

## Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales: algunas notas para su estudio desde el enfoque principlista

## Neoconstitutionalism and fundamental rights: some notes for their study from the principlist approach

Gustavo Eduardo CASTAÑEDA CAMACHO\*

RESUMEN: Durante las últimas décadas del siglo XX, diversas concepciones y formas de aproximarse al fenómeno jurídico entraron en un período de crisis, quizá por la aparición del paradigma del neoconstitucionalismo, que a su vez presenta distintas aristas tales como: el teórico, el ideológico y el metodológico. En el presente artículo nos ocuparemos de su análisis como el modelo jurídico que dejó atrás al positivismo jurídico y se encargó de dotar a los textos constitucionales de nuevas normas de carácter sustantivo en un proceso de materialización de los derechos fundamentales. El presente artículo buscará dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿cuál es el tipo de Estado en el que los derechos fundamentales alcanzan un verdadero cumplimiento?, ¿qué aspectos y circunstancias han

---

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Licenciado, Maestro y Candidato a Doctor en Derecho por la UNAM. Ha realizado estudios en la Universidad del Rosario en Colombia, Universidad Complutense de Madrid y Universidad Autónoma de Madrid. Profesor visitante en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñáti, País Vasco. Contacto: <gustavo.castaneda@derecho.unam.mx>. Fecha de recepción: 05/03/2022. Fecha de aprobación: 15/05/2022.

favorecido al desarrollo del neoconstitucionalismo?, y ¿cuál es el papel y función de la Constitución en la actualidad?

**PALABRAS CLAVE:** neoconstitucionalismo; derechos fundamentales; teoría constitucional; Estado constitucional de derecho; texto constitucional.

**ABSTRACT:** During the last decades of the 20th century, various conceptions and ways of approaching the legal phenomenon entered a period of crisis, perhaps due to the appearance of the paradigm of neo-constitutionalism, which in turn presents different perspectives such as the theoretical, the ideological and the methodological. In this article, we will deal with its analysis as the legal model that left legal positivism behind and was responsible for providing constitutional texts with new rules of a substantive nature in a process of materializing fundamental rights. This article will seek to answer the following questions: what is the type of State in which fundamental rights achieve true fulfillment?, What aspects and circumstances have favored the development of neoconstitutionalism?, what is the role and function of the Constitution today?

**KEYWORDS:** neoconstitutionalism; Fundamental rights; constitutional theory; Rule of law; constitutional text.

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad por *neoconstitucionalismo* se entiende –o por lo menos la idea que interesa a este artículo– al arquetipo jurídico que se encargó de superar al modelo del Estado de Derecho Legislativo,<sup>1</sup> es decir, al *Estado Liberal de Derecho (Rechtsstaat)*.<sup>2</sup> El neoconstitucionalismo comenzó a consolidarse en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, presentando una evolución y transformación histórica de las constituciones, el constitucionalismo y las formas de Estado.<sup>3</sup>

Sin duda, el fin de la Segunda Guerra Mundial implicó el comienzo de una nueva etapa en la teoría jurídica, poniendo en rescisión el paradigma del iuspositivismo –tanto dogmático como legalista– que se había concebido a partir de las escuelas exegeticas del Derecho y encontraría su perfeccionamiento en la teoría de Hans Kelsen.<sup>4</sup>

Cabría matizar que, los postulados de Kelsen fueron depurados con posterioridad, y en parte llegaron a prolongarse, pues fueron seguidos por diversas escuelas jurídicas, pensemos, por ejemplo, que la corriente del Realismo jurídico<sup>5</sup> –entre los que destacan las figuras de Alf Ross y Karl Olivecrona– fue también parte del positivismo jurídico.

---

<sup>1</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 4ª ed, México: Editorial Fontamara, 2011, p. 15.

<sup>2</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 21.

<sup>3</sup> FIOVARANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. Manuel Martínez Neira, 7ª ed, Madrid, Trotta, 2016, p. 130.

<sup>4</sup> VIGO, Rodolfo Luis, “Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual”, *Revista Persona y Derecho*, 2001, vol. 44, pp. 65-102.

<sup>5</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 17.

Lo cierto es que en las últimas décadas del siglo XX, todas las diversas concepciones y formas de aproximarse al fenómeno jurídico –formalismo jurídico, positivismo normativista, realismo jurídico e iusnaturalismo– entraron en un período de crisis, quizá por la aparición del paradigma del neoconstitucionalismo, que a su vez presenta distintas aristas y versiones, tales como: el teórico, el ideológico y el metodológico; sin embargo, –como ya se ha hecho alusión– para el presente artículo solo nos ocuparemos de su análisis como el modelo jurídico que dejó atrás al positivismo jurídico y se encargó de dotar a los textos constitucionales de nuevas normas de carácter sustantivo, al asentar los principios y valores en la Constituciones, esto es, un proceso de materialización de los derechos fundamentales.

Dicho lo anterior, el presente artículo buscará dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Cuál es el tipo de Estado en el que los derechos fundamentales alcanzan un verdadero cumplimiento?; ¿Qué aspectos y circunstancias han favorecido al desarrollo del neoconstitucionalismo?; y ¿Cuál es el papel y función de la Constitución en la actualidad?

## II. ESPACIO, TIEMPO Y MATERIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO (METODOLOGÍA)

Una vez presentada la materia y los problemas en términos generales que buscamos analizar, investigar y responder, es momento de precisar y ajustar estos elementos para tener mejores condiciones y rutas, para poder encauzar el rumbo de esta marcha. Con esto queremos decir, que tenemos las ideas en bruto, pero hace falta “afinar y estructurar más formalmente la idea de investigación”.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> HERNÁNDEZ SAMPNERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, María del Pilar, *Metodología de la investigación*, 5º ed, México, Editorial McGraw-Hill, 2010, p. 36.

En efecto, el haber escogido una problemática no nos empuja *prima facie* a descifrar que fuentes de información y metodología es la correcta para el estudio. Por ello, se vuelve necesario delimitar el planteamiento y las problemáticas, de tal suerte que en la indagación teórica se trace un mapa de navegación y se construya una brújula que posibilite una investigación más concreta y viable. Bajo este panorama es conveniente establecer los límites espaciales, temporales, materiales y personales de la investigación.

En cuanto a una delimitación temporal, esta investigación se plantea explicar el estado actual del constitucionalismo, a partir de su evolución de *Estado de Derecho Legislativo* hasta su forma en el siglo XXI –la cual es *neoconstitucional*–. En otras palabras, nos referimos al análisis de la transición del Estado de Derecho al Estado *neoconstitucional*.

El Estado de Derecho o *Rechtsstaat* tuvo su apogeo durante el siglo XIX y el Estado Constitucional de Derecho o neoconstitucionalismo se origina a la mitad del siglo XX y comienza a tener un desarrollo más profundo dentro de la tradición constitucional de las últimas cinco décadas. Quizá el punto de inflexión del neoconstitucionalismo sea la promulgación de nuevas constituciones que tuvieron la necesidad de reinventarse después de la Segunda Guerra Mundial, así como la posterior actividad de los tribunales constitucionales.

Solo para precisar más, este artículo se acotará al fenómeno del neoconstitucionalismo, haciendo una breve referencia al Estado de Derecho Legislativo, para tocar sus características, destacando su agotamiento teórico y su transición como tipología dentro de las formas de Estado.

El siglo XVII fue el siglo del Estado absoluto; el siglo XVIII fue el régimen del Despotismo Ilustrado; el siglo XIX del Estado bajo el régimen de derecho;<sup>7</sup> y de la segunda mitad del siglo XX a nuestros días, es el siglo de la Constitución y de los derechos fundamentales.

---

<sup>7</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.* p. 21.

Respecto a una delimitación espacial, habrá que señalar que el cambio genético que comienza a tener el constitucionalismo se produce primero en Europa. Muy particularmente en las llamadas constituciones de la posguerra como las de Alemania, Italia, Francia y España; sin embargo, este nuevo paradigma se propaga en la década de los noventa en países latinoamericanos. Quizá el caso más sobresaliente sea el de Colombia y su Corte Constitucional.

Lo cierto es que el modelo del neoconstitucionalismo es una corriente que se encuentra en un proceso de propagación a nivel mundial. Si bien, en un principio fue una teoría europea, ahora se ha transformado en un fenómeno global, alcanzando prácticamente todos los rincones y latitudes del planeta.

Para explicar lo concerniente a una delimitación material, primero hay que referir que en los últimos años el concepto de neoconstitucionalismo ha adquirido un carácter polisémico, ya que se ha vulgarizado, refugiendo una heterogeneidad de sentidos –incluso contradictorios entre sí–. No obstante, el neoconstitucionalismo en su acepción más pura tiene un sustrato que es compartido por la mayoría de autores que se inscriben dentro de este paradigma.<sup>8</sup>

### III. ¿POR QUÉ ESTUDIAR EL NEOCONSTITUCIONALISMO?

En este apartado nos proponemos exponer cuales son las razones principales por las que es necesario estudiar el neoconstitucionalismo y cuáles son los beneficios y su relevancia dentro de la Teoría Jurídica Contemporánea. Entonces nos enfocaremos prin-

---

<sup>8</sup> NUÑEZ LEIVA, Ignacio, “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: Black Holes and Revelations”. *Revista Ius et Praxis*, 2015, núm. 1, pp. 315-344.

principalmente en el para qué y por qué del neoconstitucionalismo, así como sopesar su conveniencia, relevancia social y valor teórico.<sup>9</sup>

El *Estado Constitucional*, el *constitucionalismo* y los *derechos fundamentales* son temas que se encuentran de forma permanente en la base de la investigación jurídica, ya sea porque la constitución sea reconocida como la ley fundamental de un Estado, que establece los órganos de un Estado y sus funciones<sup>10</sup>; bien por el estudio de la transición del modelo *positivista* del *Estado Legislativo de Derecho*<sup>11</sup> a un nuevo modelo que puede adquirir el nombre de *neoconstitucionalismo*; o por la afirmación en las constituciones del siglo XX de los *derechos fundamentales* –no como derechos naturales– sino como principios basilares de la justicia.<sup>12</sup>

Este artículo pretende estudiar la evolución del *Estado Constitucional de Derecho* desde la óptica del *constitucionalismo principialista*. Esencialmente existen dos enfoques diferentes que se denominan *constitucionalismo principialista* y *constitucionalismo garantista*. El primero de ellos, el *constitucionalismo principialista* se caracteriza por sostener la tesis de la conexión entre el Derecho y la Moral, por contraponerse al modelo positivista, acercándose en algunos aspectos al iusnaturalismo y por atribuirle a la ponderación un papel central en la jurisdicción.<sup>13</sup> Mientras que el segundo arquetipo, es decir, el constitucionalismo garantista, propugna por el perfeccionamiento del positivismo jurídico al respaldar la tesis de la separación entre el Derecho y la Moral, al presuponer

---

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, María del Pilar. *op. cit.*, p. 40.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, trad. José F. Fernández Santillán, México, FCE, 2010, p. 34.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2010, p. 305.

<sup>12</sup> FIOVARANTI, Maurizio, *op. cit.*, p. 140.

<sup>13</sup> ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica... op. cit.*, pp. 86-87.

la distinción entre validez y justicia; y al sostener la valoración del punto de vista interno y punto de vista externo del Derecho.<sup>14</sup>

Al respecto, en principio esta investigación sostiene que el mejor modelo para justificar al *Estado Constitucional de Derecho* es el constitucionalismo principialista; aunque no se cierra a explorar o crear nuevas teorías y conceptos.

Entonces la justificación de este artículo se halla precisamente en ofrecer una panorámica del Estado Constitucional de Derecho desde el modelo del constitucionalismo principialista, que además se encargue de fundamentar los derechos fundamentales desde los principios morales, lo que nos llevará a estudiar y demostrar las conexiones necesarias entre el derecho y la moral.

Estos temas son a todas luces importantes e interesantes para nuestros pares<sup>15</sup>, es decir, los investigadores jurídicos. Las respuestas serán de largo alcance con el fin de efectuar una contribución útil<sup>16</sup> para la ciencia jurídica, demostrando que el derecho no es un sistema de reglas que rivaliza –o está en conflicto– con la moral, sino que el derecho es una rama de la moral.<sup>17</sup>

La nueva concepción del derecho y del constitucionalismo suponen una mayor demanda de investigación jurídica, de teoría y argumentación en términos cuantitativos y cualitativos.<sup>18</sup> Por lo que el simple estudio teórico de esta investigación es una justificación *per se* para la comprensión del fenómeno jurídico.

En cuanto a la conveniencia del artículo. Hay que señalar que esta investigación pretende servir en distintos aspectos. De manera enunciativa, pero no limitativa: 1) Al ofrecer una radiografía

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal... op. cit.*, p. 853.

<sup>15</sup> PHILLIPS, Estelle y PUGH, Derek, *Cómo obtener un doctorado. Manual para estudiantes y tutores*, trad. Gabriela Ventureira, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 39.

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos... op. cit.*, p. 20.

<sup>18</sup> ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica... op. cit.*, pp. 29.



teórica del modelo neoconstitucionalista, señalando sus notas características –las cuales hasta el momento no son claras–; 2) Explicar el proceso de evolución de las formas de Estado y con ello de la Teoría Jurídica ya que, al incorporarse los valores y principios en las Constituciones, el arquetipo del Estado sufre una metamorfosis en su forma y sustancia.

Cabe recordar que en la actualidad se considera que el neoconstitucionalismo es el nuevo modelo de organización jurídica y política; y 3) Desde nuestro punto de vista, la base de toda esta investigación se encuentra en la Teoría de la Justicia, por lo tanto, esta indagación buscará conciliar la doble cara del Derecho. En efecto, el Derecho es un Jano bifronte, al tener una experiencia formal y una experiencia sustancial o en otras palabras una experiencia jurídica y una experiencia de justicia.

La relevancia social de esta investigación se encuentra en distintas aportaciones prácticas y teóricas. El estudio no solo tendrá un impacto sobre los teóricos del Derecho, sino en toda la sociedad, ya que el neoconstitucionalismo –aunque no sea un concepto habitual para los ciudadanos– representa un mejor modelo de Estado, en el que los derechos fundamentales logran un mayor grado protección.

El valor teórico de este artículo, por otro lado, se encuentran en el objetivo más ambicioso de éste, el cual consideramos es lograr la fundamentación de los derechos fundamentales, sino en una Moral universal, si en las conexiones necesarias entre el Derecho y la Moral.

Históricamente se ha comprobado que dejar nuestros derechos fundamentales en manos del legislador es un peligro, ya que de manera veleidosa se pueden eliminar prerrogativas o instaurar leyes abiertamente injustas.

#### IV. EL ESTADO DE DERECHO LEGISLATIVO (*RECHTSSTAAT*)

El *Estado de Derecho Legislativo* se caracterizó por entender a la ley como acto deliberado de un Parlamento. Concibiendo la supremacía y la subordinación de la ley, frente a la administración, la jurisdicción y los ciudadanos.<sup>19</sup> Es decir, un modelo de estricta legalidad, que en el plano jurídico se singulariza por ser un sistema de vínculos impuestos<sup>20</sup> a los que no es oponible ningún derecho. En términos judiciales, el Estado de Derecho o *rule of law* soslaya la función de los jueces –quienes deberían ser los depositarios e intérpretes del Derecho–, dado que las decisiones judiciales se justifican mediante un silogismo subsuntivo,<sup>21</sup> esto es la aplicación mecánica de la ley, atribuyendo al juez un poder meramente declarativo de las leyes, impidiéndole la creación de nuevo derecho.<sup>22</sup>

El Estado de Derecho Legislativo encontró su mayor soporte en el positivismo jurídico. De acuerdo a esta concepción, el Derecho está integrado –principalmente– por preceptos legislativos, es decir, por normas promulgadas por órganos que monopolizan la creación normativa, relegando las normas consuetudinarias y las jurisprudenciales.<sup>23</sup>

En efecto, el Estado de Derecho Legislativo se determinó por delinear un tipo de Estado concentrado esencialmente en la ley,

---

<sup>19</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia ... op. cit.*, p. 24.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et. al., 10ª ed, Madrid, Trotta, 2018, p. 851.

<sup>21</sup> ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 23.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2007, p. 32.

<sup>23</sup> NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 7ª ed, Barcelona, Ariel, 1996, p. 36.

entendida ésta como la manifestación última de la voluntad general del pueblo. La ley, ciertamente había sido concebida como general, abstracta e impersonal, para alcanzar -aparentemente- la igualdad ante la ley, puesto que ésta buscó romper con el Estado Absoluto y con las prebendas de las que gozaban los monarcas. Dentro de este esquema, se pensó que el instrumento jurídico que aseguraba la sumisión al imperio de la ley era el silogismo jurídico, debido a que éste dotaba de imparcialidad y eliminaba cualquier tipo de subjetividad que pudiera tener el juzgador.<sup>24</sup>

El Estado de Derecho Legislativo propugnó por muchas vías la idea de la supremacía de la ley, tanto para los ciudadanos, como para la función jurisdiccional, afirmándose por medio del principio de legalidad, el cual significaba que ante la ley no podía existir un derecho superior. En palabras de Gustavo Zagrebelsky: “El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y a la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho”.<sup>25</sup>

Lo que en principio dotaba de mayor certeza y seguridad jurídica, posteriormente fue demostrando que dejaba sin derechos a las personas; y que los jueces estaban inmovilizados, ya que su función simplemente se limitaba a una operación lógica, en que la no cabe la posibilidad de interpretar el derecho.

En un plano teórico, durante el apogeo del *Estado de Derecho Legislativo*, las posturas primordiales, prácticamente estribaban en dos polos: la visión positivista y la *iusnaturalista*. Los primeros argumentaban que no había más derecho, que el establecido en la ley, mientras que la posición de los *iusnaturalistas* se perfilaba más a la existencia de un derecho otorgado por un derecho natural, que bien se puede localizar en la propia naturaleza humana.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Matta Herrera, Alejandro, “Estado legislativo: ideología normativa y justicia”, en *Revista CES Derecho*, Colombia, 2013, vol. 4, núm. 1, pp. 69-79.

<sup>25</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 24.

<sup>26</sup> VIGO, Rodolfo Luis, “Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”, en CARBONELL, Miguel, FIX-FIERRO, Héctor y VALA-

Pero en la actualidad, si analizamos detenidamente el derecho podemos identificar que gran parte de los rasgos del *Estado de Derecho Legislativo* se ha erosionado. Este fenómeno se debe a una mutación genética en el derecho y al surgimiento de un nuevo paradigma: el del *Neoconstitucionalismo*.

## V. EL PARADIGMA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Esta transformación que ha presentado el derecho, se ha conocido bajo la denominación de *neoconstitucionalismo*. Este nuevo paradigma –que sus críticos refieren como una simple etiqueta– puede referirse, al menos, a dos fenómenos: 1) la constitucionalización de los derechos en constituciones rígidas; y 2) la teorización del Estado constitucional de Derecho.<sup>27</sup>

Uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo radica en la forma de entender a las constituciones de los Estados democráticos, pues por un lado la constitución es vista como un documento normativo que establece la organización de los órganos de decisión colectiva asentados en el principio de la división de los poderes<sup>28</sup>, y, por otro lado, reconoce un sistema de principios que actúan como pautas para la interpretación de los derechos. La constitución es entonces, norma constitutiva y reguladora de la vida política que opera en un marco propio y objetivo.<sup>29</sup>

---

DÉS, Diego, (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. IV, vol. 2, México, IJ UNAM, 2015, pp. 851-885

<sup>27</sup> ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica... op. cit.*, p. 29.

<sup>28</sup> BOVERO, Michelangelo, “Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución”, en SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006, p. 16.

<sup>29</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2014, p. 275.

Esta corriente afecta la situación en la que se hallaba la ley, dado que ésta ahora viene dominada y subordinada a un estrato superior en derecho, que es la Constitución. En realidad, este cambio simboliza una profunda revolución que genera una nueva concepción jurídica.<sup>30</sup> Hoy en día, la ley ya no es el límite de las libertades y de los derechos, ahora es la Constitución la que contiene estos principios y valores.

Asimismo, el neoconstitucionalismo incorpora otros elementos, entre los que destacan: la ponderación de los derechos en vez de la subsunción de la ley; la omnipresencia de la constitución sobre la ley ordinaria; y la primacía de los principios y los valores frente a las normas.<sup>31</sup>

En términos teóricos el neoconstitucionalismo propone una nueva agenda, que pretende fomentar el nuevo Estado Constitucional; no obstante, dentro del mismo movimiento se han bifurcado dos grandes corrientes: el principialismo y el garantismo. En el primer grupo -que es el mayoritario- se encuentran autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino, Gustavo Zagrebelsky y Manuel Atienza, por su parte, en un segundo y pequeño grupo se localizan pensadores como Luigi Ferrajoli e incluso Luis Prieto Sanchís, aunque esencialmente ambas posturas coinciden con el eje rector del neoconstitucionalismo.<sup>32</sup>

## VI. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

---

<sup>30</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia ... op. cit.*, p. 34.

<sup>31</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo... op. cit.*, p. 16.

<sup>32</sup> VIGO, Rodolfo Luis, "Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias" ... *op. cit.*, pp. 851-885.

Algunas características esenciales del neoconstitucionalismo son las siguientes: 1) la idea de que el neoconstitucionalismo ha superado al positivismo jurídico, pero sin convertirse en iusnaturalismo; 2) la constitución se convierte en fuente del Derecho, en un sentido amplio. Esto significa, que la Constitución no solo es la norma suprema de validez legislativa y aplicación judicial, sino que es la norma suprema que construye un nuevo orden social; 3) la Constitución ahora incorpora principios y valores, estableciendo la “rematerialización constitucional”; 4) el predominio que adquiere la interpretación y con ello una actuación fundamental por parte del juez, dejando atrás la aplicación lógica y sistemática; y finalmente el rasgo más controversial, que es 5) la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la Moral, la cual hace bifurcar el neoconstitucionalismo entre dos corrientes: el *principalismo* y el *garantismo*.

El *principalismo* es defendido por autores como Ronald Dworkin y Robert Alexy; quienes sostienen la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la Moral. Mientras que el *garantismo* sostiene la idea de que el positivismo tiene que ser depurado, manteniendo la tesis de la separación entre el Derecho y la Moral.

## VII. DIFICULTADES QUE ENFRENTA EL NEOCONSTITUCIONALISMO

En principio, el *Estado Legislativo de Derecho* –que encontró su referencia en el positivismo– tendría que haber quedado rebasado por el modelo neoconstitucionalista; sin embargo, la superioridad no ha resultado del todo ostensible, dado que la sustancia o rematerialización de los documentos constitucionales ha sido, en el mejor de los casos pausada y en el peor simulada o nula. Teniendo como consecuencia un sistema artificial de protección de los derechos fundamentales.

Este problema puede encontrarse en distintos lugares, pero por el momento nos limitaremos a señalar tres. El primero, lo

hallamos en las fuentes del Derecho, puesto que en el neoconstitucionalismo la constitución debería ser fuente que condiciona la validez de las normas no por una racionalidad formal, sino sustancial, es decir, por el significado o contenido que le da coherencia a la producción del Derecho,<sup>33</sup> cuestión que permanece inexacta en la práctica.

El segundo problema se refiere a la interpretación del derecho y su aplicación. Recordemos que un sistema jurídico es un sistema abierto, por causa de la vaguedad del lenguaje jurídico, por lo que siempre habrá casos no regulados por el Derecho<sup>34</sup>. Lo que provoca que la interpretación del Derecho sea un elemento imprescindible para la ola neoconstitucionalista.

Un tercer problema consiste en la distinción entre Derecho y Moral, pues las aparentes antípodas que presenta el fenómeno jurídico –en toda su complejidad– siguen provocando recelo por una recalitrante ala positivista que insiste en la tesis de la separación entre Derecho y Moral. Este punto de vista goza de mayor popularidad entre los positivistas, que atribuyen a la Moral una explicación metafísica.<sup>35</sup>

## VIII. LA RESISTENCIA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Un problema recurrente dentro de la Teoría Jurídica, en general y el neoconstitucionalismo, en particular, consiste en los anacronismos conceptuales por parte de –algunos– juristas para aproximarse al Derecho. Piensan por ejemplo que la corriente del positivismo sigue siendo un pensamiento apropiado para explicar el

---

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 7ª ed, Madrid, Trotta, 2010, p. 21.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, trad. Manuel Atienza, México, Fontamara, 2010, p. 7.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. Horacio Pons, México, FCE, 2014, p. 42.

fenómeno jurídico.<sup>36</sup> Algunos autores estiman que el positivismo sigue siendo un modelo efectivo para fundamentar el Derecho, pues argumentan, entre otras cosas, que se requiere la monopolización del poder por parte del Estado para la producción jurídica<sup>37</sup>. Aunque suelen agregarle otros adjetivos como positivismo crítico o positivismo incluyente.

A pesar de los esfuerzos por parte de un cierto grupo de juristas por resucitar al positivismo, desde nuestro punto de vista, el positivismo jurídico ya no es una corriente conveniente para fundamentar y comprender el fenómeno jurídico. Esta afirmación encuentra soporte en las siguientes ideas.

Primero, que el Derecho no es una realidad dada, ni es obra de una autoridad, sino que es en realidad una práctica social con pretensiones de corrección o justificación.<sup>38</sup>

Segundo, que la fundamentación de los derechos fundamentales que ofrece el modelo iuspositivista es deficiente e ineficaz, pues dejar los derechos fundamentales al arbitrio del legislador es un gran riesgo, debido a que el Estado puede crear leyes abiertamente injustas o suprimir derechos<sup>39</sup> por la falta de una fundamentación en una Moral universal, cimentada en la razón, negando alguna conexión entre el Derecho y la Moral universal.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica... op. cit.*, p. 29.

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico... op. cit.*, p. 49.

<sup>38</sup> ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica... op. cit.*, p. 29.

<sup>39</sup> Cfr. CASTAÑEDA CAMACHO, Gustavo Eduardo, "La fundamentación de los derechos humanos desde los principios morales", en *Revista Hechos y Derechos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 38, 2017.

<sup>40</sup> Para profundizar en el tema de las conexiones entre el Derecho y la Moral. Véase: FULLER, Lon, "Positivism and Fidelity to Law. A reply to profesor Hart", en *Harvard Law Review*, n. 71, 1958. DWORKIN, Ronald "Philosophy, Morality and the Law. Obsevation prompted by Professor Fuller 's novel claim, en *University of Pensylvania Law Review*, vol. 113, 1965.



En tercer lugar, el poco interés que le presta el positivismo jurídico a la interpretación, ya que este modelo prefiere el razonamiento de carácter lógico y sistemático<sup>41</sup>, limitando el papel del juez a una especie de mecanismo técnico y sin discrecionalidad, que pone a la jurisprudencia al servicio de la voluntad del legislador.<sup>42</sup>

## IX. EL NEOCONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA: LA MORAL EN EL DERECHO

En líneas anteriores hemos apuntado que la doctrina del neoconstitucionalismo puede ser concebida desde dos enfoques distintos: por un lado, un neoconstitucionalismo principalista, que hace énfasis en la superación del positivismo jurídico, lo que le ayuda a sostener la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral; y por otro lado, un neoconstitucionalismo de corte garantista, que pretende perfeccionar el positivismo jurídico, llevándolo a rechazar la tesis de la conexión entre derecho y moral.<sup>43</sup> Al respecto, en un inicio subrayamos que este artículo se orientaría hacia la perspectiva *principalista*, pues estimamos que los derechos fundamentales son principios ético-políticos, que encuentran sus cimientos en la moral.

Lo cierto es que existe un interminable debate sobre que en la “esencia” o “descripción” del derecho hay o no una conexión “necesaria” con la moral. Básicamente, los postulados más acogidos son: la tesis de la separación y la tesis de conexión necesaria. Quizá el debate más atrayente lo haya generado el pensamiento de H.

---

<sup>41</sup> BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico...*, cit. p. 32.

<sup>42</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia ...*, cit. p. 132.

<sup>43</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, España, 2011, vol. 34, pp. 15-53.

L. A. Hart sobre la separación entre el derecho y la moral, ya que hay quienes interpretan sus argumentos muy cercanos a la tesis de la conexión necesaria, a pesar de que el propio Hart fue tajante hasta sus últimos escritos en sostener la tesis de la separación.

Probablemente este afán de Hart por sustentar la tesis de la separación, se deba a que pertenece a la tradición jurídica anglosajona, misma que se ha empeñado en deslindar conceptualmente al derecho de la moral. Sin que ello implique el rechazo a un compromiso con el derecho, y a la mejora de la sociedad y sus leyes. Realmente lo que hace esta tradición jurídica es distinguir claramente entre el “ser” (*sein*) y el “deber ser” (*sollen*) del derecho.

Por otra parte, siguiendo la polémica de las relaciones entre el derecho y la moral, el profesor H. L. A. Hart, en su libro *El concepto de derecho*, analiza las posibles conexiones entre el Derecho y la moral. Para Hart es importante referirse a esta controversia, ya que considera que la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral tiene muchas aristas interesantes, aunque advierte su falta de claridad<sup>44</sup>.

Por supuesto que hay múltiples relaciones entre el derecho y la moral, cuestión que Hart y otros positivistas no pueden negar. Incluso, sería un desatino que los estudiosos del derecho se opusieran a que por lo general el derecho y la moral coinciden en su contenido. A menudo los enunciados jurídicos en el fondo conservan principios morales. Más aún, el derecho y la moral comparten una terminología común, de manera que ambas expresan obligaciones, derechos y deberes, ya sean jurídicos o morales. Además, el derecho *per se* desarrolla la naturaleza de las pautas morales. Los ejemplos típicos, son la prohibición del uso indebido de la violencia y del homicidio, en el que el derecho y la moral se empalman<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 194.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 9.

Mientras tanto, la idea de justicia, apunta la unión entre el derecho y la moral. Al ser la justicia la más jurídica de las virtudes, es decir, la “justicia de acuerdo con el derecho”. Con esta sugerencia podríamos clasificar a las normas jurídicas de justas o injustas.<sup>46</sup>

A pesar de que Hart es consciente de que hay muchos tipos de relaciones entre el derecho y la moral<sup>47</sup>, afirma que los posibles vínculos son circunstanciales y no ineludibles. Dicho en otras palabras, “aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moralidad, de modo que frecuentemente hay una coincidencia o solapamiento *de facto* entre el derecho de algún sistema y las exigencias de la moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente”<sup>48</sup>

Como se ha dicho, Hart defiende la tesis de la separación entre el derecho y la moral; sin embargo, llama la atención que se aleje de otros principios del positivismo en su vertiente “utilitarista” y “formalista”, como lo es el rechazo al modelo simple del derecho de Austin y Bentham. De modo que su crítica a la teoría imperativa ocupó gran parte de *El concepto de derecho*<sup>49</sup>. En suma, Hart desestima la teoría imperativa al considerarla limitada y escasa de argumentos para explicar en su totalidad el fenómeno del derecho. Con todo y su resistencia por admitir el modelo simple, Hart reitera que no se configura el enlace entre el derecho y la moral<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>48</sup> HART, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, en *Sistema*, España, 1980, núm. 36, pp. 3-18.

<sup>49</sup> La crítica de Hart al modelo simple de Austin y Bentham se encuentra específicamente en los capítulos II, III y IV, denominados: “Normas jurídicas, mandatos y órdenes”; “La diversidad de normas jurídicas”; y “Soberano y Súbdito”.

<sup>50</sup> Este punto es relevante ya que, al criticar la teoría imperativa, pero al seguir sosteniendo la tesis de la separación entre el derecho y la moral, Hart se aparta de la conclusión de otros autores como Fuller, que consideran que con

En consecuencia, para Hart un sistema jurídico puede contener reglas ominosas o inmorales, sin que ello les disminuya su calidad de normas jurídicas, y a su vez pueden existir reglas con contenido moralmente deseable, que propicie el mejor trato en la sociedad y no alcanzar un rango jurídico.

## X. CONTROVERSIA HART-FULLER

Un texto en el que se defiende el sentido moral en el derecho, es *Positivism and Fidelity to Law* de Lon Fuller, publicado en la *Harvard Law Review*. En dicho artículo Fuller planteó una serie de críticas y contradicciones del positivismo jurídico analítico formulado principalmente por H. L. A. Hart. Tal es el caso del modelo simple de Austin y Bentham, ya cuestionado por Hart, pero llevado a otro tipo de consecuencias por Fuller. Recordemos lo elementos más importante de la crítica de Hart a la teoría imperativa.

De acuerdo a su análisis, al tratar de buscar los componentes esenciales del concepto de derecho, las ordenes (imperativos), dictados por un legislador, no resultan imprescindibles para dar cuenta de qué es el derecho. En todo caso, son más importante las reglas reconocidas sobre la creación jurídica.

Asimismo, Hart considera que estas reglas no se observan por hábito, en vista de que son precisamente preceptos que se hallan en la base del sistema jurídico<sup>51</sup>; sin embargo, esta apreciación no lo lleva a comprometerse con un carácter moral en las reglas ni del sistema jurídico, eso quiere decir, que el punto de vista interno no requiere de un vínculo moral.

---

el rechazo del modelo simple, el derecho consecuentemente debe conectarse a principios morales y de justicia.

<sup>51</sup> HART, H. L. A., “Positivism and the separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, Estados Unidos de América, 1958, vol. 71, no. 4, pp. 593-629.

Por el contrario, para Fuller, abandonar el modelo simple, y la consecuente fundamentación del derecho en el reconocimiento de reglas que determinan el proceso de creación de leyes, conlleva una conexión entre el derecho y la moral, ya que las reglas de producción jurídica, tienen su eficacia en la aceptación y en la percepción de que son correctas y necesarias.<sup>52</sup>

Esta “aceptación” según Fuller supone la coincidencia del derecho y la moral. También piensa que, al prescindir de la teoría imperativa, ya no es posible conservar la distinción entre el ser y el deber ser en el cimiento del sistema jurídico<sup>53</sup>, derivando que el derecho no se pueda construir en el mismo derecho. Para sostener esto, argumenta que la atribución de la autoridad encargada en crear derecho se apoya en la moral. Lo que identifica como la moral externa del derecho. Pero todavía se compromete a sostener una idea más fuerte, al señalar que el precepto fundamental del orden jurídico tiene que establecer la exclusividad de esta autoridad para crear el derecho, y que a su vez se reconozca la moral interna del derecho<sup>54</sup>

A su vez Fuller, siguiendo muy de cerca al realismo jurídico norteamericano<sup>55</sup>, le resulta inviable separar la interpretación de las reglas jurídicas, puesto que interpretar implica establecer un “deber ser”, pero no un “es”. Pero, bajo el crisol del “deber ser”, se tiene que dilucidar lo que la regla “es”, advirtiendo el propósito.

En este sentido, Fuller sostiene que las cuestiones jurídicas al tener una textura abierta, tienen que ser interpretadas y siempre

---

<sup>52</sup> FULLER, Lon, “Positivism and Fidelity to Law. A reply to profesor Hart”, en *Harvard Law Review*, Estados Unidos de América, 1958, vol., 71, no. 4, 1958, pp. 630-672.

<sup>53</sup> PÁRAMO, Juan Ramón, *H. L. Hart y la teoría analítica de Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 343.

<sup>54</sup> FULLER, Lon, “Positivism and Fidelity to Law” ... *op. cit.*, pp. 630-672.

<sup>55</sup> El realismo jurídico norteamericano acepta que las normas jurídicas tienen un núcleo de significado establecido y una zona de penumbra, al reconocer una conexión necesaria entre el derecho y la moral.

obedeciendo términos morales, esto significa, que del derecho dimana una lógica interna de moralidad, que inhabilita toda regla jurídica inmoral.

Al respecto, Hart tiene dos réplicas. En primer lugar, señala que si admitimos que la interpretación de la norma obedece a un “deber ser”, no se configura forzosamente una cuestión moral, en tanto que el “deber” es un criterio, no necesariamente moral. La segunda discrepancia de Hart, consiste en su rechazo a que la interpretación, sea un “descubrimiento” de lo que es la regla.<sup>56</sup>

Parece que Hart, admite que los fines injustos en el derecho son tan válidos y coherentes como los justos, apoyándose en el cognoscitivismo, asumiendo que las reglas sí tienen un núcleo central de significado fijo y un tema de interpretación en la zona de penumbra, pero que no se compromete con un deber moral<sup>57</sup>. Para ejemplificar su punto, Hart cita un caso en el que un juez en el régimen nazi resuelve atendiendo cuestiones de “deber”. El asunto es que:

En 1944 una mujer que quería deshacerse de su marido lo denunció a las autoridades por haber formulado observaciones injuriosas sobre Hitler, mientras se encontraba en su casa, en uso de licencia otorgada por el ejército alemán. La mujer no estaba obligada por ley a denunciar al marido, aunque lo que éste había dicho aparentemente violaba ciertas leyes que calificaban como delito formular manifestaciones perjudiciales al gobierno del Tercer Reich o disminuir u obstaculizar por cualquier medio la defensa militar del pueblo alemán. El marido fue arrestado y condenado a muerte, por aplicación (parece) de esas leyes, aunque no fue ejecutado sino enviado al frente. En 1949, la mujer fue

---

<sup>56</sup> VEGA GÓMEZ, Juan, “The Hart-Fuller Debate”, en *Philosophy Compass*, Estados Unidos de América, 2014, vol. 9, pp. 45–53.

<sup>57</sup> GUASTINI, Ricardo, “La interpretación. Objetos, conceptos y teorías”, en VÁZQUEZ, Rodolfo, (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, pp. 33-34.

procesada en un Tribunal de Alemania Occidental por un delito que nosotros llamaríamos *privación ilegal de la libertad* (*rechtswidrige Freiheitsberaubung*). Esto estaba previsto como delito por el Código Penal alemán de 1871, que había permanecido en vigor continuamente desde su sanción. La mujer alegó que la prisión del marido estaba de acuerdo con las leyes nazis y que, por lo tanto, ella no había cometido ningún delito. El tribunal de apelaciones al que el caso finalmente llegó, declaró a la mujer culpable de provocar la privación de la libertad de su marido denunciándolo a los tribunales alemanes, aun cuando éste hubiera sido condenado por haber violado una ley, ya que, para citar las palabras de la Corte, dicha ley era contraria a la sana conciencia y al sentido de justicia de todos los seres humanos decentes.<sup>58</sup>

Hart sostiene que este tipo de decisiones, han sido celebradas como un triunfo de la corriente del *iusnaturalismo*, y que aparentemente envuelve la caída del positivismo, pero que el resultado no es más que histeria. También indica que se llegó a esta decisión sólo por la declaración de que una ley establecida desde 1934 carecía de coercitividad, y que en todo caso la fundamentación iusnaturalista, es dudosa.

Para Hart había dos alternativas más, una de ellas era absolver a la mujer y la otra, en afrontar que para condenar a la mujer se tendría que aplicar una ley retroactiva. Y aunque las leyes retroactivas son odiosas y perniciosas, para él hubiera sido lo más sincero<sup>59</sup>.

Por el contrario, Fuller considera que no hay ninguna duda, ya que de acuerdo con su pensamiento, el régimen nazi al vulnerar asiduamente la “moralidad interna del derecho”, simplemente no debería de existir.

---

<sup>58</sup> HART, H. L. A., “Positivism and the separation of Law and Morals”...  
*op. cit.*, pp. 593-629.

<sup>59</sup> *Idem.*

Fuller en *Positivism and Fidelity to Law*, propone ocho requerimientos para componer la “moralidad interna” del derecho, *v. gr.*, que las normas jurídicas sean generales; promulgadas; no retroactivas, claras; comprensibles; libres de contradicciones; y no deben exigir lo imposible, ni ser frecuentemente modificadas, ni ser incongruentes entre el derecho y la acción oficial de administración y aplicación<sup>60</sup>. Estos requisitos morales que necesita la formulación del derecho, son la manifestación del trastorno de lo que fueron las leyes de la Alemania Nazi, es decir, de un sistema jurídico con leyes retroactivas y secretas, con una flagrante vulneración de los poderes públicos, *et sit cetera*<sup>61</sup>.

Fuller también pretendió que estas ocho pautas significaran requisitos de validez del derecho, al tener una condición jurídica integrante, sin soslayar que *per se* contienen moralidad intrínseca. Para que al final ambos aspectos se cristalizaran en la *moral interna del derecho*, como una especie de mecanismo procesal moral del Derecho. Dicho en otras palabras, la moral interna del derecho es, una especie de derecho natural procesal, en el que importa la forma en que han sido creadas y aplicadas las leyes en un sistema jurídico, y no tanto el carácter sustantivo de las normas.

Como se puede percibir, para Fuller, tanto los medios como los fines del derecho están conectados. Aparentemente los objetivos determinan los medios y estos a su vez pueden moralizar los fines. En esta tesitura, un fin es apetecible no sólo en atención a su valor innato, sino que además debe atender el precio de los medios dispuestos para su uso<sup>62</sup>.

Fuller tiene la pretensión de certificar que el “ser”, como “validez” y el “deber ser” como “moralidad”, convergen en los ocho

---

<sup>60</sup> FULLER, Lon, *La moral del derecho*, trad. F. Navarro, México, México, 1964, p. 49.

<sup>61</sup> FULLER, Lon, “Positivism and Fidelity to Law” ... *op. cit.*, pp. 630-672.

<sup>62</sup> SUMMERS, Robert, “Professor Fuller’s Jurisprudence and America’s dominant Philosophy of Law”, en *Harvard Law Review*, Estados Unidos de América, vol, 92, 1978, pp. 433- 449.



cánones y el propósito del derecho. Esto es completamente interesante, ya que no se limita a proponer un mecanismo procesal para producir un derecho moral, sino que se compromete con la teleología de un ordenamiento jurídico, como “la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas”<sup>63</sup>.

Enseguida del concepto teleológico del derecho, Fuller realiza una analogía de la moralidad interna con las reglas de la carpintería, “que son aquellas que respeta el carpintero que quiere que la casa que construya se mantenga de pie”<sup>64</sup> Aunque, Fuller es consiente que el derecho es más complejo que la ebanistería, pues para comprender su alcance “debemos entender que muchos de sus problemas característicos son morales por naturaleza”<sup>65</sup>

A pesar de que la tesis fulleriana de los ocho requisitos para certificar la moralidad interna del derecho ha sido rebatida, los mismos críticos reconocen que estos criterios son cualidades necesarias para la presencia de un sistema jurídico. Tal es el caso de H. L. A. Hart y Joseph Raz al coincidir con la idea de Fuller, de que no se puede conservar un sistema jurídico, sino hay un mínimo respeto de las directivas del *rule of law*. Raz, por ejemplo, afirma que “hay un número indefinido de propiedades morales que el derecho de todos los países debe poseer. Algunos rasgos formales, en sí mismos no morales, son rasgos necesarios del derecho, tales como su apoyo en estándares generales, la restricción de la arbitrariedad”<sup>66</sup>. Asimismo, señala que “estos rasgos están entre los que establecen una conexión necesaria entre el derecho, especificando sin referencia a la moralidad”<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> FULLER, Lon, *La moral del derecho ... op. cit.*, p. 110.

<sup>64</sup> *Idem.*

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>66</sup> RAZ, Joseph, “The Argument from Justice, or How Not Reply to Legal Positivism”, en RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2009, p. 318.

<sup>67</sup> *Idem.*

Algo semejante ocurre con Dworkin, al aceptar que para producir o aplicar el derecho –e incluso un derecho pernicioso– es necesario algún grado de respeto de los ocho requisitos fulleriaños<sup>68</sup>.

## XI. ALGUNAS POSIBLES CONEXIONES NECESARIAS ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

La pretensión de que hay una o más conexiones necesarias entre el derecho y la moral, tiene una especial importancia conceptual y pragmática. En primer lugar, para abonar a la constante controversia de las posibles conexiones, y en segundo término para sostener que, a partir de la conexión, el derecho suministra genuinas razones para la acción, y por ende es una especie de la normatividad robusta.

Quizá el perenne debate de la conexión entre el derecho y la moral, recubra distintas tesis, algunas notoriamente plausibles y otras un tanto desatinadas; sin embargo, mencionaremos seis posibles conexiones, con el objeto de exponer las variables en las que se puede consolidar un posterior estudio.

Estas tesis son conocidas como 1) conexión semántica: *lex iniusta non est lex*; 2) la conexión semántica cualificada: *lex iniustissima non est lex*; 3) la conexión ontológica: el derecho tiene valor moral; 4) la conexión normativa: la pretensión de autoridad; 5) la conexión identificativa: el derecho incorpora necesariamente la moralidad; y 6) la conexión justificativa: sólo las razones morales justifican las decisiones jurídicas.

---

<sup>68</sup> DWORKIN, Ronald “Philosophy, Morality and the Law. Obsevationes prompted by Professor Fuller´s novel claim, en *University of Pensylvania Law Review*, Estados Unidos de América, 1965, vol. 113, pp. 668-690.

## XII. CONCLUSIONES: EL NEOCONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS EN LA MORAL

Usualmente el análisis de los derechos fundamentales se realiza a través de una óptica dogmática, soslayando los aspectos relativos a su fundamentación; no obstante, si aspiramos a que el respeto por nuestros derechos fundamentales se deba a una cuestión más profunda que el simple mandato de la ley, tendremos que construir las bases para su acatamiento desde la moral.

Es por esta razón, que desde un principio consideramos que el neoconstitucionalismo principialista nos dota de mayores herramientas teóricas para poder configurar los derechos fundamentales desde la moral, ya que esta perspectiva sostiene la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral.

Anteriormente ya hemos apuntado que, si los derechos se basan únicamente en la ley positiva, se corre el riesgo de que el legislador modifique la ley, suprimiendo derechos que aparentemente deberían de ser universales. El ejemplo más claro de este caso lo fue el régimen nazi.

Por otro lado, si explicáramos y diéramos cuenta de los derechos fundamentales a partir de una visión iusnaturalista, también caeríamos en una dificultad, que consiste en asentar los derechos en una cuestión extrajurídica, llevándonos al resultado de que éstos no tienen vigencia en un Estado.

En consecuencia, creemos que la mejor vía para fundamentar los derechos fundamentales es la que nos proporciona el neoconstitucionalismo principialista, ya que en realidad el fenómeno jurídico es la afirmación de la polaridad entre la forma y la sustancia del derecho. El derecho como forma son las leyes, que pueden adoptar cualquier contenido; pero el derecho como sustancia es la aspiración de justicia, la cual mantiene una conexión con la moral.

Es muy probable que el enfoque teórico que trata de conciliar la experiencia jurídica con la experiencia de justicia sea el neoconstitucionalismo principialista, al reconocer que el derecho tie-

ne conexiones con la moral, sin que ello implique negar la fuerza de la Constitución.

En efecto, lo que esperamos del derecho es esa dualidad entre fuerza y justicia.