

# FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Aplicación de los modelos  
de jurisprudencia en  
Europa y Colombia



**Colección Investigación Sociojurídica**

Dra. Berónica Narváez Mercado - Directora

Dr. Iván Vargas Chaves  
(Universida del Rosario)

Dr. José Cruz Guzmán Díaz  
(Universidad de Guadalajara – México)

Dr. Miryam Al Fawal Portal  
(Sociedad Europea de Ciencias Forenses SECIFO – España)

Dr. Gustavo Calvino  
(Universidad de Buenos Aires UBA – Argentina)

Dra. Arletys Varela Mayor  
(Universidad de la Habana – Cuba)



# FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS. APLICACIÓN DE LOS MODELOS DE JURISPRUDENCIA EN EUROPA Y COLOMBIA

Abraham Z. Bechara Ll. *Editora*



2022

Este libro es producto resultado de investigación, evaluado bajo el sistema doble ciego por pares académicos.

## **Corporación Universitaria del Caribe - CECAR**

Lidia Florez de Albis

**Rectora**

María Eugenia Vides

**Vicerrector Académico**

María Eugenia Vides

**Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

Liliana Patricia Álvarez Ruiz

**Vicerrectora de Extensión y Relaciones Interinstitucionales**

Jorge Luis Barboza

**Coordinador Editorial CECAR**

Editorial.cecar@cecar.edu.co

<https://libros.cecar.edu.co/index.php/CECAR>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2956-6070>

**Colección:** Investigación Sociojurídica.

**Número:** 7.

© **2022.** Filosofía del derecho de los sistemas jurídicos. Aplicación de los modelos de jurisprudencia en Europa y Colombia, Abraham Z. Bechara Ll.

**ISBN:** 978-628-7515-14-7 (digital)

**DOI:** <https://doi.org/10.21892/9786287515147>

Sincelejo, Sucre, Colombia.



Filosofía del derecho de los sistemas jurídicos. Aplicación de los modelos de jurisprudencia en Europa y Colombia / editor Abraham Z. Bechara Llanos, -- Sincelejo : Editorial CECAR, ©2022.

79 páginas : gráficas

Colección Investigación Sociojurídica

Número : 7

Incluye referencias al final del libro.

ISBN: 978-628-7515-14-7 (digital)

1. Filosofía del derecho. 2. Teoría del derecho 3. Derecho – Historia 4. Fuentes del derecho 5. Justicia 6. Hermenéutica jurídica I. Autor II. Título.

340.1 B391 2022

CDD 22 ed.

CEP – Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Biblioteca Central – COSiCUC

# CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>4</b>
<hr/>	
<i>PRIMERA PARTE</i>	
<b>¿FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA LA CIENCIA JURÍDICA DEL SIGLO XXI?</b>	<b>9</b>
<hr/>	
<i>SEGUNDA PARTE</i>	
<b>FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS FILÓSOFOS DEL DERECHO</b>	<b>16</b>
<hr/>	
<i>TERCERA PARTE</i>	
<b>DEBATES GLOBALES EN TORNO A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO</b>	<b>37</b>
<hr/>	
<i>CUARTA PARTE</i>	
<b>FILOSOFÍA DEL DERECHO Y APLICACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO</b>	<b>49</b>
<hr/>	
<b>REFERENCIAS</b>	<b>70</b>

# INTRODUCCIÓN

Discernir, con responsable credibilidad, y por consiguiente con coherencia, sobre la naturaleza esencial, funciones prácticas y fines ideales del Derecho, plantea un problema bastante complejo y casi imposible de resolver.

Los estudiosos que intentan el análisis de este asunto “*no han conseguido ponerse de acuerdo, ni en el género próximo, ni en la diferencia específica del concepto derecho*”, se quejaba el iusfilosofo mexicano Eduardo García Máynez, desde mediados del siglo veinte. Y, en mi criterio, cuando ya avanzamos en el primer cuarto del siglo veintiuno, tal aseveración sigue siendo irrefutable.

Pero todo el conflicto epistemológico sobre este ser ideal del *homo sapiens*, se reduce a entender y articular razonablemente sus fundamentos primeros, naturaleza esencial, estructura material, objeto formal y fines últimos, en concordancia con los imperativos que impone la realidad cultural del grupo humano destinatario de sus reglas, siempre cambiantes, en una época o momento de la historia. Entendiéndolo siempre como el ente articulador y garantista de la convivencia social, que pretende ser. Transponiendo este entendimiento a preceptos coercibles, sin la inexorabilidad de realización eficaz como pretensiones de deber ser, que es al fin y al cabo, lo que implica su condición de regulador de la libertad de seres que, por el mismo hecho de detentarla, pueden subvertirla.

El problema se plantea porque siempre, para que tengan validez y eficacia, y por consiguiente coercibilidad los imperativos que lo integran, este entendimiento y su

formulación deben ser en concordancia con el interés del grupo, mayoritario o no, que detenta el Poder Político. Ya que al fin y al cabo se trata de concertar las reglas de juego o contrato social. Siendo este poder de dominación sobre la voluntad de los demás el móvil real de un ordenamiento positivo, más allá del paradigma utópico que llamamos justicia. Y tal poder, que se presume soberano, alcanza su máxima expresión, en cada grupo políticamente institucionalizado, en la fuente primigenia de validez del ordenamiento, que conjuga la pretensión de garantías, deberes y derechos fundamentales, que es la llamada constitución política.

Pero bien lo sentenció el magistrado **Hugues** de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América: “*Nosotros vivimos bajo una constitución. Pero la Constitución es lo que el Juez dice que es*”.

Las normas, aun las fundantes del ordenamiento, son enunciados teóricos de carácter general, abstractos e impersonales. Promulgados en forma de imperativos hipotéticos o categóricos, y, por consiguiente, frente a la posibilidad de aplicarlas para evaluar y resolver el caso concreto, al igual que los mitos griegos, como diría Albert Camus, están hechos para que la imaginación del interprete las anime, al ocurrir el ejercicio hermenéutico. He aquí la importancia determinante de la jurisprudencia, que termina siendo el derecho mismo.

Porque, para mí, es inobjetable que solamente debemos concebir como Derecho la estructura normativa que tiene la posibilidad

objetiva de imponerse coactivamente, esto es, de ser eficaz. Y su eficacia solo existe cuando el juez o interprete la declara e impone coactivamente. Antes de este evento siempre estará reducida a una hipótesis normativa que pretende inducir una conducta.

Interrogarse exhaustivamente sobre estas razones primeras y objetivos finales de la disciplina que identificamos como el Derecho ideal, es el contenido de la Filosofía del Derecho.

Muchísimos juristas investigadores, docentes y doctrinantes lo intentan, como quedo dicho antes, elucubrando sobre las diversas perspectivas de definición, categorización, formulación, argumentación, interpretación y aplicación de las normas positivas. Nadie, que yo sepa, ha logrado concretar y persuadir a los más profundos y lucidos estudiosos, sobre lo que sería, finalmente, la *“Teoría del Todo Jurídico”*, (algo así como la Meta-Teoría del Derecho de la que habla el profesor Paolo Comanducci, pero no referida solamente a la primacía de la regla constitucional, sino a la concepción y aceptación universal definitiva de la naturaleza del derecho) apoyándome aquí, con este símil, en la propuesta matemática final de Stephen Hawkins, que unifique y explique la verdad autónoma y pantonoma del Derecho, concretando, con una base objetiva sustentable en la realidad cognoscible, la intención que anuncia Hans Kelsen en la introducción a su Teoría Pura del Derecho, al presentarla, incuestionablemente, como una descripción de la Ciencia del Derecho Positivo.

La idea de la realidad necesaria del ordenamiento jurídico, para la coexistencia social, varía radicalmente desde su concepción

como “vida humana objetivada”, acuñada por Luis Recasens Sichets, a su nocividad social e inevitable destrucción “profetizada” por Marx.

He alegado en escenarios pedagógicos y frente a doctrinantes, muchísimo mejor ilustrados que este tegua del conocimiento jurídico, que no es válido afirmar que la Teoría General del Derecho es un complemento o contenido adicional de la Filosofía del Derecho. Precizando que cada una de estas disciplinas tiene su propio objeto de estudio, y que, si acaso, la Teoría General, en cuanto convenga a la intención del legislador, se nutre de los principios ideales fundados en el deber ser que ilustra la Filosofía, pero no necesariamente. De allí los contenidos normativos diversos y a veces hasta contradictorios, entre un ordenamiento jurídico nacional y otro, y, con frecuencia, dentro de un mismo ordenamiento con el devenir de los imperativos sociales, determinado por la necesaria temporalidad de las expresiones culturales.

Es frente a esta variabilidad de la naturaleza esencial, estructura orgánica y finalidad cultural que adquiere verdadera relevancia la jurisprudencia, no solamente como instrumento de interpretación y aplicación del derecho legislado, sino como verdadera fuente formal de normas jurídicas y garante de la conservación de la integridad y vigencia de las reglas fundamentales que dan unidad al ordenamiento jurídico.

Discurrir, analizar y plantear criterios inteligentemente ilustrados, desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, apoyado en pensadores indiscutiblemente autorizados de las escuelas más novedosas de Colombia y Europa, es el propósito de

este trabajo, metódico, complejo y por con siguiente muy serio y enriquecedor del pensamiento jurídico contemporáneo, titulado *“FILOSOFIA DEL DERECHO DE LOS SISTEMAS JURIDICOS- Aplicación de los modelos de jurisprudencia en Europa y Colombia”*, que me honro en prologar con estas deshilvanadas elucubraciones.

*“El más grave problema de nuestro tiempo, es que sus hombres no quieren ser útiles, sino importantes”*, expresó sir Winston Churchill, al final de la gran batalla contra el imperialismo nazi, en la cual él fue el más tozudo contendor y uno de los líderes más emblemáticos de las fuerzas vencedoras.

Tal percepción, de hace ya más de tres cuartos de siglo, subsiste en nuestros días, principalmente con respecto de no pocos de quienes se dedican al liderazgo político y a la investigación académica en las ciencias sociales o especulativas. Lo que, por el contrario, ocurre muy circunstancialmente en las ciencias exactas, dado que las leyes que gobiernan los procesos naturales son cada vez más complejas, pero más exactas, dan poco espacio a especulaciones aventureras y han permitido a la humanidad avanzar en el conocimiento e interacción con los seres que nos rodean, hasta llevarnos a husmear en los confines del Universo, a más de 13 mil millones de años luz, casi hasta el instante del Big Bang creador. Desafortunadamente, estos avances han resultado contradictorios y hasta contraproducentes para la conservación, del único lugar del mundo en donde podremos asegurar y continuar la prolongación de la especie humana: la Tierra. Ya casi al borde del Armagedón por la grave degradación de la biosfera.

La lectura crítica y el razonamiento complejo no son el fuerte de la mayoría de quienes se dicen

“estudiosos” y “escritores” de obras académicas. Y no pocas de estas se reducen a transcripciones del pensamiento ajeno, atendiendo las regulaciones estándares de forma; cumpliendo con los rigores de los derechos de autor con citas al pie de página; o por el camino tramposo de atribuirse la autoría de las ideas ajenas, acudiendo a paráfrasis. Así abunda en la bibliografía la producción doctrinal, siguiendo la institución jurídica, la temática jurisprudencial o la teoría del intelectual, de modas, para engrosar currículos y acumular puntos en concursos y escalafones académicos. De textos que nadie lee están llenas las bibliotecas de las escuelas de derecho.

Alguien, venido a más en nuestra Cartagena de Indias, proponía torpemente desde un estrado al que ascendió accidentalmente, la eliminación del estudio de la Filosofía en la educación secundaria, dando a entender que es innecesaria y perturbadora del proceso de formación de aquellos cuyo proyecto de vida no contempla mayor profundización intelectual.

La vida le enseñó inmediatamente que, si él hubiese tenido un mediano interés por entender el porqué y el para qué de las acciones del ser, hoy por lo menos se explicaría la trascendencia de la censura ética y judicial que le ha sido impuesta.

La dinámica, el pragmatismo, la velocidad y la complejidad que determinan las interacciones sociales en nuestro tiempo, parecen no dejar espacio para la introspección que nos proyecta a las profundidades insondables de lo metafísico, en búsqueda de los fundamentos primeros y las razones últimas de las acciones del ser pensante.

No hay tiempo para filosofar. Solo queda espacio para comprender y explicar la realidad perceptible por los sentidos orgánicos. El yo que habita y da vida a estos sentidos, se limita al plano interpretativo de lo que ellos perciben.



Afortunadamente, están insurgiendo, y con mucha fuerza y calidad intelectual, nuevas generaciones de estudiosos del derecho, verdaderos iusfilosofos, que van más allá de la repetición del pensamiento ajeno, del ejercicio hermenéutico formal y la aplicación mecánica del ordenamiento jurídico. Productos del cambio de paradigmas en las escuelas de abogacía, el fortalecimiento de la investigación formativa y la desaparición de las fronteras en el conocimiento jurídico, a través del proceso integrador de la aldea global que ya constituyen casi la totalidad de las naciones del mundo, unidas por el maravilloso ingenio que es la web.

Esta nueva dinámica, casi imperceptible en nuestras generaciones cercanas de juristas, ha hecho explosión, muy positiva, con el advenimiento del siglo veintiuno, verdaderas cohortes de jóvenes interesados en consolidar la idea esencial de lo jurídico y aportar nuevo conocimiento, están ocupando los escenarios académicos, avanzando más allá del pregrado y trayendo a las escuelas de derecho teorías y argumentaciones complejas y novedosas, salidas de tratadistas hasta hace pocos años no frecuentes como: Carlos Santiago Nino, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Marco Gerardo Monroy Cabra, Herbert Hart, Michelle Taruffo, Jordi Ferrer, Cristina Da Maglie.

El autor de este libro, que intento muy humildemente prologar, es de esa camada de jóvenes juristas, formado en el conocimiento de la Ciencia y la Filosofía del Derecho, con evidencias ciertas, reconocidas y celebradas con las más altas ponderaciones.

ABRAHAM BECHARA LLANOS, es entre la nueva generación de investigadores jurídicos y socio-jurídicos, de lo que va de este siglo, tal vez, el más connotado estudioso y creador de conocimiento jurídico contemporáneo que ilustre

el escenario de las escuelas de derecho de la Costa Caribe colombiana. Además de la sencilla calidez con que en forma permanente interactúa con sus estudiantes, colegas y amigos, lo cual le inculca un inapreciable valor agregado a su personalidad.

Antes de tratarlo personalmente, no fue mi alumno, conocí su producción intelectual y la calidad de su trabajo pedagógico en los temas de la teoría y la filosofía del derecho, además de su brillante currículo de estudiante de pregrado y posgrado, hasta el doctorado, reconocidos desde la Universidad Libre, en pregrado, *suma cum laude*; Universidad de Cartagena, *magna suma cum laude*; en Maestría; Universidad del Norte, en PhD en Derecho con distinción de excelencia por unanimidad; y la Universidad Autónoma de Barcelona. Estas credenciales serían suficientes para garantizar la calidad, seriedad y utilidad de esta obra doctrinal.

No profundizo en el análisis de la obra, porque, debo confesarlo, no tengo, no obstante, mi larga trayectoria en el tema de la Teoría General del Derecho, el recorrido intelectual por el pensamiento de los tratadistas que, con indudable dominio de conocimiento, analiza este joven autor.

Muchas gracias por la deferencia de vincularme a este muy valioso trabajo académico.

**Doctor Roberto Gamboa Rentería**

Cartagena de Indias, D.T. y C., agosto de 2022

# FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS<sup>1</sup>

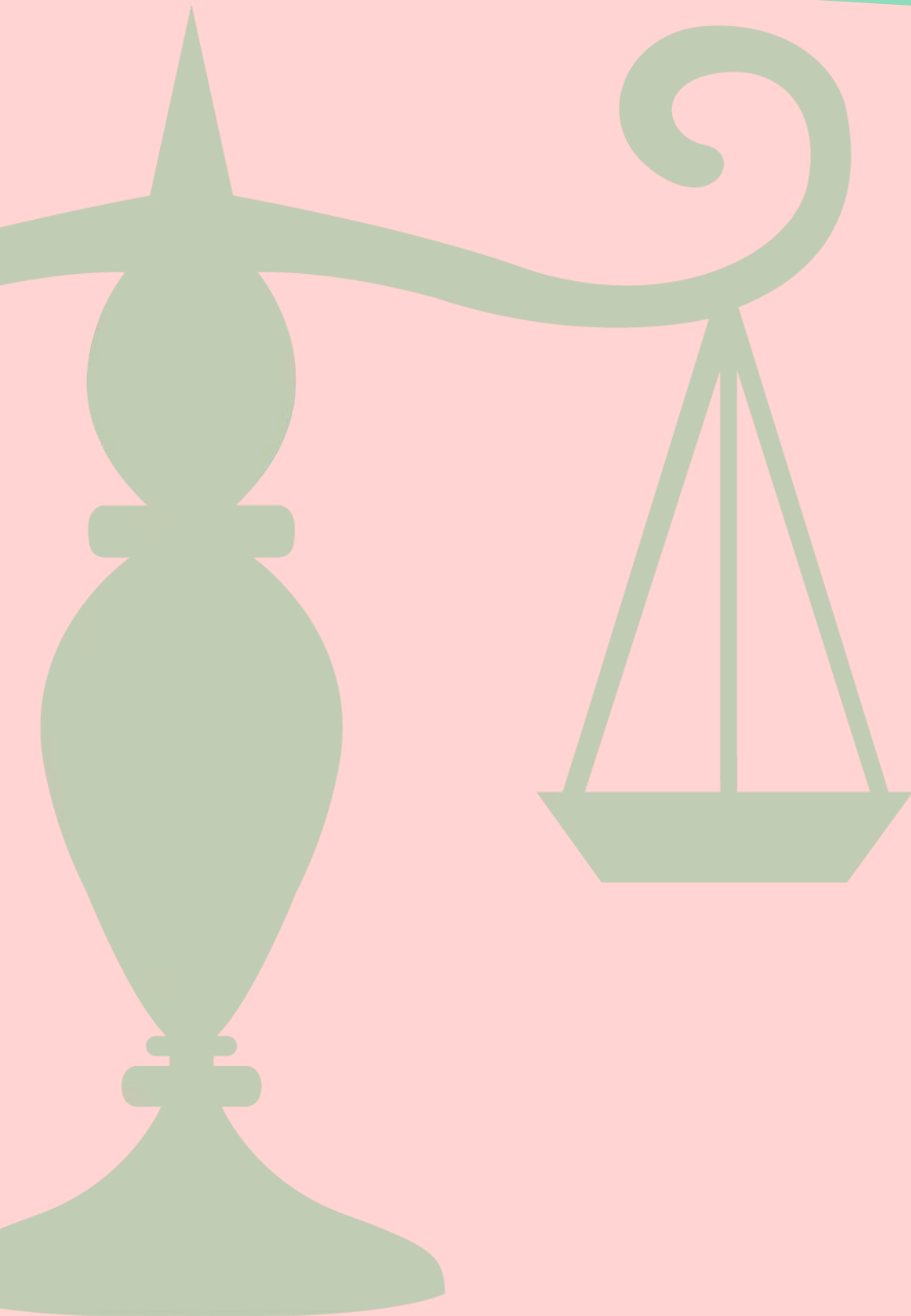


---

<sup>1</sup> Libro resultado del proyecto de investigación, Derechos fundamentales y región caribe: un modelo de regionalización jurídica. Aprobado por la Vicerrectoría Académica de CECAR, y adscrito al Grupo de investigación GISCER, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de CECAR.

**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*<sup>1</sup>, 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 injerencia<sup>2</sup> 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)<sup>3</sup>, como un sistema jurídico de tres niveles, donde el juez constitucional lo denomina *potestad decisional adjudicativa*<sup>4</sup>, 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 constitucionalización<sup>5</sup> 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, Guastini<sup>6</sup>, o Comanducci es una elaboración propia como postulador del constitucionalismo que busca consolidar a la Constitución<sup>7</sup> 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 sociales<sup>8</sup> 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 normativo<sup>9</sup>, 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 jurídica<sup>10</sup>, 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 garantías<sup>11</sup> 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 constitucionalismo<sup>12</sup> 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,<sup>13</sup> 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).

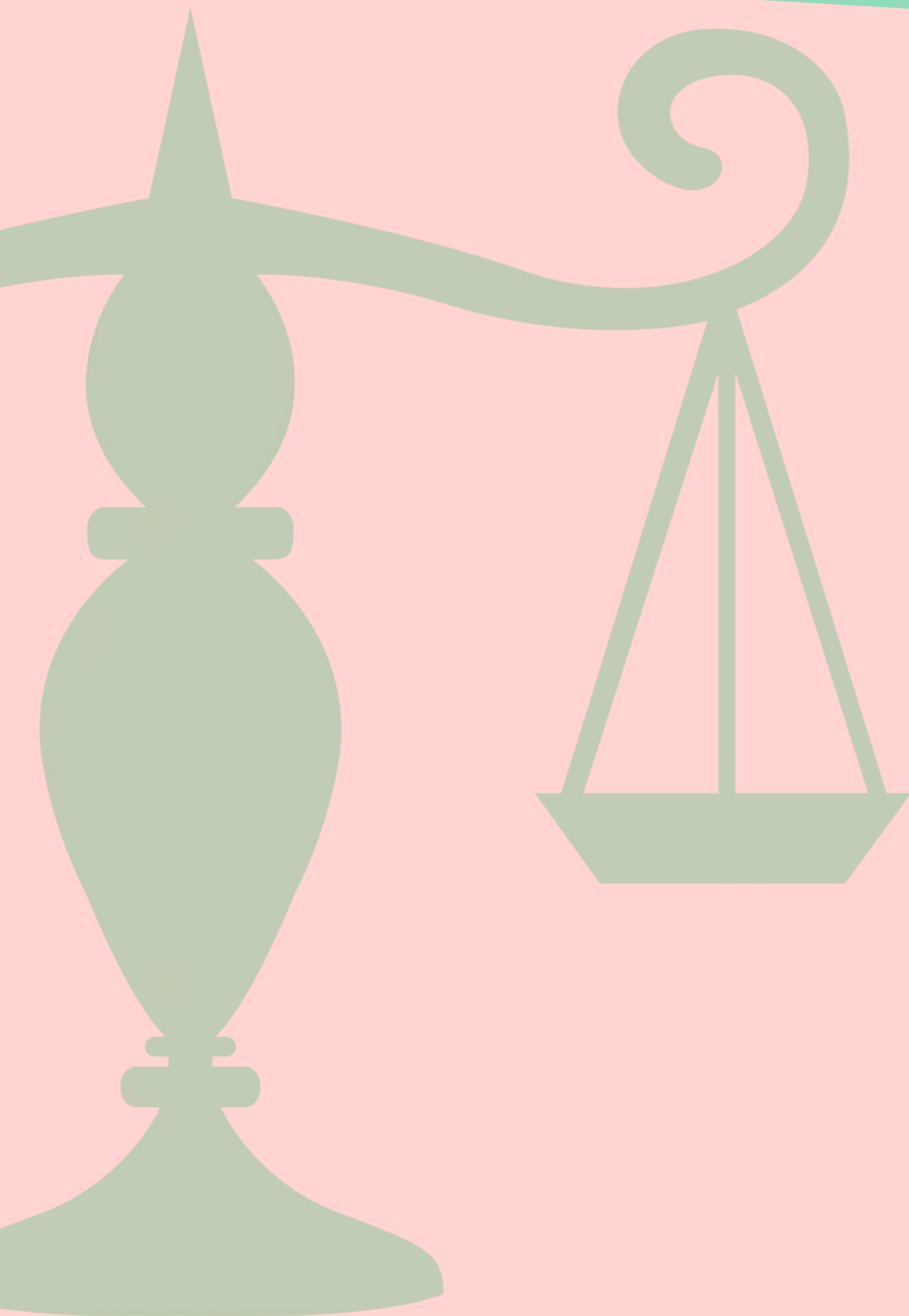
---

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).

# SEGUNDA PARTE

## FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS FILÓSOFOS DEL DERECHO



Lo que se denomina *Filosofía del derecho* corresponde a un tópico común propio de los más grandes pensadores de la ciencia jurídica de todos los tiempos, inclusive antes que fuese denominada con ese nombre. El mismo concepto de jurisprudencia es realmente clásico, perteneciente a la época de los juristas romanos. El tema o *institución jurídica*, sobre lo que los teóricos del derecho siempre han disertado, y seguirá haciéndolo, por supuesto, es el *concepto de derecho* (Alexy, 2004) como tal. Todo autor con pretensión de ser considerado un filósofo del derecho, tienen su concepto o idea de lo que puede ser representado como el mismo derecho.

En el panorama jurídico contemporáneo, el derecho como concepto puede entenderse y estudiarse a partir de un sistema jurídico de tres niveles. Donde el juez constitucional bajo la denominación de *potestad decisional adjudicativa*<sup>14</sup>, puede corregir los errores del derecho. No sólo el que enarbola las tesis del derecho del positivismo jurídico clásico racionalista; o bien con las concepciones modernas en Kelsen y Bobbio. Aquí cabe mencionar también los debates de la *posmodernidad* del derecho, que recorre la segunda mitad del Siglo XX, con autores como Hart y Dworkin.

Como un ejemplo específico de ello, se menciona la influencia de *la escuela argentina de la filosofía del derecho* con: Carrió-Nino, Buligin, Alchourron, Calsamiglia, Garzón, Valdez. Y

todo el predominio que logra en la filosofía del derecho contemporáneo los alcances de la *escuela escandinava de filosofía del Derecho* con autores como: Ross, McCormick, Peczenik, Fiss, Aarnio, Von-Wright. Estableciéndose como relaciones de inmanencia, entre las construcciones teóricas, las escuelas y los filósofos del derecho.

Además, toda la construcción de dichas corrientes, en sus tesis y trabajos más representativos posibilitaron, sin duda, 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 como grandes referentes con exponencialidad global.

ALEXY: La adjudicación de los derechos

De las tesis relevantes en la construcción teórica de Alexys, cabe resaltar su llamada *pretensión de corrección del derecho y del sistema jurídico*, aunque su importancia o valor epistemológico no está determinado exclusivamente en los alcances que tiene ésta para la teoría o filosofía del derecho en exclusivo sentido teórico. La misma trasciende como fundamento para la comprensión y desarrollo del Estado Constitucional de Derecho en el escenario mismo de una corrección<sup>15</sup> en términos de justicia. Donde precisamente la justicia, como principio material, corrija los errores del derecho,

---

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

15 Una de las críticas más fuertes contra la tesis de la pretensión de corrección de Alexy, no sólo en el contexto del sistema jurídico español, sino en la literatura y doctrina jurídica en general, es la que ha manifestado el profesor Juan Antonio García Amado de la Universidad de León. Dichas valoraciones pueden ser consultadas a fondo en el texto de García Amado, J. (2014).

construidos eminentemente en los ámbitos normativos de la ciencia jurídica. “La definición de la justicia como corrección lleva a la luz un elemento de relieve: el concepto de justicia pertenece a una familia más amplia de conceptos, atinentes a los más altos criterios de valoración relativos a ámbitos determinados” (Alexy, 2003, p. 163).

En este entendido, la pretensión de corrección se conecta con su concepto de derechos fundamentales, toda vez que Alexys justifica que la decisión de derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional, debe orientarse a los criterios de la corrección. “Dicha tesis está necesariamente conectada con los derechos fundamentales (...). La pretensión de corrección, necesariamente conectada con la jurisdicción constitucional, exige que la decisión tomada por el Tribunal Constitucional deba ser tan racional como sea posible” (Alexy, 2011, p. 27).

Esto es lo que integra además la racionalidad de la decisión judicial de derecho fundamental tanto en el examen del discurso jurídico de la interpretación específica de las normas constitucionales, como en la argumentación concreta ante el Tribunal Constitucional a la hora de encontrar las razones a favor o en contra de cada disposición iusfundamental. Sobre todo, al vincular el escenario de la corrección

con *el argumento de la corrección* de derechos fundamentales, ante la vista material de concreción de la norma como derecho fundamental, en el caso particular y concreto integrado en la decisión judicial:

El argumento de la corrección constituye la base de los dos otros argumentos, es decir, del argumento de la injusticia y del argumento de los principios. Afirma que tanto las normas aisladas como las decisiones judiciales aisladas, como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo, formulan necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos (Alexy, 2004, p. 58).

Lo que justifica la visión de Alexy sobre la teoría de principios y la *subdimensión* de los principios entendida como la optimización<sup>16</sup> perteneciente a la dimensión del peso o la importancia. Puesto que “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia” (Dworkin, 1984, p. 77).

*La subdimensión de la optimización* hace parte de una dimensión más amplia o general de los principios expresados como normas de derecho fundamental en los sistemas jurídicos como Estados constitucionales, apoyados, a su vez, en la dimensión ideal del derecho defendida por Alexy conectada con la tesis de la corrección. “Así, por ejemplo, Alexy

---

16 Uno de los estudios más importantes que se han desarrollado en torno al concepto mismo de optimización en justificación de los derechos fundamentales como normas por optimizar, es el que ha configurado la profesora colombiana Mónica Lopera, destacando inclusive su estudio más allá del concepto mismo desarrollado por Alexy, al respecto: “Sobre el criterio de la optimización se asienta entonces la tesis fuerte de la separación entre principios y reglas, una separación cualitativa y no gradual que lleva a Alexy a sostener que toda norma es o bien una regla o un principio(...). Afirmar que el cumplimiento de los principios debe tener lugar en la mayor medida posible implica que para establecer si el principio ha sido cumplido en cada caso no basta con acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino el más alto posible en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas” (Lopera, 2004, pp. 216-217).

habla de una dimensión ideal del derecho, consistente en su pretensión de corrección moral” (Bulygin, 2004, p. 16).

La diferencia radica en que la dimensión del peso o su importancia le da un papel especial a los principios jurídicos, y a las normas estructuralmente diferenciadas por las reglas, en la conexidad necesaria y conceptual de una interpretación de principios que justifica la decisión constitucional, por parte del juez o el operador jurídico. Con lo cual logra establecer un significado o un entendido en el contenido normativo concreto sobre la materialización del peso de los principios en sentido cuantitativo, o a la importancia de los principios en sentido estrictamente cualitativo o valorativo.

En este orden de argumentos la tesis de la pretensión de corrección justifica, además, la relación de una legitimidad del derecho como presupuesto de *la tesis de la conexión justificatoria* (Bayón, 2002, p. 45). Dicha tesis en el Estado constitucional justifica la necesidad de una corrección de los derechos fundamentales por parte de la labor que ejerce el Tribunal Constitucional.

Lo que evidencia el “escenario de la corrección” de los derechos fundamentales,

como construcción por el valor que se le otorga al juez en sentido amplio y general en los *sistemas jurídicos constitucionalizados*, y en concreto por el rol especial en su decisión que cumple el juez constitucional en su labor de determinar las normas y disposiciones iusfundamentales.

Así, en el ámbito de la teoría del derecho más no el ámbito de la teoría constitucional, la pretensión de corrección ha sido estudiada a su vez, desde una *dimensión proposicional*<sup>17</sup> o en el entendido de una dimensión que responde al campo de las proposiciones jurídicas y de los enunciados normativos.

Tal labor desplegada por el juez constitucional presupone siempre una pretensión de corrección<sup>18</sup>, evitando que la labor judicial supere los márgenes de *la injusticia extrema*<sup>19</sup> toda vez que la dimensión de los derechos fundamentales, en el “escalón” de positivización constitucional de primer nivel. Cuando estos se encuentren en su fase normativa abstracta en la Constitución, necesitan de una conexidad sustancial que se la da el juez constitucional entre *el escenario de la fundamentación* como procedimiento constitucional propio, para justificar los derechos fundamentales en un segundo

---

17 “Existe un aspecto objetivo de la pretensión de corrección —llamado la dimensión proposicional— el cual no está a disposición de quien pronuncia el enunciado normativo pertinente. Para ser más preciso, ni la proposición, la cual individualiza el contenido del enunciado normativo, ni los motivos que hacen la proposición verdadera, son disponibles, en el sentido de ser dependientes de las condiciones de actuación del acto de lenguaje pertinente” (Pavlakos, 2012, p. 206).

18 “El primer aspecto es la pretensión de que la decisión está correctamente justificada si se presupone el Derecho establecido, cualquiera que éste sea. El segundo aspecto es la pretensión de que el Derecho establecido, en el cual se basa la decisión, es justo y razonable. Ambos aspectos están contenidos en la pretensión de corrección que aparece en las decisiones judiciales. Las decisiones judiciales no sólo pretenden ser correctas en el esquema del orden jurídico válidamente establecido, sino también pretenden ser correctas en cuanto decisión jurídica” (Alexy, 1999, p. 32).

19 “El Derecho promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz no tiene que ser justo ni correcto para ser Derecho, pero no puede traspasar el umbral de la extrema injusticia. Si esto sucede se pierde el carácter jurídico o la validez jurídica. Esto es un desafío para la tesis positivista de la completa separación entre Derecho y moral y un reconocimiento de la tesis no positivista de la vinculación” (Alexy, 2001, pp. 81-82).

momento como *escenario de la concreción*, en la labor específica de interpretación como aplicación de la Constitución y de sus normas integradoras.

Llevando así a la aplicación adjetiva o procedimental de los derechos fundamentales estableciendo la relación *Alexyana* entre reglas, principios y procedimientos como una posibilidad de generar un desarrollo práctico del constitucionalismo en tiempos de derechos fundamentales:

La teoría de la corrección, sin embargo, puede poner de manifiesto bien una conexión de tipo definitorio -si los sistemas de normas no contienen ni explícita ni implícitamente esa pretensión de corrección no son sistemas jurídicos-, o bien un segundo tipo de conexión que Alexy denomina calificativa que se establece cuando una norma o sistema de normas que no satisfacen cierto criterio moral pueden ser considerados normas jurídicas o sistemas jurídicos aun cuando se pueda decir que son defectuosos por razones no sólo morales sino también conceptuales.

La pretensión de corrección implica pretensión de justificación. (...) En el caso de Alexy las exigencias de igualdad y universalidad que plantea toda pretensión de justificación (Betegón, 1998, p. 174).

En este orden de ideas la teoría de la corrección de Alexy tiene una aplicación concreta en su filosofía del derecho, como es su defensa de los derechos fundamentales, los cuales responden a una conexidad necesaria en cuanto a su estructura normativa de principios, denominada por el profesor alemán como *la segunda tesis de la necesidad*<sup>20</sup>, la cual recoge sus postulados centrales en la conocida *teoría de los principios*.

La cual fundamenta una postura axiológica de la Constitución como un orden normativo de valores y principios, donde realmente los principios en el Estado constitucional de derecho van a posibilitar la concreción de las disposiciones iusfundamentales que emanan de la misma Ley Fundamental. Dicha concepción, a su vez, genera la tesis de *la naturaleza dual del derecho*<sup>21</sup> y de *la doble naturaleza los derechos fundamentales*<sup>22</sup>

20 “Los principios están conectados con todas las normas de derecho fundamental independientemente si ellos, como tales, tienen carácter de reglas o de principios. Una conexión real se da en todos aquellos casos en los cuales las normas de derecho fundamental, tal como están determinadas en la Constitución, tienen que ser interpretadas directamente como principios. Esta combinación de conexiones reales y potenciales, que tiene su origen en la doble naturaleza del derecho, sirve para fundamentar la segunda tesis de necesidad”. (Alexy, 2011, pp. 26-27).

21 “La naturaleza dual del derecho implica que éste comprende necesariamente dos principios: el principio de la justicia y el principio de seguridad jurídica. El principio de seguridad jurídica es un principio formal, que requiere un compromiso con lo que se expide autoritativamente y es socialmente eficaz. El principio de justicia es principio material o sustantivo que exige que la decisión sea moralmente correcta. Estos dos principios —como generalmente ocurre con los principios— pueden colisionar, y de hecho colisionan con frecuencia. Ninguno de los dos en ningún caso podrá suplantar al otro completamente. Por el contrario, la naturaleza dual del derecho exige que puedan ser vistos en una proporción correcta entre sí, y esto, a su vez, sólo se puede lograr por medio de la ponderación. La idea de una frontera exterior del derecho es el resultado de tal ponderación, esto es, de equilibrar los principios de seguridad jurídica y justicia” (Alexy, 2013a, p. 21).

22 “Los derechos fundamentales son en realidad derecho positivo, es decir, derecho positivo a nivel de la Constitución. Sin embargo, esto no es suficiente para explicar su naturaleza. La positividad representa sólo un lado de los derechos fundamentales, es decir, su lado real o fáctico. Además de esto, ellos poseen una dimensión ideal” (Alexy, 2011, p. 24).

superando la positivización<sup>23</sup> de las normas iusfundamentales como primera naturaleza de los derechos. “Así pues, la tesis de la doble naturaleza conduce primero hasta la idealidad, en forma de corrección y discurso, y después hasta la Facticidad, en forma de legalidad y eficacia” (Alexy, 2009, p. 76).

Como queda expuesto en la introducción de este capítulo Alexy toma la influencia de *los principios en el derecho*, especialmente de las recepciones teóricas de Ronald Dworkin. Específicamente, sobre la distinción especial en Dworkin que determinó una característica totalmente distinta a las normas tipo regla por parte de los principios, llamada por él como *la dimensión del peso o la importancia* como crítica al positivismo jurídico propio de un derecho preminente gestado desde *la fuerza del legislador*. “Ningún legislador puede crear un sistema de normas tan perfecto que cualquier caso pueda ser resuelto únicamente mediante la mera subsunción de la descripción de los hechos bajo el supuesto de hecho de una norma” (Alexy, 2000a, p. 243).

Tal dimensión del peso o importancia le otorga un papel especial a los principios jurídicos y a las normas estructuralmente diferenciadas por las reglas no exclusivamente por su textura abierta, toda vez que es Hart

quien afirma precisamente esta característica general de algunos tipos de normas inclusive de las mismas reglas. La lectura de Dworkin que proyecta *una interpretación de principios*<sup>24</sup> por parte del juez o el operador jurídico, para lograr establecer un significado a la materialización del peso de los principios en sentido cuantitativo, y a la dimensión de la importancia de los principios en sentido estrictamente cualitativo o valorativo:

Los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada (Atienza & Ruiz, 1991, p. 108).

*La teoría de principios de Dworkin* permeo tanto los ordenamientos y sistemas jurídicos influenciados por el *Common Law* y por el *Civil Law*, en la aplicación de su concepto de *derecho como integridad* y su visión interpretativa de las normas de principio, a la materialización de los derechos fundamentales por parte del juez constitucional. “Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un

---

23 “Alexy sostiene que la tesis de la naturaleza es incompatible tanto con el positivismo jurídico exclusivo como con el positivismo jurídico inclusivo. Asimismo, esta tesis es incompatible con algunas variantes del no-positivismo, de acuerdo con las cuales, la validez jurídica se pierde en todos los casos en que existe un defecto o un demérito moral (no-positivismo jurídico exclusivo) o que dicha validez no se afecta de ninguna manera a causa de los defectos o deméritos morales (la forma más extrema de no-positivismo jurídico inclusivo)” (Bernal, 2011, p. 16).

24 Dworkin establece la necesidad de establecer una *interpretación de principios*, al mismo texto constitucional, y distingue cuando el escenario de la interpretación confunde la interpretación de la ley desde una perspectiva positivista, y a la interpretación de la Constitución desde una orientación principialista: “Los juristas positivistas creen que las proposiciones del derecho son, en efecto, por completo descriptivas: son piezas históricas. Desde este punto de vista, una proposición del derecho es verdadera sólo cuando se ha producido algún hecho legislativo declarado como tal y, si no, no lo es. La definición funciona bastante bien en casos muy simples. (...) Cuando una norma (o la Constitución) no es clara en algún punto, porque algún término crucial es vago o porque la formulación es ambigua, los abogados dicen que se debe interpretar la norma, y aplican lo que llaman “técnicas de interpretación de la ley” (Dworkin, 2012 pp. 192-193).

modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos” (Alexy, 1998, p. 139).

Alexy desarrolla tal dimensión del peso en la particularidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en su *Teoría de los derechos fundamentales* estructurando en el constitucionalismo moderno y en la teoría de la Constitución, una relación especial a las normas de derecho fundamental expresadas como normas de principio.

Alexy identifica que la estructura normativa de las disposiciones de derechos fundamentales es precisamente la estructura principialista, siendo los derechos fundamentales eminentemente normas jurídicas de principio. Desarrollando su concepto de *mandatos de optimización*<sup>25</sup> al identificar que los derechos fundamentales son mandatos que direccionan e imponen el juez constitucional en aras de su cumplimiento material, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas reales de su cumplimiento. Tal concepto desarrolla además la condición *prima-facie*<sup>26</sup> de los derechos fundamentales como normas de principio:

Las normas jurídicas establecidas constituyen razones *prima-facie*, que han de ser sopesadas y ponderadas con otras razones. Estas razones *prima-facie* son razones de primer orden para la realización de una cierta acción H, y, al mismo tiempo, razones de segundo orden. En esta última capacidad, indican que las razones para no ser H pueden prevalecer sólo si son particularmente fuertes, esto es, claramente más fuertes de lo que necesitan ser en un debate moral libre (Peczenik, 1992, p. 329).

Si los derechos fundamentales son estructuralmente principios, los principios configuran la estructura normativa de los derechos fundamentales y la misma *estructura normativa de la Constitución*<sup>27</sup>, al ser los principios eminentemente normas de textura abierta, el juez necesariamente debe hacer una interpretación más exhaustiva para lograr determinar la aplicación del principio con mayor peso, en las eventuales colisiones entre principios constitucionales. “Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principio –como quiera que sólo pueden

25 “Las reglas son normas que requieren que algo sea realizado de manera definitiva. Son por tanto mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. En contraste, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Así, los principios son mandatos de optimización. Su forma de aplicación es la ponderación. Esta distinción teórico-normativa se articula con la interpretación de los derechos constitucionales mediante la tesis conforme a la cual estos derechos tienen esencialmente la naturaleza de principios” (Alexy, 2013b, p. 50).

26 “Además de las reglas, las posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por los principios en oposición. Por tal razón, los principios, considerados cada uno de ellos por separado, siempre se componen simplemente de mandatos *prima facie*. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio en relación con aquello exigido por otros principios se logra a través de la ponderación. Así, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios” (Alexy, 2014, p. 17).

27 “La alternativa entre el Estado jurisdiccional y el Estado de legislación es una contraposición entre dos tipos de distribución de competencias. Bockenforde asocia esta dicotomía, ubicada en el nivel de las competencias, con una segunda alternativa que se sitúa en el ámbito de la estructura y el contenido de las normas constitucionales y, consiguientemente, de la Constitución como estructura normativa. Se trata de la opción entre la Constitución como orden marco o la Constitución como orden fundamental” (Alexy, 2002, p. 17).



entrar en colisión principios validos— tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso” (Alexy, 2007, p. 71).

Esta distinción conceptual, en el *modelo Alexyano* en la configuración de la teoría de principios se separa metodológicamente de las construcciones teóricas en Bobbio frente a la teoría de los conflictos normativos como reglas, y la antinomia como fenómeno propio de las contradicciones e indeterminaciones normativas en este tipo específico de enunciados jurídicos.

## FERRAJOLI: EL DERECHO COMO GARANTÍAS

El garantismo<sup>28</sup> comprende un paradigma en sí mismo dentro de los postulados centrales del Estado constitucional y democrático de derecho. El garantismo que hoy conocemos como garantismo constitucional nace realmente en la aplicación penal de dicha teoría, consagrado originalmente en la obra *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (Ferrajoli, 1998).

Siendo la conclusión de este estudio la propuesta de Luigi Ferrajoli para gestar años

más tarde una *teoría general del garantismo*, como muestra de la modernidad y la positividad del derecho. “El derecho penal, informado por categorías de matriz ilustrada como la estricta legalidad, la culpabilidad, la materialidad de la acción, el principio de lesividad y la responsabilidad personal, es una construcción moderna” (Ferrajoli, 2016a, p. 7).

En este orden conceptual, la propuesta que en un inicio se pensó para construir dicha teoría general del garantismo superó los márgenes teóricos del cultor de sus tesis fundamentales, originando múltiples debates con otros teóricos no solamente del derecho o de la teoría del derecho y la filosofía jurídica<sup>29</sup>, sino constitucionalistas o teóricos constitucionales, penalistas, civilistas o teóricos del derecho privado, laboristas, procesalistas<sup>30</sup> y aplicada a los sistemas procesales<sup>31</sup> específicos. En igual sentido que el derecho sustantivo Ferrajoli destaca sobre la construcción moderna del derecho y su influencia en el derecho procesal:

Lo es igualmente el derecho procesal penal pues la formalización del proceso penal sobre la base de las garantías legales de la publicidad, el principio de contradicción, la oralidad, la presunción

---

28 “La palabra garantismo es nueva en el léxico jurídico. fue introducida en Italia en los años 70 en el ámbito del derecho penal. Sin embargo, quizás pueda extenderse a todo el sistema de garantías de los derechos fundamentales. En este sentido, el garantismo es sinónimo de Estado constitucional de derecho”. (Pisarello & Soriano, 1998, p. 187).

29 José Juan Moreso y Manuel Atienza, se evidencian como dos de los principales teóricos que se han preocupado por criticar y establecer puntos de disenso con la lectura de Ferrajoli, en la generación de un debate riguroso y detallado. Para un estudio más a fondo de la cuestión ver a: Moreso (2011) y Atienza (2011).

30 “El ejercicio de la función jurisdiccional a través del derecho procesal implica básicamente un sistema de garantías constitucionales que se proyecta a través del llamado proceso de la función jurisdiccional. Es el garantismo procesal. El garantismo procesal implica la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, juntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional de aquí y ahora” (Lorca, 2003, pp. 535-536).

31 Sobre el concepto de sistema procesal en el ámbito español es importante observar el trabajo del profesor Ramos Méndez (2016).

de inocencia, la carga de la prueba por parte de la acusación, la condición de tercero del juez y los derechos de defensa se remonta a hace no más de dos siglos (Ferrajoli, 2016a, p. 7).

Así que los fines de esta investigación se centran en los alcances teóricos y constitucionales del *garantismo Ferrajoliano*. Especialmente lo que está dirigido y guarda relación directa con la construcción del paradigma del Estado constitucional desde la perspectiva y lectura del profesor italiano. Y las conexiones<sup>32</sup> que se destacan entre garantismo, constitucionalismo y Estado constitucional. “podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo” (Ferrajoli, 2006b, p. 114).

La defensa de Ferrajoli sobre la consolidación del garantismo constitucional o constitucionalismo garantista<sup>33</sup>, va a estar en el desarrollo positivista del Estado constitucional de derecho, o de la consagración positiva de los derechos fundamentales en las Constituciones escritas, donde se le da más un valor al contenido político que expresan los derechos en la democracia donde se apliquen. En dicho sentido la propuesta del *Garantismo de los derechos fundamentales*, como expresión que se puede acuñar para identificar la propuesta de Ferrajoli en concreto sobre las normas de derechos fundamentales.

La propuesta teórica se encamina a la aplicación del sentido pragmático, del deber ser que expresa Ferrajoli en la idea de Constitución, desde un derecho como sistema de garantías<sup>34</sup> para la defensa de las normas fundantes de los sistemas jurídicos modernos.

*Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*<sup>35</sup>, van a proveer de una fuerza

32 “Luis Prieto, a su vez, ha destacado con acierto el nexo entre garantismo y constitucionalismo, identificando en el estado constitucional de derecho el único orden institucional en el que es posible realizar el proyecto garantista, por medio de los vínculos sustanciales que la positivización del deber ser constitucional impone al propio derecho positivo” (Ferrajoli, 2006a, p. 16).

33 “El constitucionalismo garantista que propongo se distancia tanto de la Escala paleo-iuspositivista como de la Caribdis neo-constitucionalista, a lo que se aúna, en mi opinión, una incompreensión del paradigma del constitucionalismo rígido: configurable, me parece, no más sobre la base de la vieja reducción iuspositivista de la validez de las normas legales a su existencia y sobre la consiguiente aproximación avalorativa de la ciencia jurídica a su objeto, ni tampoco sobre una superación tendencialmente iusnaturalista de la separación entre Derecho y moral y, por tanto, del propio positivismo jurídico, sino como un iuspositivismo reforzado y, por así decir, completado por la positivización del *deber ser jurídico* de la producción legislativa del propio Derecho positivo” (Ferrajoli, 2011a, p. 315).

34 “Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo” (Ferrajoli, 1999, p. 62).

35 La labor de defensa y garantía de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho, va a ser superado por la misma actividad del control de constitucionalidad de las leyes, tal como lo anota el profesor español Rafael Jiménez Asensio: “La atribución de la competencia de *garantizar*, siquiera sea de forma subsidiaria, los derechos fundamentales, ha terminado por influir radicalmente en la actuación de estos Tribunales Constitucionales hasta el punto de pasar a ser la atribución a la que más tiempo y energía dedican esas jurisdicciones. Efectivamente, la defensa de los derechos fundamentales es en algunos países una pieza capital en el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales e incluso un fundamento nada despreciable de legitimidad de estos órganos constitucionales” (Jiménez, 2005, pp. 153-154).

especial la protección no sólo institucional sino en el poder judicial, de los derechos que cubren las luchas que deben efectuar a diario, por la inoperancia de las instituciones que se generaron desde una fundamentación política y por lo tanto:

¿En qué cosa consisten las “garantías constitucionales”? Con esta expresión se alude normalmente a la “rigidez” de la Constitución, es decir, a la no modificabilidad de los principios, de los derechos y de los institutos en ella previstos si no es mediante procedimientos de revisión agravados, y al control jurisdiccional de la constitucionalidad respecto de las leyes ordinarias reñidas con aquélla. Se trata en realidad de una noción compleja, que aquí descompondré en varias nociones distintas: por un lado, la rigidez, que es un rasgo de la norma constitucional; por otro lado, el conjunto complejo y articulado de sus garantías, que requieren, a su vez, ser distinguidas y analizadas (Ferrajoli, 2006c, p. 36).

En este orden conceptual el garantismo como teoría del derecho, presenta rasgos comunes con el concepto de derecho construido por Ferrajoli, y las tensiones teóricas en los principales tópicos defendidos por el positivismo jurídico, se puede esquematizar la lectura iuspositivista<sup>36</sup> del garantismo de acuerdo con:

(i). El garantismo niega la posibilidad de la existencia de una conexidad conceptual y necesaria entre el derecho y la moral.

(ii). Gracias a la positivización de las normas en sentido legal, los derechos constitucionales y las disposiciones de derechos fundamentales en la Constitución del Estado constitucional, la validez jurídica pasa a un segundo plano de importancia conceptual, ya que la aceptación misma de dichas normas en la rigidez constitucional<sup>37</sup>, permite establecer un escenario de supremacía de la unidimensionalidad<sup>38</sup> del positivismo de tradición del derecho decimonónico de tradición legalista<sup>39</sup>.

(iii). La lectura de los derechos fundamentales debe estar orientada a la lectura positivista<sup>40</sup> de la norma constitucional,

---

36 “Con el positivismo jurídico y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente nació la política moderna en cuanto producción y transformación, precisamente, del derecho, es decir, de las reglas y de las relaciones sociales. El lenguaje del derecho ha devenido, desde entonces, el lenguaje de la política, en el que, repito, vienen formulados los problemas sociales y sus soluciones”. (Ferrajoli, 2016b, p. 258).

37 “Es bien conocido que el significado de la rigidez constitucional se corresponde con la idea de que las reglas para modificar la constitución son distintas (y de mayor dificultad) que las que existen para modificar la legislación ordinaria. De ahí deriva la distinción entre constituciones rígidas y flexibles (cuya modificación no requiere de procedimientos distintos de los que existen para reformar el Derecho ordinario)” (Aragón, 2015, p. 314).

38 Ferrajoli (2006a, p. 26).

39 “El estado de derecho moderno nace, con la forma del *estado legislativo de derecho*, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa” (Ferrajoli, 2001, p. 32).

40 “Considero que el positivismo jurídico que se impuso con el nacimiento del Estado moderno ha vuelto a fundar no tan sólo

no permitiendo una interpretación o aplicación abierta a las posturas de los juristas o quien pretenda otorgarle un alcance distinto, al mismo alcance normativo que le da la Constitución. Por lo tanto, su interpretación es muy estricta frente al margen de aplicación de los operadores jurídicos, su nivel de construcción sólo es permitido desde una *subsunción interpretativa*, como esquema de hermenéutica positivista.

Se pueden representar los postulados centrales del garantismo de Ferrajoli, con la siguiente gráfica:

**Gráfica 1**

**Esquema triádico del garantismo Ferrajoliano**

1. El garantismo como posibilidad de negación entre el derecho y la moral.
2. Los derechos fundamentales son normas de derecho positivo-positivización constitucional
3. La lectura e interpretación de los derechos debe ser en estricto apego a la norma constitucional positiva.

*Nota.* Fuente propia.

En este orden de argumentos el tópico de la rigidez<sup>41</sup> constitucional en la teoría del garantismo de Ferrajoli es muy importante, no sólo para demostrar su

justificación positivista<sup>42</sup> de la misma, sino en la construcción del paradigma del Estado constitucional de derecho, y del modelo correcto para la interpretación de los derechos fundamentales.

La preocupación de Ferrajoli está en la prohibición desde sus construcciones teóricas en la posibilidad de la *lectura interpretativa abierta* de los derechos fundamentales, en determinar si los derechos fundamentales son normas de derecho positivo, no en el sentido del positivismo legal clásico, defendiendo un “positivismo renovado o reforzado” en un positivismo del texto constitucional y de la positivización de los derechos fundamentales en las Constituciones rígidas con concreciones normativas. “Son <<derechos fundamentales>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas” (Ferrajoli, 2010b, p. 37).

La idea de cambiar la “positivización originalista” con la que el constituyente imprimió su sello de gestación, no puede ser desvirtuada por el juez constitucional para interpretar los derechos fundamentales abiertamente, a los casos concretos y

---

el derecho, sino también la política, confiando explícitamente a esta última la producción y aún antes la invención del derecho, así como su defensa y su crítica, su proyección y su transformación a través de leyes y Constituciones, reformas y revoluciones, interpretaciones evolutivas o aplicaciones regresivas”. (Ferrajoli, 2010a, p.174).

41 “Gracias a la rigidez de las Constituciones la legalidad ha cambiado su naturaleza: no es más sólo condicionante y reguladora por vínculos jurídicos no solamente formales sino también sustanciales; no es más simplemente un producto del legislador, sino que es también proyección jurídica de la legislación misma, y por tanto límite y vínculo del legislador y por ello de las mayorías contingentes de las que es expresión”. (Ferrajoli, 2006b, p. 114).

42 El positivismo de Ferrajoli debe ser entendido como un positivismo jurídico crítico, mas no descriptivo, ya que al admitir un positivismo descriptivo en sus teoría del garantismo o su idea del constitucionalismo, la convertiría en una teoría ideológica: “la ciencia jurídica no puede limitarse a un acercamiento al derecho positivo de tipo solamente descriptivo, siéndole impuesto por su mismo objeto un rol crítico en sus relaciones con las violaciones por comisión o por omisión del dictado constitucional por parte del legislador, y por ello prescriptivo de su reparación a cargo de la jurisdicción constitucional y de la legislación ordinaria” (Ferrajoli, 2011b, p. 15).

otorgarles otros entendidos o significados normativos más allá de los mismos determinados en el texto normativo de la Constitución<sup>43</sup>.

Considerando Ferrajoli como un rasgo distintivo del constitucionalismo en sentido jurídico, esta nueva positivización constitucional en clave del Estado constitucional de derecho, por lo tanto:

La diferencia entre las dos ideas de constitucionalismo no es, en efecto, una «cuestión de matices». En el constitucionalismo político la idea de los límites del poder es solamente un ideal, una aspiración, un proyecto político de hecho realizado en países de sólidas tradiciones liberales como Inglaterra, pero ciertamente no traducido en garantías jurídicas por ausencia de constituciones rígidas que las aseguren. En el constitucionalismo jurídico, en cambio, este ideal ha sido traducido en precisas garantías constitucionales —la previsión de procedimientos agravados para la revisión de la constitución y el control jurisdiccional sobre la inconstitucionalidad de las leyes— que han transformado tales límites y vínculos políticos en normas de Derecho positivo (Ferrajoli, 2011a, p. 318).

## GUASTINI: NORMAS

### INTERPRETATIVAS

Riccardo Guastini distingue entre los problemas de la interpretación en los sistemas jurídicos con declaratorias de inconstitucionalidad a priori y a posteriori, y de los sistemas jurídicos con control de constitucionalidad difuso y concentrado:

El problema no tiene ninguna importancia práctica en los sistemas jurídicos en los que el control de legitimidad constitucional es difuso (como en los Estados Unidos), o en aquellos en que el control se ejerce solamente a priori (como en Francia). Pero es, por el contrario, un problema muy serio en todos los sistemas en que el control es concentrado y a posteriori (como en Alemania, España, Italia, etcétera), ya que en principio, en estos sistemas jurídicos, la derogación (tácita, por incompatibilidad) de una ley puede ser reconocida por cualquier juez, con efectos *inter partes*, mientras que la ilegitimidad constitucional de una ley puede ser declarada solamente por el juez constitucional, con efectos *erga omnes* (Guastini, 2010b, pp. 98-99).

Atendiendo al tenor anterior, la interpretación constitucional en Italia responde a *los problemas analíticos del lenguaje jurídico* (Guastini, 1997, p. 123), ya no un lenguaje jurídico de carácter general, sino un

---

43 A pesar de la defensa positivista de la Constitución en Ferrajoli y su concepto de derechos fundamentales, fuertemente anclado a una teoría positivista, resulta llamativo su concepto de Constitución sustentado en una postura meta-reglada que podría encuadrar en una justificación no positivista del texto constitucional: “Las Constituciones se caracterizan por ser un conjunto de meta-reglas sobre los poderes públicos, incluso aquel de mayoría, que están obligados por ellas a la separación recíproca y al respeto de los derechos fundamentales de todos” (Ferrajoli, 2002, p. 14).

lenguaje en específico, <<el lenguaje de la Constitución>>, para finalmente construir <<el lenguaje de los derechos>>, como respuesta contemporánea por el debate acerca de qué entendemos por derechos fundamentales, puntualmente frente al lenguaje constitucional, las disposiciones constitucionales enfrentarías un problema en cuanto a su aplicación, por estar necesariamente vinculadas a un desarrollo legislativo de las mismas.

## ZAGREBELSKY: LA DUCTILIDAD DEL DERECHO

El Estado constitucional presenta una respuesta complementaria o integradora, frente a los dos modelos, que no niega la existencia de dos tipos de interpretación, o sistemas distintos de interpretar el derecho, cuando al derecho lo relacionamos con la ley, o cuando lo identificamos con la Constitución, o las disposiciones que derivan de ella. Esta propuesta, en Italia ha sido defendida en particular por Zagrebelsky, la cual arroja una respuesta frente a este problema de interpretación, ya no desde un criterio de distinción sino en la elaboración de un *criterio interpretativo integrativo*:

Si se tienen en cuenta algunos hechos — que hoy los principios que contienen valores

de justicia se han convertido en derecho positivo integrado en la Constitución; que, por consiguiente, la apelación a la justicia, junto o enfrente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), sino que es algo previsto y admitido; que tales principios consisten fundamentalmente en <<nociones de contenido variable>> y, por tanto, cumplen una función esencialmente dinámica-, se comprenderá entonces que se ha introducido en el ordenamiento una fuerza permanentemente orientada al cambio (Zagrebelsky, 2009, p. 146).

Lo que propende entonces, por una interpretación constitucional diferenciada de la interpretación legal<sup>44</sup>, o de la norma en sentido reglado, ya no desde una fase excluyente, sino más bien, es una interpretación constitucional que complementa en tiempos del Estado constitucional y democrático de derecho, una *verdadera existencia del sistema jurídico*, en todos sus planos normativos.

En la otra orilla de la discusión, están aquellos teóricos que posicionan los derechos fundamentales como normas no sólo estructuralmente vistas desde la lógica principialista, sino que reivindican, *el derecho por principios*<sup>45</sup>, como un escenario propio

44 A la propuesta de Zagrebelsky en Italia, sobre la incorporación de principios específicos en la Constitución, como el principio de justicia, que desde su propuesta de un derecho o constitucionalismo dúctil, que generaría una *interpretación integradora* en el Estado constitucional de derecho, ha encontrado tal propuesta una fuerte crítica formulada por Guastini, que dirige su atención en la teoría de Zagrebelsky, como una teoría que desconoce los postulados del derecho positivo, que refleja la interpretación del profesor de Turín, como neoiusnaturalista o abiertamente antipositivista: “Identificar ley y justicia es, por tanto, confundir derecho y moral. Así pues, contrariamente a la opinión de Zagrebelsky, la identificación de la justicia con la ley -lo que se conoce como legalismo (o formalismo) ético- es algo ajeno al positivismo jurídico. Es más bien una forma de iusnaturalismo o, en la terminología de Alf Ross, un «cuasi positivismo»: en suma, un falso positivismo” (Guastini, 1996, p. 113).

45 La noción del *derecho por principios* ha sido construida por el profesor italiano Gustavo Zagrebelsky, para él los principios

del Estado constitucional y democrático, estableciendo nuevos márgenes de acción para las decisiones judiciales, que pongan fin a conflictos y colisiones constitucionales.

## COMANDUCCI: METATEORÍA DEL DERECHO

La meta interpretación de los derechos fundamentales, en el contexto italiano, pone de presente dos problemas que convergen en dicho marco conceptual, (ii, a). La interpretación constitucional implícita en el sistema de fuentes. Y, (ii, b). La justificación de los derechos fundamentales; ambos problemas constituyen la noción de <<meta interpretación>>. Esta noción es construida grosso modo por *la escuela genovesa de la filosofía del derecho*, y su cultor en sentido estricto es el profesor Paolo Comanducci.

*Frente al primer problema*, relativo a la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en torno a las fuentes del derecho, en los sistemas jurídicos constitucionales, la cultura jurídica italiana de la interpretación, ha denotado específicamente, que los derechos fundamentales construyen una

<<interpretación implícita>>. Dicha interpretación se entiende en la medida que la Constitución italiana<sup>46</sup>, al igual que otros sistemas jurídicos europeos, sobre todo de la Europa continental, es entendida en sí misma como fuente del derecho, no sólo desde el aspecto general de la constitucionalización del derecho, que propone la fuerza normativa de la Constitución para que esta pueda aplicarse directamente por todos los jueces y operadores jurídicos.

En este entendido es importante la distinción que hace Guastini, frente a las normas constitucionales y legales utilizando la rigidez como criterio para ello:

la distinción entre derechos legales y derechos constitucionales posee una importancia fundamental en los sistemas jurídicos con constitución rígida. Puesto que, si la constitución es rígida, la ley ordinaria está jerárquicamente subordinada a ella, y por lo tanto no está autorizada a modificar o derogar normas constitucionales. En dichas circunstancias, un derecho subjetivo constitucional no puede ser limitado, modificado o suprimido por las leyes ordinarias (las cuales pueden en cambio

---

constituyen un elemento principal de los modernos Estados constitucionales. y un rasgo tangible de los derechos fundamentales, su perspectiva es complementaria, pues no entra en el debate puntual desde una óptica principialista o no principialista, o desde una reivindicación de iusnaturalismo o el positivismo jurídico, ya que considera que los principios y los derechos fundamentales en el Estado constitucional, superan esa dicotomía clásica de la teoría y la filosofía del derecho (Zagrebelsky, 2009, p. 109). En el mismo sentido de complementariedad entre ley y derechos, entre legalidad y justicia, y de los retos del constitucionalismo donde la noción de principios no es utilizada en sentido dicotómico se evidencia en Zagrebelsky (2004). “El reto del constitucionalismo está en su totalidad aquí: en la capacidad de la Constitución, planteada como *lex*, de convertirse en *ius*; fuera de formalismos, en la capacidad de salir del área del poder y de las frías palabras de un texto escrito para dejarse atraer a la esfera vital de las convicciones y de las ideas queridas, sin las cuales no se puede vivir y a las que se adhiere con calor”. (Zagrebelsky, 2004, pp. 22-23).

46 Desde el punto de vista de la Constitución italiana, y desde el mismo ordenamiento italiano, el debate en torno a la interpretación de los derechos fundamentales como normas constitucionales tanto en lo formal como material, y las normas que jerárquicamente no expresan, un nivel constitucional de prelación frente a sus contenidos normativos de aplicación, ha girado por el tópico de la rigidez constitucional.

suprimir un derecho legal) (Guastini, 1993, p. 238).

Esta relación sigue la noción según la cual, la interpretación es un acto que se justifica siempre en una norma preexistente, es decir, entendiendo la interpretación de los derechos fundamentales desde una <<meta-justificación>> como justificación general, a la hora de establecer una justificación particular en la actividad interpretativa del juez frente a disposiciones normativas que expresen derechos fundamentales:

Desde el punto de vista del resultado de la actividad de justificación del juez, podría afirmarse que sigue en pie la tesis de acuerdo con la cual una decisión (entendida como acto de decidir) está justificada si está fundamentada en una norma N1 aplicable, es decir, si tal norma N1 debe ser aplicada basándose en otra norma existente N2, que a su vez, no debe ser necesariamente aplicable (Comanducci, 2009, p. 24).

## **POZZOLO: NEOCONSTITUCIONALISMO**

Dentro de las principales propuestas teóricas para la interpretación de los derechos fundamentales en Italia, se destacan especialmente dos desarrollos teóricos. Los cuales se enuncian para fines metodológicos.

(i). *la interpretación neoconstitucionalista de los*

*derechos fundamentales. Y (ii). La meta interpretación de los derechos fundamentales.*

Frente al primer tópico. (i). la interpretación neoconstitucionalista de los derechos fundamentales. Se evidencia especialmente las propuestas que al particular han establecido sus dos principales cultores: Sussana Pozzolo y Paolo Comanducci.

En un primer plano discursivo, el neoconstitucionalismo interpretativo o neoconstitucionalismo para la exégesis de los derechos fundamentales, se muestra como un proceso construido con posterioridad al fenómeno de la *constitucionalización del derecho*<sup>47</sup>. Utilizado como tópico dentro de las constituciones normativas, en las <<constituciones necesariamente interpretativas por un lenguaje constitucional<sup>48</sup>>>.

De tal modo, que los derechos fundamentales al ser normas esencialmente abiertas deben ser interpretadas por parte del juez o funcionario que ostenta la potestad decisonal, la particularidad de la interpretación de la Constitución, propondrá una especial atención a las normas y disposiciones que integran el concepto de derechos fundamentales. “El neoconstitucionalismo forma parte de este proceso histórico y teórico, y aunque apareció de manera posterior al propio proceso de constitucionalización, se encuentra hoy en pleno florecimiento” (Pozzolo, 2016, p. 143).

47 “El lenguaje constitucional no es interpretable con los instrumentos comúnmente utilizados para la interpretación del derecho infraconstitucional, o sea, no basta con la referencia al sentido común de las palabras empleadas en la disposición” (Pozzolo, 1998, p. 346-347).

48 “Esta última tiene por objeto aquel modelo institucional, y se caracteriza por una concepción de la validez de las leyes como dependiente no sólo de requisitos procedimentales sino más bien sustanciales, es decir, de la conformidad de los contenidos de las leyes al contenido de la constitución” (Comanducci, 2011, p. 96).



La particularidad de la interpretación expresa los contenidos de determinación mínima de los derechos fundamentales, como disposiciones normativas cuya naturaleza es precisamente de ser normas, que expresan una <<proyección fáctica de concreción>><sup>49</sup>, siendo vital así, para los fines de la decisión judicial en términos de derechos fundamentales, el establecer los márgenes de determinación de la norma:

El problema de la determinación/ indeterminación del derecho es el problema epistemológico relativo a la cognoscibilidad/incognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones. El contenido del derecho está determinado frente a una acción si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de cada acción (Comanducci, 1998, p. 101).

## **PRIETO SANCHIS: EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS**

*El constitucionalismo de los derechos* es una expresión que acuña Luis Fernando Prieto Sanchís en un gran número de sus trabajos, con la que pretende establecer una conceptualización entre la relación de los derechos fundamentales, la idea de Constitución y las conexiones entre ambos en los sistemas jurídicos contemporáneos.

A manera de esquema se pueden distinguir los principales tópicos con los que el profesor español explica sus tesis fundamentales.

- (i). Los presupuestos del neoconstitucionalismo.
- (ii). La relación entre garantismo y constitucionalismo.
- (iii). Las relaciones entre el derecho y la moral.
- (iv). La objetividad en la interpretación de los conceptos morales de la Constitución.
- (v). El constitucionalismo y la globalización.

La propuesta que presenta Prieto Sanchís sobre las normas jurídicas de principio se inserta en la misma concepción de los textos constitucionales como normas fundamentales de carácter o de corte *principal*.

Esta postura se evidencia en el caso de la Constitución española de 1978, que la misma se configura como <<un cuerpo constitutivo de libertades públicas y derechos fundamentales con especial fuerza normativa>>, indicándola como una norma no apartada en su orden de concreción normativo o de su fuerza normativa particular, siendo específicamente una carta de disposiciones iusfundamentales presentada a un <<sistema de fuerte corte principal>>:

[...] la Constitución de 1978, que es un texto claramente <<principal>> [...] la constitucionalización de un amplio catálogo de principios y, en general, su recepción en normas expresas no tiene sólo un sentido programático o

---

<sup>49</sup> La *proyección fáctica de concreción* es entendida como el escenario donde se establece la determinación de la norma de derecho fundamental, en conexidad material con los hechos o supuestos fácticos, que predicen la aplicación, reconocimiento y garantía de la disposición iusfundamental.

de manifestación pública del orden de valores en que descansa el sistema, sino que ofrece también una virtualidad práctica indudable que permite diferenciar los principios expresos de los tradicionales principios generales del derecho (Prieto Sanchís, 2011, p. 206).

Es claro aquí la distinción entre principios generales del derecho que construyen la noción de la ciencia jurídica desde una fuerza implícita del orden jurídico, y de su objeto preeminentemente normativo a los principios como normas jurídicas especiales dentro de los sistemas legales abiertamente constitucionalizados. “Un principio constitucional, ostenta la fuerza del documento que lo consagra, por tanto, cualquier disposición contrastante ya no será una excepción, sino una *infracción* del mismo, lo que significa que constituyen un límite sustantivo a la producción de normas inferiores” (Prieto Sanchís, 2011, p. 206-207).

Los problemas que <<la principialista>> quiere solucionar desde las concepciones estrictamente positivistas en culturas jurídicas<sup>50</sup> de estirpe estrictamente codificadora, proponer nuevas fuentes del derecho como formas de producción jurídica. Tal distinción permite solucionar principalmente la prohibición de la función creadora del derecho, desde las tesis positivistas radicales para así desmitificar el rol del legislador racional frente a su papel dentro del sistema jurídico.

Uno de los tópicos relevantes en los que Prieto Sanchís centra su producción jurídica es el correspondiente a los conflictos normativos, más puntualmente conocidos como antinomias. Es este orden <<la confrontación normativa de antinomias o conflictos de reglas, es uno de los tópicos que toca con especial relevancia la propuesta de la teoría principialista del derecho o de los derechos>>, pues las formas de solucionar conflictos de reglas o antinomias jurídicas, se desplazan desde el plano tradicional de las reglas jurídicas a la dimensión constitucional superior, refiriéndose concretamente a los principios como normas positivas constitucionales.

Desde otro escenario normativo se destacan las colisiones de principio, en las que normas de textura abierta presentan <<confrontaciones de igualdad jerárquica>>, desplazándose de la dimensión de validez-jurídica a una dimensión constitucional principial, frente a su rango como normas consagradas en igualdad de condiciones hipotéticas en una Constitución en sentido material-normativo.

La colisión de principios puede ser entendida también como una condición explícita de dos o más derechos fundamentales, que por los medios de solución clásicos de antinomias desbordan la esfera tradicional de aplicación por una constelación propia de los modernos Estados constitucionales:

---

50 Prieto Sanchís (2011) en su teoría del derecho presenta un análisis de la cultura jurídica europea orientada hacia la codificación y la exégesis extremas de sus formas de producción jurídica, proponiendo un cambio desde la visión del orden jurídico como un sistema preeminentemente fundamentado por una axiología principialista. El cual puede llegar a llenar los vacíos, frente a los problemas constantes de ordenes normativos influenciados por un positivismo legalista o legicentrista, presentando oscuridad e indeterminaciones en la escogencia de las fuentes del derecho, que responden a las vicisitudes de una centralización de la producción jurídica en la conciliación de antinomias y lagunas permeadas a lo largo del mismo sistema.

Son principios también las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan no ya por la nota de la incondicionalidad, sino por la particular fisonomía del deber que incorporan, consistente en seguir una cierta conducta finalista que puede ser realizada en distinta medida, aquí la ponderación es necesaria porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y, en particular, de la presencia de otros principios en pugna (Prieto Sanchís, 2009, pp. 180-183).

Frente al papel de las colisiones de principio es notable que las condiciones de precedencia de un principio sobre el otro no solamente pueden depender de un equilibrio o balance de los derechos fundamentales en oposición <<a un juicio de ponderación concreto>>, pues la labor del intérprete o del operador jurídico quedaría relevada a la simple concreción mecánica de una lógica ponderativa en la directriz del mandato de optimización, enfrentando un reduccionismo en la producción y construcción del derecho a través de elementos discrecionales en el administrador de justicia.

La mayor o menor medida posible de concreción de los principios contrapuestos se da por la apertura de un *entendido axiológico valorativo*, por la realización de los fines materiales de protección de los derechos fundamentales dentro de un Estado constitucional, y cómo dichas normas jurídicas de principio atienden la labor orientadora de la garantía en la esfera de decisión de los derechos, más cercana a una propuesta concertada de un neiusnaturalismo o desde

las mismas bases del constitucionalismo. “La justicia constitucional encierra dos postulados: uno es que el poder debe estar limitado, otro, que esa limitación ha de ser una tarea judicial, y este segundo aspecto requiere una determinada concepción de interpretación y aplicación del derecho” (Prieto Sanchís, 2009, p. 95).

Sobre la distinción estrictamente normativa entre enunciados jurídicos que presentan condiciones de reglas y enunciados normativos que presentan condiciones de principio, Prieto Sanchís propone un universo más complejo que, inclusive, aquel que puede plantear al hablar de reglas como un tipo de normas totalmente distintas a las normas de principios, enfrentadas a los problemas de indeterminación en la vaguedad del lenguaje jurídico, proponiendo soluciones totalmente aisladas las unas de las otras, simplemente abordadas desde una *textura cerrada* contrario a la normas de principio en cuanto a su *textura abierta*. Construyéndose una pretensión sistemática del ordenamiento jurídico, configurando la “coherencia interpretativa” del mismo sistema, <<posibles soluciones a indeterminaciones normativas en las zonas de penumbra del derecho>> mirándose los unos a los otros (reglas y principios), como dos tipos de normas opuestas en un mismo sistema jurídico.

Si los principios como normas jurídicas que expresan derechos fundamentales, pueden presentar grados de concreción con la pretensión de cumplimiento de dicho mandato, la textura abierta de los principios le otorga al intérprete en su labor de materialización grados más amplios de aplicación.

Los cuales pueden ser objeto de una optimización justa y racional, sobre la base teórica de la estructura de los principios a diferencia de las normas tipo regla, de conformidad a su concreción *todo o nada* como queda dicho, permitiendo que el grado de optimización de los principios pase de un modelo puro de reglas (positivismo jurídico excluyente) a un modelo puro de principios (neoiusnaturalismo) e inclusive a tesis defendidas desde el positivismo jurídico incluyente.

La propuesta representada en Prieto Sanchís, busca entender la teoría de principios en conciliación a su vez con la aplicación de un modelo reglado del derecho, que no excluye por completo un derecho construido por principios, desde la óptica del Estado constitucional. Sobre esta base es importante la visión sobre los márgenes de acción de la textura de los dos tipos de normas tanto de principios como de reglas:

Desde esta perspectiva la distinción entre reglas y principios no es anterior, sino posterior a la interpretación, es decir, posterior al encuadramiento de un caso individual en el caso genérico descrito por la norma. Antes de ese momento reglas y principios parecen presentar unos problemas semejantes de textura lingüística o de vaguedad

semántica, quizá agravados en el caso de los principios por su generalmente menor concreción (Prieto Sanchís, 1993).

En el contexto de la aplicación de las normas jurídicas de principio en los modernos sistemas jurídicos<sup>51</sup>, se da en determinar la interpretación y alcance de las normas constitucionales como derechos fundamentales, en sentido estricto de su estructura normativa frente a la especificidad de la interpretación constitucional. “El género de interpretación que reclaman las Constituciones actuales pone sobre la mesa una serie de técnicas y argumentos ajenos a la tradición positivista” (Prieto Sanchís, 2000, p. 161).

Frente al problema de concreción Prieto Sanchís se muestra partidario de la plausible irracionalidad<sup>52</sup> que puede observarse del intérprete, en los casos concretos donde se pretendan solucionar las colisiones. Su control desmedido está en los límites que impone la Constitución sobre los derechos fundamentales, y sobre la intención de la interpretación constitucional, siempre en función de que ningún derecho, en concreto, se vea lesionado por otro específico.

Configurándose una apertura de los textos constitucionales por la desformalización de los contenidos jurídicos, que sólo miraban el

51 Lo que indica que la principalista o la teoría principalista de los derechos fundamentales, se aleja de las concepciones del derecho, cerradas sólo a un modelo positivista de observancia de la ciencia jurídica. Sobre esta concepción se centra el debate de la protección constitucional de las normas de principio como verdaderos derechos fundamentales en el papel que juegan los tribunales o cortes constitucionales en la judicabilidad de estos derechos, y la oposición del papel del legislador como fuente del derecho que reclama su papel principal, un poco relegado por el Estado constitucional contemporáneo y la inclusión de los textos constitucionales con normas fuertes como los principios.

52 Sobre esta base teórica se está abiertamente en oposición a lo que prescribía la Constitución de los Estados de derecho decimonónicos, frente a los grandes márgenes de acción y de gran discrecionalidad que tenía el legislador para llenar de contenido material lo que los mismos cuerpos constitucionales no podían establecer por sus magnos rasgos de formalismo extremo.

núcleo político de los textos constitucionales, el “giro teórico” parece extenderse de una postura moderada de lo que puede reflejar un concepto contemporáneo de derecho, en una “lucha por los derechos” en los ámbitos de protección y garantía material. Protegiendo bienes e intereses jurídicos consagrados taxativamente en principios constitucionales<sup>53</sup>, como normas dúctiles y maleables puestas en función de su interpretación, no sólo desde *respuestas únicas y correctas*, para la toma de decisiones justificadas desde los razonable y proporcional como equilibrio de intereses contrapuestos:

La Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia es esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada

argumentación racional (Prieto Sanchís, 2000, p. 173).

Prieto Sanchís, por su parte, presentará su propuesta sobre una principialista que se apoya fundamentalmente en <<la tesis de la conexidad necesaria entre el derecho y la moral>>, criticando a su vez los desarrollos teóricos de Alexy en la forma de “resolver un caso a la luz de los principios entraña siempre un conflicto entre derechos constitucionales y, salvo que entendamos que existen herramientas infalibles para hacer frente a esos conflictos, nada garantiza que nuestro caso reciba una respuesta moralmente correcta” (Prieto Sanchís, 2013, p. 118).

Buscando la principialista la conexidad en la aplicación de los enunciados normativos, y la utilización de una argumentación jurídica fuerte apoyada en una primera fase de interpretación<sup>54</sup> del derecho, abierta al escenario constitucional como construcción de la teoría del neoconstitucionalismo, y su pretensión de ser una teoría general del derecho, que busca consolidar entre sus postulados la idea material<sup>55</sup> de la Constitución<sup>56</sup>, y los derechos

---

53 Los principios constitucionales como normas jurídicas por excelencia dentro de los modernos Estados constitucionales, van a permitir una posible conciliación frente al dualismo positivismo jurídico e iusnaturalismo. Es decir, un derecho desde una postura abiertamente positivista, nunca pensó en orientar sus fuentes de producción a propuestas que partieran del reconocimiento más allá de un derecho expresamente consagrado, aunque los mismos principios son normas constitucionales. El debate se expresa en la fuerza axiológica de los principios y en sus postulados de interpretación frente a los casos concretos, haciendo referencia a una fuerza normativa que supera no sólo la aplicación directa de la norma fundamental en el entendido de la aplicación de los derechos fundamentales, sino su criterio de unificación del mismo sistema jurídico.

54 Tal interpretación presenta inconvenientes o circunstancias de inaplicabilidad material cuando se realiza una interpretación constitucional bajo un precepto legal, como lo plantea Díaz Revorio: “la interpretación que se considera constitucional, y sobre cuya base se supera el contraste del precepto con la norma suprema, no puede obtenerse forzando la letra de la ley, sino que ha de poder derivar lógicamente del texto del precepto” (Díaz Revorio, 2002, p. 199).

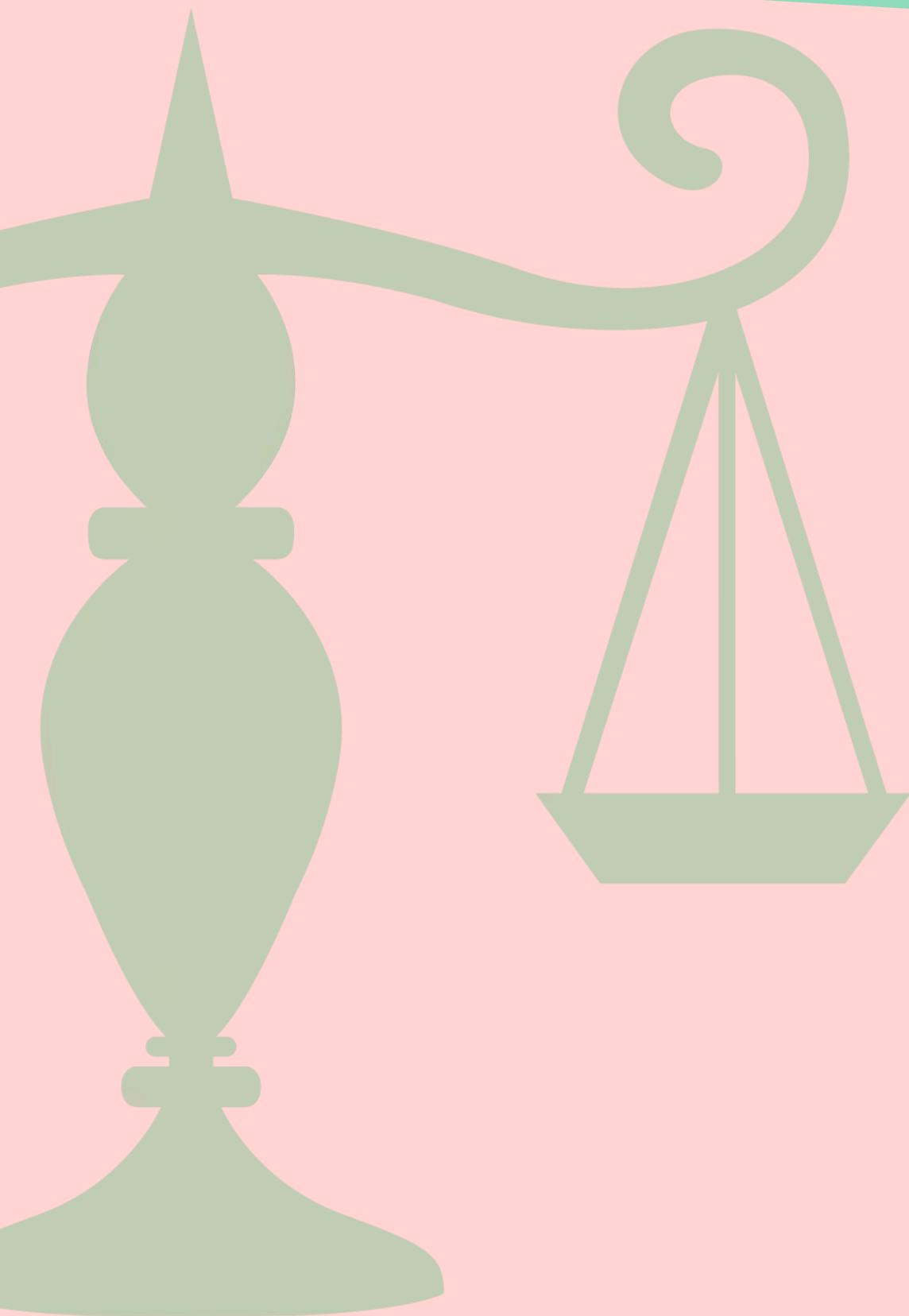
55 La Constitución en sentido material desde la perspectiva principialista, permite esencialmente la aplicación directa de las normas constitucionales, como los derechos fundamentales o disposiciones iusfundamentales, cuya característica estructural es precisamente la de ser normas de principio, desde el sentido material de la Constitución en tiempos de constitucionalismo: “Lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo radica, precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda operación y creación del derecho” (Cruz, 2009, p. 16).

56 Sobre la idea de Constitución en Prieto Sanchís (2001): “La Constitución es así, ante todo, una norma «interna» a la vida del Estado, que garantiza sólo el pluralismo en la formación parlamentaria de la ley, y no una norma «externa» que desde la soberanía popular pretenda dirigir

fundamentales como sus normas de mayor relevancia, cobrando un protagonismo especial cuando estos se soportan desde una idea de principios. Algunos aspectos criticables de la teoría de Prieto Sanchís, radica en que sus tesis no se sustentan desde una metateoría del derecho constitucional, que aborde el problema de la vinculación entre el derecho y la moral.

**TERCERA  
PARTE**

**DEBATES GLOBALES EN  
TORNO A LA FILOSOFÍA DEL  
DERECHO**



## HERBERT HART & RONALD DWORKIN

*Un debate épico de la filosofía del derecho  
en la teoría moderna del derecho judicial*

Ronald Dworkin, como exponente de un nuevo iusnaturalismo o neoiusnaturalismo, entra a debatir directamente desde su propuesta teórica con los exponentes más sólidos del positivismo jurídico en su versión anglosajona, tal es el caso de Jhon Austin y de Herbert Lionel Hart. La teoría principialista de Dworkin se enmarca en una redefinición o una nueva concepción del concepto de derecho, orientado al modelo de las normas, y de los mandatos que pueden constituirse en verdaderas obligaciones jurídicas a la hora de aplicar y de resolver los conflictos normativos desde del derecho como integridad<sup>57</sup>.

Dworkin destaca que el uso de la fuerza o de la coerción<sup>58</sup> como imperativo categórico del

derecho propuesto por Austin, se queda corto para demostrar que un derecho y un sistema normativo no pueden responder a las órdenes de un soberano, y que éste, a su vez, genera un mandato de cumplimiento de los poderes públicos, por el simple hecho de existir un conjunto de reglas que obligan a hacerlo.

En este sentido la gran crítica que plantea Dworkin sobre el positivismo jurídico y, por ende, del modelo de derecho de Hart, es precisamente el uso indiscriminado que se le da a los operadores jurídicos (jueces) cuando tengan que resolver “casos jurídicos”, donde la aplicación de la norma válida al caso<sup>59</sup> concreto no encuentre su relación con la generación correlativa de la obligación jurídica, encuadrando en el supuesto normativo, para resolver “el conflicto de reglas”, sea por la vaguedad o ambigüedad del lenguaje, o por que no exista norma jurídica aplicable, por lo tanto, el juez podrá hacer uso de su discrecionalidad<sup>60</sup>.

57 La integridad del derecho en Dworkin abre el escenario jurídico desde el reconocimiento en la existencia de planos no estrictamente normativos. Según el modelo Dworkiniano, el derecho también encuentra un gran espacio de acción en el contexto, entendiéndolo como tal, no sólo lo jurídico sino lo social. Aguilera destaca la importancia de tal teoría basada en su concepto de integridad: “Uno de los grandes méritos de la filosofía de Dworkin consiste en el enfoque del Derecho desde la perspectiva de la integridad, sin duda una perspectiva que arremete contra la concepción simplista y reduccionista que posee actualmente el positivismo.” (Aguilera, 2009, p. 2).

58 La reducción del derecho simplemente a normas encuadradas estrictamente en el plano jurídico, no podrían responder a las demandas de aplicación del derecho en los casos concretos frente a situaciones difíciles o complejas, pues si bien plantea que la propuesta de Austin es óptima para explicar la sujeción de los poderes públicos a una especie de poder superior, se queda corta para responder a las demandas sociales y morales de un derecho visto desde escenarios políticos y democráticos, por la proliferación de escenarios pluralistas en la conformación de las reglas del derecho, y de cómo la misma cultura jurídica se forma su visión de obligación y mandato jurídico apoyándose ya no solamente en el plano estrictamente legal.

59 Sobre esta postura se sustenta el debate propuesto por Dworkin sobre el modelo de las normas aplicable por un derecho basado en un positivismo jurídico, pues en los casos donde la norma válida aplicable en concreto no pueda responder, sea porque el mismo lenguaje jurídico presenta una indeterminación, que imposibilite reconocer la regla jurídica a aplicar, o por que no exista dentro del mismo ordenamiento o sistema jurídico una disposición que responda de manera satisfactoria a las necesidades del caso.

60 “El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de <<derecho>>, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas, o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir <<aplicando la ley>>. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que <<ejercer su discreción>>, lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la aplicación de una existente”. (Dworkin, 1984, pp. 65-66).



El sistema de normas se desarrollaría en el sentido, ya no estrictamente *reglado del positivismo jurídico*, en la búsqueda de desmitificar un concepto del derecho basado únicamente en la figura del legislador racional como autoridad suprema de todo sistema normativo. Debido a que los estándares utilizados para darle respuesta al derecho en los casos difíciles rompen con la concepción reglada al superar la idea central del positivismo jurídico de una única de derecho legislativa e hiper legal, apoyándose Dworkin por la apertura a los principios y las directrices políticas, como otro tipos de normas inmersas en los ordenamientos jurídicos, y que posibilitan respuestas correctas al problema de los casos difíciles, cuya complejidad en sistemas normativos cerrados al modelo puro de reglas, no podrían ofrecer respuestas acertadas o correctas<sup>61</sup> para el derecho.

El gran logro de la teoría desarrollada por Dworkin está en introducir postulados de justicia en el derecho a través de los principios y elementos morales que respondan al reconocimiento de los principios como nuevos estándares en la interpretación y actividad del modelo judicial. Que permiten orientar a la ciencia jurídica más a un cometido

aspiracional consecuente con las necesidades de la sociedad en tiempos de modernidad.

Este avance de Dworkin va a ser desarrollado desde la tesis de la conexidad necesaria entre el derecho y la moral, como elemento de pretensión de corrección del sistema jurídico, según Alexy. Para explicar que el derecho pretende corregir la moral y eticidad que no llega a convertirse en una justicia material, siendo corregida por la aplicación justificada del derecho.

Sobre la propuesta estrictamente normativa de la teoría principialista de Dworkin, se busca desmitificar la función discrecional del juez, como único medio posible para resolver los problemas del derecho frente a los casos difíciles o complejos. Pues el derecho más allá de la ley que propone Dworkin, no es el del derecho del positivismo jurídico que basa la ley en la posición discrecional del operador jurídico, sino en el derecho por principios, o en un modelo de normas caracterizado por principios<sup>62</sup>.

En este entendido, la diferencia entre el positivismo jurídico basado en una fuente de producción del conjunto normativo en las reglas jurídicas<sup>63</sup>, se apartará de la propuesta

---

61 Sobre la tesis de la única respuesta correcta desde la perspectiva de Dworkin, Alexy encuentra un punto de quiebre teórico desde las vistas iuspositivistas, especialmente las de Hart y Kelsen: “La tesis de Dworkin de que existe una única respuesta correcta para cada caso se incluye en una teoría de los sistemas jurídicos que se distingue fundamentalmente de teorías positivistas como las de Hart y Kelsen. Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y/o eficacia”. (Alexy, 1993, p.7).

62 “Llamo <<principio>> a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. (Dworkin, 1984, p.72).

63 Si bien el modelo de principios encuentra diferencias con el modelo de normas vistas como reglas, la segunda gran tesis defendida por Dworkin sobre su concepto de derecho, va a estar determinada por la apreciación que hace sobre las controversias que se generan cuando dos principios se van aplicar simultáneamente. Si bien, Dworkin, a diferencia de Alexy, no habla concretamente de la ponderación judicial o del juicio de ponderación. Establece una segunda distinción sobre el modelo puro de reglas sustentado desde la versión del positivismo de Hart. Y es precisamente la dimensión del peso, de los principios que los identifica de las reglas, pues los principios tendrán un peso relativo, y que el aplicador o intérprete deberá establecer para

reivindicadora de una moral en el derecho, pero apoyada en la aceptación social de los principios que emergen de la colectividad.

Tal distinción, por supuesto, se apoya en la separación que hace Dworkin de las normas (reglas) jurídicas y de los principios jurídicos. Para determinar que la forma de aplicar las reglas se diferencia de la forma de aplicar los principios, ya que la aplicación de las reglas generará siempre disyuntivas para el operador jurídico, cuando no encuentre la norma válida aplicable al caso concreto. De tal forma que todo o nada se aplica al modelo reglado de las normas, mientras que en el modelo de principios<sup>64</sup> se presenta una interpretación como superación de la discrecionalidad, de la que tienen los jueces un modelo puro orientado por el positivismo jurídico.

El ataque a la discrecionalidad judicial defendida por el positivismo jurídico, busca determinar que la presentación en los términos de Hart, según Dworkin, de dicho modelo, presenta rasgos de falta de limitación frente a su uso con libertad, por parte del juez en el pleno de su actividad. Concretamente el autor americano, plantea que existen

dos elementos comunes para entender la discrecionalidad judicial, uno es su posición débil y otro es su posición fuerte.

*La posición débil* va a estar orientada a una discrecionalidad donde el operador tiene un rango de acción múltiple para tomar la decisión que considere correcta. Pero tiene o puede enfrentar dilemas por cuál de ellas escoger. Y *la posición fuerte* desarrolla el postulado que considera que una decisión puede enfrentar una respuesta no conocida por el derecho vigente, por la sencilla razón de que no existe, en el caso concreto, un precedente legislativo que aplicar. Sobre este mismo punto en especial, Habermas<sup>65</sup> (2008) adopta una postura en defensa de la teoría de Dworkin, sobre el entendido de los desarrollos del derecho y sus órganos de aplicación frente a la racionalidad de los procedimientos legislativos de producción del derecho vigente.

La crítica de Dworkin se estructura sobre la base de que el uso de la discrecionalidad<sup>66</sup> judicial no puede ser un uso ilimitado de su forma y alcance, porque lo importante y fundamental no es que no existe norma válida que ayude la construcción de una

---

solucionar los casos difíciles.

64 “La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser acertada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”. (Dworkin, 1984, p. 74-75).

65 Habermas encuentra un punto de convergencia con la teoría de Dworkin, puntualmente en lo que tiene que ver con lo planteado en su texto *los derechos en serio*, entrando a determinar que la aplicación del derecho vigente se ve sesgada por la superioridad procedimental de la rama legislativa del poder público: “Como la práctica de las decisiones judiciales está ligada al derecho y a la ley, la racionalidad de la administración de justicia depende de la legitimidad del derecho vigente. Ésta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo, que, en la situación de división de poderes que el Estado de derecho establece, no está a disposición de los órganos de aplicación del derecho” (Habermas, 2008, p. 311).

66 “Como sucede con casi todos los términos, el significado exacto de <<discreción>> se ve afectado por las características del contexto. (...) usamos este sentido no como comentario de la vaguedad o dificultad de las normas, ni para referirnos a quien tiene la última palabra en su aplicación, sino para aludir a su alcance y a las decisiones que pretenden controlar”. (Dworkin, 1984, pp. 84-85).

respuesta correcta o acertada en derecho, ni además que el aplicador u operador jurídico no sepa por cuál de las múltiples opciones se pueda inclinar para formar su sentido valorativo reflejada en la decisión judicial; sino que lo realmente importante está en los alcances de la decisión, y de cómo ellos no sólo trascienden a las partes inmersas dentro del conflicto de interés o litigio concreto, y el impacto que genera frente a la sociedad.

En este sentido, la discrecionalidad judicial defendida por los positivistas va a estar fuertemente arraigada a la idea que concibe el derecho, única y exclusivamente, como un sistema de normas, entendiendo por normas, claro está, un *modelo puro de reglas*. Dworkin, plantea que la posición de una discrecionalidad judicial basada en un derecho aceptado por los positivistas, bajo el modelo puro de reglas, desconoce normas del mismo conjunto normativo, como van a hacer los principios jurídicos.

Reconociendo que la misma actividad judicial, desarrollada por los jueces unipersonales, como la desplegada por los tribunales colegiados, construyen sus decisiones a partir de una interpretación del

derecho, cuando en los casos concretos la norma válida aplicable, no responde a los estándares normativos básicos sobre los cuales el operador jurídico pueda fundamentar su decisión.

A este problema, Dworkin lo va a identificar como la defensa de la discrecionalidad judicial<sup>67</sup>, por parte del positivismo jurídico desde su posición débil. Ya que no es solamente aplicar la norma válida cuando exista precedente legislativo en específico, sino desde la variabilidad de las posiciones en las cuales el juez<sup>68</sup> pueda fundamentar su decisión, y se apoye en la más correcta, para impedir que con su actividad se produzca un error jurídico, que determine el desconocimiento de un derecho para la parte o partes interesadas en el conflicto normativo.

Dworkin, en este punto de su teoría, es totalmente fulminante en su conclusión, en contra de los postulados del positivismo, al establecer que simplemente el uso de la discrecionalidad judicial, puede ser planteada como el empleo de juicio o de juicios por parte del operador jurídico en su formación de la decisión judicial. Es decir, la discrecionalidad debe ser un juicio que emplea el juez cuando

---

67 Frente a esta propuesta, el entendido de una discrecionalidad judicial que no reconoce como elemento integrante de su concepción a los principios, desbordaría los límites del uso racional, debido a que el juez construiría contenido de justicia para él, conforme a su “sentido del derecho”, mas no al alcance material del mismo; y así tomaría la decisión que más encuentre conveniente en el caso particular. El reconocimiento de una discrecionalidad se volvería trivial en palabras de Dworkin, ya que se estaría validando dentro del mismo modelo positivista, que los principios nunca podrían considerarse como normas dentro del mismo sistema jurídico, debido a su formación vista así, desde el positivismo jurídico, como extra sistémica. Oponiéndose radicalmente a la visión defendida por el profesor norteamericano, de los principios como normas construidas y formadas al interior del mismo sistema jurídico-normativo.

68 “Un positivista podría afirmar que los principios no pueden considerarse como derecho porque su autoridad, y mucho más su peso, son discutibles por naturaleza. Es verdad que generalmente no se puede demostrar la autoridad o el peso de un principio determinado, tal cual a veces se puede demostrar la validez de una norma, localizándola en un acta del Congreso o en la opinión de un tribunal autorizado. En cambio, se puede defender un principio –y su peso– apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en la cual cuenten las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y sobreentendidos comunitarios. No hay un criterio válido que sirva como prueba de la solidez de un caso así. Es una cuestión de juicio, y entre hombres razonables puede haber desacuerdos. Pero una vez más, esto no distingue al juez de otros funcionarios que no tienen discreción” (Dworkin, 1984, pp. 89-90).

no existe solución aparente respaldada por otra norma del mismo tipo o estructura dentro del ordenamiento jurídico para determinar la norma válida aplicable al concreto. Con lo que quiere diferenciar que si existe otra norma con una estructura o tipo totalmente distinta a la reglas (principios) el juez puede tomar la determinación en específico, empleando su juicio y su criterio jurídico.

Por otro lado, Dworkin, se apartará de la aceptación de una regla maestra que vincule todo el ordenamiento jurídico, como lo es *la regla de reconocimiento* de Hart. Ya que no puede explicar la existencia de los principios en la coexistencia con las reglas como el conjunto de normas del ordenamiento, indicando que la idea de *una regla maestra* que vincule las demás reglas (normas) de la noción general que construye el concepto de derecho, se aparta especialmente de la validación de los principios. Según Dworkin los principios no pueden medirse por su validez como las reglas, ya que éstas (los principios) en su mayoría de los casos, no están sometidas a la autoridad del soberano, del cual ellas emanan, de la actividad de los tribunales o del mismo desarrollo de los precedentes legislativos:

(...) Hay que decir que los principios no convergen, sino que coexisten. De modo que aún cuando se apoyen en los actos oficiales de instituciones jurídicas, los principios no tienen con tales actos una conexión lo bastante simple y directa como para que quede enmarcada en función de los criterios especificados por alguna regla maestra final de reconocimiento. (...) Sin embargo, debemos considerar una posibilidad

más. Si ninguna regla de reconocimiento puede proporcionar un criterio para la identificación de principios ¿Por qué no decir que los principios son decisivos y que ellos forman la regla de reconocimiento de nuestro derecho? (Dworkin, 1984, pp. 96-99).

Es claro que Dworkin, abre el derecho al mundo de los principios, por eso es considerado como el padre de *la principialista jurídica*. Destacando que las controversias entre principios siempre se van a generar, lo importante es destacar que ya no existe una discrecionalidad absoluta en el modelo de construcción de la decisión judicial. A la hora de establecer respuestas correctas para el derecho, la interpretación de principios arrojaría rasgos comunes, los cuales posibilitarían encontrar escenarios de justicia, donde una aplicación del modelo de las normas, no arrojaría la llegada de la norma jurídica válida aplicable al caso concreto. “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieran quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno” (Dworkin, 1984, p. 77).

Esta “dimensión del peso” de los principios plantea un escenario totalmente nuevo de conformidad con lo que se había construido hasta ese momento (década de los 70 del siglo XX) desde el plano de la teoría jurídica y la filosofía del derecho. Ya que la discusión se centraba únicamente en los problemas de indeterminación normativa, generada de —la teoría general de las normas— su uso discursivo, y el papel del lenguaje jurídico

frente a los casos difíciles y complejos<sup>69</sup>. La reconceptualización del derecho en términos de Dworkin por una propuesta principialista, puso en la mesa el debate por las fuentes de producción del derecho, pero al introducir esta dimensión de la importancia de los principios contrapuestos entre sí, advirtió que lo fundamental y transcendental de esta teoría no era determinar si un principio superaba al otro por el mayor grado en su peso<sup>70</sup> relativo.

En este mismo entendido, se configura así un tercer aporte vital para la ciencia jurídica contemporánea, sobre el papel de los principios en el derecho. Desde los aportes que establece Dworkin. Según el cual el papel de los principios cobra una mayor connotación e importancia para su uso en los *casos difíciles*.

Así mismo el juez, operador jurídico o tribunal judicial que determine su decisión

motivada por principios, construirá la norma aplicable al caso concreto, pero yendo más allá. Sería la norma que completará el sistema jurídico al apoyarse en ella una decisión futura, siempre y cuando sea adoptada por una autoridad judicial investida con la potestad para ello. Es decir, la tercera gran conquista que apoya la teoría principialista de Dworkin para el mundo jurídico de nuestro días es que la construcción de la sub-regla, o precedente, es eminentemente una decisión construida por principios<sup>71</sup>.

Con el fin de establecer una teoría del derecho que tenga como sustento principal un modelo argumentativo basado especialmente en la interpretación<sup>72</sup> de principios, Dworkin supera la postura representada en el positivismo jurídico de Hart basado en un estricto normativismo, al pretender explicar el fenómeno jurídico sólo a través de las

---

69 Si bien en este punto de su teoría Dworkin, no habla de una ponderación judicial de bienes o intereses jurídicos contrapuestos, formula la intensidad de una interpretación apoyada en las consideraciones que fundamentan una decisión judicial sustentada en la esfera de lo razonable. Pues el enfoque busca integrar el derecho a través de principios que consoliden una mirada de conjunto del mismo sistema normativo, para solucionar los casos difíciles. La trascendencia de las mismas normas superaría la colisión de principios en un plano material como lo es llevado a través del método o el modelo ponderativo de adjudicación del derecho. Al parecer la propuesta Dworkiana apela a un modelo donde los principios sean parámetros interpretativos como cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, apoyándose del modelo de la escogencia de la regla válida aplicable al caso particular y concreto.

70 “Una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso. Se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trasciendan las normas mismas” (Dworkin, 1984, p. 78).

71 “Los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada. Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva”. (Dworkin, 1984, p. 80).

72 Bajo esta concepción, los principios resultan vinculantes para los jueces y para los operadores jurídicos, sea porque no existe norma válida aplicable al caso concreto, o porque el juez quiera ir más allá del conflicto de normas o de una colisión de principios superando del plano eminentemente normativo de la contradicción por una dimensión “integradora” del sistema jurídico. Llevando respuestas correctas al derecho, incluso si el tribunal o fallador no tiene los elementos del precedente legislativo para tomar la decisión. Con esta propuesta se quiere superar totalmente la discrecionalidad del aplicador del derecho, y la superación de la subsunción silogística de un sistema jurídico influenciado eminentemente por el positivismo jurídico, llevando al plano de la interpretación por principios para la construcción de las razones en favor o en contra de determinado derecho particular. En este caso se retoma la estructura de las normas de principio como disposiciones claras que expresan derechos fundamentales en sus contenidos materiales.

normas (reglas) que componen los precedentes legislativos. Es así como Dworkin mira al derecho desde su carácter principal apoyado en la justificación social<sup>73</sup>.

Finalmente, la propuesta de Dworkin quiere permear directamente en la actividad judicial<sup>74</sup>, cuando plantea la importancia del juez frente a una sociedad que lo rodea, yendo más allá de la figura del juez, y vista simplemente como mero reproductor de la ley.

Al identificar una tridimensión de lo que puede construir una respuesta a lo que es o debe ser el derecho, esboza que el derecho presenta tres problemas puntuales.

(i). El primero de ellos es acerca de los hechos que constituyen el supuesto fáctico sobre el cual la norma válida es aplicable al caso concreto sobre el que debe actuar.

(ii). El segundo problema se estructura con base en la ley a la cual se debe aplicar el supuesto jurídico.

(iii). EL Tercer lugar implica un problema de justicia del derecho frente a la moralidad y la fidelidad política con la que el juez debe decidir el caso.

Bajo este entendido, por supuesto, la dificultad mayor del derecho ya no va estar en cuál será la ley por aplicar, sino la pretensión de un acuerdo moral y político en la norma que construye el juez para fundamentar su decisión, y cómo ese argumento goza de fines morales de reconocimiento universal.

Para finalmente proyectar un impacto benéfico en la sociedad, y es en última medida cuando el derecho genera un escenario de acuerdo entre estos tres elementos donde el fin de la integridad del derecho puede ser alcanzado. Es decir, la moralidad por sí sola o los efectos políticos indeterminados, no constituyen una cuestión para el mundo jurídico, lo relevante está cuando del derecho se reclama cierto contenido de moralidad<sup>75</sup> y de justicia.

---

73 Con apoyo en otras lecturas que reflejan la teoría de Dworkin, se evidencia el papel de lo social en la construcción de su concepto de derecho: “Dworkin piensa que el derecho es un fenómeno social, que como tal es parte de la vida de los seres humanos y, que por lo mismo, debe ser concebido como una praxis que involucra relaciones sociales reales, más concretamente, una praxis de las partes del proceso. Esta praxis jurídica —“legal practice”—hace necesaria una determinada concepción del derecho que resulta de lo que dichas partes han comprendido mediante la interpretación de lo que está permitido o prohibido” (Rojas Amandi, 2007, p.71).

74 Todos estos problemas se presentan desde los acuerdos o desacuerdos que se tienen de lo que debe ser el derecho, por eso, la reformulación de Dworkin sobre el concepto del derecho, está apoyada no sólo en la interpretación abierta a principios, sino en una fuerte carga valorativa moral, ese decir, a una integridad del derecho como sistema jurídico que debe ser validado no sólo por los aspectos formales que desarrollan en el derecho escrito, dado, reglado o positivo, sino en las formas de validación moral y social de las normas que se tienen en cuenta para que el juez tome su decisión.

75 “La tercera cuestión, de moralidad y fidelidad, es diferente pero también conocida. La gente suele estar en desacuerdo sobre lo correcto y lo incorrecto desde el punto de vista moral, y el desacuerdo moral no presenta ningún problema especial cuando surge en una corte ¿Pero qué sucede con la cuestión de derecho? Abogados y jueces parecen estar con frecuencia en desacuerdo sobre el derecho que gobierna un caso; parecen no coincidir ni siquiera en las pruebas correctas que deben utilizar” (Dworkin, 2012, pp. 16-17).

## ROBERT ALEXY & LUIGI

## FERRAJOLI

### LA BÚSQUEDA DE LA FORMULA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En este apartado se evidencian las disputas y conexiones teóricas en las construcciones y desarrollos epistemológicos en las obras de los profesores Robert Alexy y Luigi Ferrajoli. Además de este gran reto propuesto inicialmente, de manera secundaria entendida desde la complementariedad de las teorías de uno y otro autor, se establece en esta investigación la relación práctica en la aplicación de sus escenarios teóricos en el Estado constitucional de derecho.

Para tales fines, y en aras de establecer un orden lógico y metodológico, hay que indicar de modo preliminar sobre cuáles de sus tesis, tópicos, postulados y conceptualizaciones apuntan hacia el establecimiento de *una conexidad teórica y complementariedad práctica* de los teóricos Robert Alexy y Luigi Ferrajoli.

(i). El primer punto corresponde al *tópico de relación*, ya que es precisamente sobre la visión del sistema jurídico y normativo integrado por la propuesta de las normas en sentido general que integran dichos sistemas y la construcción de las normas de derecho fundamental que posibilitan la realización del sistema jurídico

como construcción del Estado constitucional de derecho.

Y como segundo (ii) está el *Tópico metodológico* de conexidad. Aquí se estudian los alcances desde las dos perspectivas teóricas con relación a la aplicación de dichos enunciados normativos en el escenario de la praxis del Estado constitucional, como adelanto de ello en la relación de *procedimientos* en Alexy (1988, p. 149), y en la relación de *técnicas de garantía* en Ferrajoli (1999, p. 71).

La primera conexidad teórica que se advierte en las construcciones doctrinales de Robert Alexy y Luigi Ferrajoli es precisamente la visión que cada uno defiende de sistema jurídico y del mismo orden normativo que los integra. No desde los escenarios de la fundamentación de cada uno de los sistemas jurídicos defendidos, ya que desde dicho punto son totalmente antagonistas<sup>76</sup>, sino desde el escenario de la concreción, es decir, del escenario que posibilita pasar del mundo normativo del sistema jurídico como junto de reglas, valores y principios, *al mundo real de la Constitución* (Pozzolo, 1998, p. 347) aplicada en el sistema jurídico como sistema constitucional, como verdadero Estado constitucional.

En este orden es vital explicar por qué a primera vista, sobre este punto en particular, gran parte de la literatura especializada se ha orientado hacia el debate escenarios

---

76 Una perspectiva antagónica en Alexy y Ferrajoli, es el concepto que cada uno defiende sobre los principios, como una de las normas jurídicas más importantes en la conformación de los Estados constitucionales y de la idea misma del constitucionalismo. Además de las críticas que han establecido sobre la defensa conceptual de cada teórico en particular. Por cuestiones metodológicas resultaría una labor bastante imperiosa destacar cada una de las críticas, y esto orientaría la discusión hacia otras líneas discursivas. Sobre la crítica de la visión de principios de Alexy se destaca la que establece Comanducci: “Si los jueces siempre cumplieran con las prescripciones de Dworkin o (Alexy), y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran escoger para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor” (Comanducci, 1998, p. 103).

totalmente disimiles. La síntesis de la discusión está en la orientación teórica que cada autor refleja para el escenario de fundamentación dentro del campo de la teoría del derecho, el cual difiere del construido en la teoría constitucional, y en el campo mismo de la praxis constitucional, que es el constitucionalismo más allá de la dimensión teórica (Comanducci, P. (2002, p. 96) o ideológica.

De conformidad con el anterior orden conceptual, Alexy distingue que los sistemas jurídicos como verdaderos sistemas constitucionalizados, deben integrarse en cuento a lo normativo, por reglas, principios y procedimientos. Tal distinción, lo que pone de presente es que para Alexy resulta necesario que, además del establecimiento de normas en el sentido sustantivo desde el escenario de la positividad primaria, plantea el debate de las normas tipo regla, o en el debate de las normas tipo principio. Que resultan vitales para la consecución del Estado constitucional<sup>77</sup> de derecho las normas procedimentales o de procedimiento<sup>78</sup> en el sentido adjetivo de las mismas, Alexy identifica tal fenómeno como un modelo de sistema jurídico de tres niveles:

Si se quiere obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de reglas y principios. Por lo tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser sólo el de un procedimiento que asegure la racionalidad. De esta manera, surge un modelo de sistema jurídico de tres niveles que puede ser llamado <<modelo reglas/ principios/ procedimiento (Alexy, 2004, pp.173-174).

Así la fundamentación del modelo de reglas, principios y procedimiento se fundamentan a su vez en el concepto que Alexy defiende de razón práctica. “De acuerdo con esta idea, el sistema jurídico de un Estado democrático constitucional es un intento de institucionalizar la razón práctica. La razón práctica justifica la existencia del sistema jurídico como tal y de sus estructuras básicas” (Alexy, 2004, pp.173-174).

77 Resulta vital para los fines de esta investigación, la relación del concepto de pretensión de corrección del derecho, en la formalización de la razón práctica en los procedimientos judiciales dentro de los sistemas jurídicos, como presupuesto para la formación del Estado constitucional democrático, desde los desarrollos teóricos de Alexy: “El límite último de todo Derecho es una condición necesaria, aunque en ningún caso suficiente, para la institucionalización de la razón. Para lograrla no sólo hay que solventar la confrontación entre positividad y corrección en ese límite último o exterior, sino que también hay que establecer, en la medida en que sea posible, su vinculación en el interior. Y esto sólo es factible en la forma política del constitucionalismo democrático (Alexy, 2009, p. 78).

78 “La primera distinción es la existente entre el sistema jurídico como sistema de normas y el sistema jurídico como sistema de procedimientos. Como sistema de procedimientos, el sistema jurídico es un sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por reglas, mediante las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impuestas. Como sistema de normas, el sistema jurídico es un sistema de resultados o productos de procedimientos de creación de normas, comoquiera que estén constituidos. Esta distinción se aproxima a la de Fuller entre el Derecho como “actividad”, en el sentido de un “esfuerzo intencionado dirigido a la creación del Derecho, y el Derecho que de hecho surge de ese esfuerzo”, esto es, el Derecho como “producto” o “resultados”. Es obvio que para una posición no positivista la interpretación del Derecho como un sistema de procedimientos o actividades es más favorable que la concentración exclusiva en las normas como resultados de dichos procesos” (Alexy, 2001, p. 82).



En este entendido, la razón práctica configura un modelo argumentico procedimental constitucional. En una primera parte busca establecer las posibilidades de realización material, de la convivencia y permanencia de reglas, principios y procedimientos, pero permitiendo que se complete el sistema jurídico.

Además dicho concepto en Alexy, va a establecer una defensa de un constitucionalismo moderado, donde no existe ni un modelo puro de reglas ni principios, gracias a la aceptación de un procedimiento racional, para llevar la corrección, justificación racional de las decisiones, y la aplicación de la justicia en sentido práctico, como procedimiento en el discurso jurídico constitucional. “Por ello, el discurso jurídico juega un papel esencial en el marco de la decisión de la justicia constitucional o en el marco de la fundamentación de una decisión *contra-legen*” (Alexy, 1997, p. 315).

En igual sentido Ferrajoli, va a determinar que en los modernos Estados constitucionales los sistemas normativos no son plenos o perfectos, y que estos sistemas también pueden ser “corregidos” en sus lagunas, antinomias, vacíos, conflictos e indeterminaciones a través de técnicas de garantía<sup>79</sup>. Lo que pone de presente la conexidad teórica y complementariedad práctica, en este punto de justificación de las tesis de Robert Alexy y de Luigi Ferrajoli. “El reconocimiento de las lagunas generadas por los incumplimientos de las obligaciones positivas

constitucionales impuestas al legislador, indica, generalmente, no sólo una falta de normas, sino también de técnicas apropiadas de garantía” (Ferrajoli, 1999, p. 71).

Ferrajoli establece así que la superación positiva de las normas constitucionales y, por ende, las disposiciones *iusfundamentales*, deben siempre estar acompañadas de verdaderas técnicas de garantía para su cumplimiento. Es decir, no basta con la consagración positiva formal en la Constitución, aunque sea un positivismo jurídico renovado o neopositivismo, defendido desde el paradigma del constitucionalismo garantista Ferrajoliano. “Por lo demás, todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si éstas no han sido producidas —como sí sucede con los derechos patrimoniales—, en correspondencia con los derechos garantizados” (Ferrajoli, 2006c, p. 30).

Dicha producción legislativa, es lo que Ferrajoli denomina como garantismo primaria o garantías primarias, donde el legislativo desarrolle normativamente los derechos fundamentales, que se encuentran en una fase constitucional positiva formal, donde por sí sola no logra permear en la plenitud del sistema jurídico, lo que hace necesario que se ejecute legislativamente cada disposición *iusfundamental*.

---

79 Ferrajoli evidencia que el viejo paradigma positivista basado en formalismo de la ley, no responde a los postulados del Estado constitucional de derecho, donde la garantía jurisdiccional esta de presente más allá del formalismo excesivo de la ley: “En efecto, en el estado constitucional de derecho la constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas. (...) para la razón jurídica propia del viejo *iuspositivismo* formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten” (Ferrajoli, 2001, pp. 34-35).

Como el sistema jurídico no es completo tanto en la aceptación de una fundamentación normativa/procedimental desde un constitucionalismo garantista (Alexy, 2014) en Ferrajoli, y de un constitucionalismo principialista (Ferrajoli, 2011c) en Alexy, postulado que establece la segunda conexión entre ambos teóricos. Es necesaria la complementariedad práctica, del sistema normativo para que establezca un sistema jurídico que permita el desarrollo del Estado constitucional y democrático de derecho.

Sólo en el escenario de segundo orden Alexy lo justifica, gracias al papel de los Tribunales Constitucionales (Alexy, 2007, p. 483) en la fundamentación jurídica del Juez Constitucional, y Ferrajoli lo evidencia desde el margen de actuación del garantismo judicial secundario<sup>80</sup>, ejercido también en la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales:

En muchos ordenamientos, primero que todo, carecen de las garantías primarias de muchos derechos sociales. Y carecen, sobre todo, de las técnicas jurídicas idóneas para constreñir a los poderes públicos a introducirlas. Carecen incluso, en muchos casos, de las técnicas garantistas idóneas para impedir o reparar el desmantelamiento, en marcha en muchos países, de muchas de las garantías sociales existentes. También para los derechos de libertad, por otro lado, las clásicas garantías primarias de las prohibiciones de sus lesiones y las secundarias de la condena de sus

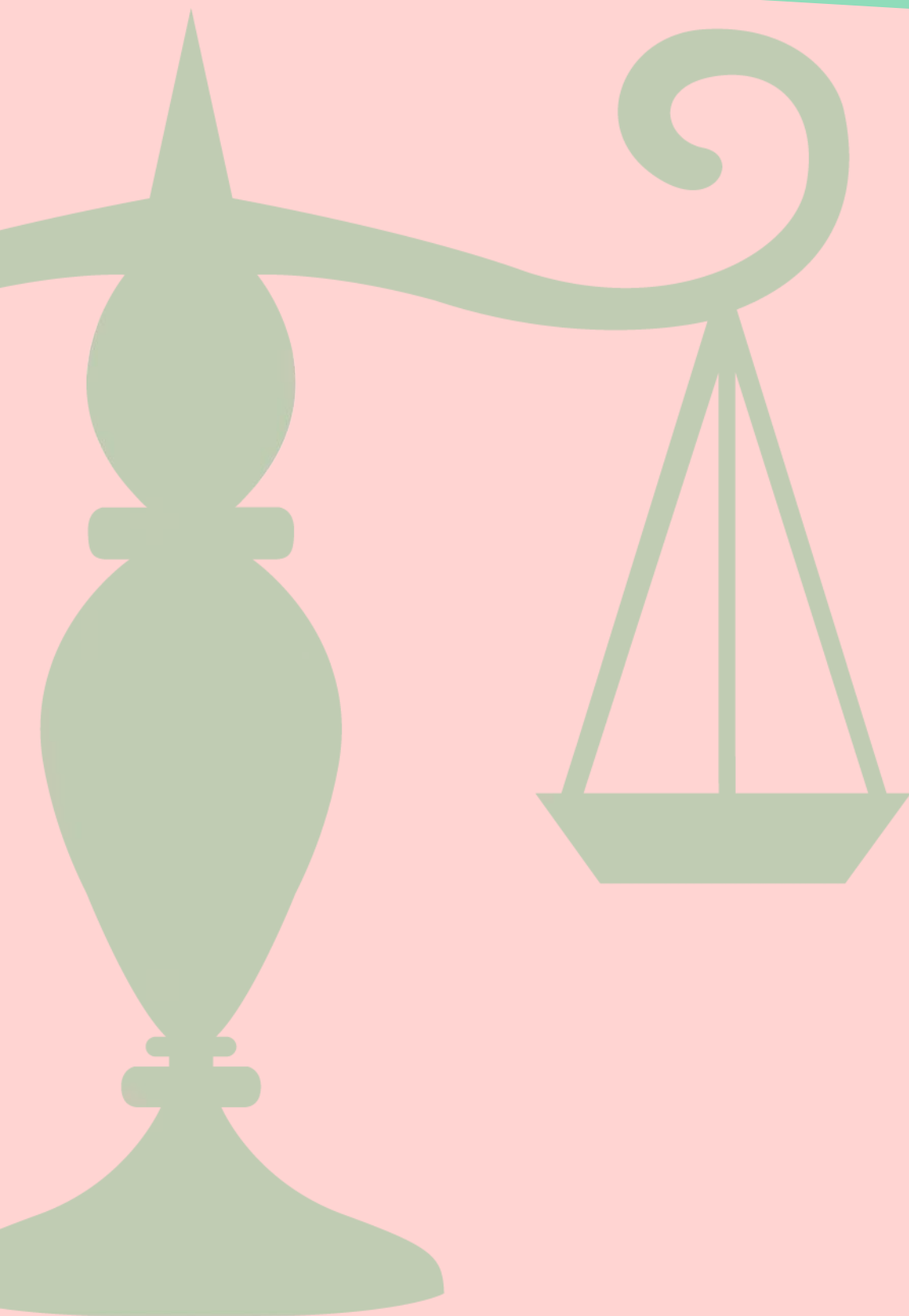
ofensas y de la anulación de las normas con ellas reñidas son del todo inidóneas para ponerlas a salvo de las viejas y nuevas insidias y agresiones, provenientes no sólo de los poderes políticos, sino también de los grandes poderes económicos privados (Ferrajoli, 2006c, p. 31).

---

80 “Es el caso de la mayor parte de los derechos sociales -a la salud, la educación, la subsistencia, la asistencia y otros semejantes- cuya desatención por parte del Estado no es reparable con técnicas de invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones de los derechos de libertad, y que requieren el establecimiento de técnicas de garantía diversas y normalmente más complejas” (Ferrajoli, 1999, p. 71).

**CUARTA  
PARTE**

**FILOSOFÍA DEL DERECHO Y  
APLICACIÓN EN EL SISTEMA  
JURÍDICO**



## FILOSOFÍA DEL DERECHO:

### INTERPRETACIÓN Y

### ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En Colombia la interpretación constitucional en general y la interpretación de la Constitución en particular, viven un proceso muy *sui generis* propio del sistema jurídico colombiano, que se denomina *dualidad interpretativa*<sup>81</sup>, generado por un formalismo<sup>82</sup> interpretativo (Moreso, 2003).

Por dualidad interpretativa hay que comprender el proceso de interpretación de la Constitución y, por ende, de las normas constitucionales y disposiciones iusfundamentales, que siguen unos parámetros normativos de una interpretación específica de la ley, o en sentido estructural normativo propia de las reglas<sup>83</sup> o de las normas que pueden comprender su estructura normativa del orden legal u ordinario, como se le llaman comúnmente en el lenguaje del derecho en la cultura jurídica colombiana. “Desde sus inicios, el sistema jurídico colombiano acogió la visión europea continental sobre la supremacía de la ley frente a la Constitución, a la que se consideró la fuente primordial de

validez del derecho en Colombia” (Carrillo, 2012, p. 83).

Dicho fenómeno se estructura principalmente porque en Colombia, a partir de la consagración de la Constitución de 1991, el sistema jurídico busca desde el punto de vista material darle un alcance mayor a los derechos del *escenario estrictamente político* de las normas constitucionales, propendiendo hacia una “nueva conceptualización” por las normas que comprenden derechos fundamentales en sentido estricto.

Planteando en el escenario de la interpretación de los derechos fundamentales, la generación de <<nuevos problemas interpretativos>> como superación de la tensión entre política y Constitución como un acto político en sí mismo:

La problematización se refiere, más bien, a una palpable tensión política de dos aristas: la primera alude a la tensión entre el tribunal o corte constitucional y los demás órganos del poder público, principalmente frente –aunque no exclusivamente- al Parlamento. La segunda es la tensión entre la propia Constitución y –ya aterrizándolo al caso

81 El concepto de *dualidad interpretativa* infiere un tipo de razonamiento hermenéutico, dirigido a determinar el significado de una norma de orden constitucional o inclusive una norma de derecho fundamental, utilizando criterios propios del modelo de interpretación legal u ordinaria.

82 Este tipo de interpretación en el contexto jurídico colombiano, ha sido desarrollado por Aquiles Arrieta (2003).

83 En Colombia la interpretación constitucional, por parte del Tribunal Constitucional, ha tenido un fuerte debate desde la dogmática jurídica colombiana, y en la influencia de la interpretación de los textos normativos desde y hacia la hermenéutica de corte legalista. Esta novedad interpretativa específicamente, está denominada como la interpretación especial a las normas de derechos fundamentales, apelativo generado en la tradición formalista de la cultura jurídica colombiana, que es un ejercicio por parte de la Corte Constitucional como *gobierno de los jueces*. Fenómeno jurídico que, en sí, no es propio ni exclusivo del sistema y ordenamiento colombiano. Este tópico ha sido abordado rigurosamente en Colombia por el profesor López Daza: “Dentro del concepto tradicional de Estado de derecho, los jueces entendían que su misión consistía en aplicar las reglas y principios enunciados por los códigos y las leyes; la Constitución se expresaba mediante la ley, suprimiendo así la necesidad de interpretar directamente el texto superior” (López Daza, 2011, p. 170).

colombiano– la Corte Constitucional (Mora Restrepo, 2014, p. 532).

La interpretación constitucional como “dualidad interpretativa”: teoría de la interpretación constitucional en Colombia

Las propuestas interpretativas al inicio de gestación de la Constitución de 1991 no estaban afianzando únicamente la interpretación constitucional que Colombia como ordenamiento normativo recogía desde la doctrina extranjera, específicamente la proveniente del derecho público continental europeo.

La influencia del sistema del *common law* en la interpretación del derecho colombiano recibe un fuerte legado teórico, sobre todo desde la aplicación del sistema de precedentes, como fuente del derecho con verdadera vinculatoriedad y obligatoriedad jurídica, para la construcción y conformación de la decisión judicial.

La interpretación que propuso la Carta de derechos del 91 y, por ende, uno de sus postulados que se siguen consolidando en la actualidad, es la interpretación de los derechos fundamentales, como especialización en el campo de la teoría y dogmática del derecho constitucional, a partir del desarrollo de estudios subespecialidades por construir una teoría de los derechos fundamentales para el contexto del sistema jurídico colombiano.

Este va a hacer, en términos teóricos, uno de los grandes avances en Colombia de la norma fundamental, en la idea de centrar gran parte de su contenido por la consagración en sentido formal y material, de las normas que integran la noción amplia de derechos fundamentales.

Esta dualidad interpretativa *Constitución y métodos propios de la hermenéutica clásica*<sup>84</sup> de los sistemas tradicionales<sup>85</sup>, establecen una “conurrencia material normativa”, cobrando un valor preponderante la interpretación constitucional como marco de referenciación para el sistema jurídico colombiano.

Así, cuando una norma de orden legal no llena las *expectativas materiales de la decisión*, el juez, para su aplicación en los casos concretos, debe darle una preponderancia mayor a la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes colombiano, expresado por orden y mandato del artículo 230 del Constitucional:

Actualmente la atribución del control constitucional a los Tribunales Constitucionales les ha otorgado un auténtico poder normativo por lo cual las sentencias de tales tribunales han sido consideradas como fuentes del derecho dado que son intérpretes auténticos de la Constitución. (...) El sistema tradicional de fuentes consideraba la jurisprudencia como fuente auxiliar y no contemplaba el valor del precedente judicial y especialmente del precedente

---

84 “Esto se evidencia, ciertamente, en el derecho civil y el penal, pues la aplicación de los cuatro métodos clásicos de interpretación depende del ámbito y el objeto jurídico correspondiente y de sus especiales principios de justicia. Así, el principio de «*nulla poena sine lege*» como expresión del derecho constitucional común europeo en cuanto al derecho penal, determina que no se admita ninguna analogía que perjudique al inculcado; por el contrario, el derecho privado se ha enriquecido y desarrollado por medio de la técnica de la integración analógica”. (Häberle, 2010, p. 387).

85 *En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)*. (López López, 2013, p. 188).

constitucional (Monroy Cabra, 2013, p.156).

En este orden conceptual los problemas relativos a la interpretación constitucional en Colombia han querido ser respondidos con la función creadora de los jueces<sup>86</sup> o en concreto, con la función creadora del juez constitucional, cobrando un peso específico mayor en palabras de la *fórmula del peso Alexyana*, la jurisprudencia como fuente principal en el Estado constitucional de derecho a la hora de interpretar derechos fundamentales:

La inactividad del legislador, además, se traduce en la asunción de un papel mucho más activo de la Corte, mucho más creador positivo, no en beneficio del propio Tribunal, ni con el ánimo o pretensión de colocarse por encima de los demás poderes del Estado, sino, sobre todo, para garantizar a todos los ciudadanos la supremacía de la Constitución y sus derechos constitucionales (Vargas Hernández, 2011, p. 28).

En esta línea argumentativa como una visión sistemática de las normas de derecho fundamental que integran en sentido unitario la Constitución, se orienta la interpretación constitucional. Al establecer los derechos fundamentales en sí mismos como un sistema

axiológico interno, dentro de un sistema de valores superiores como establece la idea de la Constitución para la garantía de los principios fundamentales. “La idea de la interpretación sistemática según la cual las normas de un nivel, aquí el constitucional, pueden delimitarse mutuamente, lo cual se corresponde así mismo con la idea de unidad de la Constitución” (Alexy, 2000b, p. 217).

Como crítica a la interpretación constitucional en Colombia, respondiendo a los fines de esta investigación doctoral, se considera que realmente “la función creadora de la jurisprudencia”<sup>87</sup> sólo mira un aspecto de la interpretación en sentido global o universal, que es el resultado de la potestad normativa, y no la funcionalidad del juez como potestad decisional normativa. Es decir, que con su decisión el juez no sólo crea derecho, sino que con la nueva decisión responde para resolver un problema jurídico más allá del caso concreto o *sub iudice*.

La potestad decisional normativa, operaría en mejor sentido en un sistema híbrido o mixto, no sólo desde el punto de vista del control de constitucionalidad dentro del modelo kelseniano, y del sistema constitucional construido sobre todo en el derecho del *common law* en la experiencia particular norteamericana.

---

86 La función creadora o creativa del juez constitucional, no puede ser entendida como función modificatoria de los postulados constitucionales superiores, es así como explican Salazar y Naranjo (2012): “Los jueces constitucionales llevan a cabo el cumplimiento de sus funciones con base en un sistema normativo precario cuyo alcance pueden modificar por vía de interpretación, dejando abierta la posibilidad de utilizar la Constitución como una herramienta para la consecución de beneficios y la satisfacción de intereses particulares” (p. 278).

87 “la posibilidad instruida por la jurisprudencia constitucional de intervención judicial como mecanismo de realización de la Constitución y del ambicioso proyecto social que encarna, máxime en un país como Colombia en cuyo sistema jurídico-político la protección de los derechos ha dependido tradicionalmente de su consagración legal, no constitucional” (García Jaramillo, 2008, p. 300).

Estableciéndose como un problema de la realidad social del derecho y de la disciplina jurídica. “La interpretación de la norma es un instrumento de gestión colectiva, un recurso político de realización de los intereses particulares y públicos, permaneciendo el espíritu del derecho no sólo en la norma” (Sierra Cadena, 2009, p. 69).

Estos problemas relativos a la interpretación, tanto legal como constitucional, han sido ampliamente contruidos por la doctrina universal de la interpretación jurídica, representada por uno de sus más grandes exponentes, el profesor italiano Riccardo Guastini<sup>88</sup>.

El representante de la escuela genovesa relaciona los problemas relativos a la interpretación constitucional, perfectamente aplicables obviamente con consideraciones contextuales, al modelo de interpretación y al sistema jurídico colombiano.

Centrándose en un aspecto de toda la actividad interpretativa, que ha sido relegada en la experiencia colombiana, y que es precisamente la interpretación que realiza el abogado o el jurista del derecho, que se podría denominar <<la interpretación de los juristas>>.

Guastini, establece una distinción especial, que aporta y construye desde una teoría de la interpretación jurídica, estableciendo límites

interpretativos entre el juez y el abogado, que se apega estrictamente a la ley o el que no está en los márgenes de la legalidad normativa, sino que presupone otros criterios más allá de los normativos en estricto sentido:

Desde el punto de vista del “hombre malo” –o, más sencillamente, del abogado, o incluso, del juez no ligado a la ley sino a su propia orientación política- la interpretación se presenta no como la “averiguación”, sino como valoración, elección, y decisión: interpretar es individualizar los diversos posibles significados de un texto, valorar de cada uno los posibles resultados prácticos, y escoger el más oportuno en vista a un fin preestablecido. (Guastini, 1997, p. 121).

Las particularidades de la interpretación constitucional en la cultura jurídica colombiana pasan por el establecimiento de los rasgos estructurales de las normas que integran la Constitución en sí misma. No sólo desde una *Teoría de las normas de derecho fundamental*, orientadas desde una perspectiva general, sino desde el contexto normativo de aplicación de estos enunciados, conocido como *Teoría de la interpretación de los derechos fundamentales*.

En gran medida el sistema de interpretación y justicia constitucional colombiano ha sido construido *pretorianamente* por vía de desarrollo

---

88 Guastini, distingue un tipo de investigación que sólo se construye en la decisión judicial, una interpretación decisional o de la decisión, dirigida en específico al funcionario que construye la respuesta, como causa de una actividad que pretende administrar intereses y bienes contrapuestos, la misma facultad de administrar justicia. Relación que en el derecho y sistema jurídico colombiano, se establece como derecho fundamental superior, consagrado en Artículo 229 Constitucional: “La interpretación decisoria y la interpretación creativa, en cambio, son operaciones “políticas”, que pueden ser llevadas a cabo tanto por un órgano de aplicación como por un jurista. La única diferencia importante reside en el hecho de que la interpretación realizada por un órgano de aplicación es, en sentido kelseniano, “auténtica”, es decir, es vinculante en cuanto está provista de consecuencias jurídicas (de las que, por el contrario, carece de la interpretación ofrecida por los juristas)” (Guastini, 2012, p. 32-33).

jurisprudencial, en la Corte Constitucional Colombia.

Además de su identificación, por una *especialidad en sentido constitucional*<sup>89</sup>, superadora de la especialidad de la norma en sentido legislativo en la *decisión judicial discrecional*<sup>90</sup>, prevaleciendo los márgenes de interpretación, de un formalismo dogmático sobre la actividad del intérprete del derecho. El formalismo dogmático proveniente de los sistemas de interpretación desarrollados normativamente en el orden jurídico colombiano expuestos en el Código Civil, siguen generando tensiones interpretativas, a pesar de configurarse en tiempos de la antigua Constitución de 1886, y no existen además, la doctrina constitucional desarrollada por la Corte Constitucional, que ha generado nuevas conceptualizaciones en pro de otorgarle mayores herramientas explicativas al intérprete. <<El punto de vista del formalismo dogmático, si es desafortunado al discurrir sobre el papel del intérprete, carece también de la aptitud descriptiva del ser real de la ley que le atribuyen sus defensores. Y, por consiguiente, también de eficacia explicativa (...)>> (Ibáñez, 1994, p. 870).

Lo que representa, sin duda, una insuficiencia de los modelos de interpretación y en la *actividad interpretativa* en sentido estricto legal, a la hora de ser utilizados o empleados para la interpretación de la Constitución, y

de las normas y disposiciones de derechos fundamentales. La insuficiencia material se presenta cuando se le quiere dar un alcance interpretativo a una norma de derecho fundamental o de raigambre constitucional, estableciendo criterios propios de la interpretación reglada o en el mismo sentido de la interpretación de la ley:

Sin embargo, en nuestro país tal abandono reduccionista del derecho, del culto a la ley sólo fue posible con la Constitución de 1991 y lo fue gracias a la nueva concepción de Estado Constitucional y Jurisdiccional (art 1, 13, 116, 228 y ss. C.P de Colombia). (Rodríguez Serpa, 2008, p. 66).

Generándose con esto una interrogante fundamental sobre si realmente los métodos de interpretación de la ley pueden responder a las necesidades propias, de la especialidad de la interpretación constitucional. El profesor Diego Younes Moreno ha manifestado esta inquietud: “Creemos que los métodos tradicionales prestan un concurso importante para desentrañar el sentido de las normas constitucionales, pero no bastan por sí solos para ese efecto, por la naturaleza peculiar de la Constitución” (Younes, 2007, p. 118).

89 El profesor colombiano, Javier Tobo realiza una distinción sobre la especialidad de las normas que integran la Carta Política: “Las normas de la Carta Política son especiales por los siguientes cinco puntos: 1°. Dan cuerpo al fundamento material y organizativo de la vida del Estado y de la sociedad; 2°. Están formuladas, con frecuencia, de modo amplio, indeterminado e incompleto; 3°. Determinan los acontecimientos políticos; 4°. Conllevan consecuencias para la totalidad del orden jurídico, y 5°. Son confiadas para su interpretación última y obligatoria a una jurisdicción específica” (Tobo, 2012, p. 199).

90 “Entendemos la decisión judicial discrecional como una decisión voluntaria que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades justificadas de actuación y entre las cuales el derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras” (Etcheverry, 2017, p. 11).



## FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los rasgos distintivos de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Colombia, a partir de la construcción de la nueva carta política de 1991, especialmente desde su influencia alemana<sup>91</sup>, española e italiana, se orienta en determinar la doble dimensión o naturaleza de las normas y disposiciones iusfundamentales, y cuáles son sus rasgos estructurales y normativos.

Gestando una *dogmática de los derechos fundamentales* (Bechara, 2011, p.72)<sup>92</sup> en Colombia, que consolida las bases para la aplicación material de las normas superiores, en tiempos de Estado constitucional y democrático de derecho, generando los espacios propicios para su materialización. “Las normas jurídicas fundamentales, en principio, también constituyen obligaciones jurídicas objetivas del Estado” (Arango, 2005, p. 42).

Estos atributos específicos de los derechos fundamentales se identifican por la dimensión subjetiva y la dimensión objetiva. La dimensión subjetiva que plantea la existencia de derechos fundamentales, como normas orientadas a la protección individual del titular de los derechos, frente a los bienes jurídicos superiormente garantizados, estableciendo

márgenes de acción y límites de amparo estrictamente en la relación del destinatario y *titular de la norma fundamental* (Gavara de Cara, 2007, p. 308) con los poderes públicos y frente a los particulares, conocida también como eficacia mediata, proveniente de la doctrina alemana de la *Drittwirkung*:

La eficacia mediata exige para la realización de la *Drittwirkung* que existan en el ordenamiento jurídico privado “cláusulas o conceptos generales del derecho capaces y necesitados de ser colmados valorativamente”. Esto supone precisamente un marco normativo en el derecho ordinario que sirva como punto de irrupción de los derechos fundamentales (Julio Estrada, 2000, pp. 210-211).

Esta dimensión subjetiva es ampliada y complementada en tiempos de Estado constitucional y democrático de derecho, por la *dimensión objetiva*, que expande su protección y garantía, no sólo a los poderes públicos tradicionales del Estado, sino a todos los poderes privados, y a la defensa de intereses particulares.

Conocido también como el efecto y eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, que amplían los márgenes de acción material de las normas especialmente tuteladas. “En sentido objetivo, los derechos fundamentales se concretan como “directrices constitucionales y reglas de actuación

---

91 Robert Alexy ha sido uno de los teóricos alemanes que ha generado mayor influencia en Colombia a partir de sus construcciones sobre los derechos fundamentales, en especial en cuanto a la doble dimensión estructural de la norma y disposición de derecho fundamental. Aquí se referencia algunos de sus trabajos al respecto: Alexy (2000c) y Alexy (2007).

92 Se pueden observar otros trabajos similares en el sentido de propender a la construcción de una teoría de los derechos fundamentales en Colombia: Bechara (2016, 2017a, 2017b, 2019a, 2019b), Carrillo y Bechara (2018), y Molinares y Bechara (2017).

legislativa” (y de los poderes públicos en general) de las que se desprende la obligación de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal”. (Tole, 2006, p. 259).

Tal relación en Colombia, frente al carácter estructural subjetivo y objetivo de las normas de derecho fundamental, propició un nuevo concepto al interior de la cultura jurídica, cuya conceptualización desarrolló en particular las disposiciones iusfundamentales, desde la relación misma del Estado<sup>93</sup> constitucional colombiano y el juez constitucional.

El postulado de la relación del Estado constitucional y el juez constitucional es vital no sólo para entender la teoría constitucional contemporánea, sino además comprende un desarrollo en sí mismo de la noción amplia o extendida de los derechos fundamentales. “Se debe tener presente que todo juez que desarrolla una actividad jurisdiccional no desempeña un acto individual aislado de su Constitución y sus principios, y su resolución debe ir apegada a los mismos” (Santacruz & Luna, 2016, p. 181).

La dimensión subjetiva-objetiva construye además, en el ordenamiento jurídico colombiano, lo que la doctrina global y especializada ha referenciado como *fuera expansiva de los derechos fundamentales* con particular atención a la actividad judicial de los derechos. Lo que plantea esencialmente una dimensión judicial de los derechos

fundamentales para la satisfacción de los mismos: “Para satisfacer el derecho fundamental siempre habrá de enmarcarse dentro de los límites que impone la naturaleza de la actividad judicial” (Chinchilla, 2009, p. 71).

La actividad judicial de los derechos en Colombia plantea irrestrictamente un <<escenario de distinción hermenéutico>>, al establecer la separación conceptual entre los criterios interpretativos propios de las normas no constitucionales, tal como lo relaciona Manuel Cepededa: “Las normas de la carta de derechos no se prestan a la interpretación silogística ni a las reglas de hermenéutica tradicionales. Por eso el juez inevitablemente tiene que asumir un nuevo papel, para resolver un caso a luz de los derechos constitucionales” (1997, p. 13).

En este orden de argumentos, el *escenario de distinción hermenéutico* en Colombia ha establecido los límites y alcances interpretativos entre los modelos de interpretación constitucional y los modelos de interpretación de la ley. Pero la propuesta colombiana va más allá. Está se da en determinar si al igual que el modelo europeo<sup>94</sup> de control de constitucionalidad y de interpretación de los derechos fundamentales, existe métodos, técnicas y procedimientos propios para comprobar el contenido normativo de este tipo de enunciados

93 Frente a la relación de la identidad de la Constitución con el sistema de Estado constitucional, existen dicotomías conceptuales en la afirmación de no depender de los principios y valores, sino específicamente del modelo de Estado. Sobre este postulado Guastini se ha referido particularmente al modelo de justicia constitucional colombiana: “La identidad de la constitución parece resucitar aquí no en sus principios y valores (inaplazables), sino en la forma de Estado” (Guastini, 2017, p. 84).

94 “La tendencia general en la Europa occidental se mueve en la dirección de un sistema en que el control de constitucionalidad se suele efectuar en el contexto de casos concretos (a través de cuestiones de inconstitucionalidad, recursos de amparo o recursos del tipo portugués). El control abstracto promovido a través de recursos de inconstitucionalidad es menos frecuente en la práctica” (Ferrerres, 2011, p. 35).

jurídicos. Si dicho fenómeno es recepcionado por la justicia constitucional colombiana, en cuanto a la interpretación iusfundamental, como forma propia dentro del Estado constitucional colombiano:

Los principios que orientan la interpretación constitucional, tales como unidad de la constitución, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora, fuerza normativa de la Constitución, generaron para el desarrollo de una hermenéutica constitucional específica (...) la diferenciación entre la hermenéutica ordinaria y la hermenéutica constitucional ha ocupado un importante lugar tratándose de la justificación de nuevos métodos de interpretación, argumentación y aplicación referidos a la aproximación a la Carta Constitucional. (Quiroga, 2016, pp. 44-45).

Estos principios formales de *orientación interpretativa*, constituyen un verdadero sistema mixto de control de constitucionalidad, ya que se integran elementos del control concentrado de constitucionalidad con el control difuso<sup>95</sup>, al existir un máximo tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional, como es el caso de la Corte Constitucional, que también realiza la llamada interpretación auténtica de la Constitución, como interprete autorizado de la Carta Fundamental. “Su aplicación directa pasa por el tamiz de la interpretación que de ella hace su intérprete autorizado (la Corte Constitucional). Esta interpretación cualifica

adicionalmente la norma constitucional interpretada, estableciendo el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia”. (Campo, 2002, p. 90).

En este orden argumentativo, la llamada interpretación auténtica que realiza la Corte Constitucional, busca controlar una pluralidad ilimitada de intérpretes de la norma fundamental, y así establecer en el control mismo de constitucionalidad, un control interpretativo sobre la carta de derechos, evitando la generación de problemas en cuanto a la aplicación misma del texto constitucional.

Desde los primeros años de funcionamiento de la Corte Constitucional ha quedado en claro que la acción pública de inconstitucionalidad tiene una naturaleza y una esencia políticas que la convierten en una herramienta estratégica para la participación ciudadana y la protección de derechos, que no se limita a un control de la función del legislador a modo de contrapeso constitucional. Se trata, además, de una instancia que ha sido el resultado de luchas y conflictos por la posibilidad para reconocer y reivindicar los derechos ciudadanos en Colombia. (Gómez Pinto, 2011, p. 183).

Estos problemas de interpretación son cubiertos argumentativamente con la generación de nuevos postulados normativos. “El problema de existir más de un intérprete de la Constitución lleva a lo siguiente: qué

---

95 “El control difuso de constitucionalidad de las leyes es el modelo norteamericano. Se caracteriza porque el control judicial de la ley no se asigna a ningún órgano de la jurisdicción ordinaria, sino a la totalidad de los jueces. Las sentencias sólo tienen efectos interpartes, es decir, entre las partes en el proceso” (Monroy Cabra, 2006, p.66).

hacer con las interpretaciones contradictorias, que eventualmente pueden darse, o dicho de otra manera, qué hacer cuando exista colisión entre dos tipos de interpretación” (García Belaunde, 1994, p. 34).

Comprendiendo además un control difuso de constitucionalidad, ya que todos los jueces ordinarios, pueden dejar de aplicar una norma que vaya en contravía de la norma constitucional superior. “En caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, todos los jueces deben preferir las disposiciones constitucionales, lo que en la práctica supone la obligación de reconocer, para el caso concreto, una *excepción de inconstitucionalidad*” (Lancheros, 2012, p. 165).

El control difuso también se configura a partir del juez constitucional de tutela, en la que todos los jueces de las jurisdicciones en Colombia se intuyen como jueces constitucionales para conocer asuntos de tutela o amparo.

La dificultad, en particular, del juez de tutela se da frente a la aplicación del precedente tanto horizontal<sup>96</sup> como vertical entre las demás jurisdicciones. Sobre todo en materia de derechos fundamentales, que puedan ser recurridos por vía judicial ordinaria.

Estableciéndose una complejidad mayor, y es que la Corte Constitucional resulta discrecional en la recepción y selección de tutelas que estudiará en la llamada revisión eventual<sup>97</sup>. Lo cual no dispone de un mecanismo que garantice que serán revisadas todas las tutelas que llegan a la Corte por vía de acción de amparo, generando dicotomías conceptuales y materiales, si realmente existe un *control judicial efectivo* con el mecanismo por medio del cual la Corte Constitucional revisa las decisiones de tutela:

Las sentencias de tutela pronunciadas en las diferentes instancias se envían a la Corte Constitucional para su revisión, la que es discrecional por parte de este último órgano. Sobre las sentencias unilateralmente seleccionadas por la Corte, se debe producir el fallo de revisión dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que se realizó su selección (Cifuentes Muñoz, 2002, p. 298).

---

96 Alrededor de la acción de tutela también se han generado distintos conflictos. Dentro de la rama judicial estas disputas se han concentrado fundamentalmente en la obligación de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de conocer sobre las acciones de tutela y en la existencia de la tutela contra providencias judiciales. (...) El conflicto existente entre las altas cortes en torno a la tutela contra sentencias, conocido como el “choque de trenes”. Este litigio surgió desde el primer momento de actuación de la Corte Constitucional y reaparece cada cierto tiempo en los debates públicos del país, en ocasiones con mucha rudeza (Botero & Jaramillo, 2006, p. 43).

97 La Corte en el ejercicio de su competencia de revisión, finalmente se limita a revocar o a confirmar los fallos que han sido objeto de revisión por parte de ella. Se trata propiamente de un control posterior, que se ejerce sobre providencias judiciales, es decir, los fallos de tutela proferidos por los distintos despachos judiciales del país, y por vía activa, en el sentido que es necesario el despliegue de una gran actividad ciudadana e institucional para que un fallo de tutela sea finalmente revisado por la Corte Constitucional (Quinche, 2014, p. 327).

## FILOSOFÍA DEL DERECHO: JUSTICIA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha generado un gran universo interpretativo, a partir de la construcción pretoriana de las normas y disposiciones de derechos fundamentales, sobre todo en una verdadera función creadora de nuevas normas, que pertenecen e integran la noción de ordenamiento y sistema jurídico colombiano.

Entendiéndose la sentencia en términos de Estado constitucional como una *decisión interpretativa*<sup>98</sup>. Esta decisión interpretativa determina las providencias judiciales que provienen del máximo tribunal de la jurisdicción constitucional en Colombia, como *insumos normativos decisivos*, generando una fuerza material vinculante a todo el orden y sistema jurídico.

Si bien, el sistema colombiano de justicia constitucional se identifica con el *modelo Kelseniano* de Tribunal Constitucional, en cuanto a su fase inicial, como legislador preferentemente negativo, el concepto moderno de la interpretación que realizan los Tribunales Constitucionales. No en la exclusividad de una teoría constitucional clásica, en el sentido de proveer con sus decisiones verdaderos límites al uso

del poder político<sup>99</sup>, se conectan a una visión contemporánea como Tribunales Constitucionales, que generan una interpretación de la Constitución, como creadores de derechos, configurándose la noción de legislador positivo, especialmente a partir de la doctrina constitucional:

Ello supone que la doctrina constitucional creada, es decir, las subreglas creadas extrayendo de las normas implícitas de la Constitución o integrando normas del bloque de constitucionalidad, tienen que ser aplicadas obligatoriamente por el propio Tribunal Constitucional, por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del Poder Judicial, en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos (Rivera Santiváez, 2006, p. 590).

En este orden conceptual, la configuración del Tribunal Constitucional como legislador positivo, pone de presente un debate que si bien puede pensarse que tiene un gran contexto de actualidad desde el inicio, surgimiento y gestación de los Tribunales y Cortes Constitucionales, en los distintos Estados y ordenamientos, éste se pensó así desde el principio.

Y es precisamente si el Tribunal Constitucional como legislador positivo,

---

98 El instrumento de la decisión interpretativa de desestimación tiende a realizar una forma de colaboración entre Corte constitucional y jueces en su actividad interpretativa del derecho (incluso si no faltan momentos de fricción precisamente con respecto a tal tipo de resoluciones) y por esto no se emplea cuando existe una orientación jurisprudencial consolidada (el así llamado derecho vivo) en la interpretación de una ley, en cuyo caso la Corte actúa normalmente a través de las decisiones de simple desestimación o de estimación (Romboli, 1996, p. 63).

99 La sentencia de un Tribunal Constitucional más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho (Nogueira, 2004, p. 114).

y generador de nuevos derechos más allá de misma Carta, y de la intención del constituyente, desborda sus límites competenciales, y entra en la esfera de los márgenes del legislador. La relación interpretativa de la Constitución frente a sus normas que la integran debe estar dada por el precepto fáctico de su aplicación concreta. “Debe preservarse una relación lógica y coherente entre la selección de la norma y su aplicabilidad al caso analizado, interconexión entre el ordenamiento jurídico y la parte fáctica” (Rodríguez & Díaz, 2011, p. 175).

Frente al rol de la Corte Constitucional como legislador positivo, se encuentran determinados los límites sobre los cuales la misma Corte debe respetar para no “insubordinarse a la Constitución”. Estos límites son:

- (i). La competencia material del legislador.
- (ii). La intención del constituyen en la gestación de la Carta de Derechos.
- (iii). El respeto por el principio democrático.
- (iv). Observar la garantía política de la división de poderes.

(iv). El deber de no otorgarle otros entendidos normativos a las normas por fuera de la misma Constitución. “Los jueces constitucionales pueden ayudar al legislador a llevar a cabo sus funciones; sin embargo, no pueden sustituirlo ni promulgar leyes, ni poseen base política discrecional alguna para crear normas legales o disposiciones que no pueden ser deducidas de la Constitución misma” (Brewer-Carías, 2014, p. 160).

Sobre este tópico en particular algunos teóricos que han tenido la valiosa oportunidad de fungir como Magistrados del Tribunal

Constitucional *in situ*, y han justificado la necesidad de una forma de creación pretoriana o jurisprudencial de los derechos, sobre todo si trata de derechos fundamentales, a partir de la experiencia misma, y desde los contextos de las culturas jurídicas donde se aplican modelos de jurisdicción constitucional más abiertos a generar auténticas creaciones de derechos. “Los magistrados de la Corte Constitucional al redactar sus fallos emplean unas operaciones intelectivas que conducen al producto hermenéutico constitucional, esto es, todos aquellos métodos de interpretación de los que se vale la Corte cuando crea la doctrina constitucional” (Cerra, 2001, pp. 176-177).

En el orden interno colombiano, uno de los primeros profesores de derecho constitucional, en los cuales fungió esa doble dignidad de Magistrado de la Corte Constitucional y la de académico, fue Alejandro Martínez Caballero, quien referenció esta tensión en el modelo colombiano de interpretación de los derechos fundamentales, como una forma de modulación a partir del alcance normativo que le direcciona la sentencia:

La modulación de los efectos de la sentencia no es de manera alguna una arbitraria invención de la Corte Constitucional colombiana, sino que es una consecuencia de la función de la Corte como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta. Además, la necesidad de esa modulación de las sentencias resulta de las tensiones valorativas implícitas en todo texto constitucional y de la dinámica misma del control judicial de la

constitucionalidad de las leyes (Martínez Caballero, 2000, pp. 16-17).

El establecimiento de una *modulación interpretativa*<sup>100</sup>, instaaura una ruptura a la declaratoria de inconstitucionalidad absoluta, por medio de la cual una sentencia de inconstitucionalidad puede dirigir sus efectos sobre una norma jurídica, en torno al ordenamiento donde tiene una pretensión de ser aplicada, generando una *adjudicación constitucional* en sentido especial. (Lizarazo, 2011, p. 171).

Así, de conformidad con el entendido y alcance interpretativo de los fallos constitucionales los cuales generan una emancipación social<sup>101</sup> otorgada por la Corte a ese enunciado en específico. Por lo que el juicio constitucional pretende evitar la falta de eficacia de su disposición, debido a que su falta de eficacia, en términos de teoría de la norma, origina la declaratoria de la pérdida relativa o parcial de validez que establece esa disposición. “Un tribunal constitucional puede ir incluso más allá y determinar un período de transición para evitar serios inconvenientes a la estabilidad económica y política de la sociedad, lo que no resulta ilógico, siempre

y cuando, en aplicación del principio de razonabilidad”. (Rueda, 2004, p. 332).

Como elementos teóricos de interpretación de los derechos fundamentales, construidos de forma original por la Corte Constitucional, se estable el denominado como *Juicio o Test de Igualdad*.

El test de igualdad desarrollado por la jurisprudencia de la Corte busca establecer el alcance material de la dimensión subjetiva del principio de igualdad consagrado en la Constitución de Colombia, en su art. 13. Y la dimensión objetiva del derecho a la igualdad, cuando concurren violaciones en el marco de la toma de decisiones<sup>102</sup>.

La originalidad de este juicio se predica, en cuanto la Corte Constitucional, y configura una *conexidad interpretativa-argumentativa*, cuando vincula el origen europeo del test de igualdad, cuando se le relaciona más con la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad especialmente en las construcciones jurisprudenciales provenientes del Tribunal Constitucional Federal Alemán<sup>103</sup>, en cuanto al modelo de interpretación de los derechos fundamentales, y el juicio de

---

100 “La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una teoría de control constitucional que se concreta en las llamadas “sentencias moduladoras” o “modulación de los efectos de las sentencias”. Teoría que responde al mencionado déficit de la teoría original kelseniana, permitiendo dar solución a los problemas generados por la declaración pura de in/constitucionalidad, e impulsando el ejercicio de una verdadera justicia constitucional” (Portilla Constain, 2002, p. 28).

101 “Este fenómeno consiste en la infusión del lenguaje constitucional articulado por los fallos de la Corte Constitucional a los ámbitos donde se desenvuelve la vida cotidiana de los colombianos. Esta infusión tiende a despertar y activar las energías emancipatorias durmientes en lo cotidiano y a sentar las bases de procesos de organización y movilización colectivas tendentes a la contestación de los discursos y estructuras sociales que causan subordinación social” (Restrepo, 2002, p.7).

102 El termino decisiones utilizado aquí, debe ser entendido en forma amplia, tanto las decisiones tomadas en vía administrativa por poderes públicos, como decisiones judiciales en vía de las jurisdicciones que integran la rama judicial en Colombia. Inclusive en una tercera distinción, sobre decisiones tomadas por particulares que puedan afectar derechos fundamentales de terceros.

103 “En el campo de los derechos fundamentales, la jurisprudencia alemana logró “constitucionalizar” muchos aspectos del derecho civil. El instrumento más poderoso que se forjó el Tribunal alemán es la función de derechos fundamentales como *valores constitucionales*, los que el legislador, el poder ejecutivo y el juez tienen que proteger y alimentar, incluso en relaciones entre particulares” (Herdegen, 2006, p. 846).

igualdad<sup>104</sup> que emana de los desarrollos establecidos por la Suprema Corte<sup>105</sup> de los Estados Unidos de América:

La Corte Constitucional colombiana ha establecido y ha aplicado diversos criterios para determinar el principio de igualdad. Esos criterios han sido expuestos en tres diversas versiones del llamado test o juicio de igualdad: (1) un juicio de la igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; (2) un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad; y (3) un original juicio integrado de igualdad, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas (Bernal Pulido, 2002, p. 57).

## **FILOSOFÍA DEL DERECHO: DERECHO PENAL Y TEORÍA DEL DELITO**

La teoría de la imputación objetiva nace en el seno de la dogmática penal alemana, especialmente para superar la teoría del casualismo penal, que tenía como criterio para determinar la responsabilidad penal estrictamente objetivos desde la comisión del

acto de desvalor. Es decir, sólo se tenía en cuenta la realización de la misma conducta punible. “La imputación objetiva supone la atribución de un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del verdadero sentido de dichos términos” (Puig, 2003, pp. 19).

La imputación objetiva supera la llamada responsabilidad objetiva, sólo se atiende la ocasión del daño de la lesión del bien jurídico tutelado, sin tener en cuenta consideraciones especiales a los elementos subjetivos del tipo, estableciendo apenas un nexo de causalidad estrictamente material entre el actor o agente que desarrolla la posible conducta criminal, y el sujeto pasivo de la conducta, configurándose en una posible víctima del injusto penal. “La imputación no puede incluir elementos independientes de la decisión de voluntad, sólo lo que esté en el ámbito de esta decisión puede contraponerse a la norma, porque también sólo en este ámbito puede influir la norma sobre el autor” (Sancinetti, 1996, p. 18).

En este orden de ideas, la responsabilidad basada en criterios estrictamente objetivos no tiene elementos como los de la previsibilidad o no de la conducta, la realización bajo medios en los que obre un actuar o no, bajo los elementos específicamente volitivos del tipo,

104 “No es un secreto que la labor de revisión constitucional de la Corte se ha expandido a un proceso de revisión complejo por la fragmentación del Estado colombiano, y por la alta corrupción que históricamente ha caracterizado al poder legislativo en el país. Por esta razón el juicio integrado de constitucionalidad constituye de manera evidente una metodología que blindó a la Corte de posibles ataques basados en rasgos de arbitrariedad en la toma de sus decisiones que efectivamente han reorientado el desarrollo constitucional del país” (Insignares & Molinares, 2012, p. 96).

105 “El derecho anglosajón también dispone de un método para el análisis constitucional de los textos legales. Así, desde 1920 en Estados Unidos el Tribunal Supremo había venido aplicando dos conceptos coincidentes en parte con el principio de proporcionalidad: el *balancing test* y el principio de la alternativa menos restrictiva. Estos métodos han sido, en alguna medida, incorporados por la Corte Constitucional en sus sentencias, aunque han adquirido cierto tinte diferenciador” (Valbuena, 2006, p.93).



tal como lo indica el profesor Nodier Agudelo (2007):

A la responsabilidad objetiva también se le conoce como “responsabilidad por el hecho”. Un sistema penal consagra un tipo de responsabilidad objetiva cuando, para someter al individuo a una sanción, se satisface con la comprobación de un nexo de causalidad física entre el autor y el hecho que considera dañoso, independientemente de que en ese hecho ocurran fenómenos subjetivos. El sujeto es responsable con la sola comisión material del hecho, aunque respecto de este no haya habido ni siquiera simple ligereza por parte del sujeto. En tal sistema de responsabilidad no se indaga por los elementos subjetivos de la acción, ni si el sujeto previo el resultado, o si este era previsible (p. 9).

Entendida así, la teoría de la imputación objetiva como una conceptualización más

acertada de la responsabilidad penal por el desvalor de la acción. Que está orientada al funcionalismo jurídico penal en la superación de aspectos estrictamente normativistas o desde la presentación de un normativismo<sup>106</sup> puro del derecho penal<sup>107</sup>, a lo que se le ha denominado dogmática jurídico-penal normativista<sup>108</sup>. Esta dogmática penal normativista, se inserta en *La teoría jurídica alemana posmoderna*, un concepto mucho más amplio que engloba los distintos tipos de saberes jurídicos disciplinares y aplicados.

Los primeros fundamentos de la teoría de la imputación objetiva remontan a la *Teoría Hegeliana*, según la cual un modelo de imputación se debía basar sólo en las conductas que modificaban el mundo exterior desde el mismo actuar individual de la persona. Es decir, de las exteriorizaciones que causaban alguna diferencia con el mundo de las ideas humanas, desde la misma conciencia o *pensamiento criminal de representación*, a una

---

106 “El carácter normativo del derecho, propende a dar respuesta a todos los problemas jurídicos desde la teoría de las normas, siendo una concepción del fenómeno jurídico nomocéntrica. Para un análisis detallado de los alcances del normativismo, observar a Atienza (2001) (...) No cabe duda que donde hay derecho hay también normas jurídicas. Son tipos de normas tanto las reglamentaciones del poder estatal (las leyes en sentido amplio) como los acuerdos entre individuos o entre grupos de individuos (los contratos) o las decisiones de los órganos judiciales y administrativos (sentencias y resoluciones en general) que constituyen probablemente las tres formas principales bajo las cuales se presentan hoy el fenómeno del derecho. Por algo el normativismo y la idea de que el derecho consiste esencialmente en normas es la concepción, de una u otra forma, del derecho dominante entre juristas”. (p. 59).

107 “Con todo, el esfuerzo del constituyente de 1991 por racionalizar el sistema de justicia penal en Colombia resultó fallido. Ello fue así por cuanto en estricto sentido no se dividieron las funciones de investigación, acusación y juzgamiento ya que, si bien la Fiscalía General de la Nación se configuró como una institución autónoma de los tribunales y los jueces, con atribuciones para investigar y acusar, ella se mantuvo como una autoridad judicial con facultades constitucionales para imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales, proferir medidas de aseguramiento contra personas y bienes y ordenar preclusiones con valor de cosa juzgada. Todo ello con el agravante de la inexistencia de control judicial alguno ya que, si bien existían garantías como el habeas corpus y el control de legalidad de las medidas de aseguramiento, su cobertura era sustancialmente limitada” (Urbino, 2005, p. 3).

108 Para una aproximación más profunda, acerca del concepto de la dogmática jurídico-penal normativista ver a Lesch (1995) “normativista, como yo la entiendo, adjudica a las relaciones sociales una esencia íntegramente distinta; y en verdad, una esencia fundida en la tradición de Rousseau y Hegel. Rousseau describe al individuo del estado natural presocial, como un animal salvaje y aislado, que no posee identidad sin lenguaje ni relaciones sociales. «Todo conocimiento que exige reflexión; todo acto que se llega sólo a través de ordenar ideas que sólo se perfeccionan sucesivamente, parece quedar totalmente fuera del alcance del hombre salvaje, falto de comunicación con sus semejantes, a saber, falto del instrumento que sirve para tal comunicación y falto de las necesidades que la hacen necesaria»” (p. 912).

verdadera *materialización de la conducta del desvalor* punitivo en la configuración misma de la acción.

Dejan a un lado factores o externalidades secundarias o tercerías en la posible comisión por parte del agente en la actividad prohibida por el Estado, perseguida y castigada desde *el ejercicio del ius puniendi*.

Frente a la concreción de la teoría de la imputación objetiva, en sentido estrictamente jurídico, ésta genera la postulación del principio de autorresponsabilidad, para inferir un tipo de responsabilidad en la relación no de causalidad, sino de los riesgos en la infracción penal frente a un actuar determinado. Se considera la imputación a cada persona de su propia obra, que en términos de derecho penal positivo, el principio de autorresponsabilidad representa inconvenientes de determinación jurídica en consideración del principio de legalidad:

El principio de mera legalidad, que actúa con arreglo a la fórmula *nulla poena, nullum crimen sine lege* como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales legalmente vigentes o positivamente existentes y sólo de ellas, tiene en efecto para el jurista el valor de una regla meta-científica, a la que llamaré primer postulado del positivismo jurídico: se trata más exactamente de una regla semántica que identifica el derecho vigente como derecho objeto exhaustivo y exclusivo de la ciencia penal, estableciendo que sólo

las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen lo que es delito y que las leyes sólo dicen que es delito (y no también que es pecado) (Ferrajoli, 2009, p. 374).

Configurándose así, en el Estado de derecho legislativo<sup>109</sup> en el ámbito de las leyes penales, que no sólo guarda una especie limitada de proporcionalidad del derecho penal, y del deber de reprochar las conductas que generan un desvalor en la sociedad.

En la medida del principio de legalidad de las leyes penales, el principio de autorresponsabilidad, como componente de la imputación objetiva, no cumpliría los límites competenciales frente al ejercicio del legislador penal. Pues, al ser considerado tal principio de autorresponsabilidad como un principio general del derecho, no necesitaría concreción específica en el derecho positivo del ordenamiento jurídico, este es el sistema penal imperante para ser aplicado.

La crítica insoslayable está cuando no se cumple los mínimos de legalidad frente a principios rectores del derecho penal, como es derecho de la no existencia del tipo penal especificado antes de la ocurrencia del delito. El Estado, a través del ejercicio del *ius puniendi*, no podría penalizar ni sancionar la conducta del desvalor, por no ser un delito totalmente configurado ni tipificado.

Esta teorización generó la construcción de una herramienta normativa la cual fue propuesta por Gustav Radbruch, uno de los más grandes teóricos del derecho penal

109 La concepción del Estado de derecho legislativo operó un consenso entre las luchas y disputas de clases. Lo que se desarrolló en el cumplimiento de los poderes públicos representativos del Estado, la no utilización de la fuerza extrema para la realización de sus postulados y, sin duda, dejar la aplicación de penas inhumanas y degradantes basadas sólo en la tortura física y psicológica.

moderno, que construyo toda una *Teoría de la acción* para llevarla al derecho penal desde el concepto de valorativo de la antijuridicidad<sup>110</sup> y la culpabilidad, para determinar la noción ontológica del sistema de justicia penal en las modernas concepciones de los nuevos Estados de derecho.

Reforzados a través de la materialización de los derechos fundamentales, y en límite punitivo, como verdaderas medidas de contención del derecho de última ratio, como debe ser entendido el derecho penal en su versión posmoderna, y como superación del conflicto entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo<sup>111</sup> siendo importante, y sin desconocer la propuesta de Friedrich Hegel para la *distinción constitutiva* de la imputación objetiva:

El principio fundamental sobre el cual se edifica la teoría de la imputación objetiva fue formulado a comienzos del siglo XIX por Hegel, al señalar que sólo puede llamarse imputación, en estricto sentido a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío, de tal forma, propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen y son su alma

ya que sin ella nada representan. Existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta, sino a la modificación del mundo exterior que ha causado la modificación de mi comportamiento, por consiguiente, sólo las consecuencias que pertenecen a mi conducta, pueden serme imputadas (Reyes Alvarado, 1996, p. 49).

La configuración de la teoría de la imputación objetiva dentro de la teoría general del delito, se muestra como aquellos límites materiales a la acción en sentido de tipicidad penal y, también a la vez, como un estatuto orientador dentro del mismo sistema de justicia penal para la vinculación exclusiva de los comportamientos imputables desde las cuestiones relativas a la atribución de un resultado penalmente reprochable.

Desde esta construcción dogmática, propuesta de manera más reciente que la de Hegel, se edifica la posición de Gunter Jakobs, filósofo y teórico del derecho penal alemán.

La propuesta de Jakobs se erige fundamentalmente desde unos principios básicos, del deber objetivo de cuidado, como lo son el riesgo permitido, la desviación del resultado o la acción a propio riesgo. Tomando como punto de partida de la teorización de Jakobs, la propuesta

---

110 Es importante frente al punto del riesgo permitido a los desarrollos del profesor Paredes Castañón (1996) al respecto se indica: “En lo que al juicio de antijuridicidad penal se refiere, es que el punto en el que las actividades peligrosas para bienes jurídico penalmente protegidos se vuelven penalmente ilícitas no aparece ya, en absoluto como evidente. Por el contrario, dicho límite entre lo penalmente prohibido y lo penalmente atípico es la principal sede sistemática. Dentro de la estructura del delito en la que ha de sustanciarse el conflicto subyacente antes enunciado” (p. 915).

111 El posible enjuiciamiento si desconocía el principio de legalidad al no existir un procedimiento prohibido desde el punto de vista criminal que los obligara a actuar en distinta forma: “Estos procesos ofrecieron la particularidad de reavivar el debate entre el positivismo y el iusnaturalismo y de llamar la atención sobre el hecho de que la posición que se adoptara en ese debate podría tener consecuencias prácticas muy significativas. (...) los jueces deben negarse a aplicar aquellas normas jurídicas que contradigan principios morales; de que toda norma jurídica, cualquiera que sea su origen y contenido, tiene fuerza obligatoria y debe ser obedecida, y de que la identificación de un sistema jurídico requiere formular juicios de valor acerca de la justicia y moralidad de sus disposiciones” (Nino, 1980, pp. 18-27).

correspondiente a la violación del deber objetivo de cuidado, se puede pensar que las normas penales en general han sido construidas no sólo como medios para el control social, presentando estatutos de mayor o menos reprochabilidad teniendo en cuenta los roles desempeñados en esa sociedad por el agente del desvalor de la conducta penal.

Frente a ese agente del desvalor y en los casos donde la conducta cobra un sentido amplio, como la posición de garante que despliega quien realiza la conducta objeto de sanción, se puede afirmar que desde la teoría de la imputación objetiva, presenta un problema de la realización fáctica del riesgo jurídicamente permitido.

Por lo tanto, la coherencia y la amplitud del sistema jurídico penal despliegue dispositivos normativos para realizar no sólo un control social del derecho a través de sus normas, sino estructura abiertamente verificable en las fórmulas de realización o no, de las conductas desaprobadas, instituyéndose una verdadera fuente de validez social de las normas jurídicas. De acuerdo al punto de vista de Jakobs sobre las cuestiones relevantes a los comportamientos imputables:

Los contenidos de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por este autor se encuentran estrechamente vinculados a la idea de que el sistema de la teoría del delito de tomar como punto de referencia la esfera de administración autónoma que corresponde al

ciudadano, a la persona. En este sentido, la teoría de la imputación objetiva es para Jakobs un primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, que permite contrastar cuando una conducta tiene carácter objetivamente delictivo. Mediante la teoría de la imputación objetiva, por tanto en opinión de Jakobs, se determina si concurre una expresión de sentido típica que ha de entenderse en sentido general, en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la vigencia de la norma en cuestión (Meliá, 2001, pp. 85-86).

Los delitos imprudentes<sup>112</sup> dentro de la dogmática penal moderna, hasta antes de los nuevos desarrollos del *punitivismo penal* en el esquema funcionalista de la teoría general del delito, relegaban los llamados delitos imprudentes a una categoría inferior de delitos hasta aproximarlos a un especie de cuasidelitos, cuando los *delitos dolosos* estaban en la cúspide del sistema jurídico penal, en su sentido estricto y general en temas de causalidad abordados desde el esquema de imputación objetiva. Tal tal como lo explica el profesor alemán Eric Hilgendorf:

No obstante, el instrumental jurídico tradicionalmente usado en la resolución de los problemas de causalidad es todo bastante impreciso como para dejar al sentimiento jurídico el espacio necesario para que, a fin de cuentas, las decisiones de la jurisprudencia en los

---

112 “En la aplicación del derecho en relación con los hechos imprudentes se fusionan la subsunción y la búsqueda de la ley penal apta para la subsunción. Si esta fusión se diluye teniendo en cuenta la ventaja de que, por un lado, sólo la realización (no realización) de una acción final puede ser típica y, por el otro, que el tipo de la ley penal debe describir una conducta estructurada de esa forma. Entonces algunos fenómenos que a primera vista parecen elementos del tipo, se representan desde otro aspecto; *son-cum grano salis*- elementos de formación del tipo” (Schöne, 1996, p. 19).

casos paradigmáticos de responsabilidad penal por el producto parezcan siempre aceptables. Es significativo que la jurisprudencia alemana no haya adoptado el más problemático de estos instrumentos de imputación, la teoría de la «imputación objetiva (2002, p. 93).

El fundamento histórico del desarrollo de una teoría de los delitos imprudentes se da a cabo con la implementación de nuevos procesos industriales, y de explotación económica principalmente en la gestión del mercado y en la comercialización de bienes y servicios, frente a las empresas de manufacturas, explotación de hidrocarburos. Pero, puntualmente el vector principal desde el punto de vista histórico que desarrolla los delitos imprudentes, es EL que se denomina Fordismo o la producción masiva a gran escala de automóviles como medios de transporte personal, y en manos de los ciudadanos que tuvieran los medios para acceder a ellos.

En este orden de ideas, la propuesta fundamental en torno a los problemas de culpabilidad giran en la cuestión valorativa de las fuentes principales del peligro, es decir, cuáles son los rasgos y elementos comunes para observar respecto de la vista punitiva los peligros que se gestan en el interior de la comisión de una conducta punible sujeto de reproche jurídico penal. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha indicado:

La conducta de operar vehículos es integral y comprende los momentos precedentes, de tal manera que los movimientos automáticos que realiza el conductor (acelerar, cambiar las velocidades, disminuir la aceleración o frenar) están dentro de la acción global

de conducir, que, si conjuntamente pueden valorarse como voluntarios, de allí mismo puede inferirse si fueron correctos o imprudentes. La denominada regla de la recíproca confianza rige para el desenvolvimiento de actividades peligrosas que son permitidas por ser imprescindibles en la moderna sociedad industrial, tales como el tráfico automotor, porque sin ellas, se detiene el progreso, pero por elemental lógica, sólo tiene derecho a esperar confiadamente el cumplimiento de los demás, aquel partícipe que actúa dentro de los reglamentos y no el que los viola, según los resultados de la sugerida apreciación integral del comportamiento peligroso (Expediente 12224, 1998).

Ocurriendo así un aumento considerablemente cuantitativo en la comisión de delitos imprudentes con ocasión al peligro del desvalor de la acción, y que la doctrina ha preparado para establecer con criterios de paridad las respuestas técnicas a nuevos modelos de criminalidad.

Sobre este influjo la dogmática penal y el desarrollo doctrinal de la teoría del delito, centraban sus estudios en la comisión de los delitos dolosos, y de sus especiales componentes subjetivos o elementos del tipo, como el volitivo y los cognoscitivos, sobre el conocimiento y la voluntad del quehacer del agente que despliega la conducta punible.

Las principales discusiones giraron en torno al dolo y la culpa, como elementos integrantes de la culpabilidad penal, entendiéndolo como una cuestión eminentemente valorativa, haciendo la distinción desde la dogmática, vista en continuidad hacia la dogmática

penal moderna, que la cuestión de la relación dolo-culpa, era mucho más que una cuestión relevante de la culpabilidad.

Toda *la teoría del delito imprudente* se construye a través del injusto penal, con relación al nexo causal del resultado de la acción impudente y la culpabilidad como elementos concomitantes. Pero era necesaria la configuración de un tercer elemento mucho más importante, *el deber objetivo de cuidado*, como esencial del delito del tipo de injusto del delito imprudente, como lo destaca el profesor Francisco Muñoz Conde:

Lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción. Si los vehículos de A y B chocan en una curva, quedando A y B gravemente lesionados, es evidente que A y B han causado por igual dicho resultado. Pero para saber quién conducía imprudentemente y, por tanto, quien debe responder del resultado producido, no basta con establecer esta simple conexión causal, sino que es preciso, además saber, quien actuaba diligentemente y quién no. Y si, por ejemplo, sabemos que A al tomar la curva se cerró sobre la izquierda invadiendo el lateral contrario por donde venía B conduciendo correctamente, ya sabemos también quién es el que ha realizado el tipo de injusto de un delito imprudente. Ello, naturalmente, sin perjuicio de comprobar ulteriormente la presencia de otros elementos de la teoría del delito, como la antijuridicidad y la

culpabilidad en orden a la exigencia de una responsabilidad penal (2005, p. 54).

## **IMPUTACIÓN OBJETIVA Y DELITOS IMPRUDENTES**

El problema de la embriaguez como factor decisivo para determinar la posible comisión de una conducta penalmente reprochable, abre el debate en torno a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en los delitos imprudentes con ocasión precisamente al estado de embriaguez del autor o agente que estructura ese desvalor o disvalor de la acción. “En la imputación objetiva, lo importante es seleccionar dentro de las acciones ónticas, aquellas que sean de interés para el derecho penal; las susceptibles de ser enjuiciadas como obra de un determinado sujeto” (Ojeda & Guerrero, 2002, p. 8).

Con base en tales argumentos, la embriaguez desde el punto de vista de la teoría del delito frente a la acción, entendida ésta desde la tipicidad, la antijuridicidad desde la posible lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado por la ley penal. Hasta configurar el elemento subjetivo en la culpabilidad para establecer las posibles causas del nexo psicológico entre el accionar, es decir, la puesta en marcha de la acción criminal y el actuar como querer desde el plano valorativo del sujeto activo que despliega la conducta. “En la imputación objetiva se cuestiona, por el contrario, si la acción ha originado un peligro, desaprobado por el derecho, que progresivamente se ha manifestado en el resultado típico” (López, 1986, p. 34).

El tópico de la embriaguez, en tal orden argumentativo, despliega la tensión y el debate si existe responsabilidad penal o

no en los delitos imprudentes, como el homicidio culposo del agente que actúa en estado de embriaguez. Al plano estricto de la conciencia de la ilicitud de la conducta y de la imputabilidad de la norma y sanción punitiva.

Por supuesto, se entiende el estado de imputabilidad, como aquel en donde el agente activo del disvalor de la acción penal conoce, entiende, distingue, relaciona, y actúa en contra de la norma prohibitiva correspondiente a la del juicio de reproche criminal. Como una capacidad de comprensión del hecho o de la conducta, es decir, bajo una plena inteligencia y entendimiento de la causación de una conducta socialmente desaprobada por el ordenamiento y el sistema jurídico penal, generando así una “imputación objetiva”. “La imputación objetiva suele condensarse en la siguiente fórmula: el tipo de un delito de resultado sólo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis ha generado un “riesgo jurídicamente desaprobado” y este riesgo se ha “realizado en el resultado” (Meliá, 2005, p. 91).

El debate se podría solucionar de la siguiente manera, si quien causase un efecto contrario a la norma que protege un bien jurídico tutelado, como en el tipo de homicidio de carácter culposo, conociendo su estado de capacidad originada con plena conciencia al iniciar la ingesta de bebidas embriagantes o alcohólicas. Debe hacerse la representación de los riesgos intensamente elevados al realizar el despliegue de su conducta en una actividad altamente peligrosa, pero permitida como lo es la de conducir un automóvil. Para lo cual basta apoyarse en la solidez del argumento del profesor Agudelo (2007):

El principio general enseña que el sujeto para ser responsable debe gozar de su capacidad de comprender o de determinarse al momento del hecho; sin embargo, a veces el sujeto no tiene esa capacidad de comprender y de determinarse cuando ejecuta el hecho, pero no por una causa ajena a su voluntad: sino precisamente por su propia voluntad se ha colocado en la incapacidad de comprender o de determinarse. A mi manera de ver, lo expresado por la frase latina es que cuando el sujeto era imputable, esto es, libre pone o crea la causa; como dice Kohlrausch, en estos casos hay una acción no libre in acto, pero libre in causa (pp. 135-136).

## REFERENCIAS

- Agudelo, N. (2007). *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Tercera edición. Editorial Temis.
- Aguilera, R. (2009). *La función de la filosofía política y jurídica en Ronald Dworkin*. *Revista Multidisciplinar del Centro de estudios sobre derecho, globalización y seguridad*. Universidad Veracruzana 20(10), 1-16.
- Aguiló Regla, J. (2004). *La Constitución del Estado constitucional* (Vol. 2). Palestra-Temis.
- Alexy, R. (1992). *Begriff und geltung des rechts*. Verlag Karl Alber.
- Alexy, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. Distribuciones Fontamara.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 0(5), 139-151. <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.07>
- Alexy, R. (1999). La tesis del caso especial. *Isegoría*, (21), 23-35. <https://doi.org/10.3989/isegoria.1999.i21.75>
- Alexy, R. (2000a). La institucionalización de la razón. *Persona y Derecho*, 43, 217-249. <https://dadun.unav.edu/handle/10171/14155>
- Alexy, R. (2000b). Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (23), 197-230. <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.08>
- Alexy, R. (2000c). La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático. *Derechos y libertades*. *Revista del instituto Bartolomé de las casas*, 5(8), 21-42. <http://hdl.handle.net/10016/1372>
- Alexy, R. (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, (5), 75-95. <http://hdl.handle.net/2183/2109>
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(66), 13-64. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289390>
- Alexy, R. (2003). Justicia como corrección. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 0(26), 161-171. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.09>
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos BERNAL PULIDO. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). Los principales elementos de mi filosofía del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (32). 67-84. <https://doi.org/10.14198/DOXA2009.32.04>
- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (91), 11-29. <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/40010>
- Alexy, R. (2013a). El no positivismo incluyente. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (36), 15-23. <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.01>



- Alexy, R. (2013b). *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*. Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2014). Principios formales. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (37), 15-29. <https://doi.org/10.14198/DOXA2014.37.01>
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Segunda Edición. Trad. Jorge M. Seña. Editorial Gedisa.
- Aragón, M. (2015). *¿Cambiar la constitución para adaptarla o para transformarla? requisitos y límites de la reforma constitucional*. *Teoría y Realidad Constitucional*, (36), 313-327. <https://doi.org/10.5944/trc.36.2015.16069>
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Editorial Legis.
- Arrieta, A. (2003). Justo formalismo. La aplicación formal del derecho, casos y límites. *Precedente. Anuario Jurídico*, 163-184. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1402>
- Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (10), 101-120. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.04>
- Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Primera edición. Editorial Ariel.
- Atienza, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 73-88. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.04>
- Bayón, J. (2002). El contenido mínimo del positivismo jurídico. En V. Zapatero Gómez, (Coord.) *Horizontes de la filosofía del derecho. homenaje a Luis García San Miguel* (pp. 33-54). Universidad de Alcalá.
- Bechara Llanos, A. Z. (2011). Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy. *Saber, Ciencia Y Libertad*, 6(2), 63-76. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2011v6n2.1778>
- Bechara Llanos, A. Z. (2016). Nuevos sujetos de especial protección constitucional: defensa desde la teoría principialista de los derechos fundamentales. *Justicia*, 21(29). <https://doi.org/10.17081/just.21.29.1231>
- Bechara Llanos, A. Z. (2017a). Jurisprudencia de principios e interpretación de la constitución: el escenario de la corte constitucional colombiana. *Justicia*, 22(32), 15-37. <https://doi.org/10.17081/just.23.31.2903>
- Bechara, A. (2017b). La carga invertida de los derechos fundamentales como procedimiento de creación judicial: diálogo jurisdiccional en la garantía de protección secundaria [conferencia]. *Workshop internacional de doctorandos organizado por el Programa de Doctorado de la UAB y la Facultad de Derecho de la UAB. La Creación judicial del derecho y el diálogo entre jueces*, Universidad Autónoma de Barcelona. <https://ddd.uab.cat/record/176422>
- Bechara, A. (2019a). *Jurisprudencia de principios*. Editorial Universidad del Norte.
- Bechara, A. (2019b). *La teoría de Luigi Ferrajoli en la garantía secundaria de habeas corpus como derecho fundamental en la ley 906 de 2004*. En J. Isaza (Comp.). *Temas de teoría del derecho*. Editorial Universidad del Norte & Tirant Lo Blanch.

- Bernal Pulido, C. (2002). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En J. Vega, & E. Corzo (coord.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 51-74). UNAM.
- Bernal, C. (2011). La tesis de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy. En C. Bernal (Edit.) *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Palestra editores.
- Betegón, J. (1998). Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (35), 171-192. <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.09>
- Botero Marino, C., & Jaramillo, J. (2006). El conflicto de las altas Cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias. *Foro Constitucional Iberoamericano*. (12), 42-81. <https://www.dejusticia.org/el-conflicto-de-las-altas-cortes-colombianas-en-torno-a-la-tutela-contra-sentencias/>
- Brewer-Carías, A. (2014). Los jueces constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa. En O. Gozaíni, (Dir.). *Proceso y constitución. Las sentencias constitucionales*. Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.
- Bulygin, E. (2004). ¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (27), 15-26. <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2004.27.01>
- Campo, K. (2002). La jurisprudencia constitucional colombiana en el sistema de fuentes de derecho. *Revista Derecho del Estado* (13), 85-103. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/831>
- Carbonell, M., & Sánchez Gil, R. (2011). ¿Qué es la constitucionalización del derecho? *Quid Iuris*, 15, 33-55. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17397>
- Carrillo, Y. & Bechara, A. (2018). *La balanza de los derechos*. Editorial Ibáñez.
- Castañón, J. (1996). El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho Penal: ¿Es posible determinarlo con criterios utilitarios?. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49 (3), 909-942. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=246515>
- Cepeda, M. (1997). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Segunda edición. Temis.
- Cerra, E. (2001). El control de constitucionalidad. Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia constitucional. *Revista de Derecho*, 16(2), 162-179. [https://www.ecotec.edu.ec/material/material\\_2018D1\\_DER208\\_02\\_97114.pdf](https://www.ecotec.edu.ec/material/material_2018D1_DER208_02_97114.pdf)
- Chinchilla, T. (2009). ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Segunda edición. Temis. Bogotá, Colombia.
- Cifuentes Muñoz, E. (2002). Jurisdicción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, 8(1), 283-317. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100015>
- Comanducci, P. (1998). Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (21), 89-104. <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.07>

- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, (16), 89-112. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182002000100089](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182002000100089)
- Comanducci, P. (2009). Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del derecho. En P. Comanducci, M. Ahumada, & D. González Lagier. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Fundación coloquio jurídico europeo.
- Comanducci, P. (2011). «Constitucionalismo»: problemas de definición y tipología. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 95-100. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.06>
- Cruz, L. (2009). La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. *Dikaion*, 23(18). <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1541>
- Denninger, E., Grimm, D., & Gutiérrez, I. G. (2007). *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Trotta.
- Díaz Revorio, F. (2002). *Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas*. *Pensamiento constitucional*, 8(8), 177-212. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3278>
- Duverger, M. (1980). A new political system model: Semi-presidential government. *European journal of political research*, 8(2), 165-187. <https://doi.org/10.1111/j.1475-6765.1980.tb00569.x>
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Editorial Ariel.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Siglo veintiuno editores.
- Etcheverry, J. (2017). Rule of Law y discrecionalidad judicial: compatibilidad y recíproca limitación. *Revista Derecho del Estado*, (38), 3-21. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4925>
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (1999). El derecho como sistema de garantías. *Nuevo Foro Penal*, 12(60), 59-74. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3896>
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, (17), 31-45. <http://e-spacio.uned.es/fez/view.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011>
- Ferrajoli, L. (2002). Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía* (16), 7-20. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182002000100007](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182002000100007)
- Ferrajoli, L. (2006a). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006b). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, (15), 113-136. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932006000200113&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932006000200113&lng=en&tlng=es)
- Ferrajoli, L. (2006c). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (29), 15-31. <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.01>

- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Novena edición. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010a). Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso. En L. Ferrajoli, J. Moreso, & M. Atienza (Edit.). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Editorial Fontamara.
- Ferrajoli, L. (2010b). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez & Andrea Greppi. Séptima edición. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011a). El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 311-360. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.19>
- Ferrajoli, L. (2011b). Doce cuestiones en torno a principia iuris. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (1), 3-34. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2154>
- Ferrajoli, L. (2011c). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 15-53. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>
- Ferrajoli, L. (2016a). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo I. Teoría del derecho. Primera edición. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2016b). El futuro de la filosofía del derecho. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (39), 255-263. <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.13>
- Ferreres, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons.
- García Amado, J. (2014). Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas. *EUNOMÍA. Revista Cultura de la Legalidad*, (7), 6-40. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2230>
- García Belaunde, D. (1994). *La interpretación constitucional como problema*. *Revista de Estudios Políticos. Nueva época*, (86), 9-37. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27306>
- García Jaramillo, L. (2008). El “nuevo derecho” en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente?. *Revista de Derecho*, (29), 289-330. <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2698/1809>
- Gavara de Cara, J. (2007). La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. *UNED. Teoría y realidad constitucional*, (20), 277-320. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/20/est/est7.pdf>
- Gómez Pinto, L. (2011). El control constitucional en Colombia: sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública. *Vniversitas*, (122), 169-211. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj60-122.cccs>
- Grimm, D. (2006). *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales; con estudio preliminar de A. López Pina*. Trotta.
- Guastini, R. (1993). La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución

- italiana. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1 (1), 237-250. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1438>
- Guastini, R. (1996). Derecho dúctil, Derecho incierto. *Anuario de filosofía del derecho*. (13), 111-123. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142372>
- Guastini, R. (1997). Problemas de interpretación. *Revista Isonomia*, (7). 121-131. <https://www.redalyc.org/journal/3636/363666802027/html/>
- Guastini, R. (2010a). *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Universidad Externado.
- Guastini, R. (2010b). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Segunda edición*. Editorial Trotta.
- Guastini, R. (2012). El escepticismo ante las reglas replanteado. *Revista Discusiones*, (11), 27-57. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2012.2537>
- Guastini, R. (2017). Identità della costituzione e limiti alla revisione costituzionale (il caso colombiano). En: L. Estupiñán, C. Hernández & W. Jiménez (Edit). *Tribunales y justicia constitucional*. Universidad Libre, Universidad de Bolonia.
- Häberle, P. (2010). Métodos y principios de interpretación constitucional. un catálogo de problemas. *Revista de derecho constitucional europeo*, 7(13), 379-411. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3411214>
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez. Quinta edición*. Editorial Trotta.
- Herdegen, M. (2006). Interpretación constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, 843-852. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-9.pdf>
- Hilgendorf, E. (2002). Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 55(1), 91-108. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1429560>
- Ibáñez, P. (1994). *¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho?: Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo*. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (15-16), 861-882. <http://hdl.handle.net/10045/10658>
- Insignares, S. & Molineras, V. (2012). Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana. *Vni-versitas*, 6(124), 91-118. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj61-124.jica>
- Jakobs, G., & Meliá, M. C. (1996). *La imputación objetiva en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia.
- Jiménez Asensio, R. (2005). *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional. Tercera edición*. Marcial Pons.
- Julio Estrada, A. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Universidad Externado de Colombia.
- Lancheros, J. (2012). El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa. Síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia T-292 de 2006 de la Cor-

- te Constitucional. *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, 21(1), 159-186. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-89422012000100006&script=sci\\_abstract&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-89422012000100006&script=sci_abstract&tlng=es)
- Lesch, H. (1995). Intervención delictiva e imputación objetiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 48(3), 911-972. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46484>
- Lizarazo, L. (2011). Constitutional adjudication in Colombia: Avant-garde or case law transplant? A literature review. *Estudios sociojurídicos*. 1(13), 145-182. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1505>
- Lopera, M. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (27), 211-243. <https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.08>
- López Daza, G. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces? *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*. (24), 169-193. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932011000100005](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100005)
- López López, A. (2013). En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo). *Derecho privado y Constitución*, (27), 173-208. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4717134>
- López, Á. T. (1986). Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 39(1), 33-48. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46279>
- Lorca Navarrete, A. (2003). El derecho procesal como sistema de garantías. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie*, XXXVI(107), 531-557. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710704>
- Martínez Caballero, A. (2000). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2(1), 9-32. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/177>
- Martínez Dalmau, R. (2012). EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO. *Revista General de Derecho Público Comparado* (11), 1-15.
- Meliá, M. (2001). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho.
- Meliá, M. (2005). Aproximación a la teoría de la imputación objetiva. En M. Bolaños (Comp.) *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. (pp. 87-122).
- Molinares, V. & Bechara, A. (2017). Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional. *Revista de Derecho*, (48), 163-188. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85152301007>
- Molinares, V. (2011). *Notas sobre constitución, organización del Estado y Derechos Humanos. Segunda edición*. Barranquilla, Colombia: Editorial Universidad del Norte.

- Monroy Cabra, M. (2006). El control de constitucionalidad. En O. Delgado (Comp.). *Ideas políticas, filosofía y derecho. Libro homenaje a Alirio Gómez Lobo*. Universidad del Rosario.
- Monroy Cabra, M. (2013). *La interpretación constitucional. Tercera Edición*. Librería ediciones del profesional.
- Monroy Cabra, M. G. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Universidad del Rosario.
- Mora Restrepo, G. (2014). El drama y la gloria de la interpretación constitucional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 44(121), 527-550. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3193>
- Moreso, J. (2003). Comanducci sobre neoconstitucionalismo. *Isonomía*, (19), 267-282. <https://www.redalyc.org/journal/3636/363664126068/html/>
- Moreso, J. (2011). Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 183-199. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.12>
- Muñoz, F. (2005). *Teoría general del delito. Segunda edición*. Editorial Temis.
- Nino, C. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Segunda edición, Editorial Astrea.
- Nogueira, H. (2004). Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur. *Revista Ius et Praxis*, 10(1), 113-158. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122004000100005>
- Ojeda, C. & Guerrero, L. (2002). Algunas referencias sobre la imputación objetiva en el ámbito de la teoría del delito. *Acta universitaria*, 3(2), 5-13. <https://doi.org/10.15174/au.2003.260>
- Pavlakos, G. (2012). Corrección y cognitivismo. Comentarios al argumento de la pretensión de corrección de Robert Alexy. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (35), 201-215. <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2012.35.09>
- Peczenik, A. (1992). Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Madero. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (12), 327-331. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10734>
- Pietro Sanchís, L. (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (5), 201-228. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-A-2001-10020100228](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-A-2001-10020100228)
- Pisarello, G. & Soriano, R. (1998). Entrevista a Luigi Ferrajoli. *Isonomía*, (9). pp. 187-192. <https://www.redalyc.org/journal/3636/363666927012/html/>
- Portilla Constain, S. (2002). *Corte Constitucional Colombiana y Tribunal Constitucional Ecuatoriano en el control abstracto de constitucionalidad: ¿Legisladores positivos?* Universidad Andina Simón Bolívar.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, II(21), 339-353. <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.25>
- Pozzolo, S. (2016). Neoconstitucionalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (11), 142-151. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3284>

- Prieto Sanchís, L. (2013) *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Editorial Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (1993). Duplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Revista Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, (20), 317-320. <http://hdl.handle.net/10045/10718>
- Prieto Sanchís, L. (2000a). Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, (23). 161-195. <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.07>
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Segunda edición*. Editorial Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2011). *Apuntes de teoría del derecho. Sexta edición*. Editorial Trotta.
- Puig, S. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. *Revista electrónica de ciencia Penal y criminología*, (5), 1-19. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=759115>
- Quinche, M. (2014). *El control de constitucionalidad. Segunda edición*. Editorial Ibáñez. Universidad Javeriana.
- Quiroga, E. (2016). *Interpretación constitucional. El modelo de equilibrio integral para la decisión judicial constitucional*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Ramos Méndez, F. (2016). *El sistema procesal español*. Décima edición. Editorial Atelier.
- Restrepo, E. (2002). "Reforma Constitucional y Progreso Social: La "constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia" [conferencia]. *Yale Law School. SELA. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. Paper 14. (pp. 1-14).
- Reyes Alvarado, Y. (1996). *Imputación objetiva. Segunda edición*. Editorial Temis.
- Rivera Santiváez, J. (2006). Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno. *Estudios Constitucionales*, 4(2), 585-609. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040124>
- Rodríguez Ortega, J. A. (2002). *El nuevo constitucionalismo frente al estado y frente a los ciudadanos*. Universidad Autónoma de Colombia.
- Rodríguez Serpa, F. (2008). El juez tropos: el estado social de derecho y la garantía al debido proceso. *Justicia Juris*, 10, 63-66. <http://hdl.handle.net/11619/1045>
- Rodríguez, F. & Díaz, S. (2011). La racionalidad de las decisiones judiciales. *Justicia*, 16(19), 166-178. <https://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/download/910/898>
- Rojas Amandi, V. (2007). *Ronald Dworkin y los principios generales del derecho*. Editorial Porrúa.
- Romboli, R. (1996). La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. *Revista española de derecho constitucional*, 16(48), 35-80. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79563>
- Rueda, P. (2004). Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad. *Estudios Constitucionales*, 2(1), 323-335. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82020113>
- Salazar, F. & Naranjo, K. (2012). *Disertaciones sobre la fundamentación de las decisiones constitucionales. Bajo Palabra. Revista de Filosofía, II Época*(7), 270-279. <https://>



- revistas.uam.es/bajopalabra/article/view/3237
- Sánchez, M. S. (1993). POSITIVIZACION DEL DERECHO DE RESISTENCIA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN. *Revista Chilena de Derecho*, 20(2/3), 323–332. <http://www.jstor.org/stable/41888171>
- Sancinetti, M. (1996). ¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultado? Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho..
- Santacruz, R. & Luna, S. (2016). La Constitución y su justificación en la construcción del Estado constitucional. En C. Hernandez, & J. Fajardo (Edit.). *Justicia constitucional*. Editorial Universidad Libre.
- Schöne, W. (1996). *Imprudencia, tipo y ley penal*. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho.
- Expediente 12224. (1998, Julio 21). Jorge Aníbal Gómez Gallego (M.P.).
- Sieckmann, J. R. (2011). Los derechos fundamentales como principios. En *La teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* (pp. 27-50). Marcial Pons.
- Sierra Cadena, G. (2009). *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas: El caso de la descentralización en Colombia*. Colección textos de jurisprudencia. Serie Maestría. Sello editorial Universidad del Rosario.
- Tobo, J. (2012). *La corte constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Cuarta edición. Editorial Ibáñez.
- Tole, J. (2006). La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Cuestiones Constitucionales*, (15), 253-316. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5777>
- Urbino, J. (2005). Reforma de la justicia penal en Colombia: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública [conferencia]. *X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. 18–21 octubre. Santiago de Chile.
- Valbuena, I. (2006). El juicio de igualdad como procedimiento para delimitar el alcance del principio de igualdad. El caso concreto de la distribución de competencias judiciales. *Revista Derecho del Estado*, (19), 87-103. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3405199>
- Vargas Hernández, C. (2011). La función creadora del Tribunal Constitucional. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 32(92), 13-33. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/2959>
- Verdú, P. L. (1997). Dimensión axiológica de la Constitución. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (1), 85-168. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-M-1997-10008500168](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-M-1997-10008500168)
- Younes Moreno, D. (2007). *Derecho constitucional colombiano*. Novena edición. Grupo Editorial Ibáñez.

Zagrebelsky, G. (2004). La ley, el derecho y la constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24(72), 11-24. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1088899>

Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil*. Trad. de Marina Gascón. Novena edición. Editorial Trotta.



Edición digital  
Filosofía del derecho de los sistemas jurídicos.  
Aplicación de los modelos de jurisprudencia en Europa y Colombia  
2022  
Sincelejo, Sucre, Colombia

# FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Es un espacio para la divulgación de conocimiento resultado de investigación de estudios socio jurídicos, como los retos del derecho para el desarrollo sostenible, la construcción de la paz territorial y modelo de desarrollo, el impacto en los derechos de tercera generación y la construcción sostenible desde de la gobernanza, partiendo del alcance jurídico de la responsabilidad social empresarial y ambiental en cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Asimismo, incluye la mirada a la administración de la justicia frente a la correlación en los Derechos Humanos como derechos fundamentales y la visión del Derecho Internacional y derecho comparado.

**Abraham Z. Bechara Ll.**  
Autor