

EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO EN LA TEORÍA JURÍDICA Y EL NEO- (O NUEVO) CONSTITUCIONALISMO*

*Yezid Carrillo De La Rosa***

RESUMEN

El presente artículo es producto del proyecto de investigación “El problema de la validez y del actual sistema de fuentes en el derecho colombiano”. Su propósito consiste en llevar a cabo un acercamiento, desde la perspectiva analítica y crítica, a los conceptos de derecho y validez jurídica en la filosofía del derecho y el neo o (nuevo) constitucionalismo.

Palabras clave: Validez jurídica, positivismo, neoconstitucionalismo, moral, eficacia.

ABSTRACT

This article is a research breakthrough research project coming to an end “the problem of the validity and the present system of sources in Colombian law.” Its purpose is to carry out an approach, from the analytical and critical perspective, the concepts of law and legal validity in legal philosophy and neo or (new) constitutionalism.

Key words: Validity, positivism, neoconstitutionalismo, moral, efficiency.

Fecha de recepción: 30 de agosto de 2012

Fecha de evaluación del Par: 23 de septiembre de 2012

Fecha de aprobación: 29 de octubre de 2012

* Artículo de Reflexión producto del proyecto de investigación “El problema de la validez y del actual sistema de fuentes en el derecho colombiano” patrocinado por la Universidad de Cartagena (Colombia) y desarrollado entre enero-diciembre de 2011; responde a la línea de investigación en “problemas actuales de la teoría jurídica y su impacto en el derecho colombiano, del Grupo de Investigación de Teoría jurídica y derechos fundamentales “phronesis”.

** Profesor de Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, sede Cartagena y Profesor de Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Candidato a doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y Licenciado en Filosofía y Letras de la Universidad Santo Tomas, Director del Grupo de investigaciones en Teoría jurídica y derechos fundamentales “Phronesis”. yezidcarrillo@hotmail.com; yezidcarrillo@gmail.com; yezid.carrillo@unilibrectg.edu.co.

1. INTRODUCCIÓN

El problema del concepto y la validez del derecho es, sin lugar a dudas, uno de los más antiguos de la filosofía y la teoría del derecho. Desde la perspectiva iusnaturalista estos problemas estaban resueltos por referencia a ciertos valores superiores que se consideraban incuestionables o autoevidentes a la razón o a las creencias de los hombres; de suerte que si alguien quería saber qué era el derecho y si una determinada norma debía ser obedecida simplemente la confrontaba con esos principios o valores ideales y supra-históricos, que constituían la esencia del verdadero derecho.

Para el positivista el problema de la validez jurídica de las normas constituirá uno de los problemas neurálgicos, pues al desconectar el derecho de la moral e identificar el derecho con el derecho creado históricamente (positivo), no podrá justificar la obediencia al derecho por referencia a una pauta moral (derecho natural), sino jurídico. No obstante, el positivismo, luego de dos siglos de defender la obediencia y la validez del derecho por referencia a una fuente histórica (tesis de las fuentes sociales) no podrá explicar ¿por qué debemos obedecer el derecho injusto?

Los juicios de Núremberg replantearán el concepto positivista de derecho, la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral y el lugar del razonamiento moral en la argumentación judicial; sumado a lo anterior, la proliferación de tratados internacionales que intentan reconocer y garantizar una serie de derechos humanos, la rematerialización de las constituciones que incluyen un catálogo de derechos morales positivizados (derechos fundamentales), replantean nuevamente la discusión sobre el concepto de derecho y la validez jurídica en la teoría jurídica y el constitucionalismo actual.

Para muchos, el problema del concepto y la validez del derecho es abstracto y sin ninguna repercusión en el ámbito social, político o jurídico.

Evidentemente, la discusión sobre qué es derecho o cómo identificamos a las normas sociales coactivas y vinculantes en una comunidad exige una aproximación analítico-discursiva; sin embargo, las conclusiones “teóricas” a las que lleguemos tienen implicaciones prácticas que nos remite, por un parte, a la cuestión de qué conductas son optativas y cuáles obligatorias en un grupo social y, por otra, a la legitimidad del ejercicio del poder en una comunidad política.

En la modernidad el discurso sobre la validez del derecho revistió más importancia para los teóricos del poder político, porque, en últimas, las reglas jurídicas se convirtieron, cada vez más, en razones excluyentes de otro tipo de argumentos para la aceptación o no del ejercicio del poder dentro del Estado.

Finalmente, debemos señalar que este ensayo se ubica en el área de la teoría jurídica y se desarrolla a partir de dos planos o estrategias metodológicas: una, analítico-conceptual que nos permite identificar la forma como determinados enfoques teóricos que han dado cuenta de estos conceptos y, otra, práctico-dialéctica que nos permite evaluar y criticar los diferentes enfoques desde la perspectiva teórica.

2. DIVERSOS CONCEPTOS DE DERECHO Y DE VALIDEZ

Un lugar común en el análisis del concepto de validez nos remite a la tradicional clasificación propuesta por Bobbio que distingue en una norma jurídica el problema de su justicia, el de su eficacia y el de su validez. El problema de la justicia (problema deontológico) tiene que ver con la correspondencia o no de una norma con un sistema de valores que fundamentan un ordenamiento jurídico (Bobbio, 1992, p. 20). La cuestión de la eficacia (fenomenológico) nos remite a la pregunta de si la norma es o no cumplida y acatada por sus destinatarios o si en el caso de que no sea cumplida, esto es, trasgredida, existen los medios coercitivos y estos son usados por las autoridades para hacer cumplir las normas.

Finalmente, el problema propiamente de la validez (problema ontológico) nos remite al asunto de la existencia de la norma jurídica, independientemente de su justicia o eficacia y que, según Bobbio, exige determinar si la autoridad que la expidió tenía competencia y legitimidad según la norma fundamental, si no ha sido derogada y si no es incompatible con una norma superior (Bobbio, 1992, p. 22).

Alf Ross (1993), por su parte, ha señalado que:

(...) el concepto de validez puede usarse como sinónimo de “eficacia jurídica” como cuando se usa en el campo de la dogmática jurídica, como “eficacia sociológica” que se identificaría con la existencia efectiva y real de una norma o de un sistema jurídico, por oposición a los meros proyectos de normas o a las reglas o pautas imaginadas, y como sinónimo de “fuerza obligatoria moral” como se entiende por la teoría del derecho natural. Para Ross, es el segundo uso el que revela el verdadero sentido de “validez” (pp. 26-27).

Tanto el enfoque propuesto por Bobbio como por Alf Ross, tiene las limitaciones propias del enfoque formalista y positivista al identificar la validez del derecho únicamente con su validez formal.

Desde una perspectiva más analítica, Alexy distingue entre eficacia, corrección moral y legalidad. Quien priorice la corrección moral defenderá un concepto iusnaturalista, y quien la excluya y priorice la legalidad o la eficacia defenderá un concepto positivista de derecho. La eficacia al concepto sociológico de validez o validez social, la corrección moral al concepto ético de validez o validez moral y el de legalidad al concepto jurídico de validez. No obstante, este último criterio de validez aparece entremezclado con los dos conceptos anteriores, pues una norma o un sistema de normas que no obtiene un mínimo de validez o eficacia social, difícilmente puede valer jurídicamente, por ello, sostiene Alexy, la validez jurídica incluye necesariamente elementos de la validez social, en este caso se trata de un concepto positivista de la validez jurídica; pero puede suceder que el concepto de validez jurídica incluya elementos de validez o corrección moral, en este

caso estamos frente a un concepto no positivista de validez jurídica (1997, pp. 21-22).

Nino también ha sugerido que el concepto de validez puede significar, en primer lugar, que una norma o un sistema jurídico existen simplemente. En segundo lugar, que determinada norma o un sistema jurídico constituyen un sistema válido de razones que justifican determinado curso de acción y que, en consecuencia, existe una obligación moral de obediencia porque lo que se declara prohibido, permitido u obligatorio efectivamente así lo es. En tercer lugar, puede usarse para sostener, (a) que una norma es válida porque existe otra norma jurídica que reconoce su aplicación y cumplimiento obligatorio; (b) que es válida porque ella ha sido sancionada por la autoridad competente dentro de sus límites conforme a otra norma jurídica que la autorizaba; (c) que una norma pertenece a un cierto sistema jurídico; en estos casos la validez no se puede predicar de todo un sistema jurídico porque siempre existirá una norma última de la que no puede darse razones (el problema de la autorreferencia). Finalmente, puede usarse el concepto de validez para significar que una norma o un sistema jurídico tienen vigencia o eficacia (1999, pp. 132-133).

Hoy es común, en la teoría jurídica, distinguir entre validez formal, normativa, sociológica y axiológica. La validez formal nos remite a la cuestión de la vigencia, existencia o pertenencia de la norma dentro del ordenamiento jurídico (Soriano, 1993, p. 94) y se identificaría con la idea de “validez” simple propuesta por Bobbio (1992, p. 21). Esta perspectiva de la validez prioriza el aspecto formal o procedimental de producción de una norma (Martínez & Fernández, 1994, p.144).

La validez normativa se entiende como sinónimo de fuerza obligatoria o fuerza vinculante. En este caso, la validez se concibe como una derivación de la existencia y como fundamento de un deber jurídico de actuar conforme al dictado de la norma. La validez normativa presupone la vigencia o validez formal de la norma (Martínez & Fernández, 1994, p. 145). La validez sociológica

de la norma se identifica con la eficacia señalada por Bobbio (Martínez & Fernández, 1994, p. 148). Finalmente, la validez axiológica del derecho nos remite al problema de los valores en el derecho y, especialmente, al problema de la justicia. Esta forma de entender la validez jurídica considera que una norma o un sistema jurídico, para ser considerado válido y obedecido, debe cumplir con ciertos requisitos de contenido adecuado a un determinado sistema de valores (Martínez & Fernández, 1994, p. 147).

Como puede inferirse de lo anterior, el concepto de validez jurídica se encuentra interrelacionado con la idea o el concepto de derecho que se defiende; por ello, cada corriente teórica defiende un modelo de validez jurídica que, a su vez, se corresponde o se deriva del concepto de derecho que propone determinado enfoque filosófico.

3. EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO EN EL POSITIVISMO TEÓRICO FORMALISTA Y ANTIFORMALISTA

Como lo señalamos en la introducción, una cuestión central de la teoría jurídica positivista es la de cómo fundamentar la validez de las reglas creadas mediante decisiones humanas (positivas) en algo distinto de la fuerza bruta, o lo que es lo mismo, cómo distinguir el derecho del poder. El positivismo teórico-formalista, en parte, resuelve el asunto apelando a la idea de supra-legalidad y al argumento del legislador racional y democrático que supone que el derecho no reflejaría el capricho y arbitrariedad del poder, sino una voluntad objetiva, racional y justa (Segura, 1998, p. 30) que se expresa en forma clara y completa en la ley; de allí que lo mejor, para el ciudadano y demás poderes públicos, es someterse al dictado de la autoridad soberana.

Las críticas de las concepciones socialistas del derecho, que muestran la ausencia de neutralidad e imparcialidad de la norma frente a los intereses sociales y las relaciones de poder, y las objeciones de las corrientes sociológicas que señalan no sólo

la inoperancia y la insuficiencia del derecho frente a la realidad social cambiante sino la existencia de lagunas y contradicciones en el sistema de derecho (Segura, 1998, pp. 265-266), hacen insostenible el positivismo teórico-formalista y dan paso a un positivismo teórico-antiformalista que considera que el derecho no se identifica sólo con una forma lingüística y semántica, y exige tener en cuenta el contenido sociológico, histórico, teológico o axiológico que el legislador ha incluido en éste (Segura, 1998, pp. 71-73). No obstante lo anterior, si bien el antiformalismo reconoce que el derecho es portador de un contenido, no existe derecho más allá de la ley ni regla jurídica válida que no tenga la impronta del legislador.

El positivismo teórico analítico identificará el derecho con lo que ordene el soberano que puede o no ser el legislador, pero que se caracteriza porque carece de instancias superiores que lo legitimen o lo limiten. Especial relevancia tiene la teoría de Austin, que supone que existe una obligación si existe una norma y, una norma, si hay un mandato, siendo el mandato la expresión de un soberano que habitualmente es obedecido y que respalda su querer con una sanción (Austin, 1994, p.182), como en el caso del asaltante que ordena a su víctima entregarle el bolso bajo la amenaza de causarle un mal (Hart, 2004, p. 8).

El criterio para identificar el derecho es sencillo: ¿qué ha ordenado el soberano? Sin embargo, el positivismo teórico en ninguna de sus versiones puede justificar porque hay que obedecer al legislador o al soberano y, especialmente, porque hay que obedecer al derecho que consideramos injusto.

4. EL POSITIVISMO METODOLÓGICO O CONCEPTUALISTA

A diferencia del positivismo teórico que quiere definir el derecho, el positivismo metodológico quiere proponer un método que permita identificar el derecho sin intentar definirlo. La teoría de Kelsen tiene ese propósito. Para Kelsen, la validez

de una norma no puede hallarse en un pacto o contrato social, ni en la mera constatación del hecho de que quien emitió la orden es un soberano, sino en otra norma, ello es, en un deber ser. El propósito de la teoría pura del derecho es proponer una metodología que permita describir los sistemas jurídicos positivos (Kelsen, 1970, p. 15), independiente de toda consideración moral o sociológica; de allí su pretendido carácter universal y objetivista (Kelsen, 2006, pp.21 y 108).

Esta ciencia normativa debe posibilitar el paso de una multiplicidad de normas heterogéneas (Constitución, leyes, decretos, etc.), a un sistema jurídico coherente y unitario (Kelsen, 2006, p. 135 y s.s.). La noción de sistema jurídico, por una parte, posibilita el conocimiento del derecho como un todo unitario, completo y coherente (dimensión lógico-epistemológica) y, por otra, le otorga validez a una norma en particular y define su naturaleza y su estatuto ontológico (dimensión ontológica) (Carrillo, 2008, p. 270 y s.s.).

Kelsen distingue entre sistemas nomo-estáticos y sistemas nomo-dinámicos. En los primeros, en los que incluye el iusnaturalismo, la validez de la norma viene dado por el contenido de éstas, que puede subsumirse o deducirse de otras normas hasta llegar a la norma básica que fundamenta todo el sistema; por el contrario, en los sistemas normativos dinámicos, como el derecho, las normas pueden tener el contenido moral que quieran pero valen si han sido autorizadas o promulgadas por el órgano competente conforme a un procedimiento prescrito por una norma superior y anterior (Kelsen, 2006, pp. 109-110).

Kelsen considera, con arreglo a la clasificación anterior, que las fuentes del derecho se encuentran jerárquicamente subordinadas en torno a una fuente suprema que atribuye directa o indirectamente carácter jurídico a todo el conjunto de normas y que él llama la norma fundamental. Ésta no sólo permite otorgarle validez a la primera norma jurídica del sistema (la constitución), sino también, interpretar las normas como objetivamente válida independiente de las relaciones

de fuerza explicables causalmente, pues ella no ha sido dictada por algún legislador humano o divino, es una hipótesis básica de la que deriva la validez de la Constitución y las demás normas (Kelsen, 2006, pp. 111-112 y s.s.).

Ahora bien, la norma fundamental tuvo muchas variaciones y muchas críticas; especialmente el carácter no normativo de la norma fundamental, pues si fuese norma debería estar fundamentada, a su vez, en otra norma que estaría, a su vez, fundamentada en otra norma en un regreso al infinito, pero lo que se aprecia es que si esta norma únicamente tiene un carácter supra-positivo puede operar como punto de cierre del sistema jurídico; por tanto, al no estar la norma fundamental apoyada en ninguna otra instancia se hallaría por fuera del sistema y no tendría ni el carácter de norma ni de jurídica (Bastida, 2001, p. 87).

Tenemos, entonces, que la norma fundamental no es norma ni jurídica; no obstante, sin ella no operaría la traducción de los actos subjetivos del poder a derecho, el paso de la mera causalidad (ser) a normatividad (deber ser) y, por consiguiente, la transmutación de la fuerza descarnada a la racionalidad del derecho (Bastida, 2001, p. 96). En realidad, Kelsen nunca pudo dar cuenta de esta última norma fundamental que cierra y dota de unidad al sistema y da cuenta de la validez de las normas que lo componen. Será la teoría de Hart la que resuelva este problema para la concepción del derecho (sistema jurídico) según el positivismo jurídico.

Para Hart, es claro que la metáfora del asaltante y el asaltado que propone Austin no permite comprender la idea de obligación, pues quien accede a las pretensiones del asaltante “se vio obligado” a ello, pero no puede decirse que “tenía la obligación. Para que se pueda hablar de obligación es fundamental que se hable de reglas sociales, porque es en virtud de éstas que un comportamiento es asumido como modelo de conducta y hace que un caso particular quede cobijado por ella (2004, p. 102).

Las reglas se caracterizan porque, a diferencia de los mandatos, pueden ser advertidas por un observador que no las acepta (punto de vista externo) o por un miembro del grupo (participante) que las acepta y las usa como guía de conducta (punto de vista interno) (2004, p.111). Ahora bien, para Hart, no es posible hablar de sistema jurídico si sólo hay normas que imponen deberes u obligaciones (reglas primarias) (2004, pp.114-116).

La existencia de un sistema jurídico moderno presupone la presencia no sólo de reglas primarias sino también de reglas secundarias que cumplen, respecto de las primeras, algunas funciones básicas como permitir la renovación del derecho vigente o excluir algunas normas que ya no se quiere permanezcan en el sistema jurídico (reglas de cambio) o fijar competencias y establecer procedimientos para aplicar el derecho (regla de adjudicación) o reconocer el derecho válido en una comunidad o grupo social (regla de reconocimiento) (Hart, 2004, p.117).

Especial significación tiene la regla de reconocimiento que cumple el papel de norma fundamental al establecer el criterio último de validez, a partir del cual podemos identificar y reconocer una norma como válida dentro del sistema jurídico. La regla de reconocimiento de Hart, a diferencia de Kelsen, no es presupuesta sino puesta; forma parte del ordenamiento jurídico; no es una ficción sino un hecho que puede asumir las formas más diversas como puede ser la referencia a un texto revestido de autoridad, a una sanción legislativa, a una práctica consuetudinaria, a las declaraciones generales de personas específicas o a decisiones judiciales pasadas dictadas en casos particulares.

Hart reconoce, sin embargo, que en los sistemas jurídicos modernos la regla de reconocimiento es más compleja (2004, p. 126), porque no es sólo un hecho sino también una regla consuetudinaria que se expresa en una práctica convergente (2004, pp. 136-137). Es un hecho que puede advertirse desde un *punto de vista externo* y expresarse en *enunciados externos*, tal y como lo haría un observador que no se siente vinculado ni obligado por

ella (ejemplo: “en Colombia el derecho dispone que...”) y, es derecho, porque desde un *punto de vista interno* es reconocida y aplicada en la práctica por los tribunales y funcionarios que utilizan los criterios previstos en ella para identificar el derecho y apreciar críticamente las desviaciones propias y ajenas; estos tribunales al referirse a ella utilizan un lenguaje que se expresa con *enunciados internos*, tal y como sucede con quienes aceptan la regla de reconocimiento (2004, pp. 128-129).

5. EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO EN EL POSITIVISMO EXCLUYENTE E INCLUYENTE

Las críticas a la noción de validez propuesta por Hart fueron formuladas por Dworkin, cuyo argumento central es que el derecho está integrado, además de las reglas positivas, por otro tipo de normas como los principios que no pueden identificarse a partir de una prueba de origen o de una norma básica o regla de reconocimiento (1984, pp. 77-78). Si se aceptara la tesis de Hart, los principios no podrían ser considerados como parte del sistema jurídico y, consecuentemente, como pauta de comportamiento obligatorio, pues en la práctica, los principios no son reconocidos por los jueces por provenir de una autoridad sino por el contenido, porque se aprecian como justos, plausibles o razonables para solucionar un caso.

Los positivistas niegan que los principios obliguen de la misma manera que lo hacen algunas normas; los antipositivistas, por el contrario, consideran que los principios son normas jurídicas obligatorias que deben ser tenidas en cuenta por los jueces y juristas (Dworkin, 1984, p. 81). El positivismo trata a los principios como resúmenes de lo que los jueces hacen cuando se ven obligados a ir más allá de las normas que los obligan; en este caso el juez no está aplicando derechos, sino haciendo uso de su discreción judicial y, por tanto, aplicando un nuevo precedente legislativo.

El antipositivista, en cambio, considera que los principios son vinculantes para los jueces y, por

tanto, supone que cuando los jueces hacen uso de ellos, lo que hacen es aplicar normas jurídicas obligatorias, ello es, derechos y deberes (Dworkin, 1984 pp. 81-83).

El desarrollo actual del positivismo jurídico ha intentado dar respuesta a las fuertes objeciones que se le han presentado debido a la presencia de la moral en los sistemas jurídicos de posguerra, garantista de los derechos humanos. Dos han sido las variantes más importantes, el llamado positivismo excluyente y el llamado positivismo incluyente (Waluchow, 2007, pp.15-16).

Como positivismo jurídico excluyente o duro se ha identificado la teoría del derecho de Joseph Raz, que sostiene que es conceptualmente incoherente incluir, o hacer referencia a los principios morales en la regla de reconocimiento (fuentes de derecho reconocidas por los tribunales) de un sistema jurídico (Raz, 1979, p. 50; Raz, 1985, pp. 55 y s.s). Para esta versión del positivismo, por tanto, hay que excluir cualquier consideración moral en la identificación de la existencia y el contenido del derecho (Rodenas, 2003, p. 418), de manera que la validez jurídica (identificación y el contenido del derecho) nunca puede depender de la apelación a criterios de moralidad sino a hechos sociales exclusivamente (tesis de las fuentes sociales); por consiguiente, para este enfoque, aquello que es el derecho puede identificarse con independencia de lo que debería ser, de allí que las razones morales no tengan relevancia alguna a la hora de determinar cuál es el contenido del derecho en una comunidad (Rodenas, 2003, p. 417).

La validez del derecho depende de un conjunto de hechos sociales, materializados en un conjunto de acciones de los miembros de la sociedad, que pueden ser descritos sin recurrir a la moralidad (Hart, 1994) ni a juicio evaluativo alguno. Esta versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales defendida por el positivismo excluyente, puede considerarse una interpretación radical de la tesis de Hart. No obstante lo anterior, existen tensiones internas en los sistemas jurídicos actuales, que

confrontan el concepto de validez jurídica propuesto por el positivismo excluyente. Esas tensiones internas tienen su origen en el carácter dual de las razones que el derecho moderno incorpora: razones que se apoyan en criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes independiente de su contenido (razones autoritativas o razones basadas en fuentes) y razones dependientes del contenido (valores) (Rodenas, 2003, pp. 420 y 445).

En ocasiones, el uso de juicios morales para identificar y evaluar la validez del derecho no es algo contrario a lo que el derecho exige a los jueces y operadores del derecho, sino algo que viene ordenado por éste; en ese caso, los juicios de valor permiten que algunas normas que según el sistema de fuentes autoritativas no serían derecho, lo sean en virtud de su contenido o, lo contrario, permiten evaluar y excluir normas que a pesar de ser identificadas como derecho según las fuentes autoritativas resultan inaplicables por consideraciones de contenido moral (Rodenas, 2003, p. 420).

En el primer caso nos hallamos frente a normas que no son válidas según el sistema de fuentes pero resulta aplicable debido a que es el propio derecho el que permite el juicio moral u otras consideraciones valorativas que permite su uso; o también, porque el propio legislador (constitucional u ordinario) remite a criterios extra-jurídicos (valores) para dotar de contenido y/o condiciones de aplicación (Moreso, 2002, pp. 94-95). En el segundo caso, estamos frente a normas que según el sistema de fuentes autoritativo son derecho, pero se implican como consecuencia de juicios de valor (Rodenas, 2003, p. 423).

El positivismo excluyente tiene una dificultad adicional en el caso de países como el nuestro en donde los jueces son más dados a admitir como *proposiciones de derecho* argumentos sustantivistas y en donde el auge del constitucionalismo ha incorporado un amplio catálogo de derechos fundamentales que deben ser tomados en cuenta por los jueces al momento de tomar una decisión y

obligan a este a realizar ponderaciones para poder concretar esos valores (Rodenas, 2003, p. 419). Todo lo anterior permite concluir que el concepto de derecho y de validez jurídica propuesto por el positivismo excluyente no encaja en la práctica de los sistemas jurídicos modernos, pues no siempre la identificación del derecho puede hacerse dejando de lado su contenido moral.

Las tensiones internas del derecho moderno, como lo hemos visto, pone en entredicho las tesis centrales del positivismo excluyente; sin embargo, no sucede lo mismo con el positivismo incluyente, que admite que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico, por medio de la cual se identifica lo que es derecho válido en una comunidad, pueda incluir estándares morales sin incurrir en inconsistencia o contradicción (Rodenas, 2003, p. 445), pues, en ocasiones, la práctica social que identifica al derecho incluye criterios morales, aunque reconoce que no necesita hacerlo (Raz, 1979, p. 50).

Ahora bien, a pesar de que el positivismo incluyente da cabida a las consideraciones morales, no renuncia a la tesis de la separación conceptual necesaria entre el derecho y la moral (Rodenas, 2003, p. 418) ni a la tesis de las fuentes sociales; la identificación y validez del derecho de una comunidad es una cuestión de hechos sociales complejos que pueden remitir a criterios autoritativos fijados en un sistema de fuentes o determinados estándares morales.

Un argumento del positivismo jurídico incluyente es que la moral política que se utiliza para criticar, justificar y evaluar las instituciones sociales y sus productos, juegan un papel fundamental en la determinación de la existencia y contenido del derecho válido; no obstante, el positivismo incluyente no afirma, como si lo hacen los no-positivistas, que ciertas normas formen parte del derecho en virtud de su valor moral; tampoco afirma, y esto lo diferencia del positivismo duro, que la identificación de una norma como derecho dependa solo de la existencia de convenciones.

6. EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO EN EL NEO O NUEVO CONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo actual o nuevo constitucionalismo puede significar muchas cosas: una constitución que garantiza derechos simplemente; una constitución que garantiza derechos y que es rígida; una constitución que garantiza derechos y que es rígida y que le otorga la última palabra al respecto del significado de los derechos a los jueces constitucionales o una constitución que garantiza derechos y que es rígida y que garantiza esos derechos mediante un órgano de carácter político (congreso).

Los tres primeros significados son compatibles con el constitucionalismo jurídico, el último con el constitucionalismo político. Uno de los primeros problemas es el de saber si la constitución debe entenderse como un documento político o como un texto jurídico. El constitucionalismo político sostiene que debe considerarse un documento político, el constitucionalismo jurídico una norma jurídica. En este ensayo no trataremos los problemas de la validez del derecho según el constitucionalismo político sino jurídico, también llamado neoconstitucionalismo.

El neoconstitucionalismo supone la existencia y valoración positiva de constituciones re-materializadas que consagran valores fundamentales, el principio de supremacía constitucional o del carácter superior de la constitución frente a la legislación, el carácter normativo de la constitución que le confiere fuerza vinculante a la constitución en relación a las actuaciones y decisiones de los otros poderes del estado, la interpretación jurídica de la constitución (la constitución es norma, es ley, es un documento normativo que se interpreta de la misma manera que se hace cualquier norma jurídica), el poder judicial es el intérprete último y legítimo de la constitución, un nuevo modelo de derecho que se concreta en el nuevo paradigma del Estado constitucional de derecho.

Actualmente, se distingue entre un neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico. El neoconstitucionalismo teórico defiende las dos tesis centrales del positivismo, esto es, la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral y la tesis de las fuentes sociales; en consecuencia, el derecho se identifica con arreglo a una norma de reconocimiento y existe una separación conceptual entre derecho y moral y si existiese alguna conexión esta debiera entenderse como contingente y falible, de allí que deje incólume la tesis de la separación.

El neoconstitucionalismo ideológico sostiene la tesis de la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral y la valora como algo moralmente bueno, excluyendo la obediencia ciega al derecho legislado (antiformalista y antilegalista) y justificando la obligación moral de obedecer la constitución y las normas conforme a ella (García, 2009, p. 18). El neoconstitucionalismo metodológico se opone al positivismo metodológico, afirmando la tesis fuerte de la vinculación entre derecho y moral metodológico).

La anterior clasificación resulta no sólo confusa sino desacertada. Confusa porque vincula el análisis teórico-jurídico con enfoques sociopolíticos respecto del constitucionalismo actual. Para nadie puede ser un secreto que el constitucionalismo actual es un hecho histórico articulado a una serie de circunstancias político-ideológicas que surgen luego de la posguerra y que implican un nueva lógica del ejercicio del poder en Occidente; en ese sentido, el constitucionalismo es una nueva forma discursiva que reorganiza el saber jurídico y el poder político en torno de un nuevo imaginario: la Constitución como norma jurídica y como sinónimo de justicia.

En ese sentido, todo aquel que defiende una u otra forma de neoconstitucionalismo teórico o metodológico, crítico, débil, fuerte, etc., tiene una perspectiva ideológica de la Constitución como discurso estratégico del ejercicio del poder en una comunidad. Pero además de confusa, esta clasificación es desacertada porque cuando

Bobbio propuso su clasificación del positivismo en teórico y metodológico, explicó que el primero se caracterizaba por su pretensión de definir o decir que es el derecho y el segundo por proponer una metodología para conocer el derecho.

Eso no ocurre con la distinción propuesta en la medida en que no es cierto que el neoconstitucionalismo teórico se interese por decir qué es la Constitución y el neoconstitucionalismo metodológico por proponer un método para conocer la Constitución. Finalmente, lo que se ha mal llamado el neoconstitucionalismo ideológico es una categoría extraña a la teoría jurídica, e insisto desafortunada en la forma en que la propone Comanducci, para quien el neoconstitucionalismo como ideología se identificaría con los constitucionalistas no positivistas.

En realidad tanto positivistas como no positivistas pueden defender los postulados que se le endilgan a los neoconstitucionalistas ideológicos, pues tanto unos como otros pueden valorar como positivo el hecho de que en las constituciones se incluyan determinados derechos morales derivando de ello la obediencia moral a la Constitución (García, 2009, p.18). En consecuencia, es mejor distinguir simplemente entre un neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo positivista y un neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo no positivista.

El neoconstitucionalismo positivista constituiría una versión opuesta al positivismo legalista en sus versiones formalistas y anti-formalistas, puesto que para esta versión la ley no es la fuente principal del derecho sino la Constitución, contraria al positivismo kelseniano y excluyente, pues a diferencia de estos últimos, los constitucionalistas reconocen el denso contenido moral de la Constitución y la necesidad de la argumentación moral para identificar el derecho válido y coactivo en una comunidad. Ahora bien, este neoconstitucionalismo positivista puede ser perfectamente compatible con el positivismo incluyente, en la medida en que únicamente acepta la tesis de la conexidad contingente entre derecho y moral.

Un ejemplo de neoconstitucionalismo positivista es el propuesto por Ferrajoli quien distingue entre paleopositivismo y constitucionalismo, y considera a este último como la realización o fase superior del positivismo. El (neo) constitucionalismo de Ferrajoli defiende al menos dos tesis centrales del positivismo: la separación entre el derecho y la moral y la tesis de las fuentes sociales. En concordancia con la primera tesis, para Ferrajoli la validez o juridicidad de una norma no se deriva de su justicia, ni tampoco lo contrario, ello es, la justicia de una norma de su juridicidad (2009, p.25).

La validez del derecho se infiere de su correspondencia formal y material con la Constitución como norma de derecho positivo de grado superior. El constitucionalismo, a diferencia del paleopositivismo, exige para determinar la validez de una norma no solo un juicio de validez formal sino también un juicio de validez sustancial (Ferrajoli, 2009, p. 26).

Ferrajoli admite que el derecho y los sistemas jurídicos actuales incorporan un denso contenido moral pero no porque necesariamente deba ser así, sino porque contingentemente lo han hecho (2009, p. 29), y es perfectamente posible que una Constitución incorpore normas que a la luz de una moral puedan ser consideradas injustas o inmorales. De lo anterior se infiere que el contenido moral válido de una Constitución, que permite declarar inválidas normas de carácter infra-constitucional, viene dado por aquellos principios o derechos morales que en ella han sido positivizados y no otros (Ferrajoli, 2009, p. 30).

Por otra parte, de acuerdo con la tesis de las fuentes sociales, las constituciones no responden a un ideal moral o a un ideal constitucional. Sus contenidos son el resultado de las contingencias históricas y de las luchas políticas; por ello, el carácter democrático de las constituciones, ello es, el que incorporen determinados derechos fundamentales que hoy valoramos como correctos o plausibles depende de contingencias históricas, ello es, de hechos sociales y decisiones

humanas circunstanciales (tesis de las fuentes sociales).

El neoconstitucionalismo no positivista, por el contrario, niega las tesis centrales del positivismo en todas sus versiones y, contrario a este, defiende la tesis de la vinculación que sostiene que existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral, y que esta se expresa en la inclusión de principios constitucionales y derechos fundamentales en las nuevas cartas constitucionales. Los neoconstitucionalistas no positivistas pueden, a su vez, subdividirse entre aquellos que proponen una teoría de alcance general, como el caso de Alexy, que pretende inferir conclusiones generales sobre el concepto de derecho, y aquellos que, como Dworkin, han desarrollado su teoría teniendo en cuenta un contexto particular y, por tanto, limitando sus conclusiones al Derecho de los Estados Unidos y Gran Bretaña.

Esta versión no positivista del constitucionalismo, a diferencia del anterior, reconoce como pauta de identificación del derecho no solo el criterio formal y material que supone que una norma es válida cuando ha sido creada conforme a la reglas de procedimiento y competencia constitucional (forma) y respetando los principios materiales positivizados en la Constitución, sino también, como lo sostiene Dworkin, que existen principios meta o extra-jurídicos de carácter moral o político anteriores al Estado que pueden hallarse en la historia política y constitucional de una comunidad que tienen igual fuerza vinculante o que pueden desplazar en determinados casos al derecho positivo.

Otra versión del constitucionalismo no positivista es la propuesta por Alexy, quien defiende abiertamente la inclusión de la moral en el derecho y, por consiguiente, la existencia de una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral. Alexy sostiene que son dos las propiedades del derecho: la coerción o fuerza y la corrección o rectitud (2006, p.155). El positivismo, en la medida en que sostiene que los elementos definitorios del derecho se encuentran en una decisión de

autoridad o en la eficacia social, estaría cercano a la primera, mientras que los no positivistas, como él, a la segunda. Ahora bien, una interpretación radical de la tesis de la vinculación sustituiría enteramente la eficacia social y la legalidad conforme al ordenamiento por la corrección moral, lo que en la práctica conduciría a la anarquía; por ello, para Alexy, la cuestión no es si puede sustituirse, sino si se puede vincular la eficacia social y la legalidad conforme al ordenamiento con la corrección moral; es decir, si se puede vincular la validez social y la validez legal con la validez moral.

CONCLUSIONES

Sea en su versión positivista o no positivista, el neoconstitucionalismo incorpora una nueva idea a la discusión sobre la validez del derecho: la Constitución como fuente de validez formal y material de la producción infra-constitucional del derecho en una comunidad. El neoconstitucionalismo (positivista o no positivista) comparte la tesis de que la validez del derecho legislado o judicial debe cumplir con requisitos formales como requisitos sustanciales establecidos en el propio texto constitucional, pero a diferencia de los positivistas, los antipositivistas suponen que lo sustancial o material no se corresponde únicamente con lo dispuesto positivamente por la Constitución.

Por otra parte, hoy no existe mayor resistencia en aceptar que los sistemas jurídicos modernos encuentran su unidad y fundamento de validez en una regla de reconocimiento, que puede identificarse apelando al análisis sociológico respecto del comportamiento de ciudadanos, funcionarios y especialmente jueces y magistrados; la cuestión es cómo explicar la presencia de la moral en el derecho que, como lo ha advertido Habermas, ya no se halla por fuera del sistema jurídico sino al interior del mismo, la moral ya no flota, ha migrado al corazón mismo del derecho positivo por obra de los tratados internacionales sobre derechos humanos y la positivización de una serie

de derechos morales, que antiguamente eran patrimonio del iusnaturalismo racionalista.

En consecuencia, es inevitable que los jueces y autoridades, para identificar el derecho válido en un sistema jurídico constitucionalizado, deban realizar no solo un juicio empírico o de hecho, como lo exige la tesis de las fuentes sociales, sino también un juicio de evaluación moral, que viene ordenado por la propia Constitución, que a su vez encuentra su fundamento de validez en la eficacia de la regla de reconocimiento.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe concluirse que hoy las teorías que mejor explican el concepto y la validez del derecho en los actuales sistemas constitucionalizados, como el colombiano y el español, lo constituyen las teorías neoconstitucionalistas, especialmente en su versión positivista, aunque podemos hallar casos como el sistema jurídico alemán en donde el constitucionalismo es abiertamente anti-positivista.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Alexy, R. (2005). La naturaleza de la filosofía del derecho. *Doxa*, 26, pág. 145-140.
- Austin, J. (1994). *La delimitación del ámbito de la teoría del derecho*. En Casanovas, P., y otros. *El Ámbito de lo jurídico. Lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Editorial Crítica.
- Bobbio, N. (1992). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- Carrillo, Y. (2008). *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Bogotá, D. C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- Bastidas, F. (2001). *El silencio del emperador*. Bogotá: Editorial Universidad Nacional.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Ferrajoli, L. (2009). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Editorial Trotta.

- García, Alonso. (2009). *Criaturas de la moralidad*. Madrid: Editorial Trotta.
- Hart, H. (2004). El concepto de derecho. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Hart, H (1994). *Postscript the Concept of Law*. Oxford: Editorial Oxford University Press.
- Hernández C. y otro. (2010). *Hermenéutica Jurídica e Interpretación Constitucional*. Lima- Perú: Ara editores.
- Kelsen, H. (1970). *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Traducción de Moisés Nilve. Edición novena. Buenos Aires: Eudeba editorial universitaria de Buenos Aires.
- _____ (2006). *Teoría pura del derecho*. México D. F.: Grupo editorial Éxodo.
- Martínez, R y otro. (1994). *Curso de Teoría del Derecho y Metodología jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho.
- Nino, C. (1999). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Raz, J. (1985) La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral. Traducción y notas de Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Raz, J. (1979). *The authority of law. Essays on law and morality*, Clarendon Press.
- Rodenas, A. (2003). *¿Qué queda del positivismo jurídico?* Revista Doxa, 26. Edición Universidad de Alicante.
- Ross, A. (1993). El concepto de validez y otros ensayos. México: Fontamara.
- Segura, M, (1998). *La racionalidad jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Soriano, R. (1993). *Compendio de Teoría General del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho.
- Waluchow, W. (2007). *Positivismo jurídico Incluyente*. Madrid: Marcial Pons.