



Abril 2017 - ISSN: 1988-7833

LA MORAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL POS POSITIVISMO

Regis Ernesto Parra Proaño

regis_parra@hotmail.com

Rodney Eduardo Mejía Garcés

Escuela Superior Politécnica de Chimborazo

rodneymejia79@gmail.com

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Regis Ernesto Parra Proaño y Rodney Eduardo Mejía Garcés (2017): "La moral y el derecho constitucional en el pos positivismo", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (abril-junio 2017). En línea: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/02/pos-positivismo.html>

RESUMEN

A través de una revisión histórico crítica del ius naturalismo y ius positivismo en sus diferente presentaciones, obtendremos las principales características que resultan de la relación moral derecho y sus efectos en la teoría, puestas de manifiesto en esta época pos positivista; la cual implica una nueva visión ontológica y deontológica de la ciencia jurídica, reflejada en los criterios que van a determinar la validez de la normas jurídicas, su

1.- REGIS ERNESTO PARRA PROAÑO, ecuatoriano, de 46 años de edad, Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Máster en Educación, Doctor en Ciencias Jurídicas. Ex Asesor Jurídico del Congreso Nacional, Comisión de Fiscalización. Ex Asesor de la Asamblea Nacional Constituyente. Ex Asesor Jurídico de la Comisión de Legislación y Fiscalización del Ecuador. Ex Asesor de la Asamblea Nacional del Ecuador. Ex Rector de la Universidad Estatal Amazónica, Docente titular de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Administración de Empresas de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo desde hace 10 años. Email: regis_parra@hotmail.com

2.- RODNEY EDUARDO MEJÍA GARCÉS. ecuatoriano, de 39 años de edad, Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Diplomado Superior en Desarrollo Económico, Diploma Superior en Gerencia de Marketing, Especialista en Gerencia de Proyectos, Especialista en Tributación y Magister Ejecutivo en Dirección de Empresas con énfasis en Gerencia Estratégica. Ex Asesor Jurídico de la Empresa Municipal Mercado de Productores Agrícolas, Ex Asesor Jurídico de la Empresa Municipal De Agua Potable y Alcantarrillado, Ex Asesor de la Alcaldía del cantón Riobamba. Docente titular de la Cátedra Aspectos jurídicos empresariales de la Facultad de Administración de Empresas de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo desde hace 10 años. Aspirante a Doctor de la Universidad de la Habana - Cuba. Email: rodneymejia79@gmail.com

sustento y las exigencias de racionalidad sobre juicios de moralidad objetiva que contienen esencialmente normas constitucionales que se expresan en forma de principios y no como reglas de precisa aplicación, exigiendo actitudes y aptitudes en los operadores de justicia que van desde métodos científicos clásicos y propios de la ciencia en general y del derecho en particular, como la argumentación, como medio idóneo para alcanzar, lo que para el positivismo es imposible, criterios de veracidad sobre juicios de valor, o lo que el constitucionalismo principialista denomina criterios de corrección.

Palabras clave: *positivismo, principios, reglas, validez, argumentación.*

ABSTRACT

Through a historical critique of ius naturalism and ius positivism in their different presentations, we obtain the main characteristics of the moral law and its effects on the theory, manifested in this pre-positivistic era. This implies a new ontological and ethical vision of the legal science, reflected in the criteria that will determine the validity of the legal norms, the support and the demands of rationality on objective morality judgments that contains essentially constitutional requirements expressed in form of principles and not like rules of precise application, demanding attitudes and legal capacity in the operators of justice ranging from classic and own scientific methods of science in general and the law in particular. As the argumentation, like suitable means to achieve, it appears that positivism is impossible, criteria of veracity about ethics law-suits, or what the main constitutionalism calls; correction rules; amendment o denominates criteria of correction

Key words: *positivism, principles, rules, validity, argumentation.*

INTRODUCCIÓN:

Analizando las relaciones históricas de la moral con el derecho, verificamos la distancia que va marcando la ciencia jurídica actual de las tesis positivistas presentadas sustancialmente en el siglo XX, y su acercamiento a su contraparte el ius naturalismo; cuyo efecto, no solamente se muestra en la ontología del derecho, sino en la concepción misma del estado. En nuestro caso manifiestamente presente en la declaratoria del Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia.

En cada momento histórico, la moral no es abordada en el presente artículo como un espacio de la ética, en tal sentido reflexionada por sus connotaciones filosóficas, sino en su relación con el derecho, tanto como fundamento para su validez, cuanto como para su praxis. Es decir cómo la moral ha influido en la ciencia y práctica jurídica. Lo mismo podemos decir del derecho que no será tratado como una teoría del derecho, sino bajo esta relación no siempre armónica, pero que actualmente enlazada plantea una nueva tarea a esta ciencia, dejando a un lado el fin deontológico de regulador de las relaciones humanas exclusivamente, pasando a ser un instrumento transformador de estas relaciones, dándole la optimista posibilidad de ser el mecanismo más idóneo en la sociedad actual para alcanzar la justicia social, aunque esto último, es decir la justicia sea considerado el agujero negro de la reflexión humana, a tal punto de que, cualquier reflexión sobre tema puede estar condenada al disenso más que al consenso.

A partir de este análisis concluiremos postulando una serie de caracteres que identifican la propuesta pos positivista, que aspira a modular las relaciones entre moral y derecho y fundamentar este último en ciertos valores objetivos inmersos en las normas, sin que por ello se arroje a la ciencia jurídica al indeterminismo medieval que tanto el positivismo a través de todo un proceso de codificación quiso de combatir aspirando dar certeza a la ciencia del derecho.

DESARROLLO:

I.- RELACION ENTRE CIENCIA, MORAL, DERECHO CONSTITUCIONAL.

La ciencia del derecho.- Para llegar a una noción aceptable, pero no por ello completa e indiscutible de “ciencia del derecho”, debemos obligatoriamente relacionarla previamente con la noción de la ciencia en general y de ello precisar características propias del saber jurídico. Efectivamente si aceptamos que la ciencia es un saber adquirido a partir de la interrelación objetiva- subjetiva e intersubjetiva, fruto de la cual establecemos una serie de principios y leyes, deducidos a partir de la observación y procesados sistemáticamente por nuestra conciencia para su comprensión, y que pueden ser contrastados empíricamente, a tal punto que se evidencia sin esfuerzo la intervención que ha realizado el ser humano en su entorno y en sí mismo, comprobando en la praxis la validez de sus postulados, llegamos a considerar que la ciencia no solamente es un hecho y sino que sus resultados son objetivos y verificables.

Ahora bien, el objeto de estudio ubica los saberes y es en este momento donde la noción de ciencia se bifurca; toda vez que la información no siempre proviene de la realidad; es decir, la materia prima de nuestro conocimiento no se presenta en cada momento de forma objetiva y material, como en el caso de las ciencias fácticas, sino que muchos objetos de conocimiento no son o provienen del mundo físico o natural, por tanto su validez ya no radica en el grado de coherencia de sus tesis con la realidad objetiva, sino se presenta como un conjunto de proposiciones, definiciones, no necesariamente aplicados a los hechos.

En este contexto la ciencia social busca abrirse un espacio obteniendo su material de estudio en unos casos en la realidad y en otros subjetivamente, pero siempre vinculado a la búsqueda y la explicación del comportamiento y actividades de los seres humanos, no concebidos como seres físicos, fisiológicos, sino como seres simbólicos y morales, a tal punto que se dificulta postular leyes universales y de verificación empírica. Por tanto los resultados de estas tesis tiene implicaciones epistemológicas específicas; ejemplo de ello son aquellas que van desde la aceptación de verdad sobre postulados plenamente

verificables, objetivos, cuantificables, experimentables;¹ pasando a aceptar como verdades asumida de la práctica, de la producción de vida, de la utilidad, en la cual lo bueno no es sino lo útil;² o aquellas elaboraciones intersubjetivas a través del diálogo y el consenso sobre los hechos y su interpretación. Pero más allá de esto, dentro de las ciencias sociales, podríamos ubicar no sin polémica a la “*scientia iuris*”, o ciencia del derecho, cuyo objeto de estudio es motivo de debate. En todo caso, su material no encontramos en los fenómenos sean estos: económicos productivos; comunicativos; históricos; estructurales, entre otros; sino curiosamente en la positivación de principios y reglas que ordenan toda la actividad antes mencionada que se realiza en sociedad; es decir, su contenido plasmado en normas, donde radica la expresión espiritual de la sociedad, en dos palabras el objeto de estudio es a dogmática jurídica. En un primer sentido diremos que este saber trata de describir las normas jurídico-positivas, contenidas en diferentes cuerpos normativos, y por tal razón es que, la actividad del jurista no se encuentra fuera de polémica en pos de alcanzar su legitimidad científica, sin embargo es incuestionable su labor de interpretación, aplicación y sistematización del derecho.

Pero esta ocupación no deja de presentar críticas para otorgarle de forma clara y definitiva la calidad de ciencia al estudio del derecho, primero porque su objeto no es la ley inmutable de la naturaleza sino normas del derecho positivo contingente y en segundo lugar, la razón no es la única facultad cognoscitiva que utilizan los juristas; y, por último el método no es el deductivo. Pero, a partir de estas objeciones históricamente se han propuesto modelos de derecho científico. Así tenemos el del derecho natural, cuyo objeto de estudio si es inmutable, su método es deductivo y el hombre puede descubrir las leyes naturales, inmutables y universales porque se fundan en la razón que permite conocerlas. La concepción del positivismo jurídico, cuyo objeto de conocimiento son los hechos, su método es experimental, ya que el objeto de la ciencia son los hechos perceptibles a través de nuestros sentidos, luego de lo cual inducimos leyes generales³. La concepción en la cual la legislación entraña intereses que el juzgador a través del *iuris prudentia* tiene que develar por lo que su actividad no es solamente cognitiva sino valorativa y creativa y

¹ GARCIA, Morente, “*Lecciones preliminares de filosofía*”, editores mexicanos unidos, S.A., 5ta edición, México, 1982, p. 264.

² Stuart Mill John, “*Sobre la libertad*”, www.ateismopositivo.com.ar/stuart%20mill%20sobre%20libertad.pdf, p.36.

³ GARCÍA AÑÓN, José. “*Métodos y Técnicas para la realización de trabajos de investigación*”, Universitat de València, Valencia, 2001, p. 12.

por último una postura opuesta al conceptualismo jurídico, para el cual la legislación es la manifestación del espíritu del pueblo, por tanto la tarea de un juez es construir conceptos jurídicos fundamentales a través de una actividad puramente cognitiva.

La moral.- Lo que hace aún más ambigua la posición de la ciencia del derecho, como una ocupación objetiva, es la presencia en los contenidos normativos de aspectos de moral objetiva y en muchos casos subjetiva del legislador, como fundamento para su construcción y posterior validez; no es nuevo el esfuerzo por purificar a la ciencia del derecho de este elemento, como el caso del positivismo jurídico moderno en la figura de Kelsen quien refiere: “Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar, Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica”.⁴ En la actualidad Alexy señala: “el concepto de derecho ha de definirse de manera que no incluya, en absoluto ningún elemento de la moral”.⁵

Sin embargo, la relación moral-derecho está dada desde sus orígenes, y la mayor objeción a esta relación, está esencialmente enfocada a la imposibilidad de verificación de juicios morales, su origen y fundamentación y la justificación de los actos humanos ajustados a valoraciones sociales o individualmente impuestas y catalogadas como buenas o malas. “La fuerza obligatoria del derecho positivo solo puede fundarse precisamente en el hecho de que el derecho justo no es ni reconocible ni demostrable”.⁶

Efectivamente podemos enunciar diversas fuentes de moralidad, que pueden determinar el actuar de los seres humanos. Así un conjunto de preceptos teologales; actos que manifiesten y promuevan la existencia humana en razón de su naturaleza; actos buenos o malos que deriven de la racionalidad humana; o por último, el conjunto de actos convencionales establecidos por la sociedad para mejor vivir. En cualquier caso nos encontramos ante un saber metafísico, que más allá de aportar verdades y/o certezas al derecho, le hace caer en un campo de incertidumbre e indeterminación. A pesar de ello, parece indiscutible que tanto en los procesos de creación de normas, en donde el debate

⁴ KELSEN, Hans, “*Teoría Pura del derecho*”, Editorial Unión, Ltda, Santafé de Bogotá, 2000, p. 13.

⁵ ALEXY, Roberto, “*Derecho y razón práctica*”, Distribuciones Fontamara, S.A, México, 2010, p. 8.

⁶ RADBRUCH, Gustav, “*Relativismo y derecho*”, editorial temis S.A., Bogotá, 2009, p. 3.

político está plagado de fundamentos en base a una moralidad objetiva que motiva las resoluciones de los legisladores; y, que no por tales ya puede ser calificada de justas o injustas. Por otro lado, las actuaciones de los jueces que deben develar esos contenidos morales objetivos impregnados en el lenguaje jurídico, que no siempre se encuentra en concordancia con una moralidad subjetiva, hace que la labor del jurista se acerque más a un proceso valorativo que objetivo deductivo. En todo caso como se señaló, se torna indiscutible que el derecho es el resultado de la secuencia de dos actividades: legislar e interpretar,⁷ actividades que pueden ser fusionadas en un único actor; el Juez.

Esta difícil circunstancia presente generalmente en la justificación de juicios morales, y en esta disciplina filosófica hace que la labor de jurista deje de ser una “*scientia iuris*” y pase a ser una “*iuris prudentia*”, es decir el conocimiento de lo justo e injusto, de ahí la denominación como un estado constitucional de derechos y justicia.

Derecho Constitucional.- En base a lo señalado, el derecho constitucional se presenta como una ocupación intelectual que linda entre la objetividad dada en los textos positivos con sus fuentes sociales y, el procedimiento que se sigue para su formulación; y por otro lado se encuentran los valores adscritos a los principios por ella declarada, que no tienen una manifestación diáfana y que a través de jurisprudencia tienen que adquirir cuerpo.

Esta actividad científico-valorativa, solamente puede darse a través de un proceso argumentativo que convierte a la ciencia del derecho, y en especial al derecho constitucional en una disciplina argumentativa, que parte desde el entendimiento de la naturaleza de las normas constitucionales hasta los fines últimos que persiguen, tomadas no de forma individual sino en su conjunto y esto se resume en dos palabras, que la aplicación de normas constitucionales propende a la realización de la justicia social. Así una de las versiones del llamado post positivismo, ve en la ciencia jurídica llevada a la práctica, la fórmula para resolver los problemas de la humanidad, que desde el punto de vista epistemológico y ontológico, es justificable como tarea de la ciencia: La ciencia aparece cada vez más involucrada en cuestiones tales como, por ejemplo, la gestión de

⁷ GUASTINI, Riccardo, “*Nuevos estudios sobre interpretación*”, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 37

los recursos renovables, el cambio social, la pobreza, el desarrollo y, por supuesto, la generación en la producción del conocimiento.⁸

El derecho constitucional presenta además un conjunto de reglas de interpretación; todo ello con el fin de alcanzar un criterio de corrección en las resoluciones. “El lema decisivo es intersubjetividad y esto significa comprensión (que no es lo mismo que evidencia), verificabilidad, plausibilidad, por último y sobre todo capacidad de consenso”.⁹ La verdad ahora es consensuada entre seres dialogantes.¹⁰ Sin embargo, esto acarrea una interrogante, tal el caso de cómo alcanzar este criterio de corrección, luego claro está de asumir que esto es posible, es decir que tener una posición valorativa también se conjuga una actitud cognitiva en la creación judicial del derecho.¹¹

II.- DESARROLLO DE LA RELACIÓN MORAL Y DERECHO Y SU PRESENTACIÓN ACTUAL.

Como se enunció anteriormente los contenidos normativos, expresados en forma de principio, como el caso del derecho constitucional actual, se ve influenciada en un conjunto de valores y no exclusivamente sobre hechos, hace que a través de la historia esta relación en un primer momento sea decisiva, en épocas posterior se trabaja en la emancipación del derecho de la moral; para en la actualidad modular este vínculo indisoluble. Así brevemente tenemos

1.- La moral y derecho en el ius naturalismo.- Una pregunta que puede servir de hilo conductor para el análisis del tema planteado es: ¿Cuál es la fuente de donde emana el derecho en cada momento histórico?. Someramente podemos señalar que en una primera etapa (muy extensa por cierto), de la civilización occidental, especialmente a partir de la cultura greco romana, hasta entrada la ilustración en Europa, existía una pluralidad en los sujetos con capacidad de creación jurídica; es decir, no se concentraba la creación del

⁸ RODRIGUEZ AGUIRRE, Nelson, “*Ciencia, Tecnología y Sociedad*”, editorial Universitaria, Quito, 2002, p. 13

⁹ KAUFMANN, Arthur, “*La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*”, editorial Temis S.A., Bogotá, 2007, p. 36.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen, “*Teoría de la Acción Comunicativa I, racionalidad de la acción y racionalidad social*”, Taurus Humanidades, Madrid, 1998., P. 55.

¹¹ GUASTINI, Riccardo, “*Nuevos estudios sobre interpretación*”, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 47

derecho en un órgano legislativo exclusivamente, esto se daba en razón a los siguientes factores de orden ontológico:

a) *Un primer momento teológico*, en el cual el conjunto del ordenamiento que regulaba las relaciones de los seres humanos, tanto concebidos de forma individual y como en su relación social, se desprendía de la voluntad divina,¹² es decir el conjunto de mandamientos constantes en un texto sagrado, dado por un ser superior que ordenaba la manera de actuar y de vivir, tal código de comportamiento moral tenía las características de ser inmutable y eterno, así cualquier desarrollo del derecho tenía que inevitablemente, mantenerse dentro de estos postulados, fruto de un ser superior al ser humano por lo tanto indiscutibles.¹³

La justificación y el carácter de inescrutables de estos modos de conducta tenían su sustento en nuestra posición frente a la divinidad; ya que poner en duda u objetar su veracidad o justeza, acarrearía necesariamente revisar nuestra posición ante Dios, la misma que si comienza a darse en la edad madura de la civilización greco romana; no obstante no podemos negar que anteriormente estos temas de la conducta en sociedad se trataban laicamente; pero para los fines de establecer las relaciones entre la moral con el derecho, he considerado pertinente partir desde la secularización del derecho, momento donde su fuente se encuentra centralizada en la palabra de Dios, y los códigos morales no pueden ni deben pasar un filtro de veracidad, legitimidad, o cualquier otro requerimiento que no sea los postulados bíblicos.

b) *Un segundo momento que lo denominaré natural.*- En el decurso de la relación moral – derecho, se produce una emancipación relativa del segundo, por varias razones entre otras, fundamentalmente aceptar que los derechos no provienen de la divinidad, sino que forman parte de la naturaleza del ser humano, al que le son inherentes ciertos bienes, por citar uno y el más sustancial la vida. Es decir, por el llano hecho de ser, seres humanos, nos es atribuible un conjunto de bienes inmanentes a nuestra condición, no son susceptibles de discusión ni renuncia, pero fundamentalmente no se nos son otorgados, nos son dados a cada uno por nuestra naturaleza.¹⁴ Sin embargo, la conducta humana de acuerdo a su naturaleza justifica ciertos códigos y comportamientos morales que le son

¹² HESSEN, J, “*Teoría del Conocimiento*”, Editorial Nuevo Amanecer, Quito, 2007, p. 96.

¹³ CASTAÑO BEDOYA, Alejandro: “*Teoría dinámica del derecho*”, Comlibros, Medellín, 2005, p. 114

¹⁴ BRETANO, Franz: “*El origen del conocimiento moral*”, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 11.

consustanciales, e incluso adecuados a ciertos fines; así por ejemplo la felicidad humana, la dignidad humana, pueden constituirse en una máxima moral. Estos fines supremos son realizables a través de condiciones necesarias para la vida en sociedad, así se va construyendo los universales del mundo liberal, tales como la vida, la libertad, la igualdad, entre otros. En tal circunstancia el derecho debe adecuarse a esas máximas morales que devienen de su condición, y que han venido contribuyendo para la lograr ciertos fines sociales, como la paz por ejemplo. La moral aquí es una praxis humana, plasmada en máximas, y universales que el derecho lo único que hace es adaptarlas y si fuere aplicable el término publicitarlas.¹⁵

La relación moral - derecho, sigue en términos generales siendo sustancial, en la cual el derecho depende de la moral, se subordina a sus postulados, y todo su desarrollo gira en torno a su máximas.

c) Un tercer momento racional.- Frente a la con-sustancialidad de derechos inmanentes a la condición humana, que deben ser respetadas y afianzadas en el tiempo, se presenta el fin social que impone en cambio un limitante a esa libertad consustancial individual, aparece el pacto, el contrato y la racionalidad como productora de derecho, es decir un derecho no inmanente sino trascendente derivado, producto de la razón humana. Así, las formas de vida de un pueblo determinado pueden variar de uno a otro, sin que por ello las máximas morales que prescribe la vida de una colectividad determinada no pueden ser *per se*, mejores o peores unas con respecto a otras, ya que ello rompería el afán de universalidad de los preceptos morales. Resulta entonces un tercer momento ius naturalista, que básicamente consiste en aceptar que, si bien el ser humano tiene ciertas características que le son consustanciales, la principal es la razón, esa capacidad de aprehender el mundo incluyéndose él mismo, y crear nuevos mundos, formas y relaciones de vida.

Este es un momento crucial para el derecho frente a la moral, es el paso inicial para invertir su subordinación frente a ella. Cuando las formas de vida no son establecidas por la divinidad, ni por aquella condición humana expresada en la vida en sociedad, sino aquellas formas de comportamiento racionalizado y consensuado, en donde incluso se

¹⁵ BAQUERO, Jaime: *“Ética para Políticos y Juristas”*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, p. 154.

puede y debe uno ceder ante exigencias de la vida colectiva, pasamos a otro parámetro de moralidad, denominada moralidad convencional. La moralidad convencional es la que ahora encuentra su legitimación en la existencia de un acuerdo positivo, una ley por ejemplo, si bien el derecho se encuentra vinculado a la moral, no es menos cierto que no busca su legitimación y aceptación en principios morales como tal, sino en la legitimidad dada por la convención de quienes viven en sociedad, entendiendo ella por la sociedad universal.

2.- La moral y el derecho en el ius positivismo.- Habíamos planteado inicialmente un hilo conductor que facilita nuestra reflexión, es la fuente de donde emana el derecho, y una vez llegado al estado de cosas en el cual los derechos son fruto de la razón humana, serán las personas quienes establecen las reglas de juego que regulan su vida en sociedad por tanto la existencia y validez de derecho provendrá en tanto sea una manifestación estatal y en la forma y procedimiento establecido para su creación. Esa centralización en la creación del derecho, se manifiesta en la existencia de organismos legislativos y productores de la ley; dejando atrás el derecho consuetudinario especialmente en Europa continental.

Esta forma de ver el derecho al igual que el ius naturalismos tienen ciertos matices, que dependen de las nuevas condiciones de existencia que trae la modernidad, al efecto me permito identificar los siguientes momentos:

a) *Positivismo inicial o ideológico.-* El contexto social en el cual el positivismo florece, es en la sociedad burguesa que aspira garantizar su existencia, de amenazas específicas heredadas del antiguo régimen, entre otras el poder del estado sobre los particulares; la garantía al derecho de propiedad individual; y, sustancialmente aquel indeterminismo moral en el cual no se podía identificar un derecho válido, en tal circunstancia los positivistas quieren librar al derecho de la influencia externa política y moral.

A partir de este momento el derecho válido no lo vamos a identificar por su pertenencia y adscripción a un código moral o la voluntad de un ser superior, ya que la autoridad del legislador deviene de la misma ley. Es entonces a partir de hechos y realidades independientemente de su valoración de donde proviene un sistema normativo; es decir, no va haber realidad que no esté normada, la labor del creador del derecho es descubrir los valores vigentes en la sociedad tomando en consideración su realidad actual y no

pasada ni futura, ni enjuiciar esos valores, sino copiar si se quiere esa realidad, y perfilar, la legislación será el ser del derecho sin tomar en consideración su deber ser, pasando de aspectos deontológicos a ontológicos, el derecho debe ser analizado no como un valor sino como un hecho, "Derecho es derecho prescindiendo de que sea bueno o malo, de que sea un valor o disvalor". Así la ley debe ser obedecida sea cual fuera su contenido, ya que su obediencia consiste en un bien en sí mismo.¹⁶

Tal separación del derecho de la moral radica en que, aquel valor inasible solamente podía prescribir una conducta, pero nunca llegaba a atacar las actuaciones contra la conducta prescrita, carecía de coacción física, evidentemente sin existir un conjunto normativo que exprese solamente la realidad mal podría atacase los actos prescritos en su contra por tanto la ley y solo la ley es la expresión del derecho. La ley cumple una función unificadora y centralista del ordenamiento jurídico, especialmente la ley fundamental de la cual derivan la validez las normas secundarias, por tanto el sistema jurídico es coherente y completo, contrariamente a aquellos sistemas fundados en la moral, en la cual puede existir dispersión e incoherencia.¹⁷ De ahí derivará una actitud puramente cognitiva, lógica y mecánica de la ciencia jurídica.

b) *Positivismismo medio, metodológico o funcional.*- Cuando nuestro deseo es otorgar validez a una norma, sin atender a cuestiones morales o valorativas nos encontramos ante la dificultad de saber cuál es el fundamento de una norma, anteriormente señalamos que el hecho generador de la norma es la realidad social, pero esta realidad social, el hecho social, puede estar sometido a una conciencia social u orden de valores anteriores a la norma o denominada moral colectiva. Respecto a este punto un positivismo posterior quiere alejarnos de estas valoraciones colectivas y plantea dar fundamento a una norma a partir de su pertenencia a otra norma y así sucesivamente hasta llegar a una norma superior, que será la constitución. Pero la pregunta que subsiste es: ¿en qué se fundamenta la norma superior?, la respuesta por el positivismo descriptivo y funcional es que la norma fundamental es presupuesta,¹⁸ o en otras palabras es puesta, no en base de valores sino de hipótesis, con el fin exclusivo de fundamentar otra norma, así la validez de la norma, se sigue por el proceso de producción establecido en la norma fundamental,

¹⁶ NINO, Santiago: "Introducción al análisis del derecho", Editorial Ariel, Barcelona, 1987, p. 63.

¹⁷ NAVARRO, Pablo: "Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico", Doxa, Madrid, 201, pp.133-166.

¹⁸ KELSEN, Hans, "¿Qué es Justicia?", Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1992, p. 139.

en conclusión la diferencia es que en el positivismo la constitución es lo que en el naturalismo la moral.

Pero con el fin de solventar esa falta de explicación del fundamento a su vez de la ley fundamental, Hart, nos retorna al hecho social como sustrato de la ley, sin necesidad de consideraciones valorativas o morales, sino tomando al conjunto de derechos y obligaciones de las personas, como un hecho necesario y no inmanente, por tal razón no son reconocidos sino conferidas, por parte de los organismos que identifican la necesidad de tal o cual norma, y la van desarrollando, sea a través de legislación, o sea a través de interpretación de ese conjunto de obligaciones y derechos primarios y sustanciales de los ciudadanos.¹⁹ Una norma construida a partir del hecho social ya no tendrá valor exclusivamente en la forma en que fue creada, sino en la constatación de su aplicabilidad a la realidad a lo cual Hart, llamó regla de reconocimiento, esta constatación se dará de diversas formas, a partir de la aplicabilidad por parte de los operadores de justicia, pero siempre y cuando no se apele a aspectos de orden axiológico o moral.

c) *Positivismo moderno, semántico o convencionalista.*- El positivismo moderno trata de atenuar esta “aparente” desconexión, entre la moral y el derecho, pero aclara que tal conexión no es ni debe ser necesaria;²⁰ es decir, cuando de determinar la validez de una norma se trate, el jurista debe actuar en base a hechos empíricamente comprobables, independientemente de que esto se ajuste o no a un cierto código moral, dado que los criterios de orden moral son siempre subjetivos y emotivos, de modo que no se puede llegar a establecer cuál es la moral correcta a través de un procedimiento racional.

La moral es permitida en el derecho, aunque no determine su existencia, ya que se podría entonces acudir a cualquier moral para justificar un derecho. Por lo tanto cuál es la moral aceptada por este positivismo tardío, resulta no ser sino aquella que se encuentra positivada, y no solo en los sentimientos de los obligados a administrar justicia, obtenida de forma a priori, sino aquella moral verificada a posteriori, en la realidad, actualidad, en conclusión empíricamente.²¹

Esta moral positivada no es la misma moral del ius naturalismo, que era universal, abierta, indeterminada, esencial; sino aquella moral contenida en el ordenamiento jurídico y no

¹⁹ HART, Herbert L.A., “*El concepto de derecho*”, AbeldoPerrott, Buenos Aires, 2009, p. 32.

²⁰ DWORKIN, Ronad, “*Los derechos en serio*”, Editorial Ariel, Barcelona, 2007, pp. 358, 359.

²¹ DEWEY, John: “*La miseria de la epistemología*”, Editorial, Biblioteca Nueva, S.L., Madrid, 2000, p. 157.

fuera de él, ingresada al ordenamiento jurídico por acción externa al sistema, sino a través de mecanismos establecidos por el propio sistema y bajo reglas previamente establecidas. Así los contenidos morales deben reconocerse de las propias normas o principios positivados, sin que la significación extraída de ella sea necesariamente coincidente con su significación filosófica. A tal punto que esta moral positivada es consensuada y construida y no dada y descrita, lo que acarrea que ya no se discute sobre moralidades externas fuera del ordenamiento, sino atribuirles el sentido que le da el sistema jurídico.

Es plenamente justificable para este positivismo, el adoptar una moral restringida y positivada, ya que conectar el derecho a valores externos, y a generalidades morales, como justicia por ejemplo, pueden tornarse inaplicables, e inaceptables; a tal punto de entender una justicia nuestra, o un justicia propia.²² Efectivamente las valoraciones de orden general no admiten contradicción, si fuese así simplemente dejarían de tener validez, por tanto es preferible una moral basada en convergencias.

Ahora debemos señalar que en el positivismo contemporáneo se presenta también varias opiniones sobre la no interferencia de la moral con el derecho al estilo clásico, por lo que debemos caracterizarlos:

a) *El positivismo excluyente de la moral.*- Para esta corriente ius filosófica, el fundamento del derecho es la autoridad, por tanto si una norma es emanada por quien la compete hacer normas, esto es suficiente y necesario para ser acatada, ya que al otorgar autoridad a alguien es motivo suficiente para aceptar su creación, y no podría otorgar poder a alguien y luego negarme a cumplir sus mandatos, esto sería una contradicción.

b) *El positivismo incluyente de la moral.*- Para esta corriente un criterio moral construido convencionalmente a partir del contenido especialmente de principios, puede validar una norma jurídica, sin que esta relación como señalamos en líneas anteriores sea necesaria, ya que puede ser contingente.

En ambas posiciones no se considera a la moral en la forma inevitable para la validez del ordenamiento jurídico como en el caso del derecho natural, sino en algunos casos innecesarios y en otros solamente contingentes y bajo ciertos parámetros.

3.- La moral y el derecho en el post positivismo.- El siglo XX ha mostrado con suficiencia de pruebas, que el culto a la ley, y la justificación en su obediencia es suficiente

²² ESQUIVEL, Javier: “Racionalidad Jurídica, Moral y Política”, Distribuciones Fontamara S.A., México, D.F., 1996, p. 117.

para cometer todo tipo de actos, tales como los realizados por los estados fascistas; nos empujan a mirar nuevamente los fundamentos a los que debe responder el derecho para que sea válido y no solamente su formalismo, en tanto los valores como reguladores y fundantes de un derecho parecen necesarios para su validez y aceptación. Es decir, el hecho de actuar de conformidad a ciertas máximas olvidadas en los sistemas citados, como libertad, dignidad, igualdad, conceptos estos ligados a la ética, con toda la carga reflexiva y emotiva que acarrear.²³

De ello deducimos que un modelo de estado constitucional, basado en reflexiones ius filosóficas, cuya denominación es el neo constitucionalismo, contendrá elementos tanto el derecho natural como el positivo y que los identificamos de la siguiente forma:

a) *Relaciones con el derecho natural.*- A partir de la “decadencia” de la ley como sinónimo de lo bueno, en la cual se cobijaron regímenes autoritarios, aparece un renacimiento del derecho natural, incorporando a principios constitucionales valores morales, cuya reconocimiento puede alcanzarse de forma empírica y reflexiva,²⁴ que no son patrimonio exclusivo de quienes tienen competencia para crear derecho, en tanto el post positivismo, neo constitucionalismo o neo positivismo, surge como una oposición al estado moderno donde la ley legitimaba la constitución y no a la inversa y el juez era la voz muda de ese derecho.

b) Esto se asemeja al pensamiento ius naturalista, cuando los valores se positivizan en textos constitucionales, por tanto es aceptable apelar a criterios de justicia e injusticia contenidos en normas secundarias, así se torna en consideración valores que pueden estar siendo alterados por la legislación de esta forma llegar aceptarlos o no como válidos.²⁵ Consecuentemente tenemos que pueden existir normas contrarias a ciertos valores, que les tornan defectuosas. Más, para llegar a tal conclusión se requiere fundamentarlas, de la misma forma en como se trata de fundamentar criterios de moralidad, de aquí resulta que toda norma es fundamentable por el contenido moral que carga en sus líneas.

Efectivamente si ponemos como ejemplo un principio constitucional que debe ser aplicado, pero que su grado de indeterminismo y generalidad, no da para una aplicación directa, el juez tiene como opciones: una, que es acudir a procedimientos externos positivados u otra

²³ MICHELINI DORANDO, J: “*Bien Común y Ética Cívica*”, Editorial Bonum, Buenos Aires, 2008, p. 208.

²⁴ NÚÑEZ JOVER, Jorge: “*Comunidades científicas, ethos, y paradigmas*”, La Habana, 1999, p.80

²⁵ ALEXY, Robert, “*Derecho y razón práctica*”, Editorial Fontamara, México, 2010, pp. 54, 55.

acudir a sí mismo en base a criterio morales no positivados y deducibles discursivamente,²⁶ lo que si es claro que las constituciones en la tipificación de valores a través de principios, pretende que los jueces estén condicionado su actividad a la voluntad del constituyente y no de disposiciones políticas coyunturales, lejanas de la voluntad del soberano.²⁷

Par tal efecto y con el propósito de que no quedar tampoco al arbitrio del juez, sometido a una moralidad universal y no específica, la misma legislación proporciona herramientas necesarias con el fin de delimitar los valores contenidos en la constitución, es por esta razón que a pesar de que el constitucionalismo aproxime el derecho a la moral, lo hace de diferente manera y con instrumentos propios, lo indiscutible en su reflexiones cercanas al derecho natural es la relación moral - derecho en el ordenamiento jurídico, especialmente constitucional.

c) *Relaciones con el derecho positivo.*- Mientras todo criterio moral debe y puede ser fundamentado, hasta alcanzar un criterio de corrección, tal criterio en la interpretación de normas jurídicas no se da de forma total, sin que por ello deje de tener valor, contrariamente a lo que sucede con la moral, si no es fundamentada no es aceptada, en cambio un ley si no es necesaria una justificación no por ello deja de tener validez, por lo tanto la relación de la ley con la moral no es necesaria sino contingente, como así lo señalaba el positivismo.

Condicionar la validez del derecho a criterios morales que requieren de fundamentación, relativizan al derecho, ya que caen en el campo de la subjetividad propia de estos conceptos y concepciones. Pero si existe una norma abierta que requiere ser completada para su aplicación, y depende de criterios morales, estos criterios se deducirán no de forma arbitraria y abierta, sino en la forma establecida en el mismo ordenamiento jurídico.

Otro asunto que puede calificarse de proximidad a la tesis positivista, consiste en no abandonar del todo el requerimiento del principio de autoridad para la validez del derecho; es decir, no queda abierta de forma total hasta indeterminada las fuentes del derecho, aunque posteriormente pueda llegar a ser invalidado por un juez, por una búsqueda de

²⁶ Rodríguez Aguirre, Nelson: *Ciencia Tecnología y Sociedad*, Editorial Universitaria, Quito, 2002, pp. 64,65.

²⁷Jaspers, Karl: *La comunicación como fundamento de la condición humana*, Ediciones Mediterráneo Ltda., Santiago. Buenos Aires, 2009, p. 285.

corrección. El legislativo sigue siendo el organismo con autoridad y competencia para creación de las leyes como fuente de derecho, pero no de forma monopólica e indiscutible. Por último tenemos como inconveniente, que si buscamos un criterio de corrección sobre valoraciones morales, para así validar el derecho incompleto, o deficiente, que sucede si nos equivocamos en la valoración moral, sobre cuál nos fundamentamos si ella es de última *ratio*, por lo que, lo acertado podría ser que no a todos los enunciados normativos se les debe encontrar su esencia a través de un procedimiento discursivo porque existen casos de claridad del derecho también, pero de la misma forma debemos reconocer que no existe un sistema jurídico que se precie de tal si no persigue la justicia, como así lo vemos en la definición de estados de justicia, pero esto lo será en la medida de la limitaciones que trae el entender la justicia como tal, en un sociedad determinada y en un momento específico.

d) *Características propias.*- Como hemos analizando las aproximaciones del neo positivismo o neo constitucionalismo al derecho natural y positivo se pueden evidenciar, no es menos cierto que de tal aproximación, resultan estas teorías tener un matiz propio sobre la relación moral y derecho así podemos enunciar las siguientes:

d.1.- Si bien el post positivismo acepta la vinculación del derecho con la moral, este no está condicionado a cualquier moral, sino aquella expresada o deducible de los contenidos constitucionales, más no a una moral universal de tipo filosófico.

d.2.- Estos valores no solamente que están contenidos en las constituciones, sino que se presentan con el fin de vincular la actuación de toda la sociedad sea a través de la actividad política como jurisdiccional,²⁸ por lo tanto resultan ser vinculante en todo el quehacer social.

d.3.- Existe una diferenciación entre los valores morales universales, y los valores morales específicos contenidos en principios y normas positivadas, los primero resulta ser material de filosofía, son ideales sustanciales o esenciales, los segundos son materiales y dependen de la autoridad que los estableció, y la forma en como lo hizo, esto es el poder constituyente a través de una asamblea constituyente.

d.4.- Para la definición o conceptualización del valor a defender, el procedimiento difiere, ya que los tribunales tendrán que tomar en cuenta los procedimientos positivados, para garantizar la eficacia de los principios, y también el espíritu de la autoridad constituyente.

²⁸ Peces-Barba, Gregorio, *Ética, Poder y Derecho*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, D.F., 2004, p. 62.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

1.- La tirante relación entre estas formas de ordenamiento social: moral y derecho, han permanecido interconectadas a lo largo de la historia humana, en algunos momentos determinando una a la otra; y, en otros, buscando independencia y autonomía difícil de alcanzar. Sin embargo cada momento del desarrollo en la ciencia jurídica, la moral tiene diverso grado de influencia y determinación sobre los contenidos del derecho.

2.- El ius naturalismo lo podemos ubicar en varias etapas de desarrollo o cambio de la humanidad, que va desde un esquema teológico, hasta llegar al pensamiento racionalista, que presenta otra forma de ver la realidad. Pero en cada caso, existe un plus ultra, que regula el comportamiento del ser humano en sociedad, y que son normas morales impuestas o puestas; superiores al derecho escrito al cual lo condicionan y determinan, es más inicialmente se tornaban inmutables. Sin embargo en un ius naturalismo que podríamos calificarlo como tardío, se presenta estos derechos como un producto de la razón, contruidos a partir el pacto social, y por tanto su inmutabilidad pasa a ser discutida, pasando a una moralidad convencional.

3.- Uno de los requisitos indispensables para el cambio en la visión sobre la relación moral y derecho, fue la presencia de la burguesía, como nuevo motor de desarrollo en la humanidad, y con ella el nacimiento del estado moderno, que garantizaba su existencia en nuevas condiciones. Esto trajo consigo la monopolización en la producción jurídica que radicaba en las asambleas legislativas, que pretendía crear un ambiente de certeza no solo en la producción jurídica, sino fundamentalmente actos de los poderes en base al principio de legalidad, la ley surge como expresión de verdad y justicia además de un instrumento que garantizaba limitar excesos de poder que se vivió en la Monarquía.

4.- Concebida la ley como expresión de verdad y justicia, la moral convencional que no esté tipificada, pues simplemente no existía, es más su existencia está condicionada a su positivación, nada existe en esta etapa fuera de la ley, Sin embargo la presencia residual de moral en el derecho, tenía que ser erradicada para una concepción positiva dura, en tal sentido, apoyados e influenciado del positivismo filosófico, determinará que considerar que

las normas no requieren de fundamento moral ya que son básicamente enunciados hipotéticos y presupuestados, los mismos que constantes en una carta magna, darán vida al resto del ordenamiento jurídico, libre de moral.

Ante la dificultad de fundar un sistema normativo en hipotéticos con el único propósito de extirpar a la moral de su ámbito, el positivismo va cambiando al justificar el contenido del derecho en la realidad social, es decir en cuestiones empíricas, que puedan ser susceptibles de verificación.

5.- Para el positivismo el material de estudio es la norma, tal cual es reflejada de la realidad social, es el sustrato y materia sobre la que se trabaja, independiente de consideraciones de orden moral, por tanto la ley pasa a ser validada desde su forma de consolidación y pertenencia a un sistema jurídico, la autoridad con la que se emite una ley es la parte medular para su validez, sin considerar que contenga aspectos positivos o negativos.

6.- El pos positivismo, también necesitó un ambiente social y político especial como caldo de cultivo para su planteamiento, y esto fundamentalmente fue la existencia regímenes fascistas, que aun viviendo estado de derecho justificaron sus actos en la pura legalidad; así a partir del período post bélico, nuevamente se pone sobre la mesa de trabajo, temas como el derecho justo y la relación de la moral y el derecho, como regulador de la sociedad. Para tal efecto es indispensable la construcción de edificios constitucionales, cuya característica fundamental es ser textos materiales, plagados de valores, principios morales y máximas no determinadas, sino susceptibles de ser desarrolladas, no exclusivamente en leyes, sino a través de otras expresiones, la más importante de ellas los fallos judiciales.

7.- Este renovado matrimonio moral y derecho, va a tener características propias, ya que se identificará una moralidad propia al ordenamiento jurídico, diferente a la tratada por el ius naturalismo. Esto es un moral restringida no solamente en sus alcances sino en su conceptualización. La moral no será universal, abierta, sustancial; sino especial, susceptible de ser materializada, circunscrita en normas constitucionales, y además de ello la forma de reconocimiento sigue procedimientos distintos, a como la moral es tratada y justificada en el campo de la ética; podríamos hablar de tratamiento de la moral propia para el derecho.

BIBLIOGRAFIA:

1. ALEXY, Roberto. (2010). *Derecho y razón práctica*, México. Distribuciones Fontamara, S.A.
2. BAQUERO, Jaime. (2009). *Ética para Políticos y Juristas*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.
3. BRETANO, Franz. (2002). *El origen del conocimiento moral*, Madrid. Editorial Tecnos.
4. CASTAÑO BEDOYA, Alejandro. (2005). *Teoría dinámica del derecho*, Medellín, Comlibros.
5. DEWEY, John. (2000). *La miseria de la epistemología*. Madrid. Editorial Biblioteca Nueva, S.L.
6. DWORKIN, Ronad. (2007). *Los derechos en serio*. Barcelona. Editorial Ariel.
7. ESQUIVEL, Javier. (1996). *Racionalidad Jurídica, Moral y Política*. México. Distribuciones Fontamara S.A.
8. GARCIA, Morente. (1982). *Lecciones preliminares de filosofía*. Mexico. Editores mexicanos unidos, S.A. 5ta edición.
9. GARCÍA AÑON, José. (2001). *Métodos y Técnicas para la realización de trabajos de investigación*". Valencia-España. Universitat de València.
10. GUASTINI, Riccardo. (2010). *Nuevos estudios sobre interpretación*, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
11. HABERMAS, Jurgén, (1998). *Teoría de la Acción Comunicativa I, racionalidad de la acción y racionalidad social*. Madrid. Taurus Humanidades.
12. HART, Herbert L.A. (2009). *El concepto de derecho*. Buenos Aires. AbeldoPerrott.
13. HESSEN, J. (2007). *Teoría del Conocimiento*, Quito. Editorial Nuevo Amanecer.

14. JASPERS, Karl. (2009). *La comunicación como fundamento de la condición humana*. Buenos Aires. Ediciones Mediterráneo Ltda.
15. KAUFMANN, Arthur. (2007). *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*. Bogotá. Editorial Temis S.A.
16. KELSEN, Hans. (2000). *Teoría Pura del derecho*, Santa fe de Bogotá. Editorial Unión, Ltda.
17. KELSEN, Hans. (1992). *¿Qué es Justicia?*, Barcelona. Editorial Ariel, S.A.
18. MICHELINI Dorando, J. (2008). *Bien Común y Ética Cívica*. Buenos Aires. Editorial Bonum.
19. NAVARRO, Pablo. (2011). *Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico*. Madrid. Doxa.
20. NINO, Santiago. (1987). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona. Editorial Ariel.
21. NÚÑEZ, Jorge, (1999). *Comunidades científicas, ethos, y paradigmas*. La Habana.
22. RADBRUCH, Gustav. (2009). *Relativismo y derecho*. Bogotá. Editorial Temis S.A.
23. RODRIGUEZ AGUIRRE, Nelson. (2002). *Ciencia, Tecnología y Sociedad*. Quito. Editorial Universitaria.
24. PECES-BARBA, Gregorio (2004). *Ética, Poder y Derecho*. México. Distribuciones Fontamara, S.A.
25. Stuart Mill John. *Sobre la libertad*. www.ateismopositivo.com.ar/stuart%mill%20-%20sobre%20libertad.pdf.