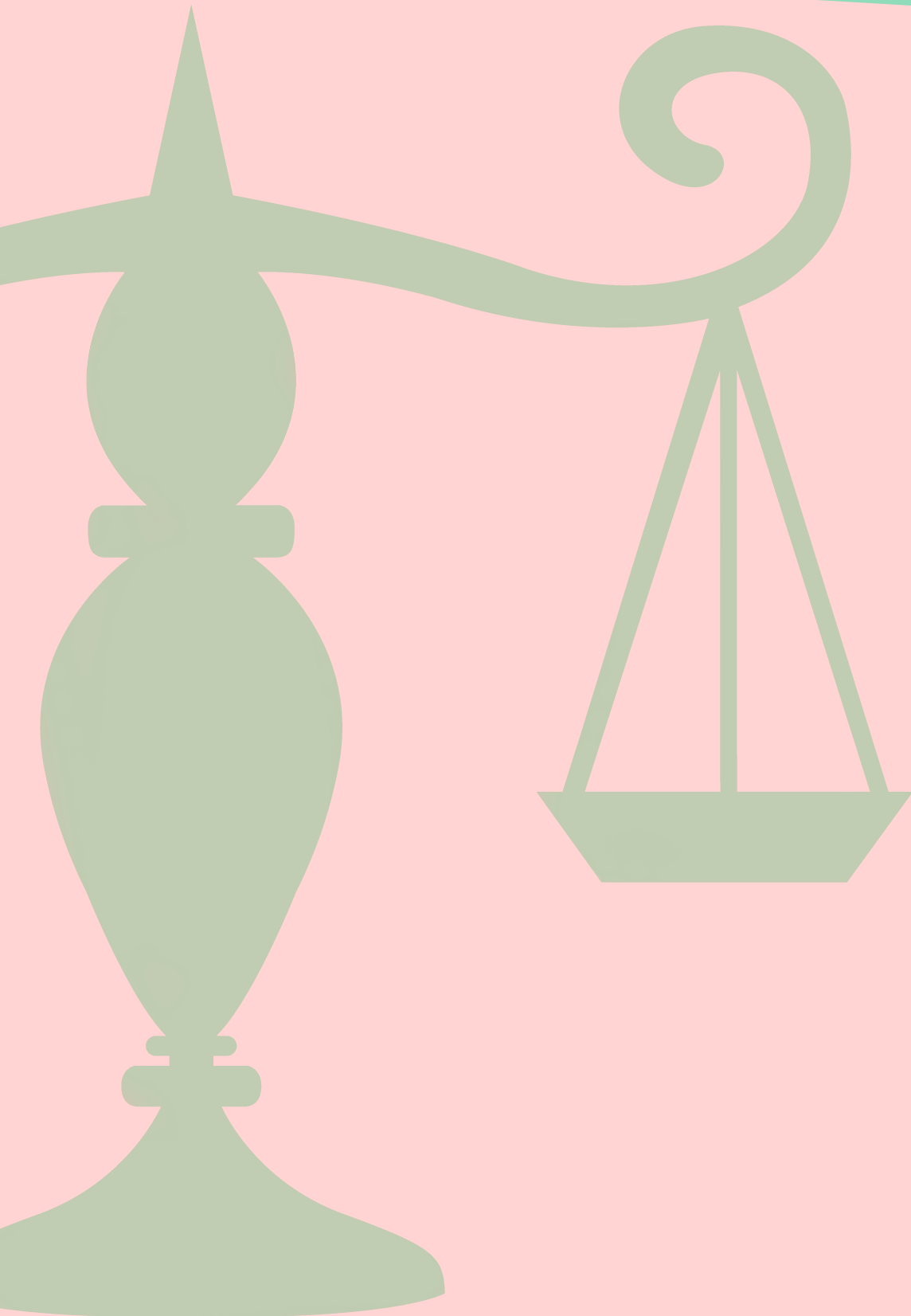


**PRIMERA
PARTE**

**¿FILOSOFÍA DEL DERECHO
PARA LA CIENCIA JURÍDICA
DEL SIGLO XXI?**



¿FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA LA CIENCIA JURÍDICA DEL SIGLO XXI?

Robert Alexy (1992) en *El concepto y la validez del derecho*¹, publicado en lengua castellana en 1994, por la editorial española-catalana. Gedisa; bajo la traducción del profesor Jorge Malem Seña, Catedrático *Emérito de Filosofía del Derecho*; de la *Universidad Pompeu Fabra de Barcelona*. Describe en el capítulo final de la obra, que pueden existir ponderaciones entre *normas tipo valor*.

El Profesor de Kiel, en pocas páginas esboza uno de los temas con mayor complejidad en toda la teoría y filosofía del derecho contemporánea, que puede ser catalogado como un problema de metateoría del derecho. Y a su vez, un tópico trascendental en el entendimiento real de *los derechos fundamentales*, el cual puede tener un carácter de derecho objetivo-y en forma excepcionalísima convertirse en un derecho *Prima Facie Injerencial*.

Un *Derecho fundamental Prima Facie Injerencial*, es aquel que es construido primigeniamente como norma de derecho fundamental, y en la segunda fase de la estructura general normativa de este, es decir; en la disposición por la injerencia² entre el mandato y la potestad decisional del juez, para el caso concreto se forma como derecho objetivo-de carácter público; no de carácter colectivo (Jakobs & Meliá, 1996).

Por la relevancia del derecho fundamental, cuando su acción colateral protege expansivamente derechos de carácter colectivo puede ser visto normativa y procesalmente como un derecho con *pretensión de publicidad*. Esto ya ha tenido respuesta, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Cuando en reiteradas decisiones ha dispuesto:

Es decir; pensemos que el valor de la Justicia pudiese ser concretizado cuando exista una tensión valorativa, con otra estructura normativa, de igual condición jerárquica. Otro verdadero valor, como el Trabajo. El cual es considerado como tal, en muchas Constituciones latinoamericanas, y de la Europa Continental. Como las Constituciones de: Portugal, España, Francia, Alemania e Italia; entre otros países europeos.

Alexy (1992); en su último capítulo de la obra en mención; el cual titula: *Derechos individuales y bienes colectivos*. Plantea que pueden darse ponderaciones entre bienes jurídicos individuales, y bienes jurídicos con carácter colectivo, lo interesante de sus tesis, es que el mismo Alexy, considera que es muy excepcional que se puedan dar estos casos, en una realización concreta.

Que ponga en práctica, no sólo la teoría de los principios y las colisiones; que recoge a su vez su concepto de derecho (Alexy, 2004)³, como un sistema jurídico de tres niveles, donde el juez constitucional lo denomina *potestad decisional adjudicativa*⁴, puede corregir los

1 La publicación en alemán fue en el año de 1992. Con el título de: *Der Begriff und Geltung des Rechts*.

2 Jakobs-Sobre la injerencia.

3 Alexy, R. (2004), p. 123.

4 La *potestad decisional adjudicativa*, es una categoría conceptual y práctica; que corresponde al margen de acción judicial cuando el operador jurídico en virtud del argumento de la justicia construye su modelo de adjudicación judicial. Dicho modelo es único

errores del derecho; no sólo el que enarbola las tesis del derecho del positivismo jurídico clásico racionalista; o con las concepciones modernas en Kelsen y Bobbio. Hasta los debates de la *posmodernidad* del derecho, que recorre la segunda mitad del Siglo XX con autores como Hart y Dworkin.

Así también como la influencia de *la escuela argentina de la filosofía del derecho* con: Carrión-Nino, Buligin, Alchourron, Calsamiglia, Garzón, Valdez. Y toda la influencia en la filosofía del derecho contemporánea de la *escuela escandinava de filosofía del Derecho* con: Ross, McCormick, Peczenik, Fiss, Aarnio, Von-Wright.

Además, toda la construcción de dichas corrientes, en sus tesis y trabajos más representativos posibilitaron la expansión y crecimiento de las escuelas actuales, como la escuela genovesa, la escuela de Barcelona, la escuela de Madrid, la de Toledo-Castilla La Mancha, Escuela de Girona, la Escuela de Alicante, y *las escuelas latinoamericanas* representadas en grandes exponentes con exponencialidad global.

EL CONSTITUCIONALISMO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

CONSTITUCIONALISMO ¿TEORÍA O FILOSOFÍA?

El constitucionalismo como teoría pone en evidencia los principios jurídicos como normas jurídicas de una estructura de textura abierta que siempre presentarán conflictos normativos a las llamadas colisiones de principios, pues el derecho fundamental que resguarda tal aplicación en los mismos límites de integración y unidad del sistema normativo propenden por una justificación o una fundamentación razonada de las normas jurídicas de principio en los campos de aplicación concretos.

En este entendido, además de la idea de constitucionalización⁵ del derecho o del ordenamiento jurídico, surge en apoyo a una teoría *principlista de los derechos fundamentales* el postulado de la fuerza normativa de la Constitución, que para algunos autores como Pietro Sanchis, Guastini⁶, o Comanducci es una elaboración propia como postulador del constitucionalismo que busca consolidar a la Constitución⁷ no sólo como una norma más dentro del ordenamiento

para el caso concreto, pero éste no puede interferir con los mandatos del legislador constitucional.

5 “El fenómeno de la constitucionalización puede partir de la idea de que la Ley fundamental no tiene por objeto sólo limitar el poder público, sino orientar su actuación a través del resto del ordenamiento jurídico hacia la realización de sus valores” (Carbonell & Sánchez, 2011, p. 39).

6 La tesis que defiende Guastini (2010a), sobre el concepto de principios, va a estar orientada a la fundamentación axiológica de ellos como derechos fundamentales frente a todo el ordenamiento jurídico: “En primer lugar, los principios son normas fundamentales que dan fundamento y/o justificación axiológica a otras normas (en general todo principio constituye fundamento de una multiplicidad de normas (...), en segundo lugar los principios son normas fundamentales en el sentido de que no tienen o no requieren, a su vez, ningún fundamento o justificación axiológica, porque son percibidos como obvios, auto-evidentes o intrínsecamente justos”. (pp. 215-216).

7 Verdú entiende sus alcances desde el plano eminentemente político: “Ante todo hay que subrayar que la constitucionalización es un proceso político. Entendemos por tal la concreción periodiforme del dinamismo político dentro, entre y entorno a estructuras políticas”. Verdú (1997, p. 98).

jurídico como sistema-normativo complejo, sino desde un plano material y eficaz como un aspecto general que posibilita la Constitución como fuerza normativa, indicando que es precisamente la norma principal de nuestro orden o sistema ya que se posiciona como norma fundante de nuestro marco dispositivo.

Por medio de la cual los derechos fundamentales –entendiéndolos como principios- puedan aplicarse de manera concreta e inmediata debiéndose esto a *la Constitución axiológica como práctica*. Debido a que en el Estado de derecho legislativo sólo la Constitución era vista como un *orden marco* que trazaba la forma de organización política y el modelo de Estado como algunos de sus rasgos más característicos, pero en cuanto a la judiciabilidad de los derechos fundamentales se quedaba escasa en su aplicación. El Estado constitucional ve y presenta la Constitución como un *orden fundamental* en el que los derechos inalienables de las personas juegan un papel preponderante en la vida del Estado y de la misma sociedad.

En este orden de ideas es que los derechos fundamentales deben ser vistos como preceptos axiológicos que responden a valores superiores que integran todo el ordenamiento jurídico, y en dicho sentido debe ser comprendida la Constitución frente a la especial supremacía que goza en los modernos Estados constitucionales:

La Constitución es el fundamento del Estado, sobre ella se desarrolla todo el sistema jurídico que le imprime orden a la comunidad política (...) la supremacía constitucional abarca tanto el aspecto formal orientado a la manera como se expide la norma de acuerdo a su carácter rígido, y el aspecto material orientado al contenido mismo; en Colombia esta supremacía se ha elevado a principio constitucional (...) (Molinares, 2011, p. 256).

El constitucionalismo como teoría y práctica del Estado constitucional presupone la superación de la teoría política que establece al Estado constitucional como una forma de Estado, cuya exigencia se basa en la *supremacía del principio democrático*, y por *el respeto de los poderes públicos en los límites materiales de los derechos fundamentales* consagrados en la misma Constitución, desde el punto de vista participativo de todos los destinatarios de las disposiciones y normas de la Carta fundamental sustentada en la responsabilidad del Estado en el respeto y en el cumplimiento de las garantías establecidas en los principios del pluralismo, de la igualdad y la libertad. Y además, de cómo el derecho, en el escenario constitucional, está constantemente abierto a los cambios sociales⁸ y a la lectura de la realidad cotidiana, que se puede presentar como el postulado de *la igualdad de las diferencias*.

Precisamente, se soporta en aceptar las diferencias de pensamiento desde el mismo sentido humano elemental, ya que así como

8 Ya Duverger (1980) establecía la relación del derecho en el escenario social como expresión de la cultura, impregnado en el desarrollo del derecho constitucional moderno, como superación de los planos estrictamente políticos de la ciencia constitucional: "(...) la noción de derecho es inseparable de la noción de cultura, tal como la utilizan los antropólogos contemporáneos. La cultura es para ellos el conjunto de los modelos de comportamiento de un grupo social. Todo grupo, toda colectividad reposa en sí sobre un conjunto complejo de modelos de comportamiento – o "roles"- a los que se adecuan más o menos los miembros del grupo cuando se encuentran en una situación dada. (...) en esta perspectiva la Constitución es una forma de pacto social que ella prolonga y precisa" (pp. 24-27).

cambia y se transforma la sociedad hacia nuevos fenómenos culturales propios del hombre como ser social, de allí que en su máxima expresión construye nuevos escenarios y contextos en su actuar. “Esa transformación se traduce en reconocimiento de derechos de participación y de igualdad. La armonización de todos esos derechos de las exigencias normativas derivadas de esos ideales no es algo que surja inmediatamente; su funcionamiento requiere de teorías de la Constitución” (Aguiló 2004, p. 109).

Lo especial del Estado constitucional es precisamente que entra a mediar sobre las diferencias de unos y otros para encontrar puntos de equilibrios de medidas de participación democráticas, respetuosas de los principios superiores sobre los cuales se fundamenta su propia existencia, en el establecimiento de futuras Constituciones o cuerpos de derechos abiertos a una interpretación permanente de los derechos fundamentales, como la fuente principal del Estado constitucional como teoría y práctica del constitucionalismo.

El Estado constitucional establece no sólo una Constitución normativa o en sentido normativo⁹, que pueda ser vista como la fuerza jurídica a la más elevada expresión del texto constitucional, de la juridificación de las expresiones meramente formales del poder

público y de sus distintas ramas (ejecutiva, legislativa y judicial) de la *apertura del contexto constitucional*, entendido como el escenario donde se gestan los acuerdos y desacuerdos del derecho constitucional fundamental en la actualidad, y donde continuamente el concepto de Estado constitucional cobra vida:

El Estado constitucional no es, pues, una forma de Estado tan sólo. Las formas del Estado, como las de gobierno, se contienen en la Constitución, como se verá; representan una opción por la que se decide el poder constituyente que, lógicamente, comporta efectos en la propia vida del Estado concreto. El Estado constitucional es el Estado en sí, el Estado como ordenamiento jurídico que no sólo rige la comunidad política sino que la “constituye”. De ello se derivan, obviamente, una serie de consecuencias sin las cuales la idea del Estado constitucional se deteriora y acaba por construir una ficción. (Sánchez, 1993, p. 230).

Se hace evidente que lo trascendental del establecimiento del constitucionalismo, como teoría y práctica del Estado constitucional, es la maleabilidad del derecho público fundamental, frente al ejercicio de la cultura jurídica¹⁰, y de la política sustentada

9 La Constitución en sentido normativo es entendida en su concepción formal, es decir, desde los contenidos de sometimiento del poder supremo u absoluto, por unos límites al ejercicio del mismo impuesto en la misma Constitución, como forma para legitimar el poder político, tal como lo evidencia Grimm (2006): “La constitución en sentido normativo es un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII que, tras derribar el poder estatal monárquico, tradicional y auto legitimado, se hallaban ante la tarea de erigir un poder nuevo y legítimo. Con todo, más factores apuntaban en la dirección de la constitución: en la filosofía social de la época”. (p.28).

10 Es importante destacar al respecto de un constitucionalismo en la concreción de una “cultura jurídica” abierto a la misma sociedad, frente a los posibles problemas que las diferencias al reconocimiento de derechos y libertades pueden ocasionar, las reflexiones presentadas por Denninger *et al.* (2007): “Una diferenciación social entre grupos de personas puede afectar a las libertades tuteladas por la Constitución cuando provoca la distribución desigual de las condiciones que hacen posible el disfrute

y soportada desde el texto mismo de la Constitución.

Esta comprensión genera cambio y evolución constante que supera los mecanismos tradicionales de reforma a la Constitución, pues su debate no se centra exclusivamente en discusiones jurídico- políticas, sino en empoderar con <<verdaderas herramientas de interpretación y construcción constitucional a partir de la misma actividad judicial>>, no sólo en *la judiciabilidad de los derechos fundamentales* sino en la preponderancia de sus garantías¹¹ de protección entregadas al mismo ciudadano o destinatario de los derechos constitucionales de primer orden. “Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si éstas no han sido producidas (...) —es decir, en ausencia de garantías fuertes, tanto primarias como secundarias— tales derechos son destinados a permanecer en el papel.” (Ferrajoli, 2006a, p. 30).

La superación por un modelo fuerte de protección de los derechos fundamentales desde el establecimiento de las garantías de los derechos se pone de presente en el Estado constitucional, dando un paso hacia adelante del denominado Estado social de derecho que en la vista colombiana parece

apenas llegar a una etapa de “juventud”, según muestra el desarrollo de la Constitución de Colombia de 1991. “La aplicación de la Constitución de 1991, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha conducido a la constitucionalización de las diversas ramas del derecho. Las reglas, valores y principios constitucionales han irradiado todo el ordenamiento jurídico colombiano” (Monroy Cabra, 2007, p. 243).

En el desarrollo de un verdadero *Estado constitucional de derecho* las disposiciones iusfundamentales han cobrado un papel predominante en la determinación de esta forma de entender todo el sistema jurídico. Esta importancia radica no sólo en la extensa consagración de los derechos en los catálogos normativos de la Constitución, sino cómo el juez, a través de las herramientas de la interpretación y argumentación jurídica, construye escenarios para una real y concreta *interpretación y argumentación iusfundamental principialista*, en el escenario judicial de los derechos en serio, haciendo alusión a Dworkin con el título del texto, que abriría el debate contemporáneo sobre la idea misma del derecho y del derecho de raigambre constitucional.

De conformidad con lo anterior se fortalece el Estado constitucional dentro de la teoría del constitucionalismo o

efectivo de la libertad. (...) en el espacio en el que se construye la personalidad y respecto del cual esta toma posición. La pérdida del contexto cultural, incluso cuando el individuo se ha situado en confrontación con él, puede causar graves daños, que pueden luego procesarse de modo constructivo o destructivo. (pp. 57-58).

11 Desde la concepción de Ferrajoli (2006a), en la determinación de unas técnicas de garantía y procedimiento para el derecho en el Estado constitucional, al indicar que los derechos fundamentales operan como medios para un fin específico: “En efecto, el derecho es solo una forma y una técnica de garantía, a la que se pueden atribuir los contenidos más dispares, y del que la teoría diseña únicamente la sintaxis. El derecho no es un fin en sí, al ser sus fundamentos axiológicos siempre externos o hetero-poieticos respecto de sí mismo y los valores por él tutelado —justos o injustos, compartidos o no compartidos— algo diferente de la forma jurídica por medio de la cual se produce la tutela”. (p.43).

nuevo constitucionalismo¹² conocido más popularmente como neoconstitucionalismo. Si bien su papel protagónico está en mostrar una teoría jurídica del Estado constitucional no renuncia a sentar las bases de su teoría política que determinen los cimientos para el establecimiento de la *democracia constitucional* en el ejercicio dinámico, medido y controlado del poder constituyente. Apoyándose, frente a los límites en la aplicación de los derechos fundamentales,¹³ no sólo en la actividad jurisdiccional que es uno de los aspectos más relevantes del constitucionalismo como teoría y práctica del Estado constitucional, sino en la observancia de los demás poderes públicos:

Como consecuencia de que el Estado constitucional —esto es, el Estado que surge de la democracia constitucional— implica la juridificación de la democracia, y la necesidad de concebir jurídicamente —y, por ello, limitadamente— a la propia soberanía 36 en su ejercicio constitucionalizado, sin por ello contradecir el carácter absoluto de la soberanía en su ejercicio constituyente sin el cual, desde luego, se

rompería la tensión entre democracia y constitucionalismo en favor del control del poder sin legitimidad del pueblo. De esta forma, como se ha hecho referencia, se produce la síntesis entre democracia y soberanía, ambas consagradas en la norma jurídica fundadora del pacto social como es la Constitución, aunque ninguna de ellas dependiente de esta consagración, puesto que corresponden a hechos políticos y, por lo tanto, preconstitucionales (Martínez Dalmau, 2012, p.13).

12 Lo constante en las tres acepciones de la moderna concepción del paradigma constitucional, constitucionalismo, nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo, es la de encontrar las respuestas a los problemas acuciantes del derecho y la democracia, en el ámbito social. Así como lo deja demostrado el profesor Rodríguez (2002), frente al nuevo constitucionalismo: “El nuevo constitucionalismo, en su caracterización social, pretende consolidar un nuevo sistema de Estado, aunque este sólo sea posible a largo plazo, mediante un cambio en los valores y actividades o la institucionalización de patrones de comportamientos más democráticos. En esta forma la elección de los gobernantes constituye el núcleo fundamental de la democracia, cuya viabilidad no conlleva en forma alguna la democratización económica y política, pues sigue siendo eminentemente formal y teórica” (Bechara, 2019a, p. 220).

13 Como reivindicación de un derecho que se piensa y se construye a partir de la Constitución, la idea de mirar a los derechos fundamentales como principios en su construcción estructural de normas en el Estado constitucional, será validada por Jan Sieckmann (2011). Para él la posición dogmática de los derechos fundamentales va a cobrar un papel fundamental en el Estado constitucional con apoyo material de concreción a una teoría principialista dentro del paradigma del constitucionalismo: “Los derechos fundamentales constituyen un elemento central del Estado constitucional democrático. Su garantía y aplicación judicial, sobre todo por el Tribunal Constitucional Federal, ha modificado la estructura y el contenido del ordenamiento jurídico Alemán, y ha suscitado a si mismo problemas metodológicos específicos y conflictos latentes o abiertos entre el legislador respaldado por una legitimación democrática directa, y la jurisdicción constitucional. Esos problemas no aparecen sólo en el derecho alemán, sino que surgen en todos los Estados constitucionales donde los derechos fundamentales pueden hacerse valer judicialmente y existen derechos revestidos de la primacía de la Constitución” (p. 17).