

# MARCO ANALÍTICO DE LA TESIS DE LA VINCULACION Y DE LA TESIS DE LA SEPARACION <sup>1</sup>

YEZID CARRILLO DE LA ROSA<sup>2</sup>

## RESUMEN

Como bien se sabe, las dos grandes tradiciones del pensamiento jurídico, la positivista y la antipositivistas, cuecen habas en torno de la discusión sobre la tesis de la vinculación y la tesis de la separación. La tesis central del positivismo actual, cuya figura emblemática es Hart, se resume en la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral y su aceptación o no marca

---

<sup>1</sup> Los argumentos centrales de este ensayo fueron presentados en el II Congreso Nacional y Quinto Congreso Nacional de Filosofía del derecho, argumentación e interpretación, realizado en la Universidad Libre Sede Bogotá, Colombia.

<sup>2</sup> Profesor de Filosofía del derecho y de Teoría de la Argumentación Jurídica, en la Facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Cartagena. Profesor de Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre sede Cartagena). Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Abogado de la U. Nacional de Colombia y Licenciado en Filosofía y Letras de la U. Santo Tomas, [yezidcarrillo@hotmail.com](mailto:yezidcarrillo@hotmail.com).

la línea divisoria entre positivistas y no positivistas<sup>3</sup>. Ahora bien, usualmente el termino moral puede usarse en una multiplicidad de sentidos sin que nos percatemos de ello, lo que en ocasiones conduce a que se discuta sobre cosas diferentes creyendo que se habla de lo mismo; debido a ello, el primer eje temático de este ensayo está dedicado a precisar el sentido en que es usado el término "moral" en el contexto de la teoría del derecho. Seguidamente, estudiaremos las más importantes manifestaciones de la tesis central del positivismo (desvinculación) y el antipositivismo (vinculación), para luego intentar llevar a cabo una aproximación a la problemática que se suscita como consecuencia de la inclusión de estándares morales en el constitucionalismo actual.

### **ABSTRACT**

As is well known, the two great traditions of legal thought, the positivist and antipositivist, baked beans around the discussion of the theory of bonding and the theory of separation. The central thesis of current positivism, which is emblematic Hart, is summarized in the thesis of the conceptual separation between law and morality and their acceptance or otherwise mark the dividing line between positivists and non-positivists. But usually the term moral can be used in a multitude of ways without being aware of it, which sometimes leads to different things being discussed on the belief that talking about the same, as a result, the first thematic area of This essay is devoted to clarify the sense that it used the term "moral" in the context of legal theory. Next, study the most important manifestations of the central thesis of positivism (decoupling) and antipositivism (tie), then try to carry out an approach to the problem that arises as a result of the inclusion of moral standards in the current constitutionalism.

### **Palabras claves**

Positivismo, iusnaturalismo, moral, neoconstitucionalismo, derecho.

---

<sup>3</sup> Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Traducción de Jorge M Seña, editorial Gedisa, Barcelona, segunda edición, 1997, pp. 13 y 14 y Bulygin, E. "Is There a Conceptual Connection Between Law and Morality?", En, Aarnio A, Pietilä K y Uusitalo (eds.) *Interests Morality and the Law*, Tampere, Research institute for Social Sciences, 1996, pp. 144 y ss.

**Keywords**

Postivism, natural law, neoconstitutionalism, right.

*3.1. Los mundos posibles de la moral*

*3.1.1. El mundo numero uno de la moral*

Para empezar habría que señalar tres usos diferentes de la locución “moral”. El primero de ellos apunta a la moral como un estado de conciencia o un estado mental; comúnmente nos referimos a ella como la moral subjetiva y hacemos alusión a la moral particular de un individuo. Apelando a una terminología propia de la epistemología popperiana, podríamos denominar a esta forma de comprender la moral, el mundo número *uno* de la moral. En este mundo hallamos el conjunto de creencias, principios e ideas de vida buena o virtuosa que han sido interiorizadas por el individuo o la persona particular y que determinan su forma de entender y comportarse socialmente. Esta esfera numero *uno* de la moral se caracteriza por la pluralidad y la diversidad de puntos de vistas que hacen de cada ser una individualidad insustituible. En relación a esta forma de entender la moral, hay que decir claramente, que cuando en la teoría del derecho se discute sobre la conexidad conceptual necesaria entre el derecho y la moral, o se sostiene o se niega que una decisión judicial debe o de hecho incorpora un mínimo de moralidad o una pretensión de corrección moral, el término “moral” no se usa en el sentido que hemos asignado al mundo numero *uno* de la moral.

Es necesario reiterarlo porque un argumento al que usualmente se recurre, para invalidar la tesis de la necesaria vinculación del derecho a la moral, es aquel que manifiesta que no existe un criterio objetivo para saber cuando un juicio moral es correcto o no, pues lo moralmente correcto depende de lo que piense cada sujeto y, específicamente, cada juez. Como ejemplo de lo que se afirma tomo el debate que en nuestra teoría nacional se suscitó entre los profesores Tamayo Jaramillo y López Medina sobre la idea de un nuevo derecho en Colombia, en el que parecería que la locución moral se usa en éste sentido de moral subjetiva y personal. Afirma el profesor Tamayo Jaramillo:

“..., el profesor López Medina sienta lo fundamental de su concepción del Derecho en su adhesión a la teoría del nuevo derecho teoría que al igual que la del uso alternativo del derecho y otras más como el realismo norteamericano desconocen la obligatoriedad de las normas vigentes, para dar campo a una aplicación del derecho basada en corazonadas, valores y principios generalísimo, doctrina que de alguna manera aplica la Corte Constitucional en sus sentencias modulativas y en el desconocimiento expreso de textos constitucionales absolutamente claros, lo que hace que la Corporación más que ser un intérprete de la Carta, sea un nuevo legislador ilegítimo.”<sup>4</sup> (El subrayado es nuestro)

Más adelante señala el profesor Tamayo Jaramillo (2008, 148):

“Afirma el profesor López Medina que el derecho tradicional hace completa separación entre el derecho y la moral, mientras que en el nuevo derecho ambos conceptos se acercan. Esa afirmación es falsa como está planteada y resuelta. En efecto, es innegable que los imperativos morales no pueden ser coercitivos y exteriores al individuo, como si lo es el derecho, y que por tanto nadie puede desconocer el derecho positivo vigente so pretexto de que su conducta se rige por sus reglas morales. De igual manera un conflicto de intereses no se puede resolver exclusivamente a partir de principios morales del juez... (...) De otro lado, así el derecho y la moral se acerquen como lo afirma el Doctor López Medina, es imposible que un caso concreto se resuelva dentro del Estado de Derecho, con base en las reglas morales que el juez crea válidas, pues así vayan en contra de sus convicciones morales, el juez está obligado a aplicar el derecho vigente. Sólo en la medida en que se aplique el nuevo derecho, la moral del juez suplantarán las normas, y entonces todos los conflictos de intereses se resolverán de acuerdo con los principios morales del juez, pero entonces ya no podremos halar de Estado de Derecho sino de

---

<sup>4</sup> Tamayo Jaramillo, Javier. “Crítica al nuevo derecho y a la interpretación constitucional de la corte constitucional”, En, Goyes Moreno, Isabel (comp.). *3er Congreso Nacional y 1er internacional de derecho constitucional. Tensiones contemporáneas del constitucionalismo*. Centro de investigaciones y estudios socio-jurídicos, Pasto-Colombia 2008, p. 143

‘Estado de moral subjetiva de los jueces’, o si se prefiere de ‘Estado de Derecho Natural’<sup>5</sup> (El subrayado es nuestro).

Es evidente que si reducimos la moral a los estados mentales, de conciencia o corazonadas personales, la tesis que defiende la conexidad conceptual del derecho y la moral no debe ser aceptada y concluir que definitivamente no es bueno incluir la moral en el derecho, pero, insistimos la aceptabilidad o no de la tesis que vincula el derecho a la moral, por lo menos desde la teoría del derecho no está haciendo alusión a este tipo de moral. El argumento del profesor Tamayo Jaramillo, sin quererlo, reduce un debate profundo y académico a una caricatura inaceptable, pues nadie podría sostener que ni la Corte Constitucional, ni el profesor López Medina, ni aquellos que exigen un mínimo de corrección moral y de justicia en las normas jurídicas generales y las decisiones judiciales, se refieran a esta noción de moral subjetiva y personal.

### *3.1.2. El mundo número dos de la moral*

Un segundo sentido en que puede ser usado el término moral hace alusión a la moral positiva o moral social, esto es, la moral como un hecho fáctico o como un conjunto de fenómenos sociales o culturales que pueden ser objetivado y constatado empíricamente como cualquier otro objeto social o cultural; a este segundo forma de entender la moral la podemos designar como el mundo número *dos* de la moral y se concreta en la existencia de un conjunto de principios y valores morales compartidos por los miembros de un grupo social (sociedad o un grupo de esta)<sup>6</sup>. Desde esta perspectiva, es evidente que podemos afirmar que determinada sociedad tiene una moral más liberal o más tradicional que otra, o que en una determinada comunidad determinados valores morales priman sobre otros. Como se ve, en contraposición al primero, que se centra en el individuo y es extremadamente diversa y cambiante, según el sujeto, el mundo número *dos* de la moral se instala en el ámbito de la sociedad y se muestra relativamente más homogénea y estable.

Ahora bien, entre estos dos mundos se dan una serie de tensiones y relaciones que hacen que cada uno sufra modificaciones debido a esta

---

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 148

<sup>6</sup> Vilajosana, Josep M. *Funciones del derecho: un marco conceptual* Revista analisi e diritto, 2006, p. 284

interacción; por ejemplo, un individuo puede modificar su visión moral al entrar en contacto con determinada sociedad, o con un sector de ella, de la misma manera que personalidades muy fuertes pueden modificar el comportamiento colectivo de una comunidad en sentido positivo o negativo. En este escrito no podemos tratar a profundidad dichas relaciones, por lo pronto no interesa mostrar, que por lo menos existe un uso del vocablo moral con un significado totalmente diverso a la idea tradicional de que la moral es subjetiva y depende de cada individuo en particular.

Dicho lo anterior es necesario también dejar claro que la discusión actual sobre la vinculación del derecho y la moral tampoco hace alusión a este sentido o significado de la moral. En ese sentido estamos de acuerdo con el profesor Tamayo Jaramillo cuando sostiene que : “Un orden jurídico sin una convicción moral de su obligatoriedad por parte de los súbditos es insostenible a base de simple represión y coacción”<sup>7</sup>. Como ya se dijo en el ensayo anterior, para la generalidad de los positivistas y anti-positivistas el derecho y la moral interactúan en la sociedad y en ocasiones hay una superposición contingente de su contenido y sus funciones sociales, habría que decir que desde un *punto de vista empírico* puede existir una relación compleja entre el derecho y la moral. Ningún positivista niega que el derecho y la moral interactúen socialmente en un grupo social, de suerte que en ocasiones la legislación o las decisiones judiciales prohíben lo que moralmente lo está y hacen obligatorio lo que moralmente se considera correcto.<sup>8</sup>

### 3.1.3. El mundo numero tres de la moral

El tercer significado del uso del término moral hace alusión a la moral crítica, para diferenciarlo de los otros dos, diremos que este constituye el mundo número *tres* de la moral y está compuesto fundamentalmente por un conjunto de principios y valores y por un conjunto de sistemas conceptuales, situaciones problemáticas y argumentos críticos que permiten justificar racionalmente ese conjunto de principios, y también evaluar, criticar o justificar la moral positiva, la

---

<sup>7</sup> Tamayo Jaramillo. Op. cit. p. 148

<sup>8</sup> Hart, H. L. *El nuevo desafío del positivismo*. Traducción, Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan R. Páramo. Original inédito, Sistema, núm. 36, Mayo de 1980. p.5

moral personal, las doctrinas morales y los demás sistemas normativos. Este mundo numero *tres* de la moral es independiente tanto de la moral individual de cada sujeto (mundo *uno*) como de la moral compartida por un grupo social (mundo *dos*) y es a ella a la que se refiere la discusión actual entre positivistas y anti-positivistas. En consecuencia, cuando desde la teoría del derecho se discute sobre si existe o no una conexidad conceptual necesaria entre el derecho y la moral, se está aludiendo a este último uso de la moral, como moral critica.

### *3.1.4. El uso del término moral en la teoría del derecho*

Nino (1999) ha sugerido una serie de argumentos que no reflejan correctamente las tesis sobre las que discuten los positivistas y anti-positivistas, entre ellos encontramos (a) el argumento que sostiene que el derecho debe reflejar la moral social de la comunidad o la de los grupos de poder en ella imperante, (b) el argumento que afirma que el derecho debe ajustarse a los principios morales y de justicia validos universalmente independientemente de su aceptación social, (c) el argumento que dice que no es posible distinguir conceptualmente las normas jurídicas de las normas morales vigentes en un grupo social humano y (d) el argumento que sostiene que los jueces aplican de hecho principios morales en sus decisiones. Estas tesis tienen en común que intentan vincular el derecho a la moral social (el mundo número *dos* de la moral).

Existen, sin embargo, otros argumentos que si están involucrados en la discusión entre positivistas y anti-positivistas y que se refieren a la relación entre el derecho y la moral critica, entre ellos señala Nino (a) el que afirma que los jueces deben recurrir, en los casos en que el derecho positivo no da una solución, a normas y principios morales para justificar sus decisiones, (b) el que sostiene que los jueces deben negarse a aplicar las normas positivas que contradigan los principios morales, (c) aquel que dice que si una norma jurídica pertenece a un sistema jurídico tiene fuerza obligatoria y debe ser obedecida y aplicada por los jueces cualquiera sea su origen y contenido moral, (d) aquel que expresa que la ciencia jurídica debe tratar de enunciar principios de justicia aplicables a situaciones concretas y formular valoraciones sobre la

conformidad o no del derecho positivo a esos principios, y, finalmente, (e) el que sugiere que para identificar un orden normativo como un sistema jurídico se requiere, además de verificar los criterios fácticos, formular juicios de valor acerca de la justicia y moralidad de sus normas<sup>9</sup>.

### 3.2. Antecedentes de la tesis de la vinculación

El primer intento de vincular las acciones de los hombres dentro de la sociedad a lo moralmente correcto estuvo amparado por la identificación de la naturaleza física con la naturaleza moral del hombre. Anaxímenes, Pitágoras y Anaximandro, por ejemplo, articularon la concepción jurídica de legalidad a la noción de legalidad de la naturaleza y el mundo<sup>10</sup>. Heráclito señala la relación indisoluble que existe entre la ley que rige el Universo entero: el *logos*, y todos los acontecimientos terrestres, incluida en estos la existencia de las leyes humanas.<sup>11</sup>

Posteriormente, los sofistas se encargarán de mostrar la contradicción entre las reglas creadas por el hombre y la leyes de la naturaleza física bajo la oposición entre la *physis*<sup>12</sup>, aquello que es por naturaleza y permanece invariable, y el *nomos*, aquello que surge como consecuencia de la convención o acuerdo, o por la voluntad de poder y se manifiesta en el hábito, la costumbre o la ley<sup>13</sup>. Esta contraposición también se hace evidente en la literatura de

---

<sup>9</sup> Nino, Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Ariel., S. A., Barcelona, 9ª edición, 1999, pp. 16-17 y 27.

<sup>10</sup> Werner Jaeger: *Paideia*. Fondo de Cultura Económica. México. 1994. p. 164

<sup>11</sup> Kaufmann, Arthur y otros. "Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho", *En*, *Pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial Debate, Barcelona, 1994. p. 52.

<sup>12</sup> La idea de una *physis* (naturaleza) estuvo siempre en antítesis a la de *nomos*, sobre todo en la propuesta sofística, parece que fue *Hipías* el primero en advertir esta contradicción: "Amigos presentes, considero yo que vosotros sois parientes y familiares y ciudadanos, todos, por naturaleza, no por condición legal. Pues lo semejante es pariente de su semejante por naturaleza. "Pero la ley que es el tirano de los hombres, les fuerza a muchas cosas en contra de lo natural". (Platón. Protágoras. En Diálogos. Vol. II. Editorial Gredos. Madrid. 1982 337c-d.

<sup>13</sup> El término *nomos* tal y como se entendió en los orígenes de la cultura griega, contiene dos significados: por una parte hace referencia a la costumbre o costumbres (*nomoi*, en plural), en otro sentido se debe entender como "ley", esto es, las reglas que en la polis tenían el carácter obligatorio porque eran sancionadas por el hábito, la costumbre o las asambleas de los hombres. "Originalmente, *nomos* era la costumbre sagrada, la que se impone y se considera justa en la polis. Es el orden que lo abarca todo. Píndaro el poeta, dio la fórmula precisa: *nomos basileus panton*: el derecho de esta costumbre sagrada se describe como lo que lo rige todo y sobre todo" (Friedrich, C. J. *La filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México 1993. Quinta edición. p. 27.)

Sófocles (Antígona) en donde se contraponen a las leyes del Estado a las leyes eternas de la naturaleza<sup>14</sup>.

También es importante resaltar la distinción aristotélica entre *justicia según la igualdad* y *justicia según la ley*. La primera se expresa en la conocida fórmula lo igual para los iguales y lo desigual para los desiguales (política 1280a) y comprende la *justicia correctiva* aplicable entre iguales y la justicia distributiva aplicable entre desiguales. La justicia según la ley, que es la de la ciudad, la subdivide a su vez en justicia política legal y justicia política natural<sup>15</sup>. Esta última es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de la aprobación o desaprobación del ser humano; lo legal o convencional, por el contrario, es lo que en un principio es indiferente que sea de un modo u otro pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente<sup>16</sup>.

El estoicismo, influenciado por una nueva ética, que pone en el centro a un individuo cosmopolita, no propondrá una ley de la naturaleza a la medida de la ciudad, sino del Cosmos, no una ética para la polis sino una ética cosmopolita<sup>17</sup>. Para los estoicos el logos aparece como una ley racional universal, una recta razón que da sentido al Cosmos, a la naturaleza y al hombre que forma parte de ese Cosmos. Esa ley universal se expresa o manifiesta como ley natural o ley universal aplicable a los hombres y esta última se materializa en las leyes positivas creadas por los hombres.<sup>18</sup>

### 3.3. Algunas interpretaciones o manifestaciones de la tesis de la vinculación

La tesis de la vinculación es posible después de que se delimitan conceptualmente las ideas de ley positiva y ley natural y se admite la existencia de leyes justas y leyes injustas, que para el pensamiento antiguo y estoico era imposible, y ello surge con la aparición del iusnaturalismo. Con el iusnaturalismo en sus dos versiones (teológico y racionalista) se distingue con

---

<sup>14</sup> Riddall, J. G. *Teoría del derecho*. Editorial Gedisa, 2000, p. 85

<sup>15</sup> Es importante señalar que para Aristóteles hay dos grandes tipos de justicia: una forma de justicia según la ley y otra según la igualdad. Aquí sólo nos referimos a la primera, esta última incluye la justicia correctiva y la justicia distributiva.

<sup>16</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Ediciones Universales-Bogotá, 1998, Libro V, Capítulo VII, p. 118. Y Riddall, J. G. Op. cit. p. 87

<sup>17</sup> Betegón, Jerónimo y otros. *Lecciones de teoría del derecho*. Ediciones McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 40.

<sup>18</sup> Ruiz, Miguel. Op. cit. p. 48

absoluta claridad, por una parte, la legalidad moral (derecho natural), de la cual se derivan derechos y deberes (deber ser) que justifican un curso de acción, de la ley de la naturaleza, que sirven para describir la realidad (ser) y, por otra, se separa el derecho natural (derecho ideal y justo), que constituye lo invariable y no depende de la voluntad del legislador político y mudable, del derecho positivo o convencional, que surge de la voluntad humana e histórica de los individuos concretos.

De esta dualidad<sup>19</sup> se deriva que la definición del derecho debe presuponer una conexidad o relación conceptual necesaria entre el orden jurídico positivo y el orden normativo moral, y que el derecho positivo para ser válido y obedecido debe subordinarse al contenido moral del derecho natural (validez moral). Según Nino, el iusnaturalismo puede caracterizarse porque defienden conjuntamente dos tesis: (a) que existen principios de justicia universalmente válidos y cognoscibles por la razón humana y (b) que un sistema de normas o una norma en particular no pueden ser calificadas de “jurídicas” si contradicen los principios de justicia universalmente válidos<sup>20</sup>. Ahora bien, la tesis de la vinculación ha tenido muchas interpretaciones como lo ha sugerido Garzón Valdez (1998). A continuación señalaremos algunas relevantes para el desarrollo de este ensayo

### *3.3.1. Equivalencia entre ley y justicia*

Una primera interpretación de la tesis de vinculación es aquella que equipara la ley (derecho) y la justicia. El pensamiento de San Agustín, siguiendo el esquema estoico distingue tres manifestaciones de una misma ley que se despliega en tres momentos y objetos diferentes: la ley eterna, la ley natural y la ley positiva.<sup>21</sup> Esta última, para ser justa y legítima y exigir obediencia, debe estar ajustada a la ley eterna, de allí la sentencia de Agustín de que no es ley la que no es justa. Una versión parecida se puede hallar en Cicerón y Suárez<sup>22</sup>. Modernamente esta tesis fue retomada por Gustav Radbruch, quien sostuvo

---

<sup>19</sup> Betegón, Jerónimo y otros. Op. cit. p. 34

<sup>20</sup> Nino. Op. cit. p. 28

<sup>21</sup> Robles, M. Op. cit. p. 58.

<sup>22</sup> Garzón Valdés, Ernesto. *derecho y moral* En, VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.) derecho y moral, editorial Gedisa, Barcelona, 1998. RIDDALL, J. G. Op. cit. p.93

luego de los excesos del nacional socialismo que una norma extremadamente injusta no es derecho. Alexy ha citado, en ocasiones, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, en la que se sostiene que la justicia y el derecho no se encuentran a disposición del legislador constitucional y, con fundamento en ello, el tribunal declara inválidas muchas normas del nacionalsocialismo que contradicen de manera evidente principios fundamentales de justicia<sup>23</sup>.

### 3.3.2. Equivalencia entre ley injusta y ley corrupta

Tomás de Aquino propone una versión más débil y atenuada de la tesis anterior, para él, cuando la ley humana viola la ley natural estamos en presencia de ley corrompida o corrupta, pero no inválida o inexistente, una especie de leyes imperfectas, pero validas<sup>24</sup>. Estas leyes pueden ser injustas de dos maneras<sup>25</sup>. En primer lugar porque son contrarias al bien del hombre o se oponen al fin natural de las cosas; estas leyes, a pesar de su injusticia, deben ser obedecidas para evitar el escándalo y el desorden. En segundo lugar, las leyes pueden ser injustas porque se oponen a la ley divina, en este caso de ningún modo pueden observarse<sup>26</sup>. Finnis cuyo pensamiento ha sido influenciado por la concepción tomista, ha tocado el problema de la ley injusta aunque ha sugerido que esta no hace parte de las preocupaciones centrales, pues una teoría del derecho natural, a su juicio, no debe tener entre sus principales preocupaciones la afirmación de que *'unjust laws not law'*<sup>27</sup>.

### 3.3.3. Equivalencia entre derecho y razón

La secularización del mundo y la aparición de la razón moderna, justifica la idea de que los derechos y obligaciones naturales de los individuos surgen de la razón.<sup>28</sup> Común a los defensores del derecho natural racional es el estudio y el análisis de la naturaleza humana, pero no la naturaleza real o histórica, sino una naturaleza elaborada por la razón, una naturaleza a-histórica e individual.

---

<sup>23</sup> Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 15-16.

<sup>24</sup> Garzón Valdés, Ernesto. Op. cit. p. 21

<sup>25</sup> Riddall, J. G. Op. cit. p. 96

<sup>26</sup> Betegón, Jerónimo y otros. Op. cit. p.48

<sup>27</sup> Finnis, John. *Natural Law and natural rights*. Clarendon press oxford, University Oxford, 2003, p. 351

<sup>28</sup> Betegón, Jerónimo y otros. Op. cit. p.53

A partir de ese análisis formulan reglas de justicia universales que sirvieran de guía a la conducta humana. Obviamente entre ellos existen matices y diferencias que dependen de la forma como se configure esa naturaleza<sup>29</sup>; sin embargo, lo significativo de esta posición es que *identifica el derecho válido con el derecho racional o de la razón*.

### *3.3.4. Equivalencia entre el "punto de vista interno" y el "punto de vista moral"*

Garzón Valdés ha sostenido que dado que únicamente se obedece el derecho por razones prudenciales y morales y que desde el 'punto de vista externo' se obedece al derecho por razones prudenciales, debe inferirse que el 'punto de vista interno' presupone una adhesión al derecho por razones morales, por lo que *el punto de vista interno puede ser traducido al punto de vista moral*. Ahora bien, si se sostiene que el punto de vista interno (por lo menos el de las autoridades) es una condición necesaria para la existencia de un orden jurídico positivo, debe concluirse que todo enunciado sobre la existencia de un sistema jurídico presupone un punto de vista moral y que hay una relación necesaria entre derecho y moral<sup>30</sup>.

### *3.3.5. Equivalencia entre la pretensión de corrección y la pretensión de validez*

En el ámbito continental europeo Alexy ha sostenido que tanto el sistema jurídico como las normas individuales e incluso las decisiones jurídicas incorporan, necesariamente, una *pretensión de rectitud o corrección*. En relación con el sistema jurídico la pretensión de corrección tendría un carácter definitorio, de suerte que si esta es desconocida, implícita o explícitamente, no puede considerarse a un sistema jurídico como tal; no así en el caso de las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, en relación con las cuales la pretensión de rectitud es calificativa, ello es, trata a las normas individuales y a las decisiones judiciales como normas defectuosas<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> *Ibíd.* p.55

<sup>30</sup> VASQUEZ, Rodolfo (Comp.) *derecho y moral*, editorial Gedisa, Barcelona, 1998, p. 22

<sup>31</sup> *Ibíd.* pp. 127-128

### 3.3.6. *Equivalencia entre principios morales y normas jurídica*

En el pensamiento norteamericano Dworkin ha *identificado los principios morales con las normas jurídicas* vinculantes. Para él, en los casos difíciles los juristas y jueces hacen uso de patrones que no funcionan como reglas positivas sino de principios<sup>32</sup> que tienen una naturaleza moral. Los principios constituyen estándares que no son reglas, y a pesar de que ambos permiten la toma de decisiones particulares, se diferencian en su forma lógica de aplicación. La tesis de Dworkin es que los principios son vinculantes para los jueces y, por tanto, cuando los jueces hacen uso de ellos, lo que hacen es aplicar normas jurídicas obligatorias, ello es, derechos y deberes.

### 3.4. *Antecedentes de la tesis de la desvinculación o separación*

La tesis de la separación si bien se consolida en el siglo XIX, sólo fue posible después de la formación del Estado moderno, de la aparición del movimiento codificador y la escuela de la exégesis, y de la consolidación de la epistemología positivista. La aparición del Estado moderno secularizado trae como consecuencias la monopolización del derecho por la comunidad política organizada, a quien se reconoce como su única fuente, y la racionalización del material jurídico disperso<sup>33</sup>: el derecho es el establecido en la ley por el Estado y su obediencia no depende de un fundamento trascendente e intemporal sino de su positividad, esto es, de haber sido puesto por el soberano<sup>34</sup>. Las grandes codificaciones producidas a finales del siglo XVIII y principios del XIX constituyeron un hecho fundamental en la separación del derecho de la moral. El código aparece como la vía más simple y breve para la solución de la controversia restándole protagonismo a las otras fuentes de derecho, como el derecho natural, pues él era la única e insuperable fuente de derecho. Estos postulados serán retomados y reelaborados por la escuela de la exégesis que ven en el código codificación una hechura de la razón, completo, sin lagunas, coherente, sin contradicciones y clara, sin ambigüedades, que provee a los individuos de criterios seguros y ciertos que les permite saber, con anticipación,

---

<sup>32</sup> Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel S. A., Barcelona, 4ª reimpresión, 1999. p. 72

<sup>33</sup> Bastida Freixedo, Xacobe. *El silencio del emperador*. Ediciones Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D. C. 2001 p. 19.

<sup>34</sup> *Ibíd.* p. 31.

las consecuencias jurídicas de su comportamiento y la forma como los jueces resolverán sus controversias. La exégesis, si bien reconoce la existencia de derechos naturales y morales, exige que estos se adapten al espíritu, principios y tendencias generales de la legislación escrita; el argumento básico de la tesis de la vinculación se invierte, ahora el derecho natural para ser válido debe estar conforme con la legislación escrita y no al revés; lo anterior conduce a la monopolización del concepto de justicia de las formas legales<sup>35</sup>, que considera que la norma es justa por el hecho de ser legal, identificando sin más, legitimidad con legalidad. Como se puede inferir, en la exégesis ya están presente dos rasgos esenciales del positivismo jurídico decimonónico: el formalismo jurídico (el derecho se expresa en la ley formar sin importar su contenido) y el positivismo ideológico (la ley es justa y racional como el legislador).

### *3.5. Algunas interpretaciones de la tesis de la desvinculación o la separación*

#### *3.5.1. Tesis analítica y normativa de la separación*

La tesis de la separación puede expresarse diciendo que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, esto es, que el derecho debe ser definido con exclusión de elementos morales, en este caso la tesis tiene *carácter analítico*; por el contrario, si afirma que la exclusión de elementos morales en la definición del derecho es necesaria para alcanzar cierta claridad lógico-conceptual o que ella garantiza la seguridad jurídica, entonces la tesis tiene *carácter normativo*.<sup>36</sup>

#### *3.5.2. Tesis de la separación y tesis de la separabilidad*

Algunos autores distinguen entre la tesis de la *separabilidad*, tesis analítica, según la cual el derecho y la moral pueden ser independientemente identificados y analizados sin tener que recurrir a referencias recíprocas<sup>37</sup>, y la

---

<sup>35</sup> Martínez Roldán, Luis y otro. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*, editorial Ariel, S. A. 1994 p. 253

<sup>36</sup> Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa, Barcelona, 1997, pp.27-28

<sup>37</sup> Coleman, J. "Negative and positive positivism", *En*, *Journal of legal Studies*, No. 11, 1982, pp. 139

tesis de la *separación*, tesis empírica, que afirmaría que el derecho y la moral son fenómenos empíricos distintos. Quienes hacen esta distinción convienen en que mientras la primera (tesis de la separabilidad) puede ser atribuida a los positivistas, la segunda no haría parte de los argumentos centrales del positivismo, pues la mayoría de los positivistas aceptan que el derecho y la moral interactúan en la sociedad y en ocasiones hay una superposición contingente, ello es, no necesaria, de su contenido y sus funciones sociales<sup>38</sup>.

Alexy, entienden la tesis de la separabilidad y de la separación de manera distinta. Para él, la *tesis de la separabilidad*, se identificaría con la tesis analítica y expresaría, simplemente, que no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral y que, por tanto, es posible incorporar al derecho cualquier contenido independiente de las exigencias de justicia, de suerte que si existe una influencia de contenidos morales en un derecho esta se da como una cuestión de hecho y meramente contingente, nunca de manera necesaria, para Alexy, esta representaría una versión débil de la tesis de la desvinculación. La *tesis de la separación*, por el contrario, representaría una versión fuerte de la tesis de la desvinculación y se identificaría con la tesis normativa. Esta sostendría que existen buenas razones para definir el derecho sin incorporar elementos morales.<sup>39</sup>

### 3.5.3. Tesis de la conexión empírica entre el derecho y la moral

En todo caso, como se afirmó anteriormente, el positivismo sostiene que a pesar que el derecho y la moral constituyen fenómenos que pueden ser descritos y analizados separadamente, desde un *punto de vista empírico* puede existir una relación compleja entre el derecho y la moral. Ningún positivista niega que el derecho y la moral interactúen en la sociedad y que en ocasiones se dé una transposición contingente en el contenido y las funciones sociales que cada uno de ellos desempeña en la sociedad; en ocasiones, la legislación

---

<sup>38</sup> Cambell, Tom. "El sentido del positivismo jurídico", *En, Revista DOXA*, num. 25 2002, p. 309

<sup>39</sup> Alexy, Robert. "Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional", *En, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación constitucional. Tomo I.* Editorial Porrúa y Universidad Autónoma de México, 2005, 1-2.

ha prohibido lo que moralmente lo está y ha hecho obligatorio lo que moralmente se considera obligatorio<sup>40</sup>.

### *3.5.4. Tesis del valor moral contingente del derecho*

Ahora bien, según Hart, la tesis de la separación (separabilidad) es compatible con un sistema jurídico que incluya y dote de status jurídicos a ciertas pautas morales, tanto generales como específicas. De hecho es común hallar, en los diversos sistemas jurídicos actuales, catálogos de derechos fundamentales y libertades individuales, que son reconocidos por los tribunales como criterios de validez jurídica, pudiendo incluso invalidar los actos de los legisladores que no estén conforme a tales principios. Esta incorporación de pautas morales al *test* de validez jurídica puede hacerse mediante una ley fundamental o una enmienda como en los EE. U, o por la práctica sistemática de los tribunales o incluso porque una Constitución particular exija a los tribunales que ciertas controversias deben decidirse según un principio de justicia. Pero en todos estos casos, afirma HART, la relevancia jurídica de los principios morales es algo contingente y depende de que de hecho hayan sido incorporadas en un sistema jurídico por cualquiera de los medios establecidos y no de que sean moralmente correctos o aceptables.<sup>41</sup> Bayón sostiene que la tesis de la separación además de comprender la *tesis de la no conexión identificatoria entre el derecho y la moral*, presupone la denominada *tesis del valor moral contingente del derecho* según la cual el valor moral de éste es circunstancial y eventual.<sup>42</sup>

### *3.5.5. Tesis de la existencia y el merito del derecho*

Una consecuencia de la aceptación de la tesis de la separación es que exige distinguir entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Quienes sostienen la tesis de la separación afirman que una cosa es la existencia del derecho y otra su mérito y, por ello, la afirmación de que algo es derecho no

---

<sup>40</sup> Hart, H. *El nuevo desafío del positivismo*. Op. Cit. p.5

<sup>41</sup> *Ibíd.* p.5-6

<sup>42</sup> Bayón, Juan Carlos. "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*. Vol. II, Ediciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, p.38

depende de que satisfaga determinados valores morales universales<sup>43</sup>, de suerte que, lo que permite a calificar a muchos autores como positivistas no es que no tengan creencias morales sino la separación que hacen de estas creencias de su definición y descripciones de lo que es el derecho.<sup>44</sup> Basta recordar la citada frase de AUSTIN de que: “la existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito otra”<sup>45</sup> o la de HART de que no hay conexión necesaria entre el derecho como es y cómo debe ser (moral)<sup>46</sup>.

### *3.5.6. La tesis de la falibilidad moral o del todo vale*

La tesis de la separación también se expresa diciendo que el derecho es moralmente falible o con la formula de que cualquier contenido puede ser derecho; esto es, nada es derecho simplemente porque sea justo o nada deja de ser derecho simplemente porque sea injusto<sup>47</sup>.

### *3.6. Tesis de la separación y de la vinculación en el positivismo jurídico actual*

Según Waluchow la teoría jurídica se halla en un estado que causa perplejidad, debido a que los límites tradicionales entre puntos de vista rivales se han desdibujado. Los positivistas afirman que es compatible con su perspectiva la idea de que el derecho tiene algún valor moral, y algunos reconocidos iusnaturalistas sostienen que nunca fue una pretensión del iusnaturalismo negar la validez jurídica de una ley injusta. Esta perplejidad revela que hoy las posiciones entorno de la separación o vinculación del derecho y la moral se han estrechado de suerte que es muy difícil sostener sin caer en contradicción o ser inconsistente una tesis radical como solía suceder hace poco tiempo. A continuación expondremos algunas de las interpretaciones actuales de las tesis de la separación y la vinculación del derecho y la moral

---

<sup>43</sup> MacCormick, Neil y Weinberger, Ota. (1986). *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Pub. Co. (Kluwer), Dordrech, p. 128.

<sup>44</sup> Cambell, Tom. Op. Cit. p. 308

<sup>45</sup> Austin, J. *The Province of jurisprudence Determined*, 1861, pp. 184

<sup>46</sup> Hart, H. A. Positivism and the Separation of Law and Morals” *En. Harvard Law review*, num. 71, 1958, pp. 593-601

<sup>47</sup> Bayón, J. C. Op. cit. p. 38

### 3.6.1. Tesis de la separación y de la vinculación en el positivismo excluyente

Para el positivismo excluyente lo que sea el derecho no depende de la conexión identificatoria entre derecho y moral, aquello que es derecho puede identificarse con independencia de lo que debe ser, por consiguiente, las razones basadas en juicios de valor moral no tienen relevancia alguna en la determinación del contenido del derecho en una comunidad<sup>48</sup>, por ello, sostiene que es conceptualmente incoherente incluir o hacer referencia al moral en la regla de reconocimiento (fuentes de derecho reconocidas por los tribunales) de un sistema jurídico.<sup>49</sup> Esta versión fuerte de la tesis de la separación parece encajar mejor en los sistemas jurídicos en donde el derecho legislado constituye una de las fuentes ordinarias y no en aquellos en la que los jueces han jugado un papel determinante en la elaboración y desarrollo del derecho (*common law*) o en países como EE. UU. donde los jueces son más dados a admitir como *proposiciones de derecho* argumentos sustantivistas. No obstante, el gran desafío para el positivismo excluyente lo constituye el constitucionalismo actual de los estados moderno que ha permitido la incorporación de un amplio catálogos de valores fundamentales que deben ser tomados en cuenta por los jueces al momento de tomar una decisión y obligan a este a realizar ponderaciones para poder concretar esos valores.<sup>50</sup>

### 3.6.2. Tesis de la separación y la vinculación en el positivismo incluyente

El positivismo incluyente quiere responder a este desafío propuesto por el constitucionalismo actual derecho moderno y sostiene, a diferencia del excluyente, que una regla de reconocimiento puede incluir criterios morales sin renunciar a la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral<sup>51</sup>, pues la práctica de reconocimiento del derecho en un grupo social puede bien remitir a criterios autoritativos, fijados en un sistema de fuentes, o a la

---

<sup>48</sup> Rodenas Ángeles. ¿Qué queda del positivismo jurídico? En, *Revista Doxa*, num. 26 2003 p. 417

<sup>49</sup> Raz, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979, pp. 50

<sup>50</sup> Rodenas. Op. cit. p. 419

<sup>51</sup> *Ibíd.* p. 418

satisfacción de ciertas exigencias morales aunque esta condición sería meramente contingente (Waluchow, 2007, 96).

### *3.7. Tesis de la separación y de la vinculación en el neoconstitucionalismo*

Según Ferrajoli lo que se denomina hoy neoconstitucionalismo nos remite a un nuevo modelo de derecho que se concreta en el nuevo paradigma del “Estado constitucional de derecho. Usualmente está asociado: al surgimiento de un conjunto de constituciones rematerializadas que incluyen pautas de carácter moral (principios y valores) con fuerza vinculante para todos los poderes públicos; al cambio de paradigma interpretativo y de justificación de las decisiones judiciales en los tribunales y cortes constitucionales, en donde la ponderación de valores y principios ocupa un lugar central; y, a un nuevo enfoque teórico del derecho<sup>52</sup>.

Actualmente suele distinguirse tres perspectivas de análisis en el neoconstitucionalismo: una perspectiva teórica, a la que se denomina neoconstitucionalismo teórico, una perspectiva ideológica, identificada como neoconstitucionalismo ideológico y una perspectiva metodológica o neoconstitucionalismo metodológico.

#### *3.7.1. Neoconstitucionalismo teórico*

El neoconstitucionalismo como teoría (neoconstitucionalismo teórico), constituye la versión opuesta del positivismo teórico. Se caracterizaría por intentar describir o reconstruir el sistema jurídico tal y como surge de la constitucionalización de los sistemas jurídicos luego de la Segunda Guerra Mundial. El neoconstitucionalismo teórico sería perfectamente compatible con el positivismo actual, en la medida en que sólo acepta, al igual que el positivismo metodológico, la tesis de la conexidad contingente entre derecho y moral. El neoconstitucionalismo teórico reconoce la insuficiencia del modelo de las reglas para dar cuenta del sistema jurídico contemporáneo, admitiendo la existencia de otros estándares como los principios; igualmente reconoce la necesidad de la ponderación para la adjudicación del derecho y, por tanto, la

---

<sup>52</sup> CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismos en su laberinto”, En. CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007, pp. 9-11

insuficiencia de la subsunción en la aplicación del derecho. Exponentes de esta versión serían autores como, Ferrajoli, Pietro Sanchis y el propio Comanducci, entre otros, aunque es evidente que sus teorías no puedan reducirse unas a otras.

### *3.7.2. Neoconstitucionalismo ideológico*

El neoconstitucionalismo puede ser analizado como una ideología (neoconstitucionalismo ideológico) y constituiría la versión normativa del positivismo en el neoconstitucionalismo, pues además de sostener la tesis de la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, la valora como algo positivo (tesis normativa de la vinculación), derivando de ella consecuencias, entre otras, que la constitucionalización de los sistemas jurídicos excluye la obediencia ciega al derecho legislado (antiformalista y antilegalista); por el contrario, que existe una obligación moral de obedecer la constitución y las normas conforme a ella<sup>53</sup>. Comanducci señala además como una característica del neoconstitucionalismo ideológico, la exigencia de realizar una interpretación y lectura moral de la Constitución. Exponentes de esta versión son Zagrebelsky, Alexy y Dworkin, entre otros, aunque, como en el caso anterior, sus teorías no pueden reducirse unas a otras.

### *3.7.3. Neoconstitucionalismo metodológico*

El neoconstitucionalismo presupone una posición metodológica (neoconstitucionalismo metodológico) que niega la tesis centrales del positivismo metodológico y, contrario a éste defiende la tesis analítica de la vinculación o tesis identificativa entre derecho y moral, que sostiene, como lo vimos anteriormente, que existe una conexión conceptual necesaria, no contingente, entre el derecho y la moral y que esta se expresa en la inclusión de principios constitucionales y derechos fundamentales en las nuevas cartas constitucionales. Los neoconstitucionalistas metodológico pueden a su vez subdividirse entre aquellos que proponen una teoría de alcance general, un neoconstitucionalismo metodológico fuerte, como sería el caso de Alexy, que

---

<sup>53</sup> García Figueroa, Alonso. *Criaturas de la moralidad*. Editorial Trotta, 2009, p. 18

pretende inferir conclusiones generales sobre el concepto de derecho, y un neoconstitucionalismo metodológico débil, como el propuesto por Dworkin que desarrolla su teoría teniendo en cuenta un contexto particular y, por tanto, limitando sus conclusiones al Derecho de los Estados Unidos y Gran Bretaña. Como podemos observar, hoy conviven dos formas de neoconstitucionalismo uno positivista (teórico) y otro antipositivista (ideológico y metodológico).

### *3.8. Consideraciones finales: el constitucionalismo actual y el problema de la inclusión de la moral en el derecho*

La inclusión de razones morales (principios y derechos fundamentales) en la evaluación y aplicación del derecho como consecuencia del auge del constitucionalismo contemporáneo, renueva la discusión sobre la conexidad entre el derecho y la moral, pero de una manera diferente, pues ya no se trata de poner de presente que la moral y el derecho constituyen dos órdenes diferenciados, como se propuso el primer positivismo, o de señalar la subordinación del orden positivo a la moral, como lo defendió el iusnaturalismo (teológico y racionalista); la discusión actual parte de la idea de la moral ha dejado de ser una esfera indiferencia del derecho para integrarse, Ferrajoli, ha reconocido que el derecho moderno a positivizado gran parte de los principios morales defendidos por el iusnaturalismo racionalista como derechos fundamentales<sup>54</sup>. Habermas, por sus parte, ha señalado que la relación entre el derecho y la moral ha dejado de ser de complementariedad, para establecerse un entrelazamiento mutuo que hace que la moralidad deje de ser externa o flote sobre el derecho, como lo pensó el iusnaturalismo racionalista, y emigre al ámbito interno del derecho positivo como moral procedimentalizada<sup>55</sup>. De suerte que el juicio moral, que anteriormente se constituía en patrimonio de la filosofía moral y se expresaba en un juicio sobre la legitimidad externa o justicia

---

<sup>54</sup> Ferrajoli, Luigi. "Derechos fundamentales", En, Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 53

<sup>55</sup> Habermas, J. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Ediciones paidós, Barcelona, 1991, p. 168

del derecho positivo, hoy se transforma en un problema de validez interna, relegando las discusiones de fundamentación moral al debate constituyente<sup>56</sup>.

Ela teoría del derecho colombiana no ha sido ajena a este debate. Es evidente, que la autocompresión que jueces, abogados, académicos, ciudadanos y demás operadores tenían del derecho en Colombia se ha modificado luego de la expedición de la Constitución Política de 1991 y su desarrollo jurisprudencial posterior, que ha hecho que mientras sus defensores afirmen que estamos en presencia de un nuevo derecho más dinámico y acorde a la realidad social y a la justicia<sup>57</sup>, sus críticos<sup>58</sup> nos alerten por la pérdida de seguridad jurídica que existía en el país bajo el modelo y paradigma anterior. Bernal Pulido, sugiere que la expedición de la nueva carta constitucional determinó en Colombia la entrada del neoconstitucionalismo, algunos otros han denominado ha este fenómeno “el nuevo derecho”, otros, simplemente, la constitucionalización del derecho ordinario; este fenómeno que no es ni nuevo ni única y exclusivamente colombiano, se caracteriza, principalmente, por la vinculación o el acercamiento del derecho a la moral, representada esta última por la presencia con fuerza vinculante de los derechos fundamentales, la relativa unidad y penetración mutua entre el derecho constitucional, el derecho privado y la filosofía práctica, la aplicación directa de la constitución y la superior jerarquía de ésta, el uso de un razonamiento retórico o tópico adecuado al balance de razones y a la argumentación jurídica, el reconocimiento de estándares normativos distintos a las reglas positivas como los principios, el papel preponderante del juez y del estado como realizador de la justicia material o sustantiva y ya no únicamente de la seguridad jurídica<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Prieto Sanchís, Luis. “Derecho y moral en la época del constitucionalismo”, En, *Revista brasileira de direito Constitucional*. Julio 10 de 2007, p. 67

<sup>57</sup> Uprimny Yepes, Rodrigo. (1997). “Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica”, En, *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*. Santafé de Bogotá: Ediciones Rosaristas, p. 114

<sup>58</sup> Tamayo Jaramillo, Javier. (2008). “Crítica al nuevo derecho y a la interpretación constitucional de la corte constitucional”, En, Goyes Moreno, Isabel (comp.). (2008) *3er Congreso Nacional y 1er internacional de derecho constitucional. Tensiones contemporáneas del constitucionalismo*. Pasto-Colombia: Centro de investigaciones y estudios socio-jurídicos, p. 139 y ss.

<sup>59</sup> López Medina, Diego E. *Derecho de los jueces*. Legis, Bogotá, 2000, pp. 191-192.

Esta situación ha generado varios debates uno de ellos a enfrentado a quienes se consideraban partidarios de un nuevo derecho más justo y dinámico y aquellos que advertían la pérdida de seguridad jurídica, usualmente los primeros se autodenominaban anti-formalistas y a los segundos formalista, es por todos conocidos el debate que se desarrolló entre López Medina y Tamayo Jaramillo. Un segundo foco de debate se ha suscitado entre quienes defienden la creación judicial del derecho como algo novedoso y positivo y quienes ven en ello una extralimitación del juez constitucional; usualmente quien defiende la creación judicial están de acuerdo con el precedente como fuente principal del derecho, sea a través de la tesis de los derechos fundamentales innominados o de la creación de reglas adscritas, y quienes comparten el segundo argumento consideran que el precedente debe servir solo de criterio auxiliar, en virtud de lo dispuesto por el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia. A manera de ejemplo, sobre este debate puede revisarse la discusión entre Carlos Bernal y Alexei Julio. Un tercer foco se ha dado entre justicia constitucional (constitucionalismo) y democracia. Los partidarios de la primera defienden un control fuerte de constitucionalidad y una limitación a los poderes públicos, que se manifiesta fundamentalmente en el control de constitucionalidad de las leyes y decretos de excepción y el amparo de los derechos fundamentales, y quienes ven en lo anterior una vulneración del principio democrático, que se expresa particularmente en la voluntad de las mayorías. Sobre este debate puede revisarse los aportes de Gloria Patricia Lopera. El debate entre constitucionalismo y democracia se ha manifestado en Colombia también en lo que se ha venido a llamar la judicialización de la política, que se manifiesta en el hecho de que muchas decisiones judiciales afectan aspectos importantes de la esfera política en especial deben resaltarse los aspectos relacionados con la protección de los grupos minoritarios y la autonomía individual, y el manejo de la política económica debido a la protección judicial de los derechos sociales (véase los aportes de Rodrigo Uprimny y Rodolfo Arango).

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICA

1. Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Traducción de Jorge M Seña, editorial Gedisa, Barcelona, segunda edición, 1997.
2. ALEXY, Robert. "Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional", En, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretación constitucional. Tomo I*. Editorial Porrúa y Universidad Autónoma de México, 2005
3. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Ediciones Universales-Bogotá, 1998.
4. AUSTIN, J. *The Province of jurisprudence Determined*, 1861
5. Bayón, Juan Carlos. "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*. Vol. II, Ediciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002
6. Bastida Freixedo, Xacobe. *El silencio del emperador*. Ediciones Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D. C. 2001
7. Betegón, Jerónimo y otros. *Lecciones de teoría del derecho*. Ediciones McGraw-Hill, Madrid, 1997.
8. Bulygin, E. "Is There a Conceptual Connection Between Law and Morality?", En, Aarnio A, Pietilä K y Uusitalo (eds.) *Interests Morality and the Law*, Tampere, Research institute for Social Sciences, 1996.
9. Cambell, Tom. "El sentido del positivismo jurídico", En, *Revista DOXA*, num. 25 2002
10. Carbonell, Miguel. "El neoconstitucionalismos en su laberinto", En, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007.
11. Coleman, J. "Negative and positive positivism", En, *Journal of legal Studies*, No. 11, 1982
12. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel S. A., Barcelona, 4ª reimpresión, 1999
13. Ferrajoli, Luigi. "Sobre los derechos fundamentales", En, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007.

14. Ferrajoli, Luigi. "Derechos fundamentales", En, Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2001.
15. Friedrich, C. J. *La filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México 1993
16. Habermas, J. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Ediciones paisod, Barcelona, 1991
17. Hart, H. L. *El nuevo desafío del positivismo*. Traducción, Liborio HIERRO, Francisco Laporta y Juan R. Páramo. Original inédito, Sistema, núm. 36, Mayo de 1980.
18. Hart, H, L "Positivism and the Separation of Law and Morals" En, *Harvard Law review*, num. 71, 1958
19. Jaeger, Werner. *Paideia*, Fondo de Cultura Económica. México. 1994.
20. Kaufmann, Arthur y otros. "Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho", En, *Pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial Debate, Barcelona, 1994
21. López Medina, Diego E. (2000). *Derecho de los jueces*. Legis, Bogotá, 2000
22. MacCormick, Neil y Weinberger, Ota. (1986). *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism.*, D. Reíde Pub. Co. (Kluwer), Dordrech
23. Martínez Roldán, Luis y otro. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*, editorial Ariel, S. A. 1994
24. Tamayo Jaramillo, Javier. "Crítica al nuevo derecho y a la interpretación constitucional de la corte constitucional", En, Goyes Moreno, Isabel (comp.). *3er Congreso Nacional y 1er internacional de derecho constitucional. Tensiones contemporáneas del constitucionalismo*. Centro de investigaciones y estudios socio-jurídicos, Pasto-Colombia 2008
25. Platón. Protágoras. En Diálogos. Vol. II. Editorial Gredos. Madrid.
26. RAZ, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979
27. Riddall, J. G. *Teoría del derecho*. Editorial Gedisa, 2000

28. Rodenas Ángeles. *¿Qué queda del positivismo jurídico?* En, *Revista DOXA*, num. 26 2003
29. Uprimny Yepes, Rodrigo. "Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica", En, *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*. Santafé de Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1997.
30. Vilajosana, Josep M. *Funciones del derecho: un marco conceptual* Revista *analisi e diritto*, 2006.