...). Ellos dirían que su posición puramente <<científica>> sobre la naturaleza del derecho y la moral no tiene nada que ver con las actitudes que hay que tomar frente a un derecho que uno vive como inmoral, ante el que puede plantearse combatir con todas sus fuerzas”. (Nino, 1994, pág. 19)

6 Sin embargo, proclaman que es consistente con el positivismo la idea de que el derecho como importante institución social, tiene necesariamente algún valor moral que se radicaría en virtud del carácter formal, un valor claramente amoral (Waluchow, 2007, pág. 15)

Este argumento es fidedigno de que el positivismo ha sido tergiversado, incluso en una versión estática de sus postulados; no obstante, el positivismo ha evolucionado y se ha adaptado a los ordenamientos contemporáneos, por eso la gran mayoría de positivistas ya no están dispuestos a defender esta tesis. Sin embargo, aún existe una pequeña oposición que la defiende. Este movimiento es reconocido como el positivismo excluyente, el cual es liderado por Joseph Raz (1986).

A diferencia de los positivistas excluyentes, la unión entre derecho y moral es defendida por el neoconstitucionalismo; sin embargo, la relación no se presenta de norma a norma, como en el iusnaturalismo, sino que se da en el centro del ordenamiento jurídico, por medio de lo que Habermas denomina “*la emigración de la moral al seno del derecho positivo*”, (Prieto Sanchís, 1997, pág. 66). Emigración que se plasma en las normas de reconocimiento, a través de la Constitución, que establece las condiciones de validez, no sólo formales sino también materiales del resto de las normas del ordenamiento.

Dicha unión, se manifiesta según Alexy por “*la irradiación en todos los ámbitos del sistema jurídico de los derechos fundamentales, en tanto derecho positivo, (que) incluye una irradiación de la idea de la justicia en todos los ámbitos del derecho, exigida por el propio derecho positivo.*” (Alexy, 1993, pág. 526). En palabras de Prieto Sanchís “*en una simbiosis entre Constitución y Jurisdicción, es decir, entre valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación*” (Prieto Sanchís, 1997, pág. 23); *principios constitucionales* que con su contenido moral impregnan todo el ordenamiento jurídico, especialmente por medio del control constitucional y la aplicación directa de la constitución como fuente suprema de derecho; y *racionalidad práctica*, que se refiere a la actividad interpretativa del operador jurídico que se ve modificada ante la novedad del objeto de aplicación, principios constitucionales, que se aplican vía ponderación.

En relación con esta segunda tendencia, es forzoso precaver que no todos los neoconstitucionalistas defienden una conexión necesaria. Si bien la tesis de una unión necesaria entre derecho y moral es uno de los *puntos fuertes* de esta tendencia vanguardista, hay autores que se separan de esta afirmación tan radical y se unen a una tendencia intermedia. En este sentido, se presenta el positivismo inclusivo, el cual asume como el positivismo, la negación de una conexión necesaria entre derecho y moral, diferentes conceptualmente entre sí; pero, por otra parte, considera que la moral podría ser contingentemente incluida en el derecho como se presenta en las constituciones actuales.

Con fundamento en esta corriente, se plantea un punto intermedio entre positivismo y neoconstitucionalismo, que se distingue del segundo, por no constituir una conexión necesaria y, del primero, por no defender una separación radical. Asimismo,

se diferencia del iusnaturalismo tradicional en cuanto sitúa tal nexo en los principios fundamentales o constitucionales (Barberis, 2005, pág. 264).

No obstante, se debe advertir que ante estas tres posiciones hay quienes sostienen que es incompatible un neoconstitucionalismo que acepte una conexión contingente entre derecho y moral, como la defienden Ferrajoli y Prieto Sanchís con su visión de un constitucionalismo positivista, por considerarlo un contrasentido (García Figueroa, 2009, p.19). Ahora bien, con estos presupuestos teóricos, se analizará la relación entre derecho y moral en los puntos o momentos de mayor relevancia en el quehacer del jurista, estos son: la creación, la identificación de la existencia y validez, la interpretación y la justificación del derecho.

3. PANORÁMICA DE LA RELACIÓN DERECHO Y MORAL EN LOS DIVERSOS MOMENTOS JURÍDICOS.

Sólo se tendrá claridad de la relación entre derecho y moral si se muestran sus conexiones en sus justas dimensiones, por ello se analizará cómo estas esferas normativas se articulan en diferentes momentos jurídicos como son: la creación del derecho, la identificación de su existencia y validez, la interpretación y justificación del mismo

Así, en primer lugar, es ineludible que el derecho como mecanismo de control social refleja una cierta moral: la moral social o institucional. Ello se manifiesta en la *creación del derecho* donde el legislador al crear una norma privilegia ciertos valores y bienes jurídicos en relación con otros. Aquí se hace evidente una conexión empírica entre derecho y moral, dado que cuales vayan a ser los valores preferidos es algo contingente que depende del contexto filosófico, económico y político de la sociedad. Por ello, se puede imponer una moral privada como la de un grupo económico, una clase política o incluso un grupo racial, o una moral pública, inclusiva y plural.

En este sentido, la época medieval se caracterizó por la prevalencia de la moral como determinante del derecho, tanto así que ambos conceptos alcanzaban a confundirse; en cambio, la ilustración se levantó contra ese modo de ver la moral y estableció condiciones para objetivarla, llevando la reflexión ética a la norma, e impidiendo que pudiera construirse por fuera de ella. De esta manera, las normas expresaban la concreción moral de la sociedad –ej. la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)–, y quiso evitarse que la tiranía de los valores individuales –incluido el religioso– sorprendiera a los individuos.

En la historia de Colombia, también se aprecia el impacto de la moral en la formulación de las normas jurídicas; en efecto, la Constitución Política de 1991 incluye

la moral como un principio de la función administrativa -art. 209- y como un derecho colectivo -art.88-. A partir de ella, se deriva varias consecuencias como la protección de las acciones populares y un importante movimiento en pro de la transparencia institucional con la consagración de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal y en la función pública⁷.

Sin embargo, la moral tiene una impronta bastante fuerte en varias normas preconstitucionales. Así, basta ver la referencia de la “moral cristiana” como condicionante de la validez de la costumbre, como fuente de derecho, bajo la Constitución Nacional de 1886⁸; la posterior lectura de la Corte Constitucional al afirmar que “la expresión ‘moral cristiana’ designa la moral social, es decir, la moral que prevalecía y prevalece aún en la sociedad colombiana”(1994). Adicionalmente, como antecedentes la Constitución de 1886 establecía múltiples referencias a la moralidad no sólo referentes a la religión -art.40-, sino también, al ejercicio de las profesiones -art. 44 y-, y el derecho de asociación -art.47-.

Es que incluso el Código Civil, la norma de mayor usanza y tradición, se refiere a la moral con una definición negativa, esto es que la define a partir de lo inmoral, como aquello que atenta contra la ley, el orden público y las buenas costumbres. Concepto que condiciona la validez de la ley, al condicionar el contrato, definido expresamente como “ley para las partes” a su conformidad con la moral. En este sentido, se consagra vicios de nulidad como el objeto moralmente imposible e ilícito -art.1518- y la causa ilícita -art. 1524-; las sanciones al modo y las condiciones –suspensivas o resolutorias- que atenten contra la moral -arts. 1151, 1532, 1533 y 1537-; la obligación de declarar la nulidad absoluta -art. 1742-, entre otras sanciones y estipulaciones.

En fin, esta conexión empírica y conceptual se hace evidente en Colombia; de hecho, en esta etapa de construcción jurídica ninguna de las teorías niega dicha relación, porque, el derecho y la moral son mecanismo de control social y como tales siempre tienden a preferir ciertas pautas sociales. Vale la pena aclarar que esa relación necesaria entre derecho y moral en el plano empírico también se presenta cuando se defiende la existencia de un derecho preconstituido, preestatal

7 Al respecto, se encuentran los diferentes estatutos anticorrupción, cuya última versión Ley 1474 de 2011 consagra una gran cantidad de inhabilidades en la contratación estatal para financiadores de campañas, interventores, ex servidores públicos y contratistas incumplidos. Incluso una ilustración más impactante del valor de la moral reside en la consagración constitucional de inhabilidades permanentes para quienes sean condenados por delitos contra el patrimonio público o por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico– art. 122.C.P.-

8 Art. 13. Ley 153 de 1887. "La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva".

o previo a la tarea legislativa. Prueba de ello, se encuentra en las multitudinarias declaraciones de derechos, como: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; entre otros.

En el plano teórico, Robert Alexy argumenta que hay una relación necesaria entre derecho y moral porque *“el juez o el legislador que no erigiera una pretensión de corrección (al establecer o aplicar normas) incurriría en una especie de contradicción performativa”* (Atienza & Ruiz Manero, Octubre 2007) (Alexy & Bulygin, 2001). En este sentido, otros autores consideran que *“Desde este punto de vista, la corrección de las normas se nos revela como una disposición que éstas necesitan para ser operativas”* (García, 2009, pág. 22). En efecto, para Alfonso García Figueroa, la inclusión de la moralidad como pretensión de corrección, en esta esfera de creación jurídica, es una exigencia para la operatividad del derecho. Al respecto, señala:

“En consecuencia, los teóricos del Derecho no deberíamos desatender el aspecto interno de las normas y la relevancia de su aceptación, según aprendimos (parece que paradójicamente) del positivista Herbert L. A. Hart ¿Qué sucedería entonces si una norma no pudiera incorporarse a las inferencias prácticas de un ser humano razonable porque su contenido fuera inaceptable? ¿Qué sucedería si una norma careciera completamente de esta disposición a insertarse en el razonamiento práctico de un individuo razonable? Desde luego, tal norma devendría inoperante en algún sentido, lo cual es particularmente grave tratándose de normas cuyo propósito consiste en ser operativas, en modificar la conducta de alguien” (García, 2009, pág. 22).

Ahora bien, es innegable la relación entre derecho y moral en la deliberación y creación de las normas jurídicas, en el cual no sólo se vislumbran referencias indirectas e imprecisas, sino referencias claras y concretas. Pretensión de corrección, operatividad o aceptabilidad de las normas por sus destinatarios, son consecuencias ineludibles de esta relación. En este punto, se afirma que tanto positivistas como neoconstitucionalistas están de acuerdo en afirmar la conexión entre derecho y moral.

En segundo lugar, la complejidad de la relación entre derecho y moral se presenta en la **identificación del derecho**, momento jurídico donde se presentan las mayores controversias. No obstante, para vislumbrar su alcance se hace necesario diferenciar la existencia y la validez jurídica, con el fin de demostrar que el neoconstitucionalismo no plantea nada novedoso, pues aunque revalúa el positivismo clásico, él mismo no se ve superado, ya que las premisas adoptadas

por esta tendencia vanguardista son defendidas por el positivismo, en su versión débil o inclusivo.

En el estudio de la existencia del derecho tanto el positivismo, versión clásica e incluyente, como el neoconstitucionalismo recurren a criterios formales, es decir, a la verificación de ciertas condiciones como competencias, procesos y demás requisitos de producción del derecho; de modo que, al cumplir esas estipulaciones, se está en presencia de una norma jurídica. De hecho “*el mínimo común denominador de los principales exponentes del positivismo jurídico, desde Bentham y Austin hasta Carrió, Bulygin y Raz, pasando por Kelsen, Ross y Hart, (...) es que el derecho puede definirse, identificarse y describirse sólo en términos fácticos, tomando en cuenta ciertas propiedades que son valorativamente neutras*” (Nino, 1994, pág. 23)

La mayoría de neoconstitucionalistas no radicales están dispuestos a admitir esta consideración en cuanto a la identificación de la existencia del derecho, aun cuando cuestiona las susodichas *propiedades neutras*. Pero dejando a un lado las objeciones, en este punto, se presenta una frontera entre la moral que se excluye e incluye en el derecho. Así, por una parte, se encuentra la moral social, institucional o legalizada, y por otra, se encuentra la moral que queda por fuera del derecho, esta es, la moral crítica.

Ahora bien, a pesar del acuerdo entre las diferentes corrientes, se presentan varias diferencias. En principio, se parte de una premisa general, según la cual *sólo es derecho aquellas pautas que cumplan con los requisitos de producción establecidos en la norma básica de identificación, sino cumple esos requisitos será cualquier cosa, menos derecho*. Sin embargo, un autor que se puede incluir entre los neoconstitucionalistas, no asume esta posición: es el caso de Dworkin, quien, de hecho, critica la teoría del linaje, pedigrí, origen o autoridad, la cual establece test de contenidos neutros para la identificación del derecho existente, cuya satisfacción es independiente de toda consideración moral.

Dworkin aduce que los principios jurídicos no podrían satisfacer los test de linaje, que su existencia y naturaleza moral es incompatible con el positivismo, de tal manera que una versión de esta tendencia que admita la existencia y naturaleza moral de los principios es incoherente (Waluchow, 2007, pág. 190). En este sentido, afirma que “*Junto a las normas, existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa*” (Calsamiglia. En: Dworkin, 1995, pág. 9).

Al parecer, el argumento de Dworkin es muy persuasivo, pero pasa por alto que el positivismo no es una tendencia estática y, una de sus versiones desarrolladas es compatible con los principios de naturaleza moral; que de hecho, la presencia de estos no es incompatible con la tesis defendida de una relación contingente entre

derecho y moral. En este sentido, es importante diferenciar entre principio moral (independientemente de cuál sea la moral defendida) y principio jurídico, pues si bien puede darse el caso de que todos los principios jurídicos sean morales, no todos los principios morales son jurídicos, la existencia de un principio como jurídico depende del cumplimiento de ciertos requisitos de existencia.

Ahora bien, una cosa es la identificación de un principio como jurídico y otra, muy diferente, la determinación de su contenido, pues se puede tener claridad sobre la formulación de un principio jurídico de naturaleza moral, ej, dignidad humana, contenido en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia, pero muy poca claridad sobre su alcance que en muchas ocasiones requerirá de una deliberación moral; sin embargo, esta deliberación no es condición *sine qua non* de su calificación como derecho existente.

Tras el análisis de la relación entre derecho y moral en la determinación de la existencia del derecho, se evidencia que el positivismo al menos en su versión incluyente, dúctil, corregido o postpositivista, no ha sido derrotado, pues los críticos han atacado un enemigo fantasma, ya que aceptar una naturaleza moral de los principios jurídicos, la cual se evidencia al vislumbrar su alcance y aplicación en el caso concreto, no es incompatible con las posiciones que defienden una posición contingente entre el derecho y la moral. Es así como muchos neoconstitucionalistas están de acuerdo en alejarse de la argumentación de Dworkin, y en este sentido hay una gran compatibilidad entre las premisas adoptadas por varios neoconstitucionalistas como Prieto Sanchís, Peces Barba, y varios positivistas como Hart, Kelsen, e incluso Luigi Ferrajoli.

Pero dejando atrás la identificación de la existencia, se pasa a la identificación de la validez del derecho, un punto álgido en la controversia, pues “*el concepto de validez jurídica es crucial en el discurso justificatorio (pero también en el interpretativo y en la identificación del derecho), ya que es el concepto que hace de puente entre ese discurso (jurídico) y el discurso moral más amplio*” (Nino, 1994, pág. 72)

En la validez del derecho, las relaciones entre derecho y moral varían considerablemente del positivismo clásico y excluyente, al inclusivo y por supuesto al neoconstitucionalismo. Así, en el primero, la validez del derecho tiende a confundirse con el juicio de existencia del mismo debido a que su teoría se limita a la verificación de aspectos formales, mejor dicho a la comprobación de que la norma fuera dictada efectivamente por quien tenía la competencia y siguiendo el proceso estipulado, independientemente del mérito o desmérito de su contenido (Hart, 1968; Kelsen, 2009, pág. 112-113).

En este sentido, se presenta una situación de separación entre el derecho y la moral, pues tal como afirma Raz la moral esta necesariamente excluida del concepto de

derecho, a diferencia de las otras tendencias donde la moral empieza a jugar un rol protagónico (Alexy, 2008, pág. 80). No obstante, aunque en ambos casos se requieren satisfacer requisitos sustanciales que miran el contenido de la normativa, dichos requerimientos tienen que ver con el respeto de los principios o valores fundamentales que se han instaurado en la regla de reconocimiento (Prieto Sanchís, 1997). En este punto, surge una diferenciación importante con el iusnaturalismo, pues no es la concordancia frente a cualquier principio moral o valor lo que se verifica al realizar el juicio de validez, sino el respeto por los principios y valores que cumplan una condición especial: que hagan parte de la regla de reconocimiento que ha establecido el ordenamiento jurídico.

Así para el positivismo clásico el examen de validez del derecho sólo tiene en cuenta parámetros formales, pues no interesa cuales sean los principios, postulados o valores que defiendan el ordenamiento jurídico. En cambio, en el iusnaturalismo, si bien se puede realizar el examen de validez con la misma metodología, los postulados, principios o valores que sustentan todo el ordenamiento jurídico tienen una naturaleza moral que debe ser respetada por toda norma, pues en caso contrario, aun cuando cumpla con los demás requisitos de validez, será considerada como una norma existente pero no válida.

En este contexto, la indiferencia del positivismo clásico por el mérito de las normas jurídicas, abre las puertas a la tendencia incluyente, que defiende una conexión contingente entre la moral y el derecho, de manera que no serán sólo criterios formales o materiales los que se han de utilizar para realizar el examen de validez de las normas jurídicas, sino que se han de tener en cuenta ambos criterios. Así, la consideración de parámetros morales para invalidar algunas normas jurídicas, cuando estos se encuentran consagrados en el sistema jurídico, es claramente compatible con el positivismo incluyente.

En esta última parte las fronteras entre el neoconstitucionalismo y el positivismo incluyente tienden a desaparecer; sin embargo, es importante advertir que, así como hay varias tendencias del positivismo, también hay varias del neoconstitucionalismo. En efecto, una de estas corrientes defiende una conexión necesaria, es el caso de Dworkin, y la otra, proponen una conexión condicionada a que esas reglas o principios hagan parte de la regla de reconocimiento, tesis afirmada por la gran mayoría de autores.

En efecto, en los ordenamientos jurídicos actuales, el análisis de validez implica la conformidad con los principios y derechos fundamentales de las cartas constitucionales, y más específicamente, de los bloques de constitucionalidad; por tanto, se presenta no sólo una validez formal sino también una sustancial (Ferrajoli, 2007). En este sentido, se afirma que *“la validez de las normas jurídicas no puede*

derivar de meras circunstancias de hecho, [...pues] tiene necesariamente que derivar de valoraciones extrajurídicas como es la legitimidad de las autoridades supremas del orden jurídico para prescribir normas jurídicas” (Nino, 1994, pág. 66). Además de este argumento, la incidencia de la moral o defectos morales en la validez se prueba con actuaciones institucionales de los ordenamientos jurídicos al descalificar las normas de facto y al realizar el control de constitucionalidad sobre la normativa infraconstitucional.

Una clara ilustración de estas premisas se encuentra en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, en casos tan controvertidos como la reelección presidencial donde plantea la tesis de la sustitución de la constitución (2003, 2005, 2010), según la cual el poder constituyente derivado tiene competencia para reformar la Constitución, más no para sustituirla. Por tanto, todo cambio en la identidad del texto constitucional que desnaturalice su contenido esencial implica un vicio de competencia por exceso en el ejercicio del poder reformatorio. Planteamiento del que se deriva la existencia moderada de unos contenidos intangibles o cláusulas pétreas conformadas por los principios fundantes o definitorios de la Constitución.

En el ámbito teórico, Robert Alexy distingue tres formas en que los defectos morales del derecho afectan la validez jurídica: i) perdiéndola en todos los casos; ii) perdiéndola sólo en algunos casos; y, iii) no afectándola. Así en la primera se dice que *“las reglas inmorales no son jurídicamente válidas”* (Alexy, 2008, pág. 81); en la segunda, ni siempre, ni nunca se socava la validez, pues los defectos jurídicos sólo la afectan *“si y sólo si se traspasa el umbral de la injusticia extrema”* (Alexy, 2008, pág. 83); y, la tercera, que postula que no se afecta la validez jurídica, porque *“la conexión entre derecho y moral no es de naturaleza clasificatoria sino sólo de tipo ideal o cualificatoria”* (Alexy, 2008, pág. 85).

En este sentido, la Corte Constitucional y otros tribunales constitucionales han implementado la teoría de las sentencias condicionadas para modular el efecto de sus sentencias; en efecto, en lo que ha validez respecta, la alta Corte en algunos casos suprime, adiciona o interpreta una disposición jurídica de modo que la norma respete los postulados superiores. Así los parámetros de injusticia y demérito de una disposición se relacionan con la vulneración a principios y derechos fundamentales, tales como la igualdad en casos relacionados con la equiparación de derechos y garantías de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales⁹; de las parejas del mismo sexo, la unión marital de hecho y las parejas con vínculo matrimonial¹⁰. Así como,

9 Corte Constitucional. Sentencia C- 105 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía.

10 Al respecto, Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

en los asuntos relacionados con el intérprete autorizado de la Carta Constitucional, la defensa del precedente judicial y administrativo¹¹.

Por ello, hoy no existe duda de que los principios constitucionales y los derechos fundamentales han dado un giro al análisis de la validez, cambio que enfatiza el neoconstitucionalismo y, al que se adapta el positivismo. Es así como el positivismo no es indiferente a la transformación de los sistemas jurídicos y al análisis de validez, por ello, una de sus versiones -positivismo inclusivo- admite la introducción de parámetros morales en este juicio, estableciéndose un claro punto de encuentro y conexión, no sólo entre el derecho y la moral, sino también, entre el neoconstitucionalismo y el positivismo, reconocido por todos los operadores jurídicos¹².

En tercer lugar, y luego de estudiar los parámetros de validez, surge en la empresa del jurista un momento crucial de su quehacer, la tarea de asignar significado a los actos lingüísticos, textos y prácticas como paso ineludible para la efectiva aplicación del derecho, es el momento de *la interpretación jurídica*.

En este campo el neoconstitucionalismo con su imperialismo de la moral cree derribar al positivismo al criticar un razonamiento cognoscitivo y propender por un razonamiento práctico, complejo o simplemente moral. Lo cierto es que si bien arremete contra la versión clásica, deja incólume al positivismo incluyente, pues desde esta postura también se puede recurrir a este razonamiento, de hecho no hay muchas diferencias entre esta tendencia y el neoconstitucionalismo, quizás la más importante sea que la primera asume una conexión contingente del derecho y la moral, mientras, la segunda defiende *supuestamente* una relación necesaria, una postura claramente sostenida por Alexy y Carlos Santiago Nino (Barberis, 2005, pág. 265).

Sin embargo, esta relación se torna problemática en virtud de la división entre casos fáciles y difíciles, pues se consideraba –por el positivismo- que sólo se apelaba a un razonamiento moral en los casos difíciles cuando la decisión estaba a discreción del juez, ésta era al menos la postura inicialmente propuesta por Hart (Waluchow, 2007, pág. 284) Ello es así, pues no se contrasta la tarea cognoscitiva frente a la volitiva del operador jurídico, ya que el positivismo al aceptar la textura abierta no sólo acepta la discreción sino el carácter creativo de la tarea judicial, sólo que, el razonamiento práctico que se pretendía tener sólo en los casos difíciles se extendió

11 Al respecto, Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

12 Al respecto, la Corte Constitucional ha afirmado que: “No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico.” (1994).

a todos los casos, sean fáciles o difíciles, pues los factores morales determinan el real significado y alcance de las reglas jurídicas (Waluchow, 2007, pág. 277).

Tal situación encuentra justificación en la necesidad de evitar absurdos manifiestos o resultados moralmente repugnantes (Waluchow, 2007, pág. 287). En esta medida, un razonamiento práctico se vislumbra en las controversias jurídicas, y con él, ciertos argumentos que apelan al espíritu de la ley, pues se ha revaluado la reducción a una interpretación meramente cognoscitiva y literalista, para pasar a una interpretación que delimite el alcance normativo teniendo en cuenta los propósitos del legislador, las finalidades de la norma y las consecuencias de la misma en determinado contexto.

En este sentido la interpretación deja de fundarse en la subsunción para adoptar la ponderación, pues la textura de las normas ya no de reglas sino de principios exige adoptar nuevos modelos de interpretación que permitan la defensa de los derechos y garantías de los ciudadanos. En este sentido, se presenta múltiples casos donde la razón práctica y moral justifican la adopción de las normas jurídicamente válidas, como acontece en decisiones de gran impacto moral como:

- i. La despenalización del aborto tras la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada, en tres casos: a) cuando el embarazo constituya peligro para la salud o la vida de la mujer; b) cuando exista graves malformaciones del feto que hagan inviable su vida; y, c) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento (violación), abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto (Corte Constitucional, 2006).
- ii. La Sentencia C-239 de 1997, en la que se pondera la vida como valor constitucional, el deber del Estado de protegerla *Vs* la autonomía individual y la dignidad humana, y se decide exhortar al legislador a regular la muerte digna. En ella se pone de presente, que el homicidio por piedad no es en todos los casos una conducta antijurídica, se debe valorar el caso concreto y por ello, realza el valor de la dignidad de la persona, pues no se trata de vivir como un solo hecho biológico, sino de vivir con dignidad. Es así como afirma la Corte que: *“El Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad”*.
- iii. La Sentencia C-221 de 1994, pronunciamiento en que la Corte Constitucional despenaliza la dosis mínima. En esta providencia se analiza el artículo 51 de la

Ley 30 de 1986 que penaliza de diversas formas el consumo de drogas¹³, y tras ponderar los derechos a la salud *V/s* la autonomía individual, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, la Corte concluye que el Estado no es el dueño de la voluntad y la vida de las personas, por tanto, no puede obligar a las personas a recibir tratamientos médicos en contra de su voluntad.

En síntesis, en el campo interpretativo el neoconstitucionalismo si bien propende por un discurso práctico y por la consideración de aspectos valorativos, los positivistas tampoco desconocen estos aspectos; de hecho, ya habían reconocido la dimensión valorativa en esta tarea, pues al decir de Carlos Santiago Nino:

“Sin recurrir a principios valorativos no es posible elegir entre dos o más normas contradictorias, llenar una laguna, seleccionar el sentido de una expresión o de una conexión sintáctica ambigua o fijar el límite de aplicabilidad de una expresión real o potencialmente vaga. Los diferentes criterios de interpretación a que se suele aludir para resolver estos problemas, sufren ellos mismos, de indeterminaciones, y, dadas sus propias inconsistencias, ..., no pueden ser aplicados sin una previa opción valorativa” (Nino, 1994, pág. 95) “...el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral. El reconocimiento de esta última (...) conexión (...) implica descalificar el encubrimiento de la dogmática jurídica y otras alternativas de reconstrucción jurídica...” (Nino, 1994, pág. 128).

Ahora bien, es claro que la interpretación del derecho no es igual a la de antaño, la nueva estructura de las normas y las dificultades propias de la hermenéutica exigen recurrir a parámetros como la ponderación, a razonamientos prácticos como la

13 Art. 51. Ley 30 de 1986. “Artículo 51. El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta ley, incurrirá en las siguientes sanciones:

“a) Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.

“b) Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero.

“c) El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto.

“La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de ésta a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva Seccional de Medicina Legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquella.

moral. En este punto, neoconstitucionalistas y positivistas, generalmente, están de acuerdo, salvo algunas personas que defienden un razonamiento silogístico como García Amado y Luigi Ferrajoli (García Amado, 2007; Ferrajoli, 2001)□.

En cuarto lugar, el neoconstitucionalismo defiende un nexo necesario en la *justificación del derecho*, Barberis citando a Nino argumenta que “*el derecho, en cuanto hecho, sólo pueda considerarse obligatorio si está justificado, o sea si está apoyado en premisas morales*” (Barberis, 2005, pág. 265). En este sentido, es más enfático Nino, al considerar que:

“Este imperialismo del discurso moral implica que no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación de razones morales” (Nino, 1994, pág. 82) “...indudablemente que el derecho tiene una conexión justificatoria esencial con la moral, y que las necesidades de los diferentes discursos exigen, (...) que esa conexión se vea reflejada de forma apropiada en los esquemas conceptuales que se ofrecen para servirlos” (Nino, 1994, pág. 83).

Esta posición no es opuesta al positivismo metodológico, pues si bien éste no es enfático en la justificación del derecho, reconoce que el derecho como hecho social, no podría ser concebido intrínsecamente como obligatorio, de ahí que “*la única justificación de la obligatoriedad del Derecho se debe, en última instancia, a su conformidad con la moral*” (Barberis, 2005, pág. 265)

Ahora bien, se considera que quienes atribuyen al positivismo una negación de la relación entre derecho y moral, parten del supuesto equivocado de “*que los positivistas verían al derecho como un sistema normativo que provee razones para justificar acciones y decisiones, sin necesidad de servirse de consideraciones externas a ese derecho(...)*los positivistas recurrían al derecho positivo de una sociedad en su razonamiento práctico (...) como fuente autosuficiente y final de justificación” (Nino, 1994, pág. 21).

Pero, como se evidencia hasta los positivistas consideran que el derecho se provee de justificaciones morales, por lo tanto, no hay una innovación del neoconstitucionalismo. Incluso se vislumbra que los iusnaturalistas y neoconstitucionalistas, al criticar al positivismo, parten de una falsa premisa y es que “*el concepto puramente descriptivo de derecho del positivismo conceptual lleva implícitamente al positivismo ideológico, o sea, a la tesis de que un sistema que satisface las condiciones fácticas de juridicidad provee razones autónomas para justificar acciones o decisiones, cualquiera que sea la justicia o legitimidad de las prescripciones que constituyen ese sistema*” (Nino, 1994, pág. 26).

No obstante, se puede evidenciar que en el plano de la justificación tanto el neoconstitucionalismo como el positivismo apelan a la moral.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la actualidad es común encontrar afirmaciones sobre el estado agonizante del positivismo jurídico; sin embargo, en la mayoría de los casos se debe a un análisis somero del asunto, a la elaboración de un enemigo fantasma, de un hombre de paja, sobre el cual se alzan victoriosos con argumentos poco innovadores, con presupuestos poco admisibles como la estaticidad de la corrientes jurídicas, la univocidad de sus premisas y la defensa unánime de las mismas por quienes dicen ser positivistas.

Pero realmente se hace necesario matizar las apreciaciones, pues las posturas no son tan radicales; de hecho, se ha demostrado que las tesis del neoconstitucionalismo que vanaglorian una moralización de los ordenamientos jurídicos no revalúan radicalmente al positivismo, pues éste —al menos un gran sector del mismo— ha sobrevivido y se ha adaptado a las nuevas condiciones del orden jurídico, de ahí la calificación de positivismo inclusivo.

Es así como se ha demostrado que la superación radical del positivismo (Zagrebelsky, 1997) no es más que un falso dilema, una falsa apreciación que se ha develado en los momentos jurídicos de mayor transcendencia. Así, en la creación del derecho, donde los presupuestos morales son ineludibles para la elección de las pautas que se consideraran derecho.

Con la identificación del derecho, se presenta cierta novedad, pero no en la determinación de la existencia del derecho, sino en la determinación de su validez donde se insertan consideraciones de tipo sustancial; sin embargo, el positivismo en su versión incluyente se adapta a los nuevos presupuestos de los ordenamientos jurídicos.

En el momento interpretativo, si las grandes críticas al positivismo habían sido recogidas por sus representantes, el neoconstitucionalismo no promueve algo novedoso al abrir la interpretación a consideraciones valorativas. Su novedad radica en el gran énfasis que impone en este punto, así como la relevancia que tiene estas consideraciones en el derecho práctico, una importancia que no deriva tanto de la tarea interpretativa como del valor normativo que han adquirido principios y postulados de contenido moral por el cambio paradigmático que ha sufrido la cultura jurídica después de las posguerras mundiales.

Frente a la justificación, es claro que no hay una superación del positivismo, pues de hecho éste nunca defendió tener razones autónomas para justificar el derecho, a excepción del positivismo ideológico. Sin embargo, como la doctrina lo afirma, éste último fue más una creación de los críticos que de los defensores del positivismo (Bobbio, 1999), por lo tanto no hay una controversia sino un acuerdo entre las tendencias para justificar el derecho en consideraciones extrajurídicas.

Por lo antes expuesto, se demuestra que en la teoría jurídica entre el derecho y la moral no hay una relación tan contradictoria y antagónica, pues esa adversidad de la tesis de la unión y de la separación, no constituye más, que un falso dilema. En efecto, el antagonismo presupone los postulados de un iuspositivismo del siglo XVIII, sin tener en cuenta su evolución y adaptación a la nueva cultura jurídica: la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos.

Además, los juicios de decadencia del positivismo desconocen que en el (neo) constitucionalismo existen peligros y contradicciones internas, similares a las del propio iuspositivismo. Es así, como uno de los mayores peligros que se divisan, en esta tendencia, es el de hacer referencia a una moral, sin hacer distinciones entre una moral positivizada y una crítica, pues al no diferenciar se corre el riesgo de caer en arbitrariedades, que eximen al operador jurídico de su responsabilidad política y social hasta el punto de eliminar la crítica. Además de caer en una ideología para nada diferenciable de la acuñada al positivismo, de la cual supuestamente derivaría una obligación incondicionada de obediencia, donde el derecho representaría el carácter de lo justo y de lo injusto, debido a que el criterio de justicia como calificativo del derecho se reduce a la noción de validez, que vendría acuñada en las constituciones, de ahí que sólo sería derecho justo el válido. Como se aprecia, una tendencia poco diferenciable del denominado positivismo ideológico o legalismo, tendencia donde el derecho se reduce a la ley, y el juicio de legalidad se confunde con el juicio de justicia (Bobbio, 1998, pág. 231).

Tal peligro es claramente viable, pues la defensa de la moral positivizada implica para un sector de la doctrina una *ciencia jurídica comprometida*, en la cual se confunde el juicio de constitucionalidad con el juicio moral, y donde toda decadencia moral se reduce en una decadencia jurídica. No obstante, no se debe pasar por alto la existencia de una moral crítica, que permite perfeccionar el juicio constitucional sobre el de legalidad; asimismo, sobresalen los múltiples casos en que la moral influye en el derecho, como en los ámbitos de creación, identificación de la existencia y validez, interpretación y justificación del derecho. Por ello, se concluye que la conexión entre el derecho y la moral no es necesaria, aun cuando la defiendan algunos neoconstitucionalistas; tampoco es una conexión inexistente, a pesar de la defensa del positivismo excluyente, sino una conexión contingente como en la teoría y la praxis se presenta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (E. Garzón Valdés, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1994). *El concepto de validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.

- Alexy, R., & Bulygin, E. (2001). *La pretension de corrección del derecho : la polémica Alexy -Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (Octubre 2007). *Dejemos atrás el positivismo jurídico*. *ISONOMÍA* (27).
- Bayón, J. C. (2002). *El contenido mínimo del positivismo jurídico*. En: Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel. Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá. Vol. 2, 33-54.
- Barberis, M. (2005). *Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral*. En: M. Carbonell, *(Neo)constitucionalismo* (págs. 259-278). Madrid: Trotta.
- Bobbio, N. (1998). *El Positivismo Jurídico*. Madrid: Debate.
- Bobbio, N. (1999). *El problema del positivismo jurídico*. Sexta edición. México: Fontamara.
- Calsamiglia, A. (1998). *Postpositivismo*. *Doxa*, I (21), 209-220.
- Carbonell, M. & García, L. (Ed). (2010). *El canon neoconstitucional*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Comanducci, P. (2002). *Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico*. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (16), 90-112.
- Comanducci, P. (2003). *Las conexiones entre el derecho y la moral*. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Vol. VIII, (12), 15-26.
- Consejo de Estado. (2007) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de agosto. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Rad. 88001233100020040000901. Acción Popular.
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-221. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- _____ (1994). Sentencia C-224. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía
- _____ (1997). Sentencia C-239. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- _____ (2003). Sentencia C-551. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett
- _____ (2005). Sentencia C-1040. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa y otros.
- _____ (2006). Sentencia C-355. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería & Clara Inés Vargas Hernández
- _____ (2010). Sentencia C-141. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2001). *Pasado y futuro del estado de derecho*. *Revista Internacional de Filosofía Política*. Julio (17), 31-46.

- _____ (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- _____ (2001). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- _____ (2007). *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- _____ & otros. (2012). Un debate sobre el constitucionalismo: monográfico revista Doxa, núm. 34. Madrid : Marcial Pons.
- García Amado, J. A. (2007). *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*. En: *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Europeo. En línea: [<http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/relevancia.pdf>]
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Garzón Valdés, E. (1990). *Algo más acerca de la relación entre derecho y moral*. Doxa, (8), 111-130.
- Gaviria Díaz, C. (1992). *Temas de Introducción al Derecho*. Medellín: Señal Editora.
- González de la Vega, R. & Lariguet, G. (2013). *Problemas de filosofía del derecho. Nuevas Perspectivas*. Bogotá: Temis.
- Guastini, R. (2005). *La constitucionalización del Ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Segunda edición. Editorial Trotta. Madrid.
- Hart, H. L. A. (1968). *El concepto de derecho*. Argentina: Abeledo Perrot.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. 4ª ed. 9ª reimp. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires -Eudeba-.
- Nino, C. S. (1994). *Derecho, Moral y Política: Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Pino, G. (2011). *Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos*. Doxa, (34), 201-228.
- Prieto Sanchís, L. (1997). *Constitucionalismo y Positivismo*. México: Fontamara.
- Prieto Sanchís, L. (2007). *Derecho y Moral en la época del Constitucionalismo Jurídico*. Revista Brasileira de Direito Constitucional , 67-85.
- Pozzolo, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación*. (trad. Vilajosana, J.). Doxa, (21), 339-353.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- Roca, V. (2007). *Una mirada a “algo más acerca de la relación entre derecho y moral” (1992) de Ernesto Garzón Valdés*. Doxa, (30), 165-170.
- Waluchow, W. J. (2007). *Positivismo Jurídico Incluyente*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. Madrid: Trotta.