

# CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, CONEXIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL Y RELEVANCIA DEL DERECHO

## Control of Constitutionality, Connection between Law and Morality and Relevance of Law

Juan Cianciardo<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 31 de julio de 2017  
Fecha de aprobación: 2 de agosto de 2017

*Auctoritas Prudentium*, ISSN 2305-9729, Año IX (2017), No. 17

### Resumen

En el trabajo se pretende vincular las discusiones que se han producido entre el sentido y el alcance del control de constitucionalidad, la relación entre Derecho y moral, y la llamada “paradoja de la irrelevancia”. La hipótesis de fondo es que estos tres temas sólo pueden ser correctamente enfocados y relacionados desde una Filosofía jurídica que posea como trasfondo y sustento una ética realista, puesto que las alternativas que brinda tanto el escepticismo como el constructivismo tienen como punto de partida descripciones insatisfactorias, por sesgadas, de la realidad jurídica.

### Palabras-clave

Derecho, Moral, paradoja de la irrelevancia, tesis de la conexión, tesis de la separación, interpretación, principios, reglas, control de constitucionalidad.

### Abstract

The paper seeks to link the current discussions between the meaning and scope of constitutionality control, the relationship between law and morality, and the so-called "paradox of irrelevance". The basic hypothesis is that these three topics can only be correctly focused and related from a Philosophy of Law that has as a background and sustenance realistic ethics, since the alternatives offered by both skepticism and constructivism have as a starting point unsatisfactory and biased descriptions of the legal reality.

---

<sup>1</sup> Profesor de Filosofía del Derecho (Universidad de Navarra). [jcianciardo@unav.es](mailto:jcianciardo@unav.es)

**Key Words**

Law, Morality, paradox of irrelevance, connection thesis, separation thesis, interpretation, principles, rules, constitutionality control.

**Sumario:** 1. A modo de punto de partida: El sentido del control de constitucionalidad 2. El positivismo excluyente frente a la paradoja de la irrelevancia 3. El no positivismo frente a la paradoja de la irrelevancia.

**1. A modo de punto de partida: El sentido del control de constitucionalidad**

Uno de los temas de debate más acuciantes del Derecho actual es el de los límites de la actuación de los jueces en los casos en los que ejercen el control de constitucionalidad. Es un debate hoy inevitable si se pretende desarrollar un discurso jurídico sobre los derechos humanos, además de un discurso político y un discurso moral. Veamos brevemente porqué.

Los derechos humanos han sido reconocidos en normas que poseen una fisonomía particular: son principios. Los principios están dotados de un supuesto de hecho amplio, que abarca potencialmente un número muy amplio de casos, y no cuentan en la mayoría de los casos con una consecuencia jurídica determinada. Son mandatos de optimización, según Alexy, porque no ordenan un curso de acción concreto, sino que se limitan a proponer un estado ideal de cosas hacia el que se debe tender. El “tender” se traduce en un impulso hacia la optimización de las posibilidades fácticas y jurídicas que permitirían alcanzar ese estado ideal. El carácter indeterminado o difuso de los principios torna conveniente e incluso necesaria su reglamentación (art. 14 de la Constitución argentina, 1853), limitación (art. 19 de la Ley Fundamental de Bonn, 1949), o regulación (art. 53 de la Constitución Española, 1978), con vistas a establecer mecanismos efectivos para el reconocimiento, la protección y la promoción de los bienes que se reconocen en los principios. El órgano encargado de llevar adelante esa tarea es el legislador (dimensión constitucional del principio de legalidad). Si bien esto está bien justificado por la importancia de los derechos, genera como peligro el de que en la ley con el pretexto de reglamentar, limitar o reglamentar un derecho en realidad se lo viole. Se trata de un riesgo que al concretarse genera dos preguntas: a) quién se hará cargo de reparar lo ocurrido y restablecer al principio dañado; b) cómo distinguir las reglamentaciones, limitaciones o regulaciones que

no violan la Constitución de las que sí lo hacen (los casos claros existen, pero son pocos).

La primera pregunta fue respondida inicialmente en el célebre caso *Marbury v. Madison*, resuelto por la Corte Suprema estadounidense en 1803<sup>2</sup>. El sentido de lo que se dijo entonces fue que los tribunales son los encargados de velar por la constitucionalidad de las normas dictadas por el legislador. Nació con “*Marbury*” la *judicial review* o control de constitucionalidad, que se ha ido extendiendo progresivamente, en un proceso imparable, en prácticamente todo el mundo occidental. El último eslabón de esa cadena ha sido el del control de convencionalidad: los tribunales deben también velar por la supremacía de los tratados internacionales referidos a derechos humanos. La segunda pregunta ha dado lugar a la creación de “límites de los límites”: el legislador puede imponer límites a los derechos, pero está sujeto a dos límites: el contenido esencial y el principio de proporcionalidad (o de razonabilidad en la legislación). El cuestionamiento de la constitucionalidad de una norma por violar derechos humanos se traduce en una puesta en discusión de su respeto del contenido esencial del derecho pretendidamente reglamentado o de su proporcionalidad.

Los derechos, cartas de triunfos en manos de las minorías (Dworkin), perderían su sentido más genuino si su vigencia efectiva estuviera en manos de las mayorías sin ningún tipo de control. La *judicial review* ha demostrado ser una herramienta bastante eficaz para evitar que esto ocurra, o al menos para atenuar sus efectos. No es de extrañar, por eso, que la legitimidad de los tribunales para ejercerla y la extensión de su ejercicio haya dado lugar a un debate intenso, con múltiples matices dependiendo del sistema jurídico en el que se dio y de la época histórica en que tuvo lugar. Se trata de un debate acerca de las fronteras de lo que las mayorías (incluso democráticas) pueden hacer. Traspuesta esa frontera, la norma dejaría de ser tal, y no sería más que una excusa para el pillaje y la injusticia. Es cierto, paralelamente, que un ejercicio desbocado del control de constitucionalidad puede tornar a las mayorías presas de los dictados de élites, o pueden frustrar el alcance de aquello que el Derecho pretende ser: una razón excluyente para actuar que ponga un coto a la discusión acerca del mejor modo de resolver los problemas prácticos que se relacionan de modo directo con la justicia.

---

<sup>2</sup> 5 U.S. 137.

Precisamente a este último problema dedicaré los puntos siguientes de este trabajo. Uno de los cuestionamientos que pueden formularse al control de constitucionalidad entendido como afirmación de la conexión entre la legalidad y una evaluación de su justicia o injusticia es el de afectar la relevancia del Derecho.

La pregunta por la relevancia del Derecho se responde de modos distintos según cómo se aborden las siguientes cuestiones: a) si existe o no de hecho una conexión entre Derecho y moral; y b) si, en su caso, la conexión existente es necesaria o contingente; c) si, en su caso, esa conexión existente tiene determinados límites (¿cuánta moral es aceptable en el Derecho?), o de qué modo esa conexión se da y/o debería darse. Algunos autores han intentado negar la existencia o la conveniencia de que exista una conexión entre Derecho y Moral basados en la llamada “paradoja de la irrelevancia del Derecho”. Según este argumento, si el Derecho se relacionara con la Moral entonces sería superfluo o irrelevante, puesto que la solución final de los problemas que pretende resolver no estaría en sus manos. Dicho con otras palabras, la afirmación de la tesis de la conexión resultaría incompatible con la afirmación de la relevancia del Derecho: se sostiene que si el Derecho se encontrara conectado con la Moral —esto es, si fuese cierta la tesis de la conexión—, entonces sería irrelevante, porque sus funciones de coordinación de conductas y de resolución de conflictos se encontrarían satisfechas por la propia Moral. Como el Derecho existe y lleva adelante esas funciones, la conclusión del razonamiento anterior sería la necesidad conceptual de separarlo de la Moral.

La conexión entre el argumento de la paradoja y el tema que veníamos tratando es evidente. Quienes afirmen que la relevancia del Derecho depende de su desconexión con la Moral tenderán a cuestionar la existencia de la *judicial review*. No es ésta, sin embargo, la única posición posible respecto del problema. Entre la tesis de la separación entre Derecho y Moral, por un lado, y la tesis de la identificación entre Derecho y Moral, por otro, hay una variedad de registros. De cada uno de ellos pueda sacarse, quizá, aspectos que permitan un encuadre del problema planteado que nos permita escapar de simplificaciones exageradas.

Es cierto que cuanto más ancho sea el control de constitucionalidad y los principios que se aplican cuando se lo ejerce, más estrecho en el sentido de menos relevante es el sistema jurídico. Sin embargo, esto no implica necesariamente que deba afirmarse el principio de legalidad de un modo tal que conduzca a la exclusión de la *judicial review* de los sistemas jurídicos, o a definirla como una patología del constitucionalismo presente. La razón de fondo ha sido expuesta en el segundo párrafo de esta introducción: sin control de constitucionalidad el discurso jurídico de los derechos se torna imposible.

La formulación de la paradoja y su eventual respuesta difieren según la perspectiva metaética desde la que se las aborde. Podemos reconocer tres posiciones básicas: a) no-cognitivista; b) cognitivista; c) cognitivista moderada. Realizaré, concretamente, dos preguntas al no cognitivismo y al cognitivismo moderado. En primer lugar, indagaré acerca del aporte de la Moral al Derecho; en segundo lugar, plantearé qué le aporta el Derecho a la Moral. Una y otra pregunta las referiré más o menos explícitamente al fundamento y la interpretación del Derecho, dos aspectos respecto de los cuales han centrado la mirada los defensores de la tesis de la conexión<sup>3</sup>. Teniendo en cuenta que a cada una de las dos posiciones mencionadas suscriben numerosos autores (en particular, al no cognitivismo), me pareció conveniente concentrarme en un autor que las representara.

## **2. El positivismo excluyente frente a la paradoja de la irrelevancia**

Como es sabido, la caracterización del positivismo es una empresa francamente difícil. No estamos ante un autor, tampoco ante una escuela de pensamiento. No existe, por tanto, un único modo de caracterizar al positivismo, y todo intento en ese sentido no está exento de problemas<sup>4</sup>. A lo largo de la historia se han dado,

---

<sup>3</sup> Cfr., al respecto, NINO, Carlos S., *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 11-16.

<sup>4</sup> Se ha dicho al respecto: “entre los autores que se califican a sí mismos de positivistas no existe unanimidad acerca de lo que sea concretamente el positivismo jurídico. Son muchos los intentos de clarificar esta cuestión y, aunque pueden encontrarse elementos comunes en las distintas descripciones, tampoco es aceptado corrientemente que esos elementos vengán a constituir la esencia del positivismo (...)”. SERNA, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, p. 13.

sin embargo, algunos ensayos exitosos. Entre ellos cabe rescatar tres: cronológicamente, los de Hart<sup>5</sup>, Bobbio<sup>6</sup>, y Hoerster<sup>7</sup>.

En este epígrafe analizaré la propuesta de Hoerster y, basado en ella, indagaré qué respondería este autor a las dos preguntas planteadas precedentemente.

Según Hoerster, el positivismo jurídico ha sido definido a lo largo del tiempo a través de cinco tesis. Sin embargo, sólo dos de esas tesis constituyen —en opinión de este autor— su núcleo, y de las tres restantes, dos han sido abandonadas por los positivistas y una nunca ha sido sostenida por ellos. De acuerdo con Hoerster, las críticas de las que el positivismo ha sido objeto tienen su origen en no haber tenido en cuenta esto último, en haberle adjudicado, dicho con otras palabras, cosas que ya no sostiene o que nunca sostuvo. Veamos entonces cuáles son las distintas tesis:

a) En primer lugar, la tesis de la ley. Según esta tesis, “el concepto de derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley”<sup>8</sup>. Esto significa, en su versión más rudimentaria, que todo el Derecho se encuentra en la ley, que no hay Derecho fuera de la ley, y que la ley es toda ella Derecho (triple postulado del legalismo)<sup>9</sup>. La ley es considerada, desde esta perspectiva, como la única fuente de calificación jurídica.

b) En segundo lugar, la tesis de la neutralidad. De acuerdo con ella (aunque por su importancia será profundizada más adelante), “el concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido”<sup>10</sup>.

c) En tercer término, la tesis de la subsunción: “la aplicación del derecho puede llevarse a cabo en todos los casos mediante una subsunción libre de

---

<sup>5</sup> HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, Traducción de G. Carrió, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, *passim*.

<sup>6</sup> Cfr. BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, Turín, Giappachelli, 1979. Trad. al español de R. de Asís y A. Greppi: *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Madrid, Debate, 1993, *passim*, y pp. 61-103 y 130-138.

<sup>7</sup> HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Jorge M. Seña, Madrid, Gedisa, 1992.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>9</sup> Cfr. Luigi LOMBARDI VALLAURI, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padua, CEDAM, 1981, pp. 32 y 49; y, del mismo autor, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, Giuffrè, 1975, p. 264.

<sup>10</sup> HOERSTER, Norbert, *En defensa (...), op. cit.*, p. 11.

valoraciones”<sup>11</sup>. El operador jurídico actuaría como “una especie de «autómata de la subsunción» que, con medios exclusivamente lógicos, puede averiguar el derecho que hay que aplicar en el caso concreto”<sup>12</sup>.

d) En cuarto lugar, la tesis del subjetivismo. Según esta tesis, “los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva”. Según Hoerster, “lo que quiere decirse con esta tesis puede aclararse muy bien recurriendo a la tesis objetivista opuesta. Esta última afirma lo siguiente: existen criterios o pautas objetivamente válidos, es decir, reconocibles por la razón, acerca de cuál debe ser el contenido del derecho (...). Con otras palabras, no solamente los juicios empíricos, es decir, los juicios de que algo es el caso, sino también los juicios normativos, es decir los juicios de que algo *debe ser*, son verdaderos o falsos y pueden, en principio, ser reconocidos como verdaderos o falsos”<sup>13</sup>. El positivismo, entonces, rechaza esta posibilidad.

e) Por último, la tesis del legalismo, de acuerdo con la cual “las normas del derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias”<sup>14</sup>. Hoerster explica que “a los iuspositivistas se les imputa no sólo que, en principio, están dispuestos a calificar como derecho a cualquier contenido sino que, además, consideran que las normas que ellos han calificado como derecho son obligatorias y merecen ser obedecidas en todas las circunstancias”<sup>15</sup>.

Luego de exponer brevemente cada una de las tesis, nuestro autor sostiene tres ideas fundamentales: la primera, que todas las tesis son independientes entre sí. Es decir, que se puede sostener una o algunas sin sostener otra u otras o todas las restantes. Se trata, en su opinión, de una independencia lógica. La afirmación de cualquiera de las tesis no implicaría lógicamente la asunción de ninguna de las restantes.

En segundo lugar, Hoerster afirma que sólo la tesis de la neutralidad y la tesis del subjetivismo fueron sostenidas realmente por los autores positivistas.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>13</sup> *Idem*, pp. 14-15.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 16.

Por último, el autor alemán sostiene que sólo la tesis de la neutralidad es realmente crucial para la definición del positivismo. Es decir, que se es positivista afirmando sólo la tesis de la neutralidad, sin ser necesario para serlo afirmar también la tesis del subjetivismo. Un objetivista podría, desde esta perspectiva, ser positivista, si mantuviese la decisión de definir el concepto de Derecho “a través de criterios puramente formales, neutros con respecto al contenido”<sup>16</sup>. Hoerster propone como ejemplo de un caso así a John Austin.

Las dos últimas ideas pueden ser compartidas, y pueden ser más o menos discutibles, en especial desde una perspectiva histórica, como exégesis de lo que significa ser positivista, aunque no sólo desde allí<sup>17</sup>. Las consecuencias de su análisis no van, al menos inicialmente, más allá de ahí. La primera idea resulta, en cambio, más interesante desde el punto de vista sustantivo, porque nos aproxima a lo que constituye la esencia del problema: establecer si la descripción positivista del fenómeno jurídico es fiel o defendible. Yo trataré esto último sólo desde la perspectiva planteada al comienzo. Es decir, desde la perspectiva que ofrece la posible respuesta positivista, en la versión de Hoerster, a las dos preguntas que formulé.

Debo plantear, entonces, la primera pregunta: según este autor, ¿qué le aporta la Moral al Derecho? La respuesta surge, precisamente, de la tesis de la neutralidad, considerada clave por Hoerster. Veamos lo que dice al respecto:

“El iuspositivista exige que el concepto de derecho sea definido a través de criterios puramente formales, neutros con respecto al contenido. Por lo tanto, desde el punto de vista del *concepto* del derecho, el derecho vigente puede tener cualquier contenido. Normas tan extremadamente inmorales o injustas como las leyes racistas en la Alemania de Hitler o en la actual Sudáfrica caen bajo el

---

<sup>16</sup> *Idem*, p. 12. Un tratamiento actual de la “caricatura de las tesis de la obediencia” y de la tesis de la discrecionalidad en Pedro RIVAS, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*, Pamplona, Aranzadi, 2007, pp. 117-125 y *passim*.

<sup>17</sup> Si bien no resulta posible fundarlo aquí, lo cierto es que la negación de una conexión lógica entre algunas de las tesis mencionadas por Hoerster es falsa o conduce a graves incoherencias. Cfr., al respecto, entre muchos otros, Pedro SERNA, “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, *Persona y Derecho* 37 (1997), pp. 279-316 y, del mismo autor, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos (...)*, *op. cit.*, cap. 1.



concepto de derecho si responden a los principios constitucionales internos del respectivo orden jurídico. Con su tesis de la neutralidad, el iuspositivista aboga, pues, por una estricta separación entre la atribución de la validez jurídica y la formulación de valoraciones ético-normativas”<sup>18</sup>.

El problema más evidente que tienen estas provocativas afirmaciones —que fueran formuladas originalmente por Kelsen— es el que plantea la existencia de normas cuyo contenido es aberrante. ¿Son o no Derecho? ¿Deben o no ser obedecidas? Hoerster responde afirmativamente a lo primero y negativamente a lo segundo. Veamos.

Según este autor, las normas aberrantes sí son Derecho. Y como Derecho que son, tienen validez jurídica y generan obligatoriedad jurídica. En segundo lugar, esas normas no tienen, en cambio, obligatoriedad moral. Se presentan de este modo dos planos de análisis (al menos aparentemente) desconectados entre sí: el plano jurídico, que se despliega simplemente reflejando el contenido de las normas, y el plano moral, que juzga acerca del contenido de las normas estableciendo a partir de allí su validez y obligatoriedad moral. El primero sería avalorativo y puramente descriptivo. El segundo, en cambio, sería valorativo y normativo.

Lo anterior conduce a Hoerster a distinguir entre “derechos jurídicos” y derechos humanos. Desde su punto de vista, el derecho subjetivo es una pretensión. Son derechos “jurídicos” aquellos derechos subjetivos (pretensiones) de naturaleza jurídica, que proviene a su vez del hecho de que esas pretensiones están normadas en el Derecho vigente. Son derechos humanos o morales, en cambio, los derechos subjetivos o pretensiones que tienen naturaleza moral<sup>19</sup>.

Las críticas que pueden hacerse son muy variadas. Sólo expondré brevemente algunas. En primer lugar, estamos ante un razonamiento circular. Hoerster asegura la utilidad práctica de distinguir entre un plano descriptivo y otro normativo, lo que conduciría a la diferenciación entre derechos jurídicos y

---

<sup>18</sup> Norbert HOERSTER, *En defensa (...), op. cit.*, p. 12.

<sup>19</sup> *Idem*, pp. 17-18.

derechos humanos. Los derechos humanos no serían más que aspiraciones morales que demandan su reconocimiento jurídico, su consagración como “derechos jurídicos”. Estos últimos deben su existencia como tales a su reconocimiento por el “Derecho vigente”. Ahora bien, ¿cuál es el “Derecho vigente”? Nada se dice sobre este punto. Sí sabemos, porque así lo reconoce expresamente el propio autor, que la tesis legalista es falsa. Es decir, que la ley no es la única fuente de calificación jurídica, y que por tanto resultan admisibles otras fuentes de juridicidad, como por ejemplo la jurisprudencia y la costumbre. Que la regla de reconocimiento se extienda —correctamente, en mi opinión— a las sentencias judiciales plantea para el positivismo un problema irresoluble desde sus propias coordenadas conceptuales, que se percibe bien en esta etapa del análisis de las ideas de Hoerster: siendo el juez —y, debería admitirse más ampliamente, el operador jurídico— fuente del Derecho, carece de relevancia la distinción entre derechos jurídicos y derechos humanos o morales. Esto es así porque es el propio juez quien tiene la tarea de reconocer el carácter jurídico de una determinada pretensión; en ese mismo reconocimiento conecta de manera inevitable, al interpretar, el Derecho con la moral. Si esto no se aceptase, no sólo caería la (auto) crítica positivista de la tesis legalista —puesto que se negaría a la actividad judicial el carácter de fuente—, sino que también nos encontraríamos con que la necesidad de determinar cuáles son los derechos jurídicos nos conduciría al análisis de las sentencias, y el análisis de las sentencias nos reconduciría a un presunto catálogo de “derechos jurídicos”. Esta circularidad es la que se percibe en el discurso de Hoerster.

En segundo lugar, cuál es la fuerza concreta de los “derechos humanos” y cuál es el sentido último de la distinguirlos de los “derechos jurídicos” son incógnitas que Hoerster no revela, y que, como es sabido, no tienen una respuesta sencilla.

En tercer término, queda aún un problema menos evidente que los anteriores, pero más frecuente en el trabajo cotidiano de los operadores jurídicos, cuya resolución es quizá más difícil para el positivismo de Hoerster. Si bien las normas aberrantes son una posibilidad y, lamentablemente, una realidad a la que nos enfrentamos con relativa asiduidad, más frecuente aun lo es el operar con normas cuyo contenido está directamente relacionado con la moral. Esas normas, cuya presencia en el Estado constitucional actual es un dato innegable, han sido designadas por la doctrina con el término “principio”. El problema que se plantea

para el positivismo hoerstiano es el de cómo trabajar con esos principios desde la tesis neutralidad. Según esta tesis, “el concepto de derecho tiene que ser definido de forma tal que el uso de este concepto no presuponga ninguna valoración”<sup>20</sup>. Por ejemplo, frente a las pretensiones de quienes apoyan las uniones entre personas del mismo sexo, ¿cómo definir hoy el sentido de la palabra “matrimonio” en una ley *prima facie* no aberrante sin presuponer alguna valoración? La necesidad de valorar, que en la teoría jurídica positivista es presentada como una patología excepcional, el Estado constitucional la revela habitual, de ordinaria administración. De este modo, la teoría positivista, que se presenta como una descripción de la realidad, acaba siendo, en el mejor de los casos, una propuesta contrafáctica.

Queda una última cuestión, que se vincula con la segunda de las preguntas que formulé al comienzo acerca de cuál es el aporte del Derecho a la moral. El mantenimiento a rajatabla la neutralidad, asumiendo como costo los problemas que señalé, se hace sobre la base de la necesidad de una mayor claridad conceptual. Esta necesidad tiene —a su vez— un fundamento moral. En efecto, de la lectura de Hoerster se deduce, en mi opinión, que la tesis de la neutralidad tiene por fin el logro de una mayor claridad lingüística y, a través de ella, el de alcanzar una mejor comprensión de la cuestión de la validez y obligatoriedad moral de las normas. Este planteo, implícito en este autor, se encuentra explícito en otros positivistas como, por ejemplo, MacCormick<sup>21</sup>.

Continuando con las ideas de Hoerster, mientras que a primera vista la Moral no tiene nada que aportar al Derecho, el Derecho entendido tal como lo entiende el positivismo le aporta a la Moral un mecanismo para la resolución de problemas sociales que es el que mejor conduce al logro de determinados fines de naturaleza moral.

---

<sup>20</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>21</sup> Cfr. Neil MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, London, 1981, p. 160. Hart enfatiza esto mismo en *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pp. 203-207. Otros autores han pretendido fundamentar la tesis de la neutralidad en razones teóricas. Cfr. Joseph RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, §3. Respecto de una y otra posición, cfr. Derick BEYLEVELD y Roger BROWNSWORD, “The Practical Difference between Natural-Law Theory and Legal Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies* 5 (1985), pp. 1-32.

Ahora bien, si se profundiza el análisis, se concluirá que esto último, es decir, la conveniencia o necesidad del logro de esos fines morales, es lo que acaba fundamentando el Derecho (y esto es lo que la Moral le aporta al Derecho). Esto es así porque la neutralidad no se fundamenta a sí misma. Preguntarse por el fundamento de algo es lo mismo que preguntarse porqué se ha optado por eso (por caso, porqué se ha optado por el Derecho) y no por otra cosa (siguiendo con el mismo ejemplo, por el no-Derecho, o por la violencia). Esta pregunta se refiere a las razones que han movido la elección; las razones serán verdaderamente razones en la medida en que reflejen los valores que han servido de soporte para la decisión de optar por la alternativa elegida. Toda fundamentación implica, dicho de otro modo, saltar desde una mirada neutral de una determinada elección a las razones que movieron la elección del agente.

Dicho con otras palabras, la tesis de la neutralidad no se puede justificar sin acudir a razones morales. Este mismo hecho proyecta un cono de sombras sobre el alcance mismo de su neutralidad. Pero hay más: esta tesis no sólo es injustificable sin algún tipo de conexión, sino que además —y retorno a un argumento expuesto más arriba— es impracticable. La determinación del Derecho vigente exige la distinción entre pretensiones recogidas por alguna norma de reconocimiento y meras pretensiones. El trabajo de separar unas de otras exige igualmente el recurso a los fines de la práctica social en la que el Derecho consiste, y esto es tanto como acudir a la Moral. El Derecho sirve a unos fines que lo fundamentan y que guían la actividad interpretativa de los juristas (agentes que lo construyen como praxis).

La interpretación hace evidente la tensión ínsita en la tesis de la neutralidad, puesto que requiere fundamentación, y la fundamentación (de una norma concreta, o del Derecho como práctica) sólo puede llevarse a cabo acudiendo — en última instancia— a la Moral.

Volviendo al comienzo: la tesis positivista según la cual la relevancia del Derecho sólo se justifica mediante la tesis de la neutralidad tiene todos los inconvenientes de la propia tesis de la neutralidad: circularidad intrínseca, existencia de importantes asuntos ni siquiera planteados, carácter contrafáctico, incoherencia y falta de fundamentación. El problema de base, dicho de modo sintético, es su radical falsedad.

### 3. El no positivismo frente a la paradoja de la irrelevancia

Tomaré como modelo para el examen de esta posición el pensamiento de Robert Alexy. Este autor dedica una de las porciones más interesantes y difundidas de su vasta obra a criticar la tesis positivista de la separación entre Derecho y Moral y a proponer, en cambio, la tesis de la conexión.

En su análisis, Alexy comienza distinguiendo entre la tesis de la separación y la de la separabilidad. Esta última “afirma que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral. Esto implica que todas las relaciones entre derecho y moral tienen un carácter meramente contingente. Con ello se niega que exista una conexión necesaria entre lo que manda el derecho y lo que exigen la moral o la justicia, o entre el derecho que es y el derecho que debe ser”<sup>22</sup>. La inclusión de contenidos morales en el derecho es posible, pero siempre contingente, y resulta en todo caso de un hecho (el hecho de la inclusión o incorporación) que puede o no darse. Alexy concluye que esta tesis “define la versión más débil del positivismo jurídico”<sup>23</sup>.

La tesis de la separación presupone la de la separabilidad. Partiendo de que existe también como posibilidad la conexión, pretende dar razones a favor de la separabilidad. Dicho con otras palabras, añade a esta última tesis la existencia de razones normativas “para definir al derecho de modo que todos los elementos morales resulten excluidos”<sup>24</sup>. Mientras que la tesis de la separabilidad describe al Derecho como un fenómeno que no tiene una conexión necesaria con la Moral, la tesis de la separación afirma la conveniencia moral de eso sea así, es decir, de que el Derecho pueda tener cualquier contenido. Esto significa, agrega Alexy, que “la tesis de la separabilidad y la tesis de la separación se refieren a dos tipos diferentes de argumentos. En la tesis de la separabilidad, al igual que en su antagonista, la tesis de la no separabilidad, se trata de lo que es necesario,

---

<sup>22</sup> ALEXY, Robert, “Recht und Moral”, en W. HÄRLE y R. PREUL (Hg.), *Ethik und Recht*, Marburg, N. G. Elwert, 2002, pp. 83-92. Se cita de la edición en español *La institucionalización de la justicia*, edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane, traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez, Granada, Comares, 2005, p. 17.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

analítico o a priori. La tesis de la separación depende también de tales argumentos, pues no puede haber separación sin separabilidad. Pero va más allá: no se limita a decir qué definiciones de derecho son posibles sino que además intenta identificar la mejor<sup>25</sup>.

Al proponer un abandono de la tesis de la conexión, la tesis de la separación reduce los elementos definitorios del Derecho a dos: el de la legalidad conforme al ordenamiento y el de la eficacia social<sup>26</sup>.

La crítica de esta reducción se ha hecho, sostiene Alexy, desde dos perspectivas distintas: la de quienes mantienen la “tesis fuerte de la vinculación”, por un lado, y la de quienes proponen, en cambio, la “tesis débil de la vinculación”, por otro. La primera es la contracara de la tesis de la separabilidad: el Derecho no puede ser definido prescindiendo de la moral; la segunda, la contracara de la tesis de la separación: la conexión es preferible, pero no es conceptualmente necesaria.

Alexy sostiene con razón que si el concepto de Derecho fuera definido únicamente por su corrección moral, prescindiendo de los otros dos elementos señalados antes (la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social), la consecuencia inevitable sería la anarquía. Se trata de una posición denominada por él “iusnaturalista pura” que, en realidad, ningún iusnaturalista ha sostenido<sup>27</sup>, pese a lo cual ha sido recurrentemente criticada<sup>28</sup>.

Descartada esta posibilidad, la cuestión crucial es, entonces, establecer si los elementos de la eficacia social y de la legalidad conforme al ordenamiento se vinculan o no con la moral. Alexy responde afirmativamente a la pregunta, y justifica su respuesta con una exposición del modo en que la conexión tiene lugar:

---

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>27</sup> Alexy explica que “iusnaturalistas serios como Tomás de Aquino subrayan la necesidad del derecho positivo definido mediante la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social” (*idem*, p. 20).

<sup>28</sup> Cfr. Derick BEYLEVELD y Roger BROWNSWORD, “The Practical Difference between Natural-Law Theory and Legal Positivism”, art. cit., en el que se expone y se critica de modo contundente este argumento.

“Existen tres posibles formas de tal vinculación. La moral puede estar vinculada con el derecho positivo, en primer lugar, a través de la inclusión de principios y argumentos morales en el derecho; en segundo lugar, por medio de que el contenido posible del derecho sea delimitado por la moral; y, en tercer lugar, porque la moral fundamente un deber de obediencia al derecho. En consecuencia, pueden distinguirse tres problemas de la relación entre derecho y moral: el problema de la inclusión, el problema del límite y el problema de la fundamentación”<sup>29</sup>.

En su argumentación posterior afirma que la interpretación de los derechos muestra la necesidad de la inclusión, que la delimitación no puede hacerse sin acudir a la moral, y que lo mismo ocurre con la fundamentación. La moral, relacionando estas ideas con las preguntas que se plantearon al comienzo del trabajo, le aportaría al Derecho respuestas a preguntas que el Derecho necesariamente se plantea.

Le aporta, en primer lugar, corrección. El no positivismo afirma que la inclusión de principios y argumentos morales en el derecho es necesaria. Y el argumento que justifica esta inclusión es denominado por Alexy “argumento de la corrección”. Este argumento consta de dos partes. De acuerdo con Alexy, el Derecho formula necesariamente una pretensión de corrección. Además, esa pretensión conduce a una vinculación necesaria entre Derecho y moral.

En segundo lugar, la Moral le aporta al Derecho razones para resolver la cuestión de sus límites. Alexy analiza el debate que se ha dado entre positivistas y no positivistas en torno a la fórmula de Radbruch, y muestra cómo el establecimiento de “si debe o no incorporarse un límite moral extremo al concepto de derecho no puede ser resuelta sobre la base de argumentos conceptuales (...). La decisión sólo puede basarse en razones normativas”<sup>30</sup>.

En tercer lugar, la Moral le aporta al Derecho razones para justificar su cumplimiento. Al examinar esta cuestión Alexy hace una descripción de las dos

---

<sup>29</sup> ALEXY, Robert, *La institucionalización de la justicia*, op. cit., p. 20.

<sup>30</sup> *Idem*, pp. 23-24.

respuestas que este problema ha recibido dentro del positivismo jurídico, distinguiendo entre el “positivismo moral” y el “positivismo neutral”:

“El positivismo moral es la versión más fuerte del positivismo. Vincula el deber moral de obedecer, incluso el derecho más inmoral, con la tesis de que el derecho, por inmoral que pueda llegar a ser, no pierde su eficacia social. El positivismo neutral es una forma muchas más débil de positivismo, según la cual el derecho sólo establece deberes jurídicos. Estos deberes jurídicos no deberían contradecir los deberes morales, pero pueden hacerlo”<sup>31</sup>.

Llegados hasta aquí resta formular la pregunta por el aporte que el Derecho le haría a la moral. Es una pregunta clave, a partir de la cual el no-positivismo se distingue del iusnaturalismo y del positivismo.

El positivismo que propone la tesis de la obediencia sostiene en última instancia una posición moral. En la base del positivismo ético se encuentra una desconfianza total en la posibilidad del conocimiento moral. Si la moral no tiene nada para aportar más que caos y confusión, lo mejor es que su papel en la regulación de las conductas sea lo más reducido posible. Para este sector del pensamiento positivista la razón práctica carece de un objeto accesible por la razón, no hay una “ciencia de la conducta”<sup>32</sup>. El resultado de negar la racionalidad de la moral y afirmar la tesis de la separación es desolador: el Derecho, como bien señala Alexy, acaba siendo no identificable, no interpretable, e indistinguible de la violencia.

Sin embargo, las cosas no mejoran con el no positivismo. Hasta donde tengo referencias, Alexy no se plantea el interrogante mencionado más arriba (qué le aporta el Derecho a la moral) de modo directo. No le es sencillo hacerlo entre otras cosas porque no tiene una teoría ética robusta. Sin ella es difícil detectar los límites de la moral, aquello que la moral no alcanza y que requiere del Derecho. Los no positivistas como Alexy suelen formular adhesiones no siempre bien

---

<sup>31</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>32</sup> ABBAGNANO, Nicola, “Ética”, en *Dicionário de Filosofia*, Sao Paulo, Editora Mestre Jou, 1960, pp. 360-368.



explicadas (no es el caso de Alexy, por cierto) al constructivismo ético, a éticas procedimentales, discursivas o mixtas. Situados aquí, la crítica del positivismo ético adquiere parte de su sentido: una moral diluida o débil no es ni siquiera capaz de preguntarse qué cosas puede aportarle el Derecho. Mucho menos podrá resolver las dudas que se generarían si se prefiriese la justicia sobre la seguridad.

Todo esto hace necesario explorar un camino alternativo, que permita asignar al Derecho su sentido a través de la vinculación con una ética sólida<sup>33</sup>, capaz de dar respuestas a lo que el Derecho demanda de ella, y de explicar porqué los seres humanos necesitamos los sistemas jurídicos, cuáles son aquellas necesidades de la vida humana que la ética, la política y la amistad no pueden satisfacer de modo autónomo, sin conexión con esta forma de coexistencia a la que llamamos Derecho<sup>34</sup>. Sólo entonces podremos plantearnos de modo correcto las preguntas que genera la existencia (y la necesidad) de mecanismos como el control de constitucionalidad, en el que comparece de modo tan evidente el diálogo entre lo ético, lo jurídico y lo moral.

---

<sup>33</sup> Cfr. ZAMBRANO, Pilar, *La inevitable creatividad de la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009, cap. 3.

<sup>34</sup> Cfr. al respecto, MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, "La paradoja de la irrelevancia y el poder obligante del derecho. La respuesta anticipada de Tomás de Aquino", *Semana Tomista*. Potencia y poder en Tomás de Aquino, XXXVII, 10-14 septiembre 2012. Sociedad Tomista Argentina; Universidad Católica Argentina. Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/paradoja-irrelevancia-poder-obligante-derecho.pdf> [Fecha de consulta: 31 de julio de 2017]; y ETCHEVERRY, Juan Bautista, "La relevancia del Derecho que remite a la Moral", *Problema* 4 (2010), 205-242.