

Neoconstitucionalismo, positivismo y validez*

*Esteban Buriticá Arango***

*Kennier Garay Herazo****

RESUMEN

Desde mediados del siglo XX, un segmento importante de la filosofía del derecho ha señalado que el positivismo jurídico ofrece una explicación inadecuada o parcial del concepto de validez en los sistemas constitucionales contemporáneos. Este trabajo trata de mostrar que muchas de esas críticas, basadas en las características institucionales del control de constitucionalidad, y adscritas al denominado “neoconstitucionalismo teórico”, no logran refutar las tesis básicas del positivismo hartiano y no ofrecen tampoco instrumentos teóricos que expliquen de mejor manera las condiciones de validez de las normas jurídicas en los sistemas constitucionales.

Neoconstitucionalismo; positivismo jurídico; validez jurídica

Neoconstitutionalism, positivism and validity

ABSTRACT

Since the mid-twentieth century, an important segment of the philosophy of law has pointed out that legal positivism offers an inadequate or partial explanation of the concept of validity in contemporary constitutional systems. This paper tries to show that many of these criticisms, based on the institutional characteristics of the judicial review of legislation, and ascribed to the so-called “theoretical neo-constitutionalism”, fail to refute the basic theses of the Hartian positivism and do not offer theoretical instruments that explain in a better way the conditions of validity of the legal norms in the constitutional systems.

Neoconstitutionalism; legal positivism; legal validity

* Este artículo expone los resultados de la investigación titulada “Interpretación Constitucional y Control Judicial de la Ley. Sobre la Legitimidad del Control Judicial en la Interpretación de la Constitución”, financiada por la Universidad de San Buenaventura, Medellín, Colombia.

** Abogado, Universidad de Antioquia, Colombia. Máster en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España. Máster en Global Rule of Law and Constitutional Democracy, Universidad de Génova, Italia. Miembro del grupo de investigación Derecho, Cultura y Ciudad de la Universidad de San Buenaventura, Medellín, Colombia. Correo electrónico: esteban.buriticaa@gmail.com

*** Abogado, Universidad de Antioquia, Colombia. Politólogo, Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad de Antioquia, Colombia. Profesor e investigador del grupo de investigación Derecho, Cultura y Ciudad de la Universidad de San Buenaventura, Medellín, Colombia. Correo electrónico: kenniergaray@gmail.com

Artículo recibido el 3.1.2019 y aceptado para su publicación el 14.10.2019.

I. INTRODUCCIÓN

Desde mediados del siglo XX, un segmento importante de la filosofía del derecho ha acusado al positivismo jurídico de ofrecer una explicación desfigurada o parcial de los actuales sistemas constitucionales¹. Así como el positivismo desarrolló en su momento instrumentos teóricos para el estudio de los sistemas jurídicos en los Estados legislativos modernos, los nuevos Estados constitucionales requerirían –dicen los críticos– una teoría que explique adecuadamente las características principales de su sistema jurídico². Según la opinión más extendida, el carácter específico de los Estados constitucionales radica en su singular arquitectura institucional³. En primer lugar, la Constitución consagra un catálogo más o menos amplio de principios políticos y derechos básicos, redactados en un lenguaje abstracto que suele incluir términos morales. En segundo lugar, el Estado cuenta con una Constitución rígida que impide a las autoridades disponer libremente de ese catálogo de principios y derechos mediante procedimientos legislativos ordinarios. Y en tercer lugar, los Estados constitucionales incorporan un órgano jurisdiccional con la potestad de determinar autoritativamente cuándo una norma debe ser anulada o inaplicada por transgredir los límites constitucionales. Considerados en conjunto, estos rasgos serían la materialización del principio de supremacía sustancial de la Constitución, y estarían asociados a ciertas prácticas cuya explicación rebasa o contradice los postulados del positivismo jurídico, por lo que sería necesaria entonces la adopción de una nueva teoría (general) del derecho que sepa dar cuenta de las características conceptuales de los sistemas constitucionales.

La teoría llamada a desempeñar esa función sería, precisamente, el neoconstitucionalismo⁴ (o constitucionalismo). Aunque –como se verá en el apartado II– no es claro cuál es el significado de la palabra, algunos autores entienden que hace alusión a una teoría del derecho cuyas tesis, adecuadas a los Estados constitucionales, admiten que la identificación, la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas se encuentran conceptualmente relacionadas con un conjunto específico de principios morales incorporados en la Constitución. Así entendido, el neoconstitucionalismo ha ganado un amplio terreno en los países latinoamericanos. En muchos casos, sin embargo, no es sencillo determinar si ese auge corresponde al neoconstitucionalismo ideológico (comprometido con la valoración política de los sistemas constitucionales modernos) o al neoconstitucionalismo metodológico (que postula un conjunto de tesis acerca de la

¹ Ver ATIENZA Y RUIZ MANERO, 2007, p. 25 y PRIETO SANCHÍS, 2005, pp. 8 y 10.

² Ver PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 15; GARCÍA FIGUEROA, 2009, pp. 82 y 226; y GARCÍA FIGUEROA, 2005, pp. 160 y 164.

³ BAYÓN, 2004, p. 69.

⁴ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 2007, p. 25: “El llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el Derecho. El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional”. Ver también PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 10 y GARCÍA FIGUEROA, 2005, p. 161.

naturaleza del derecho). Algunas de las opiniones más comunes, que hacen parte del neoconstitucionalismo ideológico o teórico, suelen presentarse al mismo tiempo como objeciones conceptuales a los postulados del positivismo jurídico metodológico, particularmente a la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral. Es común que las teorías políticas del Estado constitucional, e incluso los estudios dogmáticos de las constituciones contemporáneas, sean generalizadas a tal punto que aparezcan como una teoría general del derecho incompatible con el positivismo, echando mano de la escasa delimitación que a veces se hace —especialmente a partir del auge de las teorías neoconstitucionalistas— entre la teoría general del derecho, la teoría política y la dogmática constitucional.

En el presente trabajo intentaremos determinar si algunas posturas neoconstitucionalistas acerca de la *validez* de las normas jurídicas constituyen auténticas refutaciones conceptuales al positivismo jurídico excluyente. Nuestro objetivo no es demostrar que el positivismo excluyente es una teoría adecuada del derecho —lo que difícilmente se lograría con las limitaciones de este texto—, sino que algunas de las supuestas incompatibilidades con los criterios de validez en los Estados constitucionales son producto de una descripción inadecuada de dichos sistemas. Con ese propósito elaboraremos, en primer lugar, una breve reseña de la expresión “neoconstitucionalismo”, y reconstruiremos las distintas formas que puede adoptar el concepto neoconstitucionalista de validez. Luego analizaremos dos teorías, consideradas en nuestro medio como neoconstitucionalistas, que conciben la moral como condición de validez jurídica: el antipositivismo de Robert Alexy y el positivismo incluyente. Finalmente, expondremos algunos de los argumentos que el positivismo jurídico excluyente puede sostener exitosamente en favor de la tesis de las fuentes y la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral en el contexto de los sistemas constitucionales.

II. ¿QUÉ ES EL NEOCONSTITUCIONALISMO?

El término “neoconstitucionalismo” es ya bastante familiar en el ámbito académico de los países latinoamericanos y europeos de lengua latina. Fue acuñado originalmente por Susanna Pozzolo en 1997 y desde entonces ha sido ampliamente utilizado por teóricos del derecho constitucional y filósofos del derecho. Posee, sin embargo, una notable ambigüedad que, en ocasiones, le ha costado el rechazo de amplios sectores de la comunidad académica. Siguiendo en este punto a Comanducci —quien a su vez se apoya en la clásica distinción que hiciera Bobbio entre distintas formas de positivismo⁵—, es posible desambiguar el término identificando dos usos principales. Por una parte, hace referencia a los cambios en las estructuras jurídicas y políticas que, a partir

⁵ Ver BOBBIO, 1961 y COMANDUCCI, 2002. Para un análisis similar, ver ATIENZA Y RUIZ MANERO, 2007, p. 11 y GARCÍA FIGUEROA, 2005, p. 176.

de la segunda postguerra, experimentaron varios Estados europeos y, de forma más reciente, la mayoría de Estados latinoamericanos. Por otra parte, alude a un conjunto de discursos teóricos e ideológicos más o menos homogéneos que describen, teorizan y evalúan los cambios históricos de esas estructuras jurídicas y políticas. Dentro de esta última acepción es posible a su vez identificar tres discursos diferentes: el ideológico, el teórico y el metodológico.

Visto como una ideología, el neoconstitucionalismo valora positivamente los cambios políticos y jurídicos del proceso de constitucionalización, especialmente las virtudes de una Constitución rígida que incorpore derechos fundamentales y atribuya competencias a los jueces para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Por su parte, el neoconstitucionalismo teórico pretende describir los principales rasgos de las constituciones contemporáneas y la manera en que ellos afectan aspectos centrales del ordenamiento y la práctica jurídica: las funciones de los jueces, la interpretación del texto constitucional, la estructura de las normas, entre otros. Finalmente, el neoconstitucionalismo metodológico señala algunas características que definen la naturaleza del derecho y de la ciencia jurídica, en los Estados constitucionales: la imposibilidad de distinguir el derecho que es del derecho que debe ser, así como el carácter normativo (y no neutral) de la ciencia jurídica y la teoría del derecho⁶.

Uno de los aspectos más llamativos del neoconstitucionalismo es que se ha opuesto tradicionalmente a las principales tesis del positivismo ideológico o teórico decimonónico, es decir, a las tesis propias del estatalismo, el legicentrismo y el formalismo⁷. Hay, sin embargo, un conjunto de posturas bien definidas que sin duda hacen parte de la teoría general del derecho y objetan los postulados centrales del positivismo metodológico: la tesis de las fuentes y de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Hablamos específicamente de las tesis de Alexy, Dworkin, Zagrebelsky y, en ocasiones, del mismo positivismo incluyente, que en el contexto latino han sido tomadas como neoconstitucionalistas⁸. Es por eso que en el presente trabajo haremos alusión exclusivamente a esas teorías como representativas del neoconstitucionalismo metodológico.

III. NEOCONSTITUCIONALISMO Y VALIDEZ

El postulado central del positivismo jurídico de orientación hartiana es la denominada *tesis de las fuentes sociales*: la idea de que la validez de las normas jurídicas depende de hechos sociales y no de su corrección moral⁹. Para que una norma jurídica

⁶ COMANDUCCI, 2002, p. 101.

⁷ COMANDUCCI, 2002, p. 97.

⁸ Al respecto, ver POZZOLO 1998, p. 339; POZZOLO, 2015, p. 363; y PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 10

⁹ Ver MORESO, 2002, p. 95; POZZOLO, 2004, p. 48; BAYÓN, 2002; BAYÓN, 2002b, p. 59; ORUNESU, 2007, p. 25; JIMÉNEZ CANO, 2008, p. 179; RAZ, 1984, pp. 59 y ss; MARMOR, 2011, p. 4; y COLEMAN, 2009, p. 383.

sea válida, dice la tesis de las fuentes, basta con que sea creada mediante prácticas sociales o procedimientos (legislación, costumbre, jurisprudencia), reconocidos por otras normas jurídicas y, en última instancia, por la regla de reconocimiento, como fuentes de derecho. Esta tesis implica, por su parte, la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, de que la validez de las normas jurídicas y su corrección moral son aspectos independientes: si la identificación de las normas jurídicas válidas requiere únicamente de la constatación de hechos sociales, entonces la corrección moral no es condición suficiente ni necesaria de validez¹⁰.

Para el neoconstitucionalismo, estas tesis no explican adecuadamente la validez de las normas en los sistemas constitucionales. Debido a que las constituciones contemporáneas incorporan un conjunto de principios y derechos con contenido moral que condicionan materialmente la validez de todas las normas del sistema¹¹, la tesis de las fuentes y de la separación entre el derecho y la moral no tendrían sentido: una norma es válida no solo (ni necesariamente) porque haya sido creada por medio de una fuente, sino también (o exclusivamente) porque es coherente con los principios morales previstos en la Constitución.

Hay al menos dos rasgos de los sistemas constitucionales que parecen respaldar estas críticas y servir como contraejemplos a las tesis positivistas de las fuentes y de la separación conceptual. En primer lugar, para determinar cuándo una norma es contraria a la Constitución (y, por tanto, inválida o inaplicable), se debe acudir con bastante frecuencia a razonamientos morales, ya que el contenido de los principios y derechos que sirven como parámetro para evaluar la constitucionalidad de las leyes no suele figurar detalladamente en la Constitución. De esa manera se puede concluir, por ejemplo, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es adverso a las normas que penalizan el consumo de ciertas drogas, o que el derecho a la libre expresión prohíbe la penalización de la quema de banderas. En estos casos, la invalidez está fundamentada en criterios morales que constituirían a su vez –y este es el punto esencial– criterios de validez jurídica, lo que demostraría la insuficiencia de la tesis de las fuentes.

En segundo lugar, en los Estados constitucionales también suele ser necesario acudir a razonamientos morales para fijar las reglas que delimitan el sentido de los principios constitucionales. Mediante ese razonamiento se puede concluir, por ejemplo, que el derecho a la libertad de expresión implica el derecho de los mayores de edad a producir y comercializar pornografía. La particularidad de esta regla radicaría en que, si bien carece de una fuente en estricto sentido, es una derivación directa de la Constitución y,

¹⁰ La tesis de las fuentes también implica la tesis de la discrecionalidad judicial: si no existe una norma jurídica (i.e. creada mediante una fuente) aplicable al caso, entonces el fallo del juez es discrecional y creador de derecho.

¹¹ PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 50: “La ‘rematerialización’ de los textos constitucionales de la que antes se habló supone precisamente la humidificación o positivización de una ética que se erige así en criterio de validez. Las normas del sistema ya no solo deberán respetar determinados requisitos formales y procedimentales, sino que habrán de ser congruentes con principios y valores que son jurídicos y morales al tiempo”. Ver también GARCÍA FIGUEROA, 2005, p. 227.

por tanto, una norma jurídicamente válida. Esto demostraría nuevamente que el sistema jurídico constitucional tendría normas cuyo criterio de validez es la corrección moral y no las fuentes sociales.

Estas dos características de los sistemas constitucionales, a las que volveré más adelante, supondrían una relación necesaria entre la moral y el derecho: en el primer caso, la moral es una condición necesaria de validez; y, en el segundo, una condición suficiente. De esta manera, según sean tomadas individual o conjuntamente, ambas características pueden dar lugar –junto con la tesis de las fuentes sociales– a varios modelos explicativos de la validez jurídica. Usando el lenguaje de la lógica de predicados, pueden ilustrarse mediante las siguientes fórmulas:

- (1) $\forall x (Mx \wedge Fx) \leftrightarrow Vx$
- (2) $\forall x (Mx \vee Fx) \leftrightarrow Vx$
- (3) $\forall x Mx \leftrightarrow Vx$, que es equivalente a (3') $(x) Mx \vee (Mx \wedge Fx) \leftrightarrow Vx$

Conforme al modelo (1), las normas jurídicas son válidas si y solo si han sido creadas mediante prácticas reconocidas como fuentes de derecho y satisfacen simultáneamente ciertas exigencias morales, es decir, la moral (M) y las fuentes sociales (F) constituyen condiciones conjuntamente suficientes e individualmente necesarias de validez. Por tanto, las normas que carezcan de una fuente social o cuyo contenido no se adecue a ciertas exigencias éticas no son normas válidas. Conforme con el modelo (2), las normas jurídicas son válidas si y solo si satisfacen o bien el requisito de las fuentes sociales o bien el requisito de la corrección moral. Una norma injusta puede ser jurídicamente válida siempre que haya sido creada mediante alguno de los procedimientos reconocidos como fuentes sociales, y viceversa, una norma sin fuente social puede ser jurídicamente válida siempre que se ajuste a ciertas exigencias de moralidad. Conforme con el modelo (3), las normas jurídicas son válidas si y solo si satisfacen ciertas condiciones morales, por lo que las fuentes intervendrían solo de manera contingente en la creación de normas jurídicas válidas.

Vistos como *reglas que definen el concepto de validez jurídica de un sistema*, los modelos (1), (2) y (3) serían *en principio* compatibles no solo con teorías iusnaturalistas sino también con el positivismo jurídico incluyente. La diferencia entre uno y otro caso radicaría en el carácter convencional o no convencional de la regla de reconocimiento. Si se asume una teoría iusnaturalista, los criterios de validez que aluden a las fuentes sociales o a principios morales no tendrían un sustento convencional sino moral: decir que los criterios de validez jurídica se ajustan a alguno de los tres modelos no dependería en última instancia de prácticas sociales o actos humanos, sino de alguna exigencia de la racionalidad práctica o alguna ley del derecho natural. Pero si, por otra parte, se asume una teoría convencionalista, cualquiera de los tres modelos estaría sustentado en prácticas sociales convencionales: el que las fuentes sociales o determinadas exigencias morales sean condiciones de validez se sustenta en prácticas sociales de reconocimiento. Dicho de forma más simple, las equivalencias expresadas en (1), (2) y (3) pueden definir las condiciones

de validez de un sistema jurídico, ya sea incorporadas en una regla de reconocimiento convencional, simple o compleja (positivismo jurídico inclusivo)¹², ya sea concebidas como parte de la naturaleza misma del derecho (iusnaturalismo)¹³.

El modelo (1), por ejemplo, corresponde a la célebre tesis de Agustín de Hipona, según este, “el derecho injusto no es derecho”. Si una norma no satisface las condiciones de moralidad, entonces no es jurídicamente válida, aunque haya emanado de una fuente de derecho. Recientemente, Beyleveld y Brownsword¹⁴ han señalado algo parecido: “los criterios morales no se relacionan solo de manera contingente con el razonamiento jurídico; los agentes deben (so pena de contradecir que son agentes) considerarlos internos al razonamiento jurídico; de lo cual se deduce que deben considerar los defectos de validez moral... como defectos de validez legal” (la traducción es nuestra).

Por su parte, el modelo (2) puede ilustrar satisfactoriamente la idea, popularizada por Dworkin, de que ciertos principios son jurídicamente válidos solo en virtud de su contenido moralmente correcto, o que ciertas normas son jurídicamente válidas porque han sido “derivadas” de los principios morales previstos en la Constitución y pueden ser utilizadas por el juez para solucionar casos no directamente regulados por las normas que han sido creadas por medio de fuentes¹⁵. También podría ilustrar lo que Alexy¹⁶ ha denominado en los últimos años “no positivismo súper-incluyente”, cuya tesis central es que la validez de las normas que pertenecen al sistema en virtud de su fuente no resulta en modo alguno afectada por su incorrección moral. En este segundo caso, la condición suficiente de validez es la fuente, mientras que en el primero lo es la corrección moral.

Finalmente, el modelo (3) parece reflejar correctamente lo que Bayón ha denominado críticamente, aludiendo a un caso extremo (y ficticio) de positivismo incluyente, “una convención que se autoanula”, es decir, “una regla de reconocimiento que se limitara a establecer que se ha de hacer lo que sea moralmente correcto”¹⁷. Un sistema normativo que incorpore una convención que se autoanula carecería de fuentes sociales y todas las normas jurídicas serían producto de las meras convicciones morales de los jueces y ciudadanos.

En las próximas secciones analizaremos en detalle dos teorías, consideradas en nuestro medio como neoconstitucionalistas, que conciben la moral como condición de validez jurídica: el antipositivismo de Robert Alexy y el positivismo jurídico incluyente.

1. *El antipositivismo de Robert Alexy*

Alexy fundamenta la conexión necesaria entre el derecho y la moral en las tesis de la pretensión de corrección, de la injusticia extrema y de la incorporación. La tesis de la

¹² Sobre la regla de reconocimiento simple y compleja, ver BAYÓN, 2002b, p. 71.

¹³ Para un análisis similar, ver GARCÍA FIGUEROA, 2005, p. 172.

¹⁴ BEYLEVELD & BROWNSWORD, 2001, p. 76.

¹⁵ DWORKIN, 1996, p. 7. Ver también: BAYÓN (2002b, p. 72).

¹⁶ Ver ALEXY, 2010, p. 176; ALEXY, 2017, p. 328; y ALEXY 2013, p. 303.

¹⁷ BAYÓN, 2002b, p. 71.

pretensión de corrección, en primer lugar, sostiene que “tanto las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección”¹⁸. Sin embargo, como señala Alexy, las normas que no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección –pero que pertenecen a un sistema que sí la formula– seguirían siendo a pesar de todo normas jurídicas válidas (aunque defectuosas). Como señala Bayón¹⁹, los alcances de esta tesis son más bien limitados: especifica el tipo de prácticas y convenciones sociales en las que se asienta el derecho, señalando que una práctica social desprovista de una pretensión de corrección –como sucede en los órdenes absurdos y los depredatorios– “quedaría fuera de la denotación del término derecho”. La tesis de la corrección no implica entonces que la moral sea una condición de validez de las normas jurídicas, y es compatible con el positivismo jurídico²⁰.

El argumento de la injusticia, por su parte, sí es incompatible con el positivismo jurídico. Sostiene que “las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”²¹. A diferencia de la formulación de Agustín de Hipona, el argumento de la justicia no viene a sostener que todas las normas injustas carecen de naturaleza jurídica, sino tan solo las extremadamente injustas. Para Alexy, sin embargo, este argumento no tiene un carácter lingüístico-conceptual, sino normativo: en su opinión, la ambigüedad del concepto “derecho” impide aducir fundamentaciones conceptuales a favor o en contra del argumento de la injusticia²². Más bien debe acudir a argumentos normativos relacionados, entre otros, con la materialización de principios mínimos de justicia (los derechos humanos), la satisfacción de la pretensión de corrección y el equilibrio adecuado entre justicia y seguridad jurídica, así como a un argumento epistémico, según esto, los enunciados morales pueden ser fundamentados racionalmente. Estos argumentos, en opinión de Alexy, demostrarían una especie de conexión normativamente necesaria (clasificatoria) entre la corrección moral y la validez de las normas jurídicas²³.

El argumento de los principios, finalmente, sostiene que todos los sistemas jurídicos incorporan necesariamente principios con contenido moral²⁴. Para demostrar la adecuación de esta tesis, Alexy acude a una estrategia ya explorada por Dworkin hace años, y desarrollada en varios pasos: mostrar primero cómo los jueces aplican principios morales que no han sido incorporados en el sistema jurídico mediante fuentes; asegurar luego que esos principios son considerados por los jueces como jurídicamente vinculantes; y asumir, por último, que no existen razones para negarles naturaleza

¹⁸ ALEXY, 1997, p. 41

¹⁹ BAYÓN, 2002.

²⁰ RAZ, 2007, p. 28: “Si existe un argumento contra el positivismo, la tesis de la corrección no contribuye a él (porque ‘el positivismo la puede sostener’)” (la traducción es nuestra) .

²¹ ALEXY, 2001, p. 76

²² ALEXY, 1997, p. 46 y ALEXY 2001, p. 84.

²³ ALEXY, 1997, p. 45

²⁴ Ver ALEXY, 1997, p. 76.

jurídica. El corolario de la tesis es que los principios morales, además de pertenecer al sistema jurídico y ser vinculantes en virtud de su contenido, pueden ser racionalmente fundamentados.

Alexy construye de esta manera un concepto de validez en el que la moralidad ocupa un lugar central. Retomando los modelos descritos en el acápite anterior, es claro que el argumento de la justicia corresponde a alguna versión del modelo (2), en donde una norma jurídica es válida si ha sido creada conforme a las fuentes sociales convencionales y satisface ciertas condiciones morales (i.e. no es extremadamente injusta); y el argumento de los principios se corresponde a alguna versión del modelo (3), de que *cierto tipo* de normas jurídicas (los principios) son válidas en virtud de su contenido moralmente correcto. Considerados conjuntamente, por tanto, el modelo de validez jurídica adoptado por Alexy puede expresarse como una versión de (3):

$$(3'') \quad \forall x (M_1x \vee (M_2x \wedge Fx)) \leftrightarrow Vx,$$

donde M_1 alude a las propiedades morales que hacen válidos a los principios (condición suficiente), y M_2 a la ausencia de injusticia extrema (condición necesaria).

De esta manera, como señala Alexy, el argumento de la injusticia vendría a restringir, y el de los principios a ampliar, la tesis positivista de las fuentes sociales: “el argumento de la justicia exige una restricción de los criterios positivistas y el argumento de los principios, su complementación”²⁵. Así queda plasmado en la misma norma fundamental que, siendo la encargada de “fijar los criterios de lo que es derecho”, estaría incorporada en todos los sistemas jurídicos posibles: “Si una Constitución ha sido realmente promulgada, es socialmente eficaz y las normas de la Constitución no son extremadamente injustas, está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con esta Constitución tal como corresponde a la pretensión de corrección”²⁶.

Así entendidos, los tres argumentos formulados por Alexy están orientados a rebatir los postulados básicos del positivismo jurídico. No es nuestro propósito, sin embargo, explorar aquí los posibles desaciertos e imprecisiones que aquejan toda su fundamentación. Esa labor ya ha sido emprendida –si se nos permite, de manera exitosa– por varios autores²⁷. Más bien, la idea respecto de la que nos interesa llamar la atención es que, según el neoconstitucionalismo, son este tipo de conclusiones a las que debe llegar la teoría del derecho para explicar adecuadamente las características de los sistemas constitucionales contemporáneos (aunque, en el caso de Alexy, serían probablemente las características de todo sistema jurídico posible).

²⁵ ALEXY, 1997, p. 107.

²⁶ ALEXY, 1997, p. 105.

²⁷ Ver RAZ, 2007; BULYGIN, 2000; y BETEGÓN, 1998.

2. *El positivismo jurídico incluyente (incorporacionismo)*

A diferencia de lo que ocurre con posturas antipositivistas como las de Alexy o Dworkin, cuyas objeciones al positivismo pretenden demostrar al mismo tiempo la adecuación de tesis afines a la doctrina del derecho natural, el positivismo jurídico incluyente (o incorporacionismo) solo reclama algunas modificaciones que permitirían conciliar los postulados positivistas básicos con la existencia de criterios morales de validez.

La estrategia consiste en descomponer la tesis de las fuentes sociales en la forma sugerida originalmente por Hart: por una parte, sostener que la regla de reconocimiento del sistema jurídico puede incorporar criterios morales (ideales) de validez y, por otra, asumir que la regla de reconocimiento no pierde por ello su carácter convencional²⁸. Lo que vendría a sostener el incorporacionismo sería entonces que la teoría positivista no está necesariamente comprometida con la tesis de las fuentes sociales, sino con la denominada *tesis convencionalista*, según esta, los criterios de validez del sistema jurídico se sustentan en una regla convencional de reconocimiento. Y aunque no es muy claro qué deba entenderse en todo caso por “convención”, para el incorporacionismo es posible que esa regla de reconocimiento incorpore no solo criterios de validez relacionados con fuentes sociales, sino también criterios de moralidad esencialmente controvertidos²⁹. Los sistemas constitucionales serían ejemplos claros de esos sistemas.

Nótese que, si bien el incorporacionismo no desecha por completo la tesis de las fuentes, sí le atribuye un carácter relativo: el que ciertos hechos sociales sean considerados fuentes de derecho en un sistema jurídico depende de su inclusión en una regla de reconocimiento cuyo contenido, como el de toda regla convencional, es contingente. Es por esto que es posible construir dos versiones distintas de la tesis de las fuentes sociales: la versión fuerte, de que en todo sistema jurídico las fuentes constituyen condiciones necesarias y suficientes de validez; y la versión débil, en donde ese vínculo entre las fuentes sociales y validez de las normas es solo contingente³⁰. Mientras el positivismo excluyente adopta la versión fuerte, el positivismo incluyente asumiría la versión débil. Y así como el primero tiene implicaciones concretas en las tesis de la separación, el positivismo incluyente también posee su propia versión de ella: las relaciones entre el derecho y la moral son contingentes, pues la validez de las normas jurídicas puede estar sujeta –según lo disponga la regla de reconocimiento– o bien a criterios de moralidad o bien solo a fuentes sociales³¹.

²⁸ HART, 1961, p. 252: “En algunos sistemas como en Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica explícitamente incorporan principios de justicia o valores morales sustantivos”. Ver también HART, 2000, pp. 33 y 37 y COLEMAN, 2009, p. 376.

²⁹ SOPER, 1977, p. 511: “En el nivel básico, uno puede encontrar una regla social que establece instrucciones redactadas en términos normativos para la identificación de estándares jurídicos; en un nivel secundario, uno puede descubrir argumentos normativos sobre si se han seguido esas instrucciones” (la traducción es nuestra). La misma idea es expuesta por LYONS, 1977, p. 425; COLEMAN, 1989, p. 74; WALUCHOW, 2003, p. 81; y MORESO, 2002, p. 93.

³⁰ Ver RAZ, 1982, p. 58 y BAYÓN, 2002.

³¹ LYONS, 1977, p. 426: El positivismo sostiene “que no es necesariamente el caso que una regla deba satisfacer estándares morales particulares para contar como derecho. Pero el hecho de que la calificación

Así planteado, el incorporacionismo sería compatible con los modelos (1), (2) y (3): la regla de reconocimiento convencional puede disponer de manera alternativa que las fuentes sociales o la moralidad sean, individual o conjuntamente, condiciones suficientes o necesarias de validez. A diferencia de lo que sucede con la norma fundamental de Alexy³², cuyo contenido viene determinado por la misma naturaleza del derecho, para el positivismo incluyente depende en última instancia de convenciones sociales.

Existen, no obstante, algunas reservas acerca de si una regla de reconocimiento como la expresada en el modelo (3), que considera la moral como condición necesaria y suficiente de validez, es compatible con las características que asociamos habitualmente al derecho. Bayón, por ejemplo, considera que una regla en donde “se ha de hacer lo que es moralmente correcto” carece de algunas de las características esenciales de un sistema jurídico: “Un ‘derecho’ semejante sería un sistema estático, no dinámico, y carecería de los rasgos mínimos que nos permitirían hablar de un sistema jurídico en sentido estricto”³³. Por tanto, la alternativa más plausible para el positivismo incluyente sería –y así lo han entendido sus mismos defensores– la que atribuye a las reglas de reconocimiento un contenido complejo, que combina criterios basados en fuentes sociales con criterios de moralidad³⁴.

Esta manera de explicar el rol que cumple la moralidad entre los criterios de validez jurídica ha sido objeto de importantes críticas³⁵. Sin embargo, para los propósitos de este trabajo basta con tener en cuenta que es la incorporación de principios morales, mediante una regla de reconocimiento convencional, lo que el positivismo incluyente considera indispensable para explicar la naturaleza de los sistemas constitucionales.

IV. SISTEMAS CONSTITUCIONALES Y POSITIVISMO JURÍDICO (EXCLUYENTE)

Como se ha ido sugiriendo a lo largo de este texto, algunas teorías afines al neoconstitucionalismo objetan total o parcialmente el positivismo jurídico como una teoría de los sistemas constitucionales. Su argumento principal alude a la supuesta incapacidad del positivismo para describir ciertos rasgos que, a nivel teórico, solo podrían ser explicados con éxito si se renuncia a la tesis de las fuentes sociales. Para el neoconstitucionalismo, los rasgos institucionales de los Estados constitucionales (catálogo de derechos, rigidez constitucional y control de constitucionalidad) hacen que la moral puede convertirse en un criterio de validez jurídica. Sin embargo, como se indicará a continuación, existen importantes razones para creer que el positivismo posee los instrumentos teóricos necesarios para explicar esas prácticas institucionales.

en virtud del ‘contenido’ no tenga que ocurrir en los sistemas legales no implica que no pueda ocurrir” (la traducción es nuestra).

³² ALEXY, 1997.

³³ BAYÓN, 2002b, p. 71.

³⁴ BAYÓN, 2002b, p. 71 y SEBOK, 2004, p. 302.

³⁵ Al respecto, puede verse la crítica expuesta por BAYÓN, 2002b, p. 74, acerca de la consistencia interna del positivismo excluyente, y la respuesta de ORUNESU, 2007.

Tomemos, en primer lugar, la figura del control de constitucionalidad de las leyes. Lo primero que debe admitirse es que, efectivamente, en los sistemas constitucionales ciertos jueces poseen la facultad de inaplicar o invalidar normas jurídicas, y que muchas veces los argumentos utilizados para concluir que las normas son constitucionales o inconstitucionales son de índole moral. Es claro, por tanto, que la adecuación de las normas a los principios constitucionales, cuyo contenido es fijado casi siempre mediante un razonamiento práctico, se convierte *de hecho* en un criterio *para que los jueces competentes declaren* la invalidez de la norma. Esto no es equivalente a decir, sin embargo, que a nivel conceptual la moral hace las veces de criterio de validez de las normas jurídicas. Si siempre es necesario el pronunciamiento³⁶ de una autoridad judicial para determinar si una norma promulgada por el legislador u otra autoridad normativa es inconstitucional, entonces los argumentos morales no constituyen condiciones suficientes para determinar que se trata de una norma inválida. Y si asumimos además que en algunas ocasiones los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad sin acudir a argumentos morales correctos (porque pueden equivocarse o eludirlos a sabiendas), entonces esos argumentos no constituyen tampoco una condición necesaria para que las normas creadas por medio de una fuente social sean declaradas inválidas³⁷. Así entendida, la declaración de inconstitucionalidad de normas jurídicas en los Estados contemporáneos puede caracterizarse mediante la fórmula

$$(4) \quad \forall x R x \rightarrow \neg V x,$$

donde el acto de rechazo R (es decir, la declaratoria de inconstitucionalidad) constituye condición suficiente para la invalidez de una norma emanada de una fuente social (F).

Algo similar sucede cuando nos damos cuenta de que los jueces no se limitan a declarar inválidas las normas que no se ajustan a los principios constitucionales, sino que además determinan mediante razonamientos morales cuál es el contenido de esos principios, es decir, cuáles son las reglas que pueden “derivarse” directamente de ellos. Es cierto que para llegar a este tipo de conclusiones los jueces suelen recurrir a razonamientos prácticos complejos y que muchas veces son las razones morales las que motivan sus decisiones. Sin embargo, también es cierto que la incorporación de la regla que satisface de mejor

³⁶ HIMMA, 2009, p. 120: “Una norma debidamente promulgada es jurídicamente válida a menos que sea declarada inconstitucional de acuerdo a lo que la mayoría de los jueces deciden que es, como una materia objetiva y desde un punto de vista moral, la mejor interpretación de las normas sustantivas de la Constitución”. Un punto de vista contrario puede encontrarse en WALUCHOW, 2003, p. 175, para quien en el sistema jurídico canadiense “las inconsistencias no comienzan a existir solo cuando los jueces declaran que existen. Al contrario, un juez declarará que hay inconsistencia solo porque cree que ya existe un conflicto jurídico en virtud de la Carta y sus diversas disposiciones”.

³⁷ HIMMA, 2009, p. 102, refiriéndose a la Corte Suprema de EE.UU., señala precisamente que una de las características de las decisiones judiciales es que son vinculantes aun cuando sean consideradas incorrectas: “... el Tribunal Supremo puede obligar jurídicamente a otros funcionarios con una decisión que es equivocada a la luz de la teoría de interpretación “correcta” (si es que la hay)” (la traducción es nuestra).

manera los principios constitucionales solo se produce una vez se haya tomado la decisión que así lo dispone. En ese sentido, ya que en todo caso es necesario el pronunciamiento de la autoridad judicial, la moral no constituye una condición suficiente para la validez de la regla “derivada”. Y, una vez más, puesto que el fallo no siempre va a estar motivado correctamente (sea porque el juez se equivoca o toma una decisión errada a sabiendas), entonces la moral tampoco constituye una condición necesaria.

Para contextualizar estas ideas podemos acudir a algunos rasgos comunes de los sistemas constitucionales. Por una parte, no es común encontrar en los textos constitucionales una norma que señale que las normas no acordes con determinados principios son *automáticamente* normas inválidas, es decir, que no necesiten de decisión previa para ser eliminadas del sistema jurídico³⁸. Tampoco lo es encontrar disposiciones expresas que declaren válidas *a priori* las normas que satisfacen las exigencias de los principios constitucionales, sin la necesidad de un acto de creación. Lo que en realidad hacen las constituciones contemporáneas es asegurar que ciertas instituciones jurisdiccionales desempeñen funciones de control constitucional, otorgándoles competencia para invalidar o crear normas jurídicas. Además, la importancia que le atribuye la Constitución a principios como los de legalidad, seguridad jurídica e irretroactividad muestran que la existencia de criterios morales (suficientes o necesarios) de validez resultaría contraria a las mismas disposiciones constitucionales. En definitiva, como señala Pozzolo, “es siempre una decisión dotada de autoridad jurídica la que determina... el sentido específico de los principios”³⁹ que permiten suprimir normas o incorporarlas al sistema jurídico.

Asimismo, algunas de las impresiones más comunes acerca de la validez en los sistemas constitucionales son compatibles con la tesis de las fuentes sociales. Aun cuando sea clara la contradicción entre una norma constitucional y una de inferior jerarquía, los juristas asumen por lo general que esta última es una norma válida y al menos *prima facie* aplicable hasta tanto no haya sido eliminada del sistema mediante un acto de autoridad, lo que por supuesto no impide que existan reparos acerca de la corrección sustancial de la norma y se formen opiniones fundadas acerca de la conveniencia de invalidarla.

En suma, estos argumentos parecen mostrar que una explicación adecuada de los criterios de validez en los sistemas constitucionales no requiere adoptar ninguno de los modelos (1)-(3). El modelo que mejor describe los criterios de validez sería, por tanto, el expresado por la equivalencia

³⁸ Lo que sí es posible encontrar en algunos sistemas constitucionales son disposiciones que permiten a los tribunales efectuar una declaratoria de inconstitucionalidad con carácter “retroactivo” (por ejemplo, el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 en Colombia). Sin embargo, la necesidad de que sea la misma Corte quien determine su carácter “retroactivo” es una instancia clara de la tesis de las fuentes sociales.

³⁹ POZZOLO, 2014, p. 384.

$$(5) \quad \forall x Fx \leftrightarrow Vx^{40},$$

según esta, una norma es válida si y solo si emana de alguna fuente social, y puede ser reformulada como

$$(6) \quad \forall x (Fx \wedge \neg Rx) \leftrightarrow Vx,$$

según lo anterior, una norma jurídica es válida si y solo si ha emanado de una fuente social (F) y no ha sido anulada o derogada mediante un acto de rechazo (R). Nótese que (6) implica

$$(6') \quad \forall x (\neg Fx \vee Rx) \leftrightarrow \neg Vx$$

$$(6'') \quad \forall x (Fx \wedge \neg Rx \wedge (\neg Mx \vee Mx)) \leftrightarrow Vx$$

Ahora bien, los incorporacionistas aún pueden objetar —con razón— que lo dicho hasta ahora prueba que en algunos sistemas jurídicos constitucionales la moral no es criterio de validez, pero no que sea imposible la existencia de sistemas en los que sí lo sea. En efecto, hasta ahora nos hemos limitado a señalar que en *algunos* sistemas las competencias de los jueces para invalidar (o crear) normas jurídicas están diseñadas de tal manera que las normas incompatibles (o compatibles) con la Constitución solo son inválidas (o válidas) cuando así lo dispone un acto de autoridad. Aunque estos rasgos institucionales sirvan como contraejemplos claros para una teoría como la de Alexy, de que la conexión necesaria entre el derecho y la moral se desprende de la misma naturaleza del derecho⁴¹, no lo son para el incorporacionismo, que asume la tesis de la vinculación contingente y no necesaria entre el derecho y la moral.

Para demostrar, por tanto, que sí es posible la existencia de una regla de reconocimiento compleja, podrían señalarse que los argumentos expuestos hasta ahora surgen de una interpretación equivocada de la Constitución, pues aunque de hecho no existan normas expresas que invaliden automáticamente las normas inconstitucionales, existen sin embargo convenciones interpretativas en el sentido de que sí lo hacen. O, por otra parte, sostener que a pesar de no encontrar abundantes ejemplos en la actualidad, aún son posibles o de hecho existen las Constituciones que disponen expresamente la validez o invalidez de una norma jurídica “derivada” de la Constitución sin la necesidad de una decisión de autoridad previa⁴². De esta manera se probaría que el modelo (6) no explica

⁴⁰ Una formulación similar propone RAZ, 1982, p. 59: “(1) Una condición social es necesaria para identificar la existencia y el contenido del derecho... (2) Una condición social es suficiente para identificar la existencia y contenido del derecho”.

⁴¹ Ver ALEXY, 1997, p. 105.

⁴² WALUCHOW, 2003, p. 175: Conforme a la Constitución canadiense “...cualquier medida jurídica... que sea inconsistente con las secciones 7 y 15 de la Carta carece de fuerza o efecto, independientemente de la decisión de un juez en un caso constitucional”.

adecuadamente los criterios de validez de todos los sistemas jurídicos, y ni siquiera de todos los sistemas constitucionales. Por tanto, para que el positivismo excluyente sea correcto como teoría general, debe adoptar un modelo de validez que excluya, por razones conceptuales, la posibilidad de que la moral sea una condición relevante de validez, es decir, debe fundamentar un modelo como

$$(7) \quad \Box \forall x (Fx \wedge \neg Rx) \leftrightarrow Vx,$$

que implica

$$(7') \quad \Box \forall x (Fx \wedge \neg Rx \wedge (\neg Mx \vee Mx)) \leftrightarrow Vx,$$

donde el operador alético de necesidad (\Box) expresa el carácter conceptualmente necesario de las condiciones de validez.

La tarea consiste entonces en objetar la idea de que una regla de reconocimiento representada por los modelos (1), (2) o (3) pueda condicionar la validez de las normas al cumplimiento de criterios morales sustantivos. Nuestra opinión al respecto es que, aun adoptando tal regla de reconocimiento, sería imposible concebir la moral como un criterio de validez, y nos gustaría ahora señalar por qué.

Una característica importante del positivismo jurídico es que explica las condiciones de validez como hechos (fuentes) reconocidos convencionalmente (por reglas de reconocimiento) que permiten identificar normas jurídicas válidas. Por tanto, la identificación de las disposiciones normativas que expresan las normas jurídicas es en algún sentido *objetiva*, es decir, no depende de las preferencias del juez, o en general de quien pretenda aplicar o seguir la norma. De forma similar, como señala Bayón, los criterios interpretativos que permiten asignar significado a las disposiciones normativas creadas mediante fuentes sociales deben ser para el positivismo jurídico, en algún sentido, objetivos⁴³, aunque puedan admitir un grado más o menos amplio de indeterminación (por problemas de vaguedad, ambigüedad, antinomias, etc.). Ello implica, entre otras cosas, que identificar una norma jurídicamente válida es para el positivismo jurídico, en algún grado, una cuestión de verificación y no de decisión o creación⁴⁴: todas las características que constituyen una regla social son empíricamente observables⁴⁵. Si no fuese así, no podría hablarse de “sistemas jurídicos” en sentido estricto, pues no sería posible determinar la existencia de normas jurídicas previas a las sentencias proferidas por los jueces o a los actos de seguimiento. Por último, si la identificación de la existencia y el

⁴³ BAYÓN (2002b, p. 59).

⁴⁴ JIMÉNEZ CANO, 2013, p. 107: “...al positivismo jurídico... le atañe un compromiso metodológico con alguna teoría verificacionista de la verdad en sentido amplio, es decir de un enfoque metodológico que rechaza o descarta el realismo ‘indescifrable’, esto es, un realismo fundamentado en verdades *resistentes* al descubrimiento humano o que trasciendan la habilidad o la capacidad *normal* para averiguarlos”.

⁴⁵ HIMMA, 2009, p. 100 (la traducción es nuestra).

contenido de las normas jurídicas no estuviesen gobernados por criterios verificables y el derecho fuese, por tanto, globalmente indeterminado, no sería posible hablar de un sistema jurídico preexistente, sino tan solo de actos de decisión pura.

Por tanto, si el incorporacionismo insiste en la posibilidad de una regla de reconocimiento compleja, que incluya criterios morales de validez, debe asumir simultáneamente alguna clase de objetivismo moral que explique cómo pueden los principios constitucionales tener un contenido moralmente correcto. Debe rechazar, por tanto, al menos dos de las posibles alternativas acerca de la naturaleza de los juicios morales involucrados en la interpretación constitucional: concebirlos como parte de una moral subjetiva o de una moral social. Algunos teóricos del derecho han sido insistentes en este punto⁴⁶. Si asumimos, en primer lugar, que los criterios morales de validez jurídica son el producto de convenciones o acuerdos sociales, entonces el incorporacionismo sería indistinguible del positivismo excluyente, pues solo estaría señalando que ciertas convenciones sociales –creencias morales compartidas– son criterios de validez jurídica. El contenido de los principios constitucionales y la validez de las normas jurídicas sujetas a ellos dependerían de esa manera solo de hechos sociales convencionales. Y si el incorporacionismo asume, en segundo lugar, que los criterios morales de validez son de naturaleza subjetiva, es decir, que dependen exclusivamente de los deseos, emociones y creencias del intérprete, entonces no estaría en capacidad de mostrar la existencia de aquellas normas jurídicas cuya validez dependa de criterios morales (terminaría mostrando, como el positivismo excluyente, que los jueces deciden discrecionalmente). En definitiva, para que el incorporacionismo sea consistente con sus tesis más básicas, es necesario que sustente alguna forma de objetivismo moral⁴⁷. En palabras de Bayón:

...si un criterio de pertenencia basado en el contenido tiene que establecer como condición de verdad de una proposición que afirme que una norma pertenece al derecho no el hecho social de que en una comunidad se crea que es moralmente correcta, sino el que «realmente lo sea», entonces no puede haber regla de reconocimiento compleja –ni por tanto incorporacionismo– sin objetivismo moral⁴⁸.

Ahora bien, nuestra opinión es que demostrar la verdad o corrección objetivas de un principio moral enfrenta dificultades teóricas insalvables y que, por tanto, el modelo (7) es el que explica adecuadamente el concepto de validez jurídica. Sin embargo, indicar de forma pormenorizada cuáles son esas dificultades excede por mucho los alcances de este escrito. Muy esquemáticamente, podemos decir que los enunciados que expresan

⁴⁶ Al respecto, ver BAYÓN, 2002b, p. 73; JIMÉNEZ CANO, 2008, p. 227 y ORUNESU, 2007, p. 34. Una posición contraria es la expuesta por MORESO, 2002.

⁴⁷ MORESO Y VILAJOSANA, 2004, p. 200: "Si el objetivismo moral es una doctrina falsa, entonces el positivismo exclusivo es una teoría del derecho adecuada".

⁴⁸ BAYÓN, 2002b, p. 74.

valores morales, entendidos como enunciados prescriptivos⁴⁹, atribuyen a ciertas acciones o estados de cosas un conjunto de propiedades (morales) que no poseen una existencia de naturaleza empírica o no empírica⁵⁰, que trascienda las meras preferencias o deseos del agente (subjetivismo ontológico). Y aunque demostrar la inexistencia de propiedades objetivas parezca ser una tarea imposible, podemos decir en todo caso que su conocimiento escapa a las capacidades cognoscitivas de las personas, y que no existen circunstancias o procedimientos ideales, ni puntos de vista privilegiados, que nos permitan conocerlas (subjetivismo epistemológico)⁵¹. Podemos decir también que el objetivismo ontológico y epistemológico descansan sobre la idea extraña de que las acciones y los estados de cosas tienen propiedades o relaciones completamente distintas a las de cualquier otra en el mundo, que esas propiedades o relaciones solo pueden ser percibidas por medio de alguna intuición o capacidad cognitiva singular o que son accesibles en condiciones ideales. Esto riñe con una visión más austera del mundo que no supone la existencia de propiedades, relaciones o cualidades diferentes de las percibidas mediante nuestras capacidades normales, y que solo es compatible con alguna forma de subjetivismo moral que explique, en función de nuestras actitudes o preferencias subjetivas, la particular inclinación a creer en valores objetivos⁵².

Ahora bien, los argumentos metaéticos contra el objetivismo moral no parecen ser los únicos que permiten objetar el incorporacionismo. También podemos construir un argumento menos ambicioso que muestra la irrelevancia de adoptar el objetivismo moral para identificar las normas válidas en los sistemas constitucionales, y no, en general, en cualquier mundo posible. Recordemos que, para el neoconstitucionalismo, la moral constituye un criterio de validez particularmente importante en los sistemas constitucionales. Y, como veremos en el siguiente apartado, la existencia de desacuerdos profundos entre jueces y ciudadanos acerca del contenido de algunas cláusulas constitucionales desestiman la presunta necesidad de adoptar el objetivismo moral para explicar el concepto de validez.

⁴⁹ Decir que los enunciados morales tienen un carácter prescriptivo implica rechazar el cognoscitvismo ético que atribuye un carácter meramente descriptivo a expresiones como “bueno”, “justo” o “debido”. Ver MACKIE, 1977, p. 24 y HARE, 1952, p. 1. Adoptar una postura no cognoscitivista no implica, por supuesto, negar que los enunciados morales no tengan también una función referencial. Ver BAYÓN, 1991, p. 140.

⁵⁰ Esto implica el rechazo de teorías naturalistas, como la de Boyd, que atribuye a las propiedades morales una naturaleza empírica; o intuicionistas, como la de Moore, que les atribuye una naturaleza no empírica. Ver LUQUE SÁNCHEZ, 2011.

⁵¹ Esto implica un rechazo de las teorías constructivistas que, abrazando el objetivismo epistemológico, se apartan del objetivismo ontológico. MORESO, 2009, p. 104: “No se trata de hechos externos al propio procedimiento de construcción, sino de hechos que son el resultado del proceso de construcción, de *hechos contruidos*, podríamos decir”. Ver también Chiassoni, 2011, p. 163. El punto más sensible del constructivismo se encuentra precisamente en la fundamentación de las condiciones ideales que definen el procedimiento.

⁵² Ver BAYÓN, 1991, p. 217.

V. POSITIVISMO JURÍDICO Y LA IRRELEVANCIA DEL OBJETIVISMO MORAL

Hemos dicho que concebir los principios constitucionales de contenido moral como criterios de validez jurídica implica adoptar el objetivismo moral. Sin embargo, una cosa es decir que las propiedades morales sean objetivas y otra muy distinta que sean además accesibles, es decir, que existan métodos intersubjetivamente válidos para verificarlas, o acuerdos relativamente amplios entre jueces y ciudadanos acerca de cuáles son esos métodos. Sabemos bien que entre tribunales y ciudadanos suelen existir profundos desacuerdos acerca del contenido de los principios constitucionales y que muchas veces esos desacuerdos son de buena fe: no obedecen la mezquindad o a meros intereses particulares de quienes discuten. Por supuesto, la mera existencia de desacuerdos no es una prueba contundente contra el objetivismo moral, y por eso el incorporacionismo siempre podrá alegar que pese a las profundas controversias que existen en la práctica aún sigue existiendo una (única) respuesta correcta. Esta postura es válida y solo puede ser objetada, según creemos, refutando el objetivismo moral. En todo caso, aquí podemos demostrar que al menos en los sistemas constitucionales y en todos aquellos sistemas en los que la sociedad esté dividida por profundas controversias respecto del contenido de principios constitucionales, la tesis de que existe una moral objetiva que condiciona la validez de las normas jurídicas termina convirtiéndose –como lo ha señalado Jiménez Cano⁵³– en una tesis irrelevante.

Los desacuerdos acerca de la interpretación de los principios constitucionales son tan comunes como diversos. Los jueces suelen discutir no solo por el contenido de las disposiciones jurídicas (especialmente de aquellas que expresan normas de contenido abstracto, como los principios), sino también referente a las técnicas o métodos de interpretación que deben aplicárseles. Estos desacuerdos se reflejan a menudo en fenómenos como los cambios de precedente, los votos disidentes y el alcance diverso que atribuyen varios tribunales a disposiciones constitucionales idénticas. En este contexto, cada juez identificaría como válidas o inválidas normas distintas y sería en última instancia una autoridad suprema (judicial o legislativa) quien ponga fin a la controversia.

Tomemos como ejemplo un cambio de precedente de la Corte Constitucional colombiana⁵⁴. En la Sentencia C-098/ 1996, la Corte señaló en una votación de siete a dos que la Constitución no otorgaba a las parejas homosexuales el derecho a constituir vínculos jurídicos de carácter marital y patrimonial, por lo que las leyes que lo permitían solo para las parejas heterosexuales no podían ser declaradas inconstitucionales. Para la Corte el tratamiento que daba la ley a las uniones heterosexuales no era un “privilegio odioso” que vulnerara los derechos constitucionales de la población homosexual, sino una distinción fundamentada en aspectos *relevantes* como la capacidad de procreación. En la Sentencia C-075 de 2007, sin embargo, la Corte cambiaría su posición, considerando

⁵³ JIMÉNEZ CANO, 2013, p. 106.

⁵⁴ Nótese que cambios de precedente como este son bastante comunes en los tribunales constitucionales. Ejemplos célebres pueden ser, en Estados Unidos, *Plessy v. Ferguson* y *Brown v. Board of Education*, o *Lochner v. New York* y *West Coast Hotel v. Parrish*.

en una votación de seis a tres que el trato jurídicamente diferenciado entre las parejas heterosexuales y homosexuales era inconstitucional por vulnerar derechos fundamentales como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad. En su opinión, era indudable que a la luz de la Constitución “no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado”.

Como se puede ver, el contenido que le atribuye la Corte a las normas constitucionales es en ambos casos diferente, e incluso total o parcialmente contradictorio. Ahora bien, si el incorporacionismo insiste en el objetivismo moral, ¿cómo puede explicar estos cambios de precedente sin contradecirse a sí mismo? Al parecer solo puede recurrir a dos alternativas igualmente implausibles.

Puede señalar, en primer lugar, que solo una de las interpretaciones es equivocada, y que el cambio de precedente era necesario para tener certeza acerca de cuál era el contenido verdadero o correcto de la Constitución. Admite en consecuencia que, por ejemplo, la norma N_1 declarada inicialmente válida por el tribunal constitucional era a pesar de todo inválida y nunca perteneció al sistema jurídico. Aunque por obvias razones no podemos objetar de fondo esta tesis (que se sustenta en el objetivismo moral), es fácil advertir las dificultades que afronta. No parece existir un acuerdo, en principio, acerca de un criterio que permita determinar cuál de las dos decisiones proferidas por el tribunal constitucional refleja el verdadero contenido de la Constitución. En la práctica sería perfectamente posible que los jueces y ciudadanos disientan acerca de si una o ambas decisiones del tribunal son correctas y, por tanto, acerca de si la norma N_1 es (o haya sido en determinado lapso) válida o inválida. En el caso propuesto, por ejemplo, nada permite descartar que –aun existiendo una moral objetiva– ambas decisiones sean consideradas correctas por algún intérprete y que, en opinión de este, la decisión del tribunal no afecte la validez de la norma en cuestión. Por último, aunque existiera un criterio objetivo que determinara el contenido correcto de la Constitución, las controversias recurrentes indicarían que los participantes lo desconocen de hecho y que la moral no actuaría por tanto como un criterio de validez jurídica.

Pero, en segundo lugar, los incorporacionistas aún podrían señalar que ambas decisiones del tribunal –en este caso y en cualquier otro– son necesariamente correctas, a pesar de la contradicción. Según este punto de vista, los principios de moral objetiva previstos en la Constitución pueden avalar decisiones contrarias de los tribunales acerca de si una norma es válida o inválida. El principio de igualdad y no discriminación, por ejemplo, puede avalar u objetar en igual magnitud las normas que prohíben a las parejas homosexuales contraer vínculos maritales como las parejas heterosexuales.

Es fácil advertir, no obstante, las dificultades que afronta esta alternativa: se corre el riesgo de aceptar que las decisiones del tribunal constitucional coinciden siempre con el contenido de la moral objetiva (el tribunal se convierte, en términos prácticos, en una especie de “autoridad moral” infalible) y, en consecuencia, el incorporacionismo se hace indistinguible –también en términos prácticos– del positivismo jurídico: porque la validez de las normas jurídicas dependería, en última instancia, de una decisión adoptada por el tribunal constitucional.

VI. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos analizado una de las objeciones formuladas por el neoconstitucionalismo al positivismo jurídico excluyente, según esto, la validez de las normas jurídicas en los sistemas constitucionales contemporáneos no depende exclusivamente de fuentes sociales, sino también de la corrección moral. Tomando como referente las tesis de Alexy y de algunos positivistas incluyentes, identificamos cuatro modelos que pueden explicar alternativamente el concepto neoconstitucionalista de validez. Indicamos, en primer lugar, que las funciones de los tribunales constitucionales pueden ser explicadas sin mayores dificultades por el positivismo excluyente, pues en últimas lo que permite identificar una norma jurídica como inválida es siempre un hecho social, y que el uso de argumentos morales en instancias judiciales no implica la moral que se convierta en un criterio de validez. En segundo lugar, señalamos que aun suponiendo la verdad del objetivismo moral –al que está ligado necesariamente el positivismo incluyente– no es posible explicar de manera plausible aquellos casos en los que el contenido moral de las normas constitucionales es controvertido. En ese sentido, lo que en realidad estaría haciendo el neoconstitucionalismo es generalizar de manera inadecuada ciertas características institucionales de los sistemas constitucionales para postularlas como tesis plausibles de teoría general del derecho.

Somos conscientes de que las posiciones neoconstitucionalistas pueden ser refinadas muchísimo más y que quizás hemos expuesto una versión extremadamente simplificada de ellas. Aun así, en este trabajo podemos haber ofrecido algunas luces acerca del carácter implausible de las críticas neoconstitucionalistas contra el positivismo jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍN DE HIPONA: *De libero arbitrio*, http://www.Augustinus.It/latino/libero_arbitrio/
- ALEXY, Robert, 1997: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- ALEXY, Robert, 2001: “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, volumen 5, pp. 75-96.
- ALEXY, Robert, 2008: *El concepto y la naturaleza del Derecho*, Barcelona, Marcial Pons.
- ALEXY, Robert, 2010: “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris*, volumen 23, Nº 2, pp. 167-182.
- ALEXY, Robert, 2013: “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, *The American Journal of Jurisprudence*, volumen 58, Nº 2, pp. 97-110.
- ALEXY, Robert, 2017: “The Ideal Dimension of Law”, en George Duke & Robert George (editors), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 314-341.
- ATIENZA, Manuel & Ruiz Manero, Juan, 2007: “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, volumen 27, pp. 7-28.
- BAYÓN, Juan Carlos, 1991: *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: CEPC.
- BAYÓN, Juan Carlos, 2002: “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en Virgilio Zapatero Gómez (editor), *Horizontes de la filosofía del derecho vol 2*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, pp. 33-54.

- BAYÓN, Juan Carlos, 2002b: "Derecho, convencionalismo y controversia", en Pablo Navarro y María Cristina Redondo (editores), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, pp. 57-92.
- BAYÓN, Juan Carlos, 2004: "Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en: Jerónimo Betegón, Francisco Laporta, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto Sanchís (editores), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, pp. 67-138.
- BETEGÓN, Jerónimo, 1998: "Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección", *Doxa*, volumen 21, pp. 171-192.
- BEYLEVELD, Deryck y BROWNSWORD, Roger, 2001: *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, Oxford University Press.
- BOBBIO, Norberto, 1961: "Sul positivismo giuridico", *Rivista de filosofía*, volumen 52, pp. 14-34.
- BULYGIN, Eugenio, 2000: "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality", *Ratio Juris*, volumen 13, Nº 2, pp. 133-137.
- CHIASSONI, Pierluigi, 2011: "Tres Ejercicios para una crítica al objetivismo moral", en: Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (editores), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons.
- COLEMAN, Jules, 1989: "On the Relationship Between Law and Morality", *Ratio Juris*, volumen 2, Nº 1, pp. 66-78.
- COLEMAN, Jules, 2009: "Beyond inclusive legal positivism", *Ratio Juris*, volumen 22, Nº 3, pp. 359-394.
- COMANDUCCI, Paolo, 2002: "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía*, volumen 16, pp. 89-112.
- DWORKIN, Ronald, 1996: *Freedom's Law*, Oxford: Oxford University Press.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, 2005: "La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo", en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, pp. 159-186.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, 2009: *Criaturas de la Moralidad*, Madrid: Trotta.
- HARE, R. M., 1952: *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford: pp. 1-16
- HART, Herbert, 1961: *The concept of law*, Oxford, The Clarendon Press. (Las citas son tomadas de la edición española: Hart, Herbert, 1998: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot)
- HART, Herbert, 2000: *Postscriptum al concepto de derecho*, México, UNAM.
- HIMMA, Kenneth Einar, 2009: "Understanding the relationship between the U.S. constitution and the conventional rule of recognition", en Matthew Adler, Kenneth Himma (editores), *The rule of recognition and the U.S. constitution*, Oxford, Oxford University Press, pp. 95-120.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto, 2008: *Una metateoría del positivismo jurídico*, Barcelona, Marcial Pons.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto, 2013: "Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)", *Isonomía*, volumen 39, pp. 83-126.
- LYONS, David, 1977: "Principles, Positivism and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, volumen 87, Nº 2, pp. 415-435.
- LUQUE SÁNCHEZ, Pau, 2011: Las dos vías del realismo moral, *Discusiones*, volumen 10, pp. 275-283.
- MACKIE, John Leslie, 1977: *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Penguin, New York: pp. 16-42.
- MARMOR, Andrei, 2011: *Philosophy of Law*, Princeton and Oxford, Princeton University Press.
- MORESO, José Juan, 2002: "En defensa del positivismo jurídico inclusivo", en Pablo Navarro y María Cristina Redondo (editores), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica moral y política*, Barcelona, Gedisa.
- MORESO, José Juan, 2003: "Comanducci sobre el neoconstitucionalismo", *Seminario Albert Calsamiglia*, Barcelona; Universidad Pompeu Fabra, pp. 1-10.
- MORESO, José Juan, 2004: "El positivismo jurídico y la aplicación del derecho", *Doxa*, volumen 27, pp. 45-62.

- MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep, 2004: *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- ORUNESU, Claudina, 2007: *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons.
- POZZOLO, Susanna, 1998: "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, volumen 21, Nº 2, pp. 339-353.
- POZZOLO, Susanna, 2015: "Apuntes sobre Neoconstitucionalismo", en Jose Luis Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (editores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Volumen I*, México, UNAM, pp. 363-404.
- PRIETO Sanchís, Luis, 2005: *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara.
- RATTI, Giovanni Battista, 2015: "Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo", *Ius Humani. Revista de Derecho*, volumen 4, pp. 227-261.
- RAZ, Joseph, 1982: *La autoridad del derecho*, México, UNAM.
- RAZ, Joseph, 2007: "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en George Pavlakos (editor), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Portland, Oregon, Hart Publishing, pp. 17-36.
- SEBOK, Anthony, 2004: *Legal positivism in American jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SOPER, Philip, 1977: "Legal theory and the obligation of a judge: The Hart/Dworkin dispute", *Michigan Law Review*, volumen 75, Nº 3, pp. 473-519.
- WALUCHOW, Wilfried, 2003: *Inclusive legal positivism*, Oxford, Oxford University Press.