

LA VALIDEZ JURÍDICA EN EL IUSNATURALISMO Y EL POSITIVISMO

Yezid Carrillo De La Rosa¹
Ahneyenzy Carrillo

RESUMEN

Este trabajo responde a la línea de investigación en “problemas jurídicos contemporáneos” y constituye un avance del proyecto de investigación en ejecución titulado: “El problema de la validez y del actual sistema de fuentes en el derecho colombiano”. Si bien el proyecto tiene como propósito desarrollar un examen crítico del concepto de validez y estudiar el actual sistema de fuentes en el derecho colombiano luego de la expedición de la Constitución Política de 1991, por constituir un avance, este artículo solo se limita a desarrollar el primer aspecto; esto es el problema del concepto de validez jurídica en las corrientes de pensamiento iusnaturalista y positivista.

ABSTRACT

This work responds to the research line on “contemporary legal issues” and is a breakthrough of the research project in place titled “the validity problem of the current sources’ system in the Colombian law”. Even though the project’s purpose is to develop a critical assessment of the validity concept as well as study the current sources’ system in the Colombian Law following the promulgation of the 1991 Political Constitution as a step forward, this article aims only at developing the first aspect; this is the legal validity concept issue in the currents of iusnaturalist, positivist and neoconstitutionalist thoughts.

PALABRAS CLAVES

Iusnaturalismo, positivismo, neoconstitucionalismo, realismo, problemas jurídicos, derecho colombiano.

KEYWORDS

Iusnaturalism, positivism, Neoconstitutionalism, realism, legal problems Colombian law.

Artículo de investigación depositado en agosto 26 de 2011, aprobado en diciembre 5 de 2011.

1 Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena y de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, sede Cartagena. Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Director del grupo de Teoría jurídica y derechos fundamentales “Phrónesis”. yezidcarrillo@hotmail.com; yezidcarrillo@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

Este ensayo constituye un avance del proyecto de investigación “el problema de la validez y del actual sistema de fuentes en el derecho colombiano”, que pretende dar cuenta del problema de la validez en la teoría jurídica y muy especialmente en tres corrientes de pensamiento esencial en la historia del pensamiento jurídico: el iusnaturalismo, el positivismo y el neoconstitucionalismo, que constituyen los tres ejes temáticos que permiten desarrollar este ensayo.

Para muchos, el problema de la validez del derecho no deja de ser un problema meramente analítico y conceptual. Evidentemente la discusión sobre qué es derecho o cuál es el derecho válido en una sociedad, es un problema conceptual y la aproximación que se realiza al mismo exige una estrategia metodológica analítica. Este es un trabajo que se desarrolla en ese plano analítico. No obstante, la discusión de la validez del derecho en una sociedad tiene implicaciones prácticas que no pueden soslayarse, debido a que el curso de acción de los individuos en las sociedades modernas ha dependido de lo que se considere que es derecho o no en una comunidad; por tanto, el problema analítico de saber qué reglas o pautas cobijan determinados comportamientos, nos remite en el plano normativo a la cuestión de qué conductas son optativas y cuáles obligatorias en un grupo social o qué acciones son legítimas o no por los poderes públicos.

Pero el problema de la validez no implica asuntos regulativos o normativos de la conducta individual de los miembros de un grupo social determinado, involucra además una dimensión política que remite a la cuestión de la legitimidad del ejercicio del poder político en un Estado. En la modernidad el discurso sobre la validez del derecho revistió cada vez 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. Es por lo anterior que consideramos de capital importancia plantearse el problema del concepto de validez jurídica o de la validez de las reglas de derecho.

2. METODOLOGÍA

El proyecto corresponde al área de la teoría del derecho y hace uso de tres escogencias metodológicas: analíticas, empíricas y normativas. No obstante, este trabajo únicamente muestra el desarrollo metodológico meramente analítico, que trata de esclarecer el sentido y alcance del concepto de validez en las tres corrientes de pensamientos que nos proponemos estudiar: el iusnaturalismo, el positivismo y el neoconstitucionalismo.

3. DESARROLLO

3.1 EL CONCEPTO DE VALIDEZ

Bobbio ha señalado que ante una norma jurídica podemos plantearnos tres problemas: el de su justicia (problema deontológico)² el de la eficacia (problema fenomenológico)³ y el problema de la validez (problema ontológico)⁴. Para Bobbio claramente solo existe una validez, la validez jurídica o formal; el problema de la justicia o la eficacia de una norma no guarda relación con el problema de la validez jurídica. C. S. Nino ha sugerido varias formas de interpretar o de usar el concepto de validez. En un primer sentido validez puede significar que una norma o un sistema jurídico existen (validez como existencia). En un segundo sentido, el concepto puede servir también para concluir que existe una obligación moral de obediencia porque lo que se declara prohibido, permitido u obligatorio efectivamente así lo es (validez como fuerza vinculante). También puede usarse para sostener que una norma pertenece a un cierto sistema jurídico (validez como pertenencia). Finalmente, cuando se usa el concepto de validez, puede significar que una norma o un sistema jurídico tienen vigencia o eficacia⁵.

2 BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá: Editorial Temis. 1992. pág. 20.

3 Ibid. pág. 22.

4 Ibid. pág. 22.

5 NINO, Carlos. S. Introducción al análisis del derecho. Barcelona: Ariel. 1999. pág. 132-133.

Según Alexy⁶, existen tres elementos del concepto de derecho: 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 derecho⁷. Cada uno de estos elementos nos remite a un concepto diferente de validez. La eficacia al concepto sociológico o validez social, la corrección moral al concepto ético o validez moral y el de legalidad al concepto jurídico de validez.

3.2 EL CONCEPTO DE VALIDEZ EN EL IUSNATURALISMO

La contradicción entre las reglas creadas por el hombre y la naturaleza aparece en el pensamiento sofisticado, bajo la oposición entre la *physis*, aquello que es por naturaleza y permanece invariable, y aquello que surge como consecuencia de la convención o acuerdo, o por la voluntad de poder y se manifiesta en el hábito, la costumbre o la ley (*nomos*). Esta contraposición estará presente en el posterior pensamiento griego, como puede observarse en la tragedia *Antígona*, de Sófocles, en donde aparecen claramente contrapuestas las leyes del Estado a las leyes eternas de la naturaleza, o en Platón en la que aparecen la idea de arquetipos trascendentales que existen en un mundo suprasensible más allá del tiempo y del espacio, entre los cuales podemos hallar la justicia, y el mundo sensible de los hombres regido por las leyes humanas imperfectas que constituyen meros simulacros de aquellas⁸. Con Aristóteles aparece con total nitidez la distinción entre justicia convencional, creada por los hombres y la justicia natural. Mientras esta última es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de la aprobación o desaprobación del ser humano; la justicia legal o convencional es la que en un principio es indiferente que sea de

un modo u otro pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente y se vuelve obligatoria.⁹ Resalta, sin embargo, que en general, por aquella época, a diferencia de lo que ocurrirá posteriormente, no se consideraba la justicia natural como una pauta de valor superior a las pautas creadas por los hombres en virtud de su voluntad o convención; por el contrario, si existía contradicción entre lo justo natural y lo justo legal, este último prevalecía sobre el primero, exigiéndose obediencia y validez al derecho convencional o particular frente al derecho común o derecho por naturaleza.¹⁰ Esta primacía de la ley de la polis frente a una justicia natural, quizás explique el comportamiento socrático frente a la propuesta de Critón y su disposición a cumplir la sentencia a pesar de lo injusto de la misma, una especie de obediencia absoluta de la ley.

Contrario a lo que sucedía en la época clásica, en el mundo medieval el derecho natural se consideraba como un derecho superior frente al positivo y con fuerza vinculante sobre este. Dos teorías sobre la validez del derecho en el pensamiento medieval serán fundamentales: la propuesta de San Agustín y la de Santo Tomás. Agustín de Hipona distingue tres tipos de leyes: la ley eterna, la ley natural y la ley positiva. Ahora bien, no se trata de tres leyes sino de una sola que se despliega en tres momentos y objetos diferentes. La ley eterna es la razón ordenadora del Cosmos al cual pertenece el mundo humano; por tanto, la ley natural es la misma ley eterna en cuanto participa de ella y la ley eterna es la misma ley natural en tanto se aplica al ámbito de lo humano. Por su parte, la ley positiva, producto de la razón humana, debe concordar con las dos anteriores en la solución más concreta de los problemas de cada sociedad atendiendo a sus particularidades¹¹. Esta última para ser justa y legítima debe estar de acuerdo con la ley eterna, de allí su lapidaria frase de que no es ley la que no es justa¹².

6 ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Editorial Gedisa. 1997.

7 *Ibíd.*, pág. 24.

8 RIDDALL, J. G. Teoría Del Derecho. Barcelona: Editorial Gedisa. 2000, pág. 85

9 ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Bogotá: Ediciones Universales. 1998, Libro V, Capítulo VII, p. 118. Y RIDDALL, J. G. Op. cit. p. 87.

10 BOBBIO, Norberto. El positivismo jurídico, Editorial Debate, Madrid, 1993, p.43

11 GARZON, Ernesto. Derecho y moral En, VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.) derecho y moral. Barcelona: Editorial Gedisa. 1998.

12 ROBLES, M. Introducción a la teoría jurídica. Ed. Gedide, Barcelona, 1993, pág. 58.

Tomás de Aquino, propone una versión más débil y atenuada de la tesis anterior y distingue entre ley eterna, ley divina, ley natural y ley humana. La ley natural surge de la participación de la criatura racional en la ley eterna y la ley humana es a su vez derivada, por el legislador o por la costumbre, de la ley natural¹³. Cuando la ley humana viola la ley natural estamos en presencia de la ley corrompida o corrupta, pero no inválida o inexistente; una especie de leyes imperfectas, pero válidas¹⁴. Estas leyes pueden ser injustas de dos maneras¹⁵. En primer lugar, porque son contrarias al bien del hombre o se oponen al fin natural de las cosas; estas leyes, a pesar de su injusticia, deben ser obedecidas para evitar el escándalo y el desorden. En segundo lugar, las leyes pueden ser injustas porque se oponen a la ley divina, en cuyo caso de ningún modo pueden observarse¹⁶.

La secularización del mundo y la aparición de la razón moderna, justifica la idea de que los derechos y obligaciones naturales de los individuos surgen de la razón.¹⁷ Común a los defensores del derecho natural racional es el estudio y el análisis de la naturaleza humana, pero no la naturaleza real o histórica, sino una naturaleza elaborada por la razón, una naturaleza a-histórica e individual. A partir de ese análisis formulan reglas de justicia universales que sirvieran de guía a la conducta humana. Obviamente, subsisten, sin embargo, entre ellos, matices y diferencias que dependen de la forma como se configure esa naturaleza¹⁸. El iusnaturalismo racionalista compartirá con el iusnaturalismo medieval la subordinación del derecho positivo al derecho de la razón y lo justo.

En la teoría contemporánea, la teoría de Finnis constituye uno de los mejores enfoques de la doctrina actual del derecho natural. Finnis si

bien ha tocado el problema de la ley injusta ha sugerido que esta no hace parte de las preocupaciones centrales, pues una teoría del derecho natural, a su juicio, no debe tener entre sus principales preocupaciones la afirmación de que *'unjust laws not law'*¹⁹. No obstante, sostiene que los actos del gobernante deben descansar en el bien común, que no puede ser desconocido por ninguna disposición humana, so pena de que estas leyes o directrices carezcan de autoridad, con la consecuencia natural de que no crean obligación de obedecerlas. No obstante, si un ciudadano no respeta una ley injusta puede suceder que su comportamiento induzca a los otros a desobedecer no solo esa ley, sino otras leyes que sí son justas; por consiguiente, en ocasiones es mejor obedecer una ley injusta para evitar el colapso del sistema en general²⁰.

En el pensamiento de Finnis encontramos dos aseveraciones que de alguna manera definen el carácter general de la obra. La primera de ellas afirma que existen bienes humanos que no pueden ser asegurados sino por medio de leyes humanas, ello es, que se requiere la existencia del derecho. La segunda hace alusión a las exigencias del razonamiento práctico²¹.

Los bienes humanos permiten el florecimiento humano; sin ellos, es imposible el desarrollo pleno de su potencial humano. Finnis enumera siete de esos valores básicos de la existencia humana: el conocimiento, la vida, el juego, la experiencia estética, la amistad, la razonabilidad práctica y la religión.

La razonabilidad práctica²² no solo es un bien sino, además, un procedimiento; hace alusión al proceso de razonamiento que, cuando es llevado hasta sus últimas consecuencias, permite distinguir entre lo que son las acciones

13 BOBBIO, N. Op. cit. pág. 39

14 GARZON, Ernesto. Op. cit. p. 21

15 RIDDALL, J. G. Op. cit. pág. 96

16 BETEGÓN, Jerónimo y otros. Lecciones de teoría del derecho. Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1997. P. 48.

17 Ibid. 53.

18 Ibid. 55.

19 FINNIS, John. Natural law and natural rights. Oxford: Clarendon Press Oxford, University Oxford. 2003. pág.351.

20 RIDDALL, J. G. Op. cit. pág. 174-176.

21 RIDDALL, J. G. Op. cit. pág. 167-168.

22 FINNIS, John. Op. Cit. pág. 100.

correctas, considerando todas las cosas y no en relación con un propósito específico, de lo que es incorrecto. La razonabilidad práctica es fin y es medio para alcanzar fines²³.

3.3 EL CONCEPTO DE VALIDEZ EN EL POSITIVISMO JURÍDICO LEGALISTA-FORMALISTA

La sociedad medieval se caracterizó por la pluralidad de ordenamientos jurídicos y por la diversidad de fuentes de creación de derecho. La aparición del Estado moderno secularizado trae como consecuencias la monopolización del derecho por la comunidad política organizada, a quien se reconoce como su única fuente, y la racionalización del material jurídico disperso²⁴: el derecho es el establecido en la ley por el Estado y su obediencia no depende de un fundamento trascendente e intemporal, depende de su positividad, de haber sido puesto por el soberano.²⁵ El Estado ejerce un monopolio legítimo de la violencia y está por encima del derecho, es soberano. El concepto de soberanía como poder absoluto implica que el Estado está por encima del derecho y lo convierte en un ente único y autónomo que no tiene límite en el ejercicio de su poder y que carece de instancias superiores que lo legitimen.²⁶ Este hecho va a afectar de manera significativa el papel del juez. Antes de la aparición del Estado moderno, el juez, en sus decisiones, mantenía un cierto margen de libertad en la elección de la norma por aplicar²⁷, ello no es posible en la nueva situación que hace del juez un órgano del Estado, subordinado al poder legislativo y a la ley²⁸.

El movimiento codificador y las grandes codificaciones producidas a finales del siglo XVIII y principios del XIX se propusieron

ordenar el conjunto de pautas heterogéneas, anacrónicas y contradictorias que venían desde tiempo atrás y regulaban las relaciones sociales y políticas en el momento.²⁹ La codificación permitió, por una parte, la ordenación y racionalización de los materiales normativos a partir de un nuevo orden jerárquico de fuente, y por otra, la creación de reglas de derecho que cimienta el naciente Estado liberal de derecho en oposición a una tradición jurídica conservadora y monárquica.³⁰ Los codificadores concibieron el código como la única fuente de validez del derecho, pues a su juicio, el derecho del código, insuperable y completo, contenía los preceptos jurídicos necesarios elaborados racionalmente por el legislador, lo que conduce a que no se aceptara otra fuente de derecho que no sea la ley del código³¹.

Entre los hechos que determinaron la aparición de positivismo legalista y formalista en Francia (exégesis) se encuentran primeramente el fenómeno mismo de la codificación, que hace que el código se constituya en el manual o prontuario básico donde el operador jurídico sin mucho esfuerzo hallaba la solución del caso. El código aparece como la vía más simple y breve para la solución de la controversia restándole protagonismo a las otras fuentes de derecho. En segundo lugar, la elaboración y primacía del argumento del legislador racional o de autoridad del legislador que le atribuía a éste la calidad de sujeto infalible o le imputaba ciertas características que garantizan su racionalidad; se suponía por tanto que si el legislador es racional y su actividad también, su resultado, que no es otro que la ley positiva, debe serlo también; Por consiguiente, el derecho positivo no reflejaría una voluntad caprichosa y arbitraria del poder sino objetiva y justa.³² Además de lo anterior, este argumento supone que la voluntad del

23 RIDDALL, J. G. Op. cit. pág. 172.

24 BASTIDA, Xacobe. El silencio del emperador. Bogotá: Ediciones Universidad Nacional de Colombia. 2001 p. 19.

25 *Ibid*, 31.

26 *Ibid*, 20-21.

27 Además de las normas positivas, el juez podía apelar a las reglas consuetudinarias, o a los precedentes, o a la equidad, o a los principios de la razón natural; todas ellas se hallaban en un mismo plano de igualdad.

28 BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico. Op. cit. pág. 46

29 SORIANO, Ramón. Compendio de teoría general del derecho. Ariel, Barcelona, 1993, pág. 145 .

30 KELSEN, H. Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho. Novena edición, Traducción de Moisés Nilve, eudeba editorial universitaria de Buenos Aires, 1970, pág. 65-66.

31 BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico. Op. cit. p. 69

32 SEGURA, Manuel. La racionalidad jurídica. Madrid: Editorial Tecnos. 1998. pág.30

legislador se materializa en la norma jurídica y se expresa en forma clara y completa, de allí que lo mejor es someterse al dictado de la autoridad soberana. En tercer lugar, la tesis de la separación de los poderes, que desde Montesquieu se convierte en el fundamento ideológico de la estructura del Estado moderno y del ejercicio del poder dentro de este. Según esta teoría, las competencias entre los diferentes órganos del poder político deben estar taxativamente establecidas, atribuyéndole al legislativo el poder de creación del derecho mediante la ley y al poder judicial el de su aplicación; de allí que el juez, según Montesquieu, es la boca a través de la cual habla la ley. Finalmente, la necesidad de certeza del derecho. Para los partidarios de la exégesis, la codificación provee a los individuos de un criterio seguro y cierto que les permite saber con anticipación y exactitud las consecuencias jurídicas de su comportamiento. Al tener la sociedad un conjunto invariable y estable de leyes, el individuo tiene la certeza de que los jueces resolverán sus controversias con fundamento en ellas y no en otros criterios que pueden ser vistos como arbitrarios.³³

3.4 EL CONCEPTO DE VALIDEZ EN EL POSITIVISMO JURÍDICO SOCIOLOGICO-ANTIFORMALISTA

Con la aparición de nuevas tendencias en el pensamiento jurídico de corte sociológico y las críticas de las concepciones socialistas comenzarán a señalarse los límites y las debilidades de la codificación y del positivismo legalista-formalista. Según Perelman, en la segunda mitad del siglo XIX y como prolongación de la escuela histórica de Savigny se opera un giro hacia una visión funcional del derecho.

Los defensores de la concepción sociológica del derecho piensan que éste sigue siendo la ley elaborada por el legislador, pero a diferencia del positivismo legalista y formalista, no admite la idea de que la ley sea una simple forma vaciada de

contenido. La ley tiene un contenido; obviamente no se trata de un contenido moral como lo suponía el iusnaturalismo, sino de un contenido que viene dado por la intención o querer del legislador a través de ese medio, la ley³⁴.

En Inglaterra el positivismo jurídico de Bentham pretende construir una teoría del derecho objetiva que se apoye en la experiencia y que describa el derecho en términos de hechos puramente sociológicos; para ello, limita su análisis al derecho positivo e identifica lo jurídicamente existente con el poder efectivo; de allí que Bentham defina al derecho como un conjunto de mandatos y prohibiciones que emanan del soberano en una comunidad y, por consiguiente, a defender la idea de que el derecho tiene una estructura imperativa³⁵. Austin, al igual que Bentham, considera el derecho en términos de mandatos. Para él, éste es un conjunto de órdenes de un superior político dirigido a todos aquellos que se hallan sometidos a él y quienes habitualmente lo obedecen o si se quiere, como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas y habitualmente obedecidas³⁶. Para Austin, entonces, la validez jurídica no se encuentran apelando a otro orden como el de la razón o la divinidad, sino en la posibilidad de constatar empíricamente que la norma en cuestión fue establecida por un soberano que habitualmente es obedecido. Austin define el derecho como un imperativo³⁷. El modelo de Austin propone un sencillo criterio fáctico que permite identificar al derecho válido, para ello hay que responder a la pregunta: ¿qué ha mandado el soberano? La tradición anglosajona, al igual que todo el pensamiento positivista del siglo XIX, si bien resuelve el problema de la autonomía del derecho excluyendo toda referencia a la moral, crea un nuevo problema, pues si el derecho no es más que voluntad que se impone apelando a la coacción y al hábito, ¿cómo hacer para deslindar el derecho de la pura fuerza que se impone sin más? ¿Cómo hacer para distinguir el verdadero derecho de las meras órdenes del poder?³⁸

33 BOBBIO, Norberto. Op. cit. pág. 93-96.

34 PERELMAN, Chain. Op. cit. pág. 74-75.

35 BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. Op. cit. pág. 54 y BETEGÓN, Jerónimo y otros. Ob. cit. pág. 76.

36 BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. Op. cit. pág. 54.

37 BETEGÓN, Jerónimo y otros. Op. cit. pág. 76.

38 BASTIDAS F, X. Op. cit. p. 62.

3.5 LA VALIDEZ DEL DERECHO EN EL POSITIVISMO NORMATIVISTA KELSENIANO

Para Kelsen, la validez del derecho no puede hallarse en un pacto o contrato social ni en el reconocimiento de los destinatarios, ni en la mera constatación de que quien emitió la orden es un soberano, esto es, en un hecho, sino en otra norma, en un deber ser. La validez de una norma se deriva de su correspondencia con otra jerárquicamente superior que a su vez se fundamenta en otra norma hasta llegar a la norma última que fundamenta el resto del sistema y que sirve de fundamento a la primera obligación positiva: la Constitución material. Kelsen distingue entre sistemas nomo-estáticos y sistemas nomo-dinámicos. En los primeros, en los que incluye los sistemas morales, la validez de la norma viene dado por el contenido de estas, 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 anterior³⁹. Para Kelsen la diferencia entre el derecho y la moral no reside en lo que ellos ordenan o prohíben (pues su contenido puede ser idéntico) sino en la forma en que lo hacen, el criterio de distinción no es material sino formal, pues el derecho, independientemente de que sea justo o moralmente correcto existe una coacción física institucionalizada (organizada institucionalmente). En todo caso, el derecho puede tener el valor moral que quiera, pero éste no hace parte de su definición. Lo anterior no significa que toda norma que amenace con la coacción física sea una norma jurídica. Lo que diferencia la norma que dicta un funcionario público de la de una banda de ladrones, es que la del primero es válida porque existe una norma

que lo habilita para crearla y para usar la coacción en caso de su incumplimiento y esa norma que lo habilita hace parte de un sistema normativo cuya validez viene dada por el supuesto de una norma básica o fundamental. Kelsen considera 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 solo 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; la norma fundamental permite la juridización del poder político. No obstante el intento de Kelsen, numerosas fueron las críticas de la idea de norma fundamental, especialmente porque Kelsen nunca pudo fundamentar ni su carácter normativo ni su dimensión jurídica.

3.6 LA VALIDEZ DEL DERECHO EN EL POSITIVISMO METODOLÓGICO DE HART

Para Hart, por el contrario, la existencia de un sistema normativo presupone la unión de reglas primarias y secundarias que den cuenta del elemento organizativo e institucional; estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias y cumplen respecto de ellas funciones básicas: de cambio, de adjudicación y de reconocimiento⁴⁰. Aquí nos interesa fundamentalmente la regla de reconocimiento.

La regla de reconocimiento, en Hart, cumple el papel de norma fundamental que garantiza la unidad del sistema y criterio último de validez a partir del cual podemos identificar y reconocer una norma como válida dentro del sistema jurídico; esto es, permite establecer si una norma pertenece o no al sistema, pues ella especifica alguna característica o características

39 SORIANO, Ramón. Compendio de teoría general del derecho. 2ª edición. Barcelona: Ariel Derecho. 1993, pág. 122. y MARTINEZ ROLDAN, Luis y otro. Curso de teoría del derecho y metodología jurídica. Barcelona: editorial Ariel, S. A. 1994, pág. 87 y KELSEN, Hans. op. cit., págs. 109-110

40 HART, Herbert. Ob. cit. págs. 101 y ss.

41 Según HART, la regla de reconocimiento puede asumir las formas más diversas, entre ellas: 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. En los sistemas jurídicos modernos la regla de reconocimiento es más compleja (HART, Herbert. Op. cit. pág. 126).

que deben tener las reglas primarias para ser consideradas como válidas dentro del grupo.⁴¹ El criterio de pertenencia que propone, indica que una regla de derecho pertenece a un ordenamiento jurídico cuando su aplicación está prevista por la regla de reconocimiento de ese sistema jurídico. Para Hart, por consiguiente, el derecho es toda norma social obligatoria que pueda identificarse por referencia a alguno de los criterios especificados en la regla de reconocimiento⁴², por consiguiente, la unidad del ordenamiento jurídico se logra si todas las normas que pertenecen al sistema pueden reconducirse a la regla de reconocimiento que define cuáles son las fuentes del derecho y determina las condiciones para crear el derecho válido; solo a partir de ella se puede hablar de validez jurídica, de sistema jurídico y de derecho.

Ahora bien, la regla de reconocimiento no es supuesta como en Kelsen; todo lo contrario, es puesta y forma parte del ordenamiento jurídico; no es un presupuesto del conocimiento o la ficción de una voluntad imaginada, es un hecho que se expresa en una práctica social aceptada, por lo que el criterio último de validez del sistema lo hallamos en el plano fáctico y sociológico⁴³. La regla de reconocimiento es un hecho, pero también regla consuetudinaria y, por tanto, derecho.⁴⁴ Es un hecho porque, desde un punto de vista externo, puede constatarse que es habitualmente obedecida y, por ello, puede 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 reconocimiento⁴⁵. (Ejemplo: “El derecho dispone que...”)). En el anterior sentido, los enunciados normativos sobre la validez simplemente constatan la existencia de una práctica (hecho) concordante en una comunidad específica, a través de la cual se les reconoce fuerza obligatoria a aquellas normas que cumplan con ciertas características. La regla de reconocimiento usualmente no se halla formulada de manera expresa; su existencia se revela como una práctica compleja y concordante de la que participan tribunales, funcionarios y particulares que identifican el derecho con arreglo a ciertos criterios; de allí que su existencia sea una cuestión de hecho⁴⁶. Es por lo anterior que no tiene sentido preguntarse por la validez de la regla de reconocimiento, como no tiene sentido preguntarse por la validez de la barra de platino que da lugar al metro y con él al sistema métrico decimal, porque de la regla de reconocimiento solo podemos predicar su existencia (eficacia) o inexistencia y de este hecho inferir su fuerza vinculante (validez) en un determinado sistema jurídico. La regla de reconocimiento, entonces, no está subordinada a otro criterio de validez establecido por otra regla o fuente; por el contrario, ella es la regla última que suministra los criterios de validez de las reglas del sistema jurídico⁴⁷.

Según Hart, para saber si una regla (ordenanza) es jurídicamente válida debe seguirse una cadena de razonamiento que nos permita saber si esa regla fue dictada de acuerdo con el procedimiento y en ejercicio de las potestades conferidas por otra regla (reglamento), que a su vez ha sido dictada válidamente según los criterios de validez suministrado por otra regla (ley) válida, que a su vez ha sido creada con arreglo a otro criterio suministrado por otra regla.

Finalmente, cuando la validez de la ley ha sido cuestionada, y determinada por referencia a la regla que establece

42 BASTIDAS F, X. Op cit. pág. 180.

43 MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ. Curso de teoría del derecho y metodología jurídica, Ariel Derecho, Barcelona, 1994, pág. 100.

44 HART, Herbert. Ob cit. págs. 136-137

45 Ibid. págs. 128-129.

46 HART, Herbert. Ob. cit. pág. 137

47 Ibid. pág. 132.

que lo que la Reina en el parlamento sanciona es derecho, alcanzamos un punto donde debemos detener nuestras investigaciones referente a la validez: porque hemos llegado a una regla que, a semejanza del decreto y de la ley intermedios, proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas.⁴⁸

Como puede observarse, el actual positivismo de Hart sustituye la antigua concepción de la primera jurisprudencia analítica por una concepción más sofisticada y compleja, que sostiene que el criterio último de validez jurídica deriva de la práctica social de los tribunales que aceptan una regla de reconocimiento, según la cual los jueces tienen el deber de considerar ciertas características específicas para identificar las pautas o estándares jurídicos que deben servir para resolver los casos. Uno de esos criterios lo constituye las normas puestas en vigor por el legislador; pero no es la única, también deben incluirse la costumbre y el precedente.⁴⁹

3.7 EL CONCEPTO DE VALIDEZ EN LA TEORÍA NO POSITIVISTA DE DWORKIN Y ALEXY

Dworkin reconoce que la versión del positivismo que propone Hart es mucho más compleja que la de Austin. No obstante, es una visión fragmentada y reducida del derecho, porque el derecho está integrado, además de las reglas positivas, por otro tipo de normas como los principios y directrices políticas; y si bien la validez de las reglas positivas pueden identificarse a partir de una prueba de origen o de una norma básica (regla de reconocimiento), ésta no es suficiente para determinar la pertenencia al sistema de los principios y directrices, pues la validez de estos no depende

de su origen sino de su peso específico en el caso concreto⁵⁰, es decir, de su capacidad persuasiva de la que jueces y magistrados extraen las razones para decidir en un sentido determinado u otro. Pero, además, los principios no tienen su origen en el acto deliberado de algún legislador sino en el sentido de conveniencia y oportunidad desarrollados en la sociedad y en el foro durante largos períodos de tiempo, y es ese sentido de adecuación para resolver los problemas de cada periodo histórico el que le otorga poder y validez a los principios⁵¹. 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, debido a que la regla de reconocimiento identifica a las normas por su origen o fuente y, 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. Nos antipositivista consideran, por el contrario, a los principios como normas jurídicas obligatorias que deben ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas⁵². El positivismo trata los principios como resúmenes de lo que los jueces hacen cuando se ven obligados a ir más allá de las normas que los obligan, para ir en busca de principios extrajurídicos. 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 no positivista considera los principios como vinculantes para los jueces y, por tanto, cuando los jueces hacen uso de ellos, lo que hacen es aplicar normas jurídicas obligatorias, ello es, derechos y deberes⁵³.

Para Alexy, dos son las propiedades del derecho: la coerción o fuerza y la corrección o rectitud⁵⁴. El positivismo, en la medida en que sostiene

48 Ibid. pág. 133

49 HART, H. El nuevo desafío del positivismo. Op. Cit. pág.6.

50 DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Editorial Ariel, Barcelona, 1999, págs. 77-78.

51 Ibid, págs. 83-85.

52 Ibid, pág. 81.

53 Ibid, pág. 83.

54 ALEXY, Robert. "La naturaleza de la filosofía del derecho", En, Revista Doxa, No. 26, 2006, págs.155.

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, que defienden la inclusión de la moral en el derecho y, por consiguiente, la existencia de una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral (tesis de la vinculación), estarían más cercano a la segunda. Una interpretación radical de la tesis de la vinculación necesaria entre el derecho y la moral sustituiría enteramente la eficacia social y la legalidad conforme al ordenamiento (que para el positivismo constituyen los dos elementos definitorios del derecho), 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 moral⁵⁵; esto, si puede vincularse la validez social y la validez legal con la validez moral.

La necesidad de corrección se revela, para Alexy, al mostrar la contradicción performativa que se suscita cuando se afirma que “X es una república, soberana, federal e injusta”⁵⁶. La conexión conceptual puede referirse a normas individuales o a sistemas jurídicos. El primero estaría encarnado por el argumento de Radbruch, según el cual cuando hay conflicto entre seguridad jurídica y la justicia debe darse la razón al derecho positivo, excepto cuando la contradicción de éste con la justicia se vuelva intolerable.⁵⁷ Ahora bien, lo que es correcto para una norma individual no lo es para el sistema jurídico; por ello hay que preguntarse si existe una conexión conceptual necesaria entre el sistema jurídico en su totalidad y la moral.⁵⁸

En relación con los sistemas jurídicos hay que distinguir entre las conexiones fácticas y las conceptuales. La primera se da, por ejemplo, cuando un sistema jurídico no contiene normas que protejan la libertad ni la propiedad; esta

circunstancia hace imposible su validez continua. En la segunda, pueden distinguirse dos casos: los órdenes sociales sin sentido y los órdenes sociales predatorios.⁵⁹ Alexy imagina un grupo social gobernado por forajidos que inicialmente conforman un orden sin sentido, debido a que están regidos por reglas que no revelan la intención de sus autores y se muestran contradictorias, cambiantes e imposibles de satisfacer; en el segundo los bandidos se organizan y al menos se establece la prohibición de la violencia y la jerarquización de los bandidos, pero se continúa la explotación de los mismos. En estos dos casos el sistema no puede ser válido por razones conceptuales⁶⁰. Sin embargo, si en una etapa posterior los bandidos se organizan y se convierten en legisladores transformando el orden en un sistema de reglas y, a pesar de su injusticia extrema, tanto los súbditos como los gobernantes lo aceptan apoyados en razones superiores, es posible llamarle “sistema jurídico” por razones conceptuales. Alexy se pregunta cuál es la diferencia entonces entre un sistema de reglas y un sistema de forajidos y la respuesta la halla en lo que él denomina pretensión de corrección,⁶¹ que sostiene que el sistema jurídico (las normas individuales e incluso las decisiones jurídicas) incorpora, necesariamente, una pretensión de rectitud. En relación con el sistema jurídico tendría un carácter definitorio, de suerte que si ésta es desconocida, implícita o explícitamente, no puede considerarse a este como tal; no así en el caso de las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, en relación con las cuales la pretensión es calificativa, ello es, las trata simplemente como normas defectuosas.⁶²

3.8 LA VALIDEZ SEGÚN EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE Y EXCLUYENTE

El desarrollo actual del positivismo jurídico ha intentado dar respuesta a las fuertes objeciones

55 ALEXY, Robert. “Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional”. Op. cit. pág. 3

56 ALEXY, Robert. “La naturaleza de la filosofía del derecho”, Op. cit. pág. 156

57 Ibid. pág. 123

58 Ibid. pág. 125

59 Ibid. pág. 125-126

60 Ibid. pág. 126

61 Ibid. pág. 127

62 Ibid. pág. 127

que se le han presentado no solo a las críticas formuladas por las corrientes de pensamiento no positivistas como Dworkin y Alexy, sino también debido a la presencia de la moral en los sistemas jurídicos de posguerra garantistas de los derechos humanos. Dos han sido las variantes más importantes del positivismo: el positivismo excluyente y el positivismo incluyente.⁶³

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 la moral en la regla de reconocimiento (fuentes de derecho reconocidas por los tribunales) de un sistema jurídico.⁶⁴ Para esta versión del positivismo, por tanto, hay que excluir cualquier consideración valorativa en la identificación de la existencia y el contenido del derecho.⁶⁵ Por consiguiente, la validez jurídica (identificación y el contenido del derecho) nunca pueden depender de la apelación a criterios de moralidad sino a hechos sociales exclusivamente.⁶⁶ No obstante, el positivismo jurídico excluyente reconoce que en ocasiones el contenido del derecho existente no basta para decidir lo que debe hacerse en relación con un caso dudoso; sin embargo, ello no basta para desechar la tesis del positivismo según la cual la existencia o contenido del derecho dependen exclusivamente de hechos sociales y no de argumentos morales (tesis de las fuentes sociales).⁶⁷ 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 moralidad⁶⁸ ni a juicio evaluativo alguno.

A diferencia del positivismo jurídico excluyente, el incluyente admite que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico por medio de la cual se identifica la validez del

derecho pueda incluir estándares morales sin incurrir en inconsistencia o contradicción⁶⁹, debido a que, en ocasiones, la práctica social que identifica al derecho incluye criterios morales, aunque no necesita hacerlo⁷⁰. Ahora bien, a pesar 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 moral⁷¹ 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 como a 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 sí 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.

4. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Hoy debemos reconocer que los sistemas jurídicos modernos, luego de la posguerra, se están configurando de una manera que pone en crisis tanto al pensamiento iusnaturalista clásico y teológico como al pensamiento positivista.

En relación con el iusnaturalismo, hoy no es posible admitir que existen dos órdenes normativos diferenciados, uno de los cuales flota sobre el otro (el moral) y constituye un

63 WALUCHOW, Wilfrid J. Positivismo jurídico incluyente. Marcial Pons, Madrid, 2007, págs.15-16

64 RAZ, Joseph. The authority of law. Essays on law and morality, Clarendon Press, 1979, pág. 50. hay traducción en español: La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral. Traducción y notas de Roldando Tamayo y Salmoran. Universidad Nacional Autónoma de México. México D. F., segunda edición, 1985. págs. 55 y ss.

65 RODENAS Ángeles. Op. cit. pág. 418

66 MORESO, José Juan. ¿Qué queda del positivismo jurídico? Op. Cit. pág. 112

67 BAYÓN, Juan Carlos. Op. cit. pág. 57.

68 HART, Herbert A. "Postscript" a The concept of law, 2a ed, Oxford, Oxford University Press, 1994

69 RODENAS Ángeles. Op. cit. pág. 445.

70 RAZ, Joseph. The authority of law. Essays on law and morality, Clarendon Press, 1979, pág. 50

71 RODENAS Ángeles. Op. cit. pág. 418

parámetro de validez independiente al que debe subordinarse el derecho positivo. Como es evidente, el parámetro de validez del derecho positivo lo constituye el marco que propone la constitución política en los sistemas jurídicos constitucionalizados.

En relación con el pensamiento positivista, debido a que si bien el marco de la validez viene dado por la Constitución Política, es innegable el fuerte contenido moral que por obra de la consagración de los derechos fundamentales se introduce en los ordenamientos jurídicos constitucionalizados; lo cual replantea una de las tesis principales del positivismo como es la de la separación entre el derecho y la moral y, por tanto, la idea de que en la identificación del derecho válido no es necesario apelar a los juicios o criterios morales. El derecho contemporáneo es portador de tensiones internas que confrontan el concepto de validez jurídica propuesto por el positivismo. 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).⁷² 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 exigido por éste; en ese caso, los juicios de valor permiten que normas que según el sistema de fuentes autoritativos no serían derecho lo sean en virtud de su contenido o para evaluar y excluir normas que a pesar de ser identificadas como derecho según las fuentes autoritativas resultan inaplicables.⁷³ En el primer caso, nos hallamos frente a normas que no son válidas según el sistema de fuentes pero resultan

aplicables debido a que el propio derecho permite el juicio moral u otras consideraciones valorativas para resolver el conflicto, o porque el propio legislador remite a criterios extra-jurídicos (valores) para dotar de contenido y/o condiciones de aplicación determinada.⁷⁴ En el segundo caso, estamos frente a normas que según el sistema de fuentes autoritativo son derecho, pero se inaplican como consecuencia de juicios de valor.⁷⁵

El positivismo 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 valores 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.⁷⁶ Todo lo anterior permite concluir que el concepto de validez del derecho propuesto por el positivismo 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.

Hay que reconocer, sin embargo, que estas tensiones internas, si bien atacan dos de las tesis centrales del positivismo (la tesis de la separación y la tesis de las fuentes sociales), no hacen lo mismo con lo que se ha denominado positivismo incluyente, quien ha defendido que la conexidad conceptual que acaece hoy entre el derecho y la moral se produce de manera circunstancial y contingente y que, por tanto, si bien los jueces en la identificación del derecho deben apelar a los criterios de moralidad, no lo hacen porque estos criterios sean válidos en sí mismos sino porque existe una regla de reconocimiento social (tesis de las

72 RODENAS Ángeles. Op. cit. págs. 420 y 445

73 RODENAS Ángeles. Op. cit. pág. 420

74 Tal es el caso del constitucionalismo moderno en el que las normas remiten siempre a conceptos en los que el legislador renuncia a introducir propiedades descriptivas y en su lugar remite a las convenciones interpretativas vigentes en un determinado colectivo social. Lo anterior no quiere decir que las convenciones den respuesta a todos los casos pero es claro que siempre habrá un conjunto de casos que conformarán casos paradigmáticos de la aplicación del derecho. (MORESO, José J. "En defensa del positivismo jurídico incluyente," En, La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política, editorial Gedisa, 2002, Barcelona, págs. 94-95.)

75 RODENAS Ángeles. Op. Cit. p. 423

76 RODENAS Ángeles. Op. cit. pág. 419

fuentes sociales) que permite la apelación en determinados casos a la moral para identificar el derecho. Sin embargo, el positivismo incluyente debe reconocer que si bien, desde el punto de vista externo un observador puede describir nuestra práctica para identificar el derecho válido sosteniendo que es circunstancial e históricamente contingente que hoy el juez

deba apelar a la moral para identificar el derecho válido, desde el punto de vista interno un participante no puede considerar que la conexión conceptual entre el derecho y la moral es circunstancial sino necesaria para él, de suerte que resulta necesario que en su juicio de validez apele a consideraciones morales.

BIBLIOGRAFÍA

1. BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá: Editorial Temis. 1992. pág. 20
2. BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993
3. NINO, Carlos. S. Introducción al análisis del derecho. Barcelona: Ariel. 1999. pág. 132-133.
4. SORIANO, R. Compendio de teoría general del Derecho. Barcelona: Ariel Derecho. 1993. pág. 94
5. MARTÍNEZ, Roldan y FERNÁNDEZ, Suárez. Curso de teoría del derecho y metodología jurídica. Barcelona: Ariel Derecho. 1994. pág. 145.
6. ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Fontamara, México, 1993, pág. 26
7. ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Editorial Gedisa. 1997.
8. JAEGER, Werner. *Paideia*. Fondo de Cultura Económica. México, 1993 Ob. cit. pág. 164
9. Corte Constitucional. Sentencia C-873/03
10. KAUFMANN, Arthur. "Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho", en, Pensamiento jurídico contemporáneo. Barcelona: Editorial Debate. 1994. pág. 52
11. PLATÓN. Protágoras. En Diálogos. Vol. II. Madrid: Editorial Gredos. 1982. 337c-d.
12. FRIEDRICH. C. J. La filosofía del derecho. México: Fondo de Cultura Económica. Quinta edición. 1993. pág. 27.
13. RIDDALL, J. G. Teoría Del Derecho. Barcelona: Editorial Gedisa. 2000, pág. 85
14. ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Bogotá: Ediciones Universales. 1998, Libro V, Capítulo VII, p. 118. Y RIDDALL, J. G. Op. cit. pág. 87.
15. RUIZ, Miguel A. Una filosofía del derecho en modelos históricos. Madrid: Editorial Trotta. 2002, pág. 38.
16. BETEGÓN, Jerónimo y otros. Op. cit. pág. 41
17. GARZÓN, Ernesto. *Derecho y moral* En, VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.) derecho y moral. Barcelona: Editorial Gedisa. 1998
18. ROBLES, M. Ob. cit. pág. 58.
19. FINNIS, John. Natural law and natural rights. Oxford: Clarendon Press Oxford, University Oxford. 2003. pág.351
20. VIGO. Ob. cit. pág. 145.
21. HOBBS, Tomas. *Leviatán*, Traducción de A. Escotado. Madrid: Editorial Nacional. 1980. pág. 263
22. BASTIDA, Xacobe. El silencio del emperador. Bogotá: Ediciones Universidad Nacional de Colombia. 2001 pág. 19
23. KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho. Novena edición, Traducción* de Moisés Nilve, Eudeba editorial universitaria de Buenos Aires, 1970, págs. 65-66.
24. SEGURA, Manuel. La racionalidad jurídica. Madrid: Editorial Tecnos. 1998. p.30
25. ATIENZA, Manuel. Ob. cit. pág.174
26. PERELMAN, Chain. Ob. cit. págs. 74-75
27. LATORRE, Ángel. Introducción al derecho. 15ª edición. Barcelona: Editorial Ariel. S.A. 1999 pág. 138
28. LARENZ, Ob. cit. pág. 67
29. LÓPEZ MEDINA, Ob. cit. pág. 257.
30. HART, Herbert. "El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna", en CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José J. *El ámbito de lo jurídico. Lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*, editorial crítica, 1994.
31. DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Editorial Ariel S. A. 1999. pág. 66
32. GAVIRIA, Carlos. Temas de introducción al derecho. Medellín: Señal editora. 1992. Pág. 96.

33. LATORRE, Ángel. Introducción al derecho. Barcelona: Ariel, Barcelona, 1999. Pág. 118.
34. AUSTIN, J. The province of Jurisprudence Determined (lecture I) en Lectures on jurisprudence or *The Philosophy of positive Law*, Vol I, Robert Campbell, edición, John Murray, Albemarle Street, Londres, 1885, pp. 86-103. Traducción castellana, CASANOVAS Pompeu, *Primera lección de "La delimitación del ámbito de la teoría del derecho*, editorial crítica, 1994. pág. 178.
35. RECASENS SICHES, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. México: editorial Porrúa. 1980, p. 70
36. NINO, C. S. *La validez del derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 14
37. KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. Grupo Editorial Éxodo, México D. F., 2006, pág.118
38. ATIENZA, Manuel. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel Derecho, Barcelona, 1996, pág. 147
39. HART, H. *El nuevo desafío del positivismo*. Op. cit. pág.6
40. BAYÓN, Juan Carlos. *El contenido Mínimo del Positivismo jurídico*. p. 36
41. HIERRO, Liborio L. "¿Por qué ser positivista?", En, *Revista Doxa* 25, 2002. pág.263
42. HART. *El concepto del derecho*. 1977 Buenos Aires Abeledo-perrot P.128
43. MACCORMICK, Neil y Weinberger, Ota. (1986). *An institutional theory of law. New approaches to legal positivis.*, D. Reidle Pub. Co. (Kluwer), Dordrech, p. 130.
44. BULYGIN, Eugenio. (1998). "Sobre observadores y participantes", En, *Revista Doxa*. No. 21, Vol.1, p.45
45. SOPER, Philip. (1993). *Una teoría del derecho*. Madrid: Centro de estudios constitucionales., p.77.
46. LAPORTA, F. (1990). "Derecho y Moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalismo", En, *Revista Doxa No. 8*. pág. 134-135
47. BAYÓN, J. C. (1996). "Partecipanti, osservatori e identificazione del diritto", En, *Comanducci y Guastini*, pp 49.
48. GUASTINI, Ricardo. (1999). "Conocimiento sin aceptación", En, *Distinguiendo .Estudios de teoría y metateoría*. Barcelona: Gedisa, pp. 406-407
49. WALUCHOW, Wilfrid J. *Positivismo Jurídico Incluyente*. Marcial Pons, Madrid, 2007, pág.15-16
50. RAZ, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979, p. 50.
51. RAZ, Joseph. *La autoridad del derecho. ensayos sobre derecho y moral*. Universidad Nacional Autónoma de México. México D. F.
52. MORESO, José Juan. *¿Qué queda del positivismo jurídico?* Op. cit. pág. 112
53. HART, Herbert A. "Postscript" a *The Concept of Law*, 2a ed, Oxford, Oxford University Press, 1994
54. MORESO, José J. "En defensa del positivismo jurídico incluyente," En, *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Editorial Gedisa, 2002, Barcelona, págs. 94-95.
55. COLEMAN, J. "Negative and positive positivism", En, *Journal of legal Studies*, No. 11, 1982, págs. 139-162
56. MORESO, José Juan. Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional Op. cit. pág. 113
57. ALEXY, Robert. *derecho y razón práctica*. Ediciones distribuciones Fontamara, 2ª reimpresión corregida, México, 2002, pág. 29 y 13
58. ALEXY, Robert. "La naturaleza de la filosofía del derecho", En, *Revista Doxa*, No. 26, 2006, pág.155
59. ALEXY, Robert. "Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional". Op. cit. pág. 3
60. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales, traducción de Manuel ATIENZA e Isabel Espejo, Madrid, 1997. pág. 34
61. ALEXY, Robert. *Ibid.* pág. 41
62. GARCÍA FIGUEROA, Alonso. *Criaturas de la moralidad*. Editorial Trotta, 2009, pág. 18
63. LÓPEZ MEDINA, D. E. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis,2004
64. BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2008, pág. 149
65. TAMAYO JARAMILLO, Javier. "Crítica al Nuevo derecho y a la interpretación constitucional de la Corte Constitucional", En, *III Congreso nacional y I internacional de derecho constitucional*. Universidad de Nariño, Pasto-Colombia, 2008
66. MONROY CABRA, Gerardo. "La Constitución como fuente de Derecho: sistema de fuentes, En, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2002, pág. 15

67. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. (1997). "Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica", En, *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*. Santafé de Bogotá: Ediciones Rosaristas
68. LÓPEZ MEDINA, Diego E. (2000). *Derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
69. LÓPEZ MEDINA, Diego E. *EL derecho de los jueces*. Legis, Colombia, 2010, pág. 266.
70. FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 25.
71. ARANGO Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 2004, p. 95 y 102
72. PRIETO SANCHÍS, Luis. "Derecho y moral en la época del constitucionalismo jurídico", En, *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 10 – jul./dez. 2007, p. 68.
73. COMANDUCCI, Paolo. "Modelos e interpretación de la constitución", En, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta -Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007. pp. 42-43