

CAPÍTULO 51

FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: PERSPECTIVA CONTINENTAL

Alfonso SANTIAGO*

SUMARIO. I. *Presentación: algunas aclaraciones previas.* II. *Aproximaciones a la Filosofía del Derecho Constitucional.* III. *El Neoconstitucionalismo Europeo: Algunos de sus rasgos fundamentales como realidad y teoría jurídica.* IV. *Algunos temas propios de la Filosofía del Derecho Constitucional.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía*

“La ciencia del derecho debe extraerse de lo íntimo de la filosofía (“Ex íntima philosophia ahurienda iuris disciplina”, Cicerón, *De Legibus*, I, 5)”

I. PRESENTACIÓN: ALGUNAS ACLARACIONES PREVIAS

En este trabajo nos proponemos ofrecer un panorama sintético de las principales cuestiones de la Filosofía del Derecho Constitucional continental de nuestros días.

Ello requiere inicialmente la clarificación y explicitación de algunos conceptos y términos empleados en el párrafo inicial que delimitan el objeto de estudio de nuestro trabajo.

Por “Filosofía” entendemos aquel conocimiento racional que intenta descubrir los fundamentos últimos de las realidades que se analizan, sus causas primeras y sus fines últimos. Entendemos que la Filosofía del Derecho Constitucional forma parte de la Filosofía del Derecho, disciplina que pretende responder los interrogantes más definitivos y universales sobre esa

* Profesor Titular de Derecho Constitucional y Vicerrector Académico de la Universidad Austral.

realidad humana que es el Derecho.¹ Si la CIENCIA DEL DERECHO se propone describir, sistematizar, interpretar y valorar el derecho vigente, la Filosofía del Derecho realiza estas tareas con una perspectiva más universal y profunda, indagando sobre los fundamentos últimos de las realidades jurídicas.²

El Derecho Constitucional es aquella parte del Derecho que se ocupa de la organización fundamental del Estado, el funcionamiento de sus instituciones de gobierno y los derechos humanos y garantías que se reconocen a sus habitantes y ciudadanos.

Con los términos “perspectiva continental” nos referimos aquí fundamentalmente a las doctrinas y autores europeos no anglosajones, ya que los que pertenecen a este último ámbito geográfico han sido objeto de tratamiento en otro de los trabajos que conforman esta obra colectiva. Por eso, en los desarrollos que se contienen en el artículo tendremos especialmente en cuenta los aportes de algunos de los principales filósofos del derecho y constitucionalistas no pertenecientes al ámbito anglosajón, sino al ámbito continental europeo y, por extensión, en algunos casos, al latinoamericano. Por ello, hemos elegido como nuestros interlocutores privilegiados para la elaboración de este trabajo a los siguientes autores: Norberto Bobbio, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli y Robert Alexy, del ámbito europeo, y a Carlos Nino, Miguel Carbonell y Rodolfo Vigo, del ámbito latinoamericano, estos dos últimos por los aportes que han realizado en el análisis y difusión en nuestro medio de las corrientes del neoconstitucionalismo.

El enfoque del trabajo no se centra principalmente en el análisis específico y detallado del pensamiento de los distintos autores, sino en el tratamiento de algunos de los que considero son los principales temas y cuestiones que hoy se le plantean a la Filosofía del Derecho Constitucional. Siendo aún más específicos y concretos, consideramos que la Filosofía del Derecho Constitucional de nuestros días, especialmente si se la considera desde una perspectiva continental, es, fundamentalmente, la que se corresponde y analiza el fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y que más recientemente ha dado en llamarse “NEO-CONSTITUCIONALISMO”. Sintéticamente, por tanto, podemos decir, al menos para la elaboración de este artículo, que los contenidos de la Filosofía

¹ Ronald Dworkin afirma que la filosofía jurídica “es el nervio de la reflexión sobre el derecho”, *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 8.

² Cfr. Martínez Doral, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Eunsa, Pamplona, 1970.

ía del Derecho Constitucional formulada desde una perspectiva continental y el neoconstitucionalismo tienden a converger e identificarse.

El trabajo estará dividido en tres partes: en la primera de ella, de carácter introductorio, se profundiza en la noción de Filosofía del Derecho Constitucional apenas esbozada en los párrafos anteriores y se enuncia su objeto de estudio. En la segunda, se describe y analiza los principales aspectos del proceso del neoconstitucionalismo europeo de nuestros días. Por último, en la tercera sección se profundizan algunas cuestiones específicas de la Filosofía del Derecho Constitucional.

Al tratarse de un trabajo que forma parte de una *Enciclopedia de Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica*, obra colectiva en la que varios autores han desarrollado específicamente y con más detenimiento algunos temas que aquí se tratan sólo de modo general, puede ser muy recomendable la lectura de los distintos capítulos que integran el libro, en particular los restantes cinco trabajos que conforman el apartado sobre Derecho Constitucional de la Parte VII del Tomo III de esta Enciclopedia.

II. APROXIMACIONES A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

En esta sección de nuestro trabajo nos proponemos reflexionar acerca de la necesidad e importancia de una consideración filosófica del Derecho constitucional y describir el objeto propio de la Filosofía del Derecho Constitucional, el fenómeno constitucional, con las transformaciones que ha experimentado desde su inicio hasta nuestros días en el ámbito continental.

1. *Necesidad y conveniencia de la perspectiva filosófica en el análisis de las realidades constitucionales*

Señala con acierto Couture:

En la vida de todo jurista hay un momento en el cual la intensidad del esfuerzo en torno a los textos legales conduce a un estado de particular insatisfacción. El Derecho positivo va despojándose de sus detalles y queda reducido a una ciencia de grandes líneas. Pero, a su vez, estas grandes líneas exigen un fundamento que la misma ciencia no puede proporcionar. El jurista se siente entonces como si la tierra le faltase bajo los pies, e invoca la ayuda de la filosofía. La mayor desgracia que le puede ocurrir a un

estudioso del derecho es la de no haber sentido jamás su disciplina en un estado de ansia filosófica.³

La búsqueda y formulación de los interrogantes fundamentales presentes en cada una de las ramas del Derecho, llevan de la mano a sus cultores hacia los planteos iusfilosóficos para intentar dar bases sólidas a los desarrollos teóricos de sus propias disciplinas. Por esa razón, también los constitucionalistas están llamados a tratar y abordar planteos que tienen una clara impronta iusfilosófica. Las distintas instituciones y conceptos constitucionales son implícita o explícitamente tributarias de determinadas concepciones iusfilosóficas. Por ello, el conocimiento de las distintas doctrinas iusfilosóficas permite ahondar en el estudio y comprensión más profunda de los fenómenos constitucionales.

Siguiendo las modernas teorías hermenéuticas y de análisis del discurso, puede afirmarse que debajo de toda concepción jurídica, de todo texto constitucional o legal, de todo planteo normativo, de toda decisión judicial, subyace, en forma más o menos velada, una determinada concepción filosófica⁴ y esto es si cabe más claro y determinante en las instituciones y cuestiones constitucionales. Por ello es posible y muy conveniente, “descodificar” estos fenómenos que forman parte de la realidad constitucional para analizar cuál es la concepción de fondo que en ella está presente. Por otra parte, de acuerdo con la hermenéutica jurídica, podemos señalar que el derecho es siempre pensado y resuelto desde determinada posición: las concepciones previas, los “pre-juicios”, condicionan y fundan en buena medida el juicio. Es más, son estas concepciones de fondo las que llevan a interpretar e integrar las normas de un modo o de otro, a resolver el caso en uno u otro sentido, particularmente en los denominados “casos difíciles”. Junto a su importancia teórica, el conocimiento de las distintas doctrinas filosóficas sobre las que se asienta el derecho tiene una enorme importancia práctica. Afirma en este sentido Gustavo Zagrebelsky:

Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sin que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, ni los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecida del “derecho positivo” con las que los

³ Couture, Eduardo, J., en el prefacio a la obra de Goldschmidt, James, *Problemi generali del diritto*, Padova, 1950, p. 2.

⁴ Afirma Arthur Kaufmann que “detrás de una teoría del derecho hay una idea del hombre que la explica”: *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 339.

juristas trabajan ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo no aparece expreso.⁵

Para profundizar en el conocimiento de su objeto de estudio, el constitucionalista ha de abrirse a otras saberes y perspectivas, entre ellas, la Filosofía del Derecho. Aludiendo a la importancia del diálogo interdisciplinario a la hora de analizar los temas constitucionales y relatando su experiencia personal, señala también Carlos Nino:

Mi intervención desde la función pública... me permitió tener muy interesantes discusiones con juristas, filósofos y politólogos. En tales discusiones advertí que el tema constitucional era enfocado por ellos desde perspectivas diferentes y sin mayor comunicación entre sí, de modo que las conclusiones a las que llegan son a veces sistemáticamente diversas. Los juristas lo encaran desde lo que Hart denominada “el punto de vista interno,” que parte de ciertas premisas normativas, fundadas aparentemente en el derecho positivo, para llegar a conclusiones justificatorias. Los politólogos adoptan “el punto de vista externo,” que toma en cuenta la interacción causal entre el funcionamiento institucional y otros procesos sociales. Los filósofos políticos se ocupan de los valores que justifican la adopción de decisión y de sus limitaciones en función de ciertos derechos, y como tales valores se reflejan o no en las instituciones vigentes. Cada uno de estos enfoques ignora los otros, y producen así un visión parcial, y a veces distorsionada del fenómeno constitucional.⁶

Son estas, entre muchas otras, las razones que justifican la existencia y fundan la conveniencia de un análisis iusfilosófico de las realidades constitucionales. Este reconocimiento de la relevancia de la Filosofía del Derecho para el estudio de las realidades constitucionales ha crecido considerablemente desde la segunda mitad del siglo XX con la progresiva superación del paradigma del positivismo jurídico.

2. La aparición de las constituciones modernas y su impacto en la praxis jurídica y la Filosofía del Derecho

La Filosofía del Derecho Constitucional integra la Filosofía del Derecho y las distintas concepciones iusfilosóficas influirán en el modo de concebir y

⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, 2009, p. 9.

⁶ Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Bs. As., Astrea, 1992, p. vii.

operar el derecho constitucional. A la vez cabe reconocer que la aparición de las constituciones modernas, especialmente cuando va unida a la existencia del control de constitucionalidad, ha supuesto una profunda transformación del sistema y la praxis jurídicas con claro impacto en las doctrinas iusfilosóficas que intentan describir, comprender, justificar y criticar esas realidades. Por estas razones, constitucionalismo y filosofía del derecho son esferas que se atraen y reclaman mutuamente.

Con mucha audacia, tal vez rayana en la temeridad, me animaría a afirmar que, a la luz de la realidad jurídica de nuestros días, los cuatro hitos fundamentales de la historia del Derecho de Occidente son los siguientes:

- (i) *El surgimiento y desarrollo del Derecho Romano* que fraguó y consolidó en la elaboración del *Código Justiniano* a mediados del siglo VI. Allí se contienen las bases de todo nuestro Derecho, en especial del Derecho Privado.
- (ii) *La sanción del Código Civil de Napoleón* aprobado por la Ley de 24 de marzo de 1804, que recogió los intentos del modelo del legalismo racionalista, pretendió monopolizar en el Estado la creación normativa y estableció las bases del derecho privado moderno que luego se difundieron por los diversos países.
- (iii) *La sanción en 1787 de la Constitución norteamericana*, que puso en marcha el proceso del constitucionalismo moderno con notables transformaciones de los sistemas políticos y jurídicos durante los dos últimos siglos. Este acontecimiento fue complementado por el surgimiento del control judicial de constitucionalidad a partir de la sentencia del caso *Marbury vs. Madison* de 1803, fallo que dio origen a una de las transformaciones más profundas de la función judicial desde su misma génesis histórica. Los jueces dejaron de juzgar sólo las conductas según las leyes y pasaron a ser también jueces de las propias leyes positivas. Este proceso que tuvo lugar en Estados Unidos a comienzos del siglo XIX, llegará a Europa, con características propias, a partir de la Constitución austríaca de 1920 y muy especialmente con la Constitución de los tribunales constitucionales alemán e italiano luego de la segunda guerra mundial.
- (iv) *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* del 10 de diciembre de 1948, que expresa la conciencia jurídica universal acerca de la igual dignidad de la persona humana como principio fundamental que rige la convivencia nacional e internacional y sienta las bases para el progresivo desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Se trata de cuatro *revoluciones*, de cuatro grandes transformaciones profundas del sistema jurídico, de cuatro decisivos cambios de paradigma que

modificaron notablemente la estructura normativa, la función judicial y el modo de pensar y operar el derecho.

Quisiera ahora centrarme únicamente en algunas de las consecuencias derivadas de la aparición de las modernas Constituciones como pieza basal de todo el ordenamiento político y jurídico. La CONSTITUCIÓN significó, como luego veremos extensamente, el intento por subordinar al derecho no sólo el proceso de conformación de las autoridades públicas, sino también el ejercicio de todas sus atribuciones y funciones de gobierno. Los productos normativos de los órganos de gobierno dejaron de ser ya de “libre configuración jurídica” y pasaron ellos mismos a estar sometidos parcialmente a un derecho positivo de carácter superior y supremo (*higher law*), integrado por normas de difícil reforma.

Cabe señalar que a nivel europeo continental el proceso del constitucionalismo ha tenido tres momentos u olas diferenciadas desde la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días:

Un primer momento está dado por la sanción de las primeras constituciones de posguerra entre las que se destacan la Constitución italiana de 1947, la Constitución alemana o ley de Bonn de 1949 y la Constitución francesa de 1958, documentos que introducen los tribunales constitucionales en esas tres naciones.

Un segundo momento, a mediados de la década de los 70, corresponde a la entrada en vigencia de las constituciones de Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978), que contienen cartas detalladas de derechos y establecen también tribunales constitucionales.

Y, por último, una tercera ola se desarrolla a partir de la caída del Muro de Berlín y de los sistemas comunistas a partir de 1989. A partir de entonces, se dictan en el ámbito europeo cerca de cuarenta nuevas constituciones, la primera la de Eslovenia en 1990 y la más reciente la de Serbia en el 2009, casi todas ellas con un catálogo extenso y detallado de los derechos fundamentales que se reconocen a los ciudadanos y habitantes de estos países.

Paralelamente al surgimiento de los textos y tribunales constitucionales, a partir de la entrada en vigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, del que hoy forman parte 47 estados europeos, y del establecimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, surgió el derecho europeo de los derechos humanos con claro impacto en los ordenamientos jurídicos nacionales.

La finalidad que persigue y la posición jurídica que pasó a ocupar el texto constitucional lo convirtió en la primera y fundamental norma positiva,

transformándose en el puente entre las exigencias permanentes de derecho suprapositivo y el contenido de las disposiciones legales.⁷ A través de sus amplias previsiones, la Constitución tiende a receptor y desarrollar los contenidos de derecho natural y cumple la función de integrar de modo coherente las distintas instancias normativas dentro de un único y jerarquizado sistema jurídico.

Para algunos autores, esta positivización y formalización de las exigencias de derecho natural a través del extenso reconocimiento y desarrollo de los DERECHOS HUMANOS en los textos constitucionales y en las convenciones internacionales ha tornada en buena medida abstracta la discusión entre el IUSNATURALISMO y IUSPOSITIVISMO que tuvo lugar en las décadas anteriores a la segunda guerra mundial. Sin embargo, cabe admitir con Winfried Ascender, quien ha sido juez del tribunal constitucional alemán, que “tampoco la codificación más densa de los derechos humanos podrá hacer superfluo este mensaje de cualquier derecho natural: que el derecho positivo siempre debe quedar expuesto una crítica desde la justicia”.⁸

Esta función mediadora que está llamada a cumplir la Constitución atrajo hacia ella y hacia las posibilidades derivadas de su despliegue jurídico, la atención de la Filosofía del Derecho. Surgía una nueva clase de ley positiva, una *ley de leyes*, cuya finalidad y contenido era positivizar y formalizar las principales exigencias de justicia, éticas, que se derivan de la especial e igual dignidad de las personas humanas, para intentar conformar de acuerdo a ellas la totalidad del ordenamiento jurídico.⁹ Por la función que

⁷ “La idea de un derecho fundamental o más alto (*higher law*) era claramente tributaria de la concepción del Derecho natural como superior al Derecho positivo e inderogable por éste” (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Ed. Civitas, 1985, p. 51).

⁸ Hassemer, Winfried, “Derecho natural en el derecho constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003, p. 292. En el mismo sentido, señala Raúl Zaffaroni, juez de la Corte Suprema argentina, que “el fenómeno de positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico al clásico debate entre positivismo e iusnaturalismo, sin que, por supuesto, pierda importancia teórico y tampoco cancele sus consecuencias prácticas, porque nada garantiza que el proceso de positivización no se revierta en el futuro”, *Cfr. consid. 25 in fine* de su voto en el caso Simón, Fallos, 328:2056 (2005).

⁹ Afirma Mauro Cappelletti: “las constituciones modernas, con sus declaraciones de derecho y la revisión judicial son los elementos de una más alta ley positiva hecha vinculante y aplicable; representan una síntesis —hegeliana— de una especie de positivismo legal y ley natural; son el reflejo del más sofisticado intento jamás ideado de positivizar valores sin hacerlos absolutos ni abandonarlos a los cambiantes caprichos de las mayorías temporales”

cumple dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la Constitución no puede dejar de llamar la atención de los iusfilósofos que intentan comprenderla y descubrir todo su potencial para los fines propios de la práctica jurídica. Ella comienza a interesarles mucho más que las leyes ordinarias. La Constitución desplaza en buena medida a la simple ley como objeto de reflexión de la filosofía del derecho. La Constitución, en tanto fuente del derecho que positiviza y formaliza los principios y valores jurídicos, contribuye decisivamente a la adecuada distinción entre derecho y ley, conceptos que el positivismo había tendido a identificar. Precisamente será la ley de Bonn de 1949 la que consagre normativamente la distinción entre ambos conceptos¹⁰, como tiempo después lo hará también la Constitución española de 1978.¹¹

La nueva posición estratégica que ocupa la Constitución en el marco del ordenamiento jurídico explica que las miradas de la Filosofía del Derecho y del Derecho Constitucional tiendan a converger sus miradas en ella y se planteen, de ese modo, problemas y cuestiones comunes. Sin lugar a dudas, este encuentro ha sido más estrecho en el ámbito de los derechos humanos, en lo relativo a la denominada parte dogmática de la Constitución, que en lo relacionado a la organización de los órganos de gobierno del Estado o Parte Orgánica, como lo muestra la abundante literatura que se viene desarrollando en las últimas décadas en relación a la problemática iushumana.

Estrechamente vinculado al concepto de *supremacía constitucional* y como su derivación connatural, surgirá el revolucionario fenómeno del control judicial de constitucionalidad, con aspectos novedosos que provocan serios replanteos en la teoría jurídica.¹² Al analizar el significado de la introduc-

(Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1986, p. 46).

¹⁰ El artículo 20.3 de la Constitución alemana señala que “el poder legislativo está sometido al ordenamiento constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la Ley y al Derecho”.

¹¹ El artículo 103.1 de la Constitución española establece que “la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”

¹² “Difícilmente se habría mantenido el *higher law* como protección para los individuos sino se hubiese apoyado sobre la *judicial review* (la facultad de declarar inconstitucionales las leyes). De este modo, investido con forma legal e instrumentado por *judicial review*, el *higher law*, con juventud renovada, entra en uno de los más grandes períodos de su historia, y

ción del control de constitucionalidad en el sistema constitucional alemán, señalaba el Otto Bachoff, al tomar posesión en 1959 del cargo de Rector de la Eberhard-Karl Universität Tübingen:

Esta concepción señala el abandono del positivismo legalista en el pensamiento político y jurídico alemán, la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal. Esto *significa* un cambio en la historia del espíritu, cuya última y decisiva causa se produjo por la degeneración nacionalsocialista de las leyes en puros actos de poder y arbitrio, por la injusticia como sistema; pero su origen yace mucho más atrás y, en el fondo, significa solamente una vuelta a concepciones mucho más viejas y nunca del todo olvidadas sobre el Estado y el Derecho y sobre las relaciones existentes entre ambos. Es un retorno de la idea de ‘la ley como previa al derecho’, a la idea de ‘el derecho como previo a la ley’.¹³

Podemos afirmar que el control de constitucionalidad guarda estrechas relaciones con las doctrinas del realismo iusnaturalista, tanto en la afirmación de la existencia de una instancia jurídica superior (*lex superior, higher law*, exigencias de derecho natural) directamente operativa y desde la que es posible juzgar las normas sancionadas por los poderes constituidos, como en el otorgamiento al juez de un amplio radio de acción en la búsqueda de las soluciones justas del caso concreto.

El fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos europeos a partir de la posguerra europea y el surgimiento de las diversas corrientes del neoconstitucionalismo, multiplicarán los puntos de contactos entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Refiriéndose a ese proceso, señala Rodolfo Vigo:

La constitucionalización del derecho vigente brinda la oportunidad para generar nuevas propuestas en la teoría jurídica que resulten idóneas para explicar los cambios producidos y también para respaldarlos y potenciarlos. Muchos iusfilósofos comienzan a prestar atención y a reflexionar sobre esa constitucionalización, generando un aparato conceptual y crítico que se aparta del iuspositivismo. También algunos constitucionalistas sensibilizados por los cambios recurren a nuevas visiones iusfilosóficas que le permitan leer con mayor realismo, coherencia y consistencia su propia materia. La Constitución desborda a los constitucionalistas e impregna de inquietudes y sugerencias a todos los juristas, pero es en buena medida la iusfilosofía o la teoría del derecho la perspectiva más idónea para comprenderla y operarla. De ese modo es posible identificar una lista de juristas que hacen filosofía o teoría jurídica con la

jurídicamente el más fructífero desde los días de Justiniano”. (García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, *op. cit.*, p. 53).

¹³ Bachoff, Otto, *Jueces y constitución*, Madrid, Taurus, p. 35.

Constitución, convirtiéndose ésta en el disparador de sus tesis y el banco de pruebas de las mismas.¹⁴

Si durante la vigencia del Estado Legal de Derecho, la filosofía del Derecho estuvo centrada en la ley y los principales interlocutores de los filósofos del Derecho fueron los iusprivatistas y penalistas, ahora, con el surgimiento del nuevo Estado Constitucional de Derecho, el centro de atención se traslada a la Constitución - principal portadora de los derechos humanos, los principios y valores jurídicos-, lo que convierte a los constitucionalistas en los principales referentes en el diálogo con la Filosofía del Derecho. Incluso varios destacados autores reúnen en nuestros días la doble condición de constitucionalistas e iusfilósofos, entre los que podemos mencionar a Dworkin,¹⁵ Finnis¹⁶, Alexy,¹⁷ Zagrebelsky,¹⁸ Bonggiiovanni,¹⁹ Pérez Luño,²⁰ Ollero²¹ y Prieto Sanchís.²² La cercanía académica que en algún momento tuvieron los penalistas y filósofos del derecho en el ámbito del dere-

¹⁴ Vigo, Rodolfo L., “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, cap. XIII de su obra *Constitucionalización y judicialización del estado. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

¹⁵ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984. Este autor afirma en su prólogo del libro *A Matter of Principle*: “es un libro acerca de problemas teóricos fundamentales de filosofía política y jurisprudencia. Acerca de qué es el liberalismo y por qué aún lo necesitamos; acerca de si deberíamos ser escépticos acerca del derecho y la ética; como debería ser definida la prosperidad colectiva; que es la interpretación y hasta que punto el derecho es una cuestión de interpretación antes que de invención. También es una obra práctica acerca de temas políticos urgentes ¿Conviene otorgar a los negros prioridad en trabajos y plazas universitarias? ¿Puede en algún caso haber un derecho a quebrar el derecho? ¿Es incivilizado prohibir films sucios, injusto censurar libros para proteger la seguridad nacional?... Se trata, sobre todo de un libro acerca del juego mutuo entre dos niveles de nuestra conciencia política: problemas prácticos y teoría filosófica, cuestiones de urgencia y cuestiones de principio”, (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 1.)

¹⁶ Cfr. Finnis, John, *Ley Natural y derechos naturales*, Bs.As., Abeledo-Perrot, 2000; *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998

¹⁷ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

¹⁸ Cfr. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, op. cit.

¹⁹ Cfr. Bonggiiovanni, Giorgio, *Costituzionalismo e teoria del Diritto*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2005.

²⁰ Pérez Luño, Alfonso, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1991.

²¹ Ollero, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

²² Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.

cho alemán, como ha sido el caso de Welzel, ha pasado hoy, en buena parte, a manos de los constitucionalistas, por la estrecha cercanía entre los planteos constitucionales e iusfilosóficos.

Hemos comenzado este apartado señalando que las distintas concepciones iusfilosóficas tienen su impacto respecto de la Filosofía del Derecho Constitucional. Así, las distintas corrientes europeas de Filosofía del Derecho de carácter general que han ido surgiendo a lo largo del siglo XX, como el POSITIVISMO de Kelsen,²³ la Tópica de Viehweg,²⁴ la hermenéutica de Arthur Kaufmann,²⁵ la nueva retórica de Chaim Perelman,²⁶ el REALISMO JURÍDICO de Michel Villey, la metodología jurídica de Karl Larenz,²⁷ el uso alternativo del derecho de base marxista, entre muchas otras, pueden iluminar y tener influencias en el modo de operar y conceptualizar el Derecho Constitucional. Sin embargo, la influencia de estas doctrinas será menor que aquellas otras teorías nacidas para explicar específicamente el fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos europeos de posguerra, como lo son las diversas doctrinas que forman parte de las distintas corrientes del NEOCONSTITUCIONALISMO, el garantismo de Luigi Ferrajoli o la teoría discursiva dialógica racional de Robert Alexy. Son estas doctrinas las que alcanzan una particular relevancia para la Filosofía del Derecho Constitucional de nuestros días y, por eso, merece que se les preste una especial atención a la hora hablar sobre de la perspectiva continental de la Filosofía del Derecho Constitucional.

Como queda mostrado en los párrafos anteriores, la aparición de las modernas constituciones significó, sin lugar a dudas, un profundo y progresivo cambio de paradigma con notables consecuencias para el funcionamiento de los sistemas políticos y jurídicos de los estados que las fueron adoptando y, también, para la teoría del derecho. Ni la praxis ni el pensamiento jurídico continental han quedado iguales luego del surgimiento y expansión del constitucionalismo europeo, especialmente desde la segunda guerra mundial hasta nuestros días.

²³ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 1981.

²⁴ Cfr. Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964 (véase, TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA).

²⁵ Cfr. Kaufmann, Arthur, *La Filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1992

²⁶ Cfr. Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979. (véase, TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA).

²⁷ Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 2001.

3. El objeto de estudio de la Filosofía del Derecho Constitucional: el fenómeno constitucional

La Filosofía del Derecho Constitucional tiene como objeto de estudio, en sus primeras causas y en sus últimos fines, lo que podríamos denominar como “fenómeno constitucional”.

El fenómeno constitucional tiene su origen y contenido esencial en el crucial encuentro entre el derecho y la vida política que tiene lugar con el surgimiento del constitucionalismo a fines del siglo XVIII. Este proceso histórico se nutre de los aportes de las tres grandes revoluciones modernas (la inglesa de 1688, la norteamericana de 1776 y la francesa de 1789), de las doctrinas de un grupo de destacados filósofos políticos modernos (Locke, Montesquieu, Rousseau, Sieyès, etc.) y de las instituciones políticas que se ponen en marcha y configuran una nueva ordenación de la vida política y jurídica de los estados nacionales.

El fenómeno constitucional viene dado por el encuentro del Derecho con la Política, del mundo político con ese genial y civilizador invento humano que es el Derecho. El Derecho Constitucional pretende civilizar, racionalizar, humanizar, limitar, controlar el proceso político que se manifiesta naturalmente violento, conflictivo y tiende continuamente al desborde y al exceso. El Derecho Constitucional es entonces el ámbito en el que Política y Derecho se entrecruzan y entrelazan.

El Constitucionalismo moderno nació con la finalidad de someter el proceso político al derecho, es decir, procurar encuadrar jurídicamente la actividad social consistente en la lucha por el poder político y su ejercicio desde el gobierno. Así como a partir del Derecho Romano, procuró el encuadre jurídico de las relaciones humanas básicas, y siglos más tarde el Derecho Comercial pretendió regular la actividad comercial con instrumentos jurídicos adecuados a esa nueva realidad del intercambio, moderadamente, el Derecho Constitucional ha intentado, con mayor o menor éxito, el encuadre jurídico de la actividad política, tanto en sus dimensiones agonal como plenaria. En todos esos fenómenos que hemos mencionado aparece siempre una actividad humana con sus propias características y requerimientos, y un régimen jurídico que pretende garantizar las exigencias de justicia en las relaciones que surgen en un determinado campo de la vida social. Bien describe este proceso André Hauriou, cuando afirma:

Las diversas ramas del Derecho, son sistemas de encuadramiento de las relaciones humanas para introducir en ellas el orden y la justicia. El Derecho Civil es un sistema

de encuadramiento de los comportamientos humanos en el ámbito de la familia y de las relaciones patrimoniales, para introducir en el mismo seguridad, orden, equidad, etcétera. El Derecho mercantil es un sistema de encuadramiento de actividades de los comerciantes de cara a introducir orden, exactitud, sinceridad, justicia, etc. El Derecho laboral encuadra y reglamenta relaciones entre jefes de empresa y asalariados, a fin de alcanzar objetivos del mismo orden. Este esfuerzo de encuadramiento, que ha tenido lugar muy pronto para los fenómenos de la vida de relación entre los individuos, al menos para el derecho civil y mercantil, ha sido emprendido también, aunque más tardíamente, para las manifestaciones de la vida política. El resultado de este esfuerzo es lo que se llama Derecho constitucional.²⁸

Pero es necesario indicar inmediatamente que el encuadramiento de los fenómenos políticos no es una empresa fácil, y ello por tres razones:

En primer lugar porque, por decirlo de alguna manera, la violencia es inherente en las relaciones políticas.

Luego, porque la vida política tiene, aparte de la violencia, una espontaneidad y un poder de evolución considerables.

Y, finalmente, porque los preceptos el Derecho constitucional se dirigen a “actores jurídicos particularmente poderosos, que no siempre obedecen las reglas establecidas”.²⁹

El Derecho Constitucional moderno aparece en su conjunto, como un instrumento al servicio de una finalidad: lograr un poder político eficaz para el logro de los objetivos comunitarios pero, a la vez, limitado, previsible y respetuoso de los derechos de los ciudadanos y de los grupos sociales que integran el Estado. Para que esa finalidad sea posible, desarrolla una serie de técnicas e instituciones jurídicas que facilitan su consecución: la existencia de una Constitución rígida con la correspondiente separación entre el poder constituyente extraordinario y los poderes constituidos ordinarios; el control de constitucionalidad a cargo de uno de los poderes constituidos que asegure la supremacía constitucional; la división de funciones y las relaciones recíprocas de cooperación y control entre los poderes constituidos; el federalismo que descentraliza territorialmente el ejercicio del poder; la elección popular de las autoridades públicas; la periodicidad en la duración de los mandatos; el reconocimiento de derechos humanos que se consideran *previos* al Estado y la existencia de garantías tendientes a su protección; la asunción de compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos por parte de los Estados y el reconocimiento de la jurisdicción de los tribunales supranacionales en este ámbito;

²⁸ Hauriou, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Ariel, p. 27.

²⁹ Hauriou, *op. cit.*, p. 27.

y muchas otras instituciones políticas y jurídicas que, con el paso del tiempo, han sido establecidas en los textos y en la práctica constitucional. El fundamento axiológico último de aquellos objetivos y éstas técnicas constitucionales es la protección de la particular, eminente, igual e inviolable dignidad de cada persona humana. Considero que el constitucionalismo es una de las tradiciones más valiosas desarrolladas en la cultura occidental, una herencia de la que hemos de estar orgullosos, cuidar con esmero y acrecentar su patrimonio.³⁰

El surgimiento del constitucionalismo trae consigo una transformación considerable del sistema político y del ordenamiento jurídico de un Estado, redefiniendo, entre muchas otras cuestiones, las relaciones entre los órganos de gobierno, entre los ciudadanos y del Estado y la función propia de los jueces.

Con lucidez y realismo expone Luigi Ferrajoli, desde su concepción garantista de desconfianza hacia todo tipo de poder, las dificultades naturales que enfrenta el derecho constitucional en su ardua empresa de intentar someter el ejercicio del poder político a reglas, principios y procedimientos jurídicos:

El poder —todos los poderes, sean públicos o privados— tiende en efecto, ineluctablemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho. “Es una experiencia eterna”, como escribiera Montesquieu, “que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”. Y este límite es precisamente el derecho, el cual, por lo mismo, se configura al menos en la edad moderna, como una técnica dirigida a limitar, disciplinar y, por consiguiente, minimizar el poder. Es ésta, precisamente, la naturaleza del derecho moderno y del Estado de derecho, Principio de legalidad, división de poderes, sujetos de todos a los poderes de la ley —incluso—, en los sistemas dotados de constitución rígida, el poder legislativo- no son sino técnicas dirigidas a garantizar la limitación y la regulación del poder, de otro modo absoluto... Por eso, bien podemos definir al derecho como la ley del más débil frente a la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza... Toda la historia moderna del derecho puede ser leída como la historia de esta larga y difícil obra de mi-

³⁰ “El no reconocer la importancia histórica y el carácter sin precedentes de este continuo desarrollo es estar ciego y sordo con respecto a la más fantástica transformación del curso de la sociedad que haya ocurrido jamás en la historia del hombre”. (Cappelletti, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *op. cit.*, p. 43).

nimización del poder de una progresiva sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, que es “el gobierno de la razón”, escribía Aristóteles...³¹

Si Bendeto Croce definió a la historia como hazaña de la libertad, podemos definir al Constitucionalismo como epopeya de la dignidad humana. El constitucionalismo se basa y fundamenta en el principio de la igual e indivisible dignidad de la persona humana y pretende una organización social y del gobierno político que sean acorde a este principio basal y fundamental.

4. Las dimensiones políticas y jurídicas en la génesis y evolución del fenómeno constitucional

Consideramos, entonces, que el núcleo central del fenómeno constitucional viene dado por la relación entre Derecho y Política. El Derecho Constitucional se sitúa precisamente en el “cabo de Hornos” donde estos océanos de la realidad humana se encuentran y convergen. De cómo se resuelva esa relación dialéctica entre derecho y política dependerá en buena medida la concepción general del derecho constitucional y de cada una de las realidades que lo componen. Allí está su núcleo decisivo y fundamental, con claras implicaciones teóricas y prácticas. El modo en que estas dos dimensiones del fenómeno constitucional han estado presentes y han sido armonizadas en la teoría y la práctica constitucionales, ha sido diferente a lo largo del tiempo y en los distintos sistemas y autores.

La discusión sobre cómo están presentes las dimensiones políticas y jurídicas en el fenómeno constitucional estuvo ya presente en las discusiones de la doctrina alemana acerca de la naturaleza de la Constitución de las primeras décadas del siglo XX, una de cuyas expresiones más destacadas ha sido el célebre debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre la justicia constitucional, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de Colonia a comienzos de la década de los 30.³²

En términos extremos, el fenómeno constitucional puede ser concebido en términos del “decisionismo schmittiano” o del “normativismo kelseniano”. Para el primero, la dimensión política del fenómeno constitucional es

³¹ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 118-121.

³² Puede verse al respecto la obra Carl Schmitt y Hans Kelsen. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*, con estudio preliminar de Giorgio Lombardi, Tercer Milenio, Tecnos, 2009.

la decisiva y el componente “jurídica” es una mera expresión, instrumentación o ropaje formal de la decisión política que subyace en todas las instituciones constitucionales.³³ En el fondo de esta postura late la convicción de que el derecho es incapaz de reconducir a sus reglas y principios el ejercicio del poder político que tiene su propio dinamismo y que es, finalmente, incontrolable. La Constitución es fundamentalmente un documento político y su protección debe ser confiada al Jefe de Estado por ser representante directo del electorado, fuente originaria de la decisión política, y representante de la unidad nacional.

Por su parte, y en sentido contrario, el “normativismo kelseniano”, en su intento “purificador”, tiende a reducir el fenómeno constitucional únicamente a su dimensión jurídica y ésta concebida en términos estrictamente formales. La Constitución es una norma jurídica suprema y la custodia de su supremacía formal tiene que estar encomendada a un tribunal constitucional que utilice en el ejercicio de su función jurisdiccional únicamente los métodos propios de la CIENCIA JURÍDICA.

Estos distintos modos de concebir y resolver la dialéctica política-derecho, configuradora del fenómeno constitucional, tendrán una importancia decisiva en el planteo de casi todos los temas centrales del derecho constitucional y de manera especial en los siguientes:

- el modo de concebir al derecho constitucional como disciplina científica;
- el concepto de constitución que se postule;
- la forma de entender el control de constitucionalidad;
- los métodos y criterios de interpretación constitucional que se utilicen;
- la misión y funciones que se asignen a los tribunales constitucionales;
- el perfil y condiciones de idoneidad que deberá reunir el juez constitucional.

³³ Afirmaba Heinrich Triepel en 1926 que “no es ninguna exageración si digo que la mayoría de las teorías sobre el Estado que han llegado a ser determinantes para el Derecho público, y que en gran parte han sido construcciones jurídicas, han sido enunciadas atendiendo a metas políticas y empleadas para justificación de actos de esta índole” (Triepel, Heinrich, *Derecho Público y Política*, Madrid, Civitas, 1974, p. 71).

A partir del modo de concebir esta relación jurídico-política se generaran modelos conceptuales parcialmente diversos con diferentes y significativas consecuencias prácticas. Poder político, poder normativo y poder jurisdiccional interactuarán de distintas maneras según sea como se resuelva la dialéctica entre las dimensiones políticas y jurídicas que conforman el fenómeno constitucional.

Como tendremos ocasión de apreciar en los próximos apartados, ninguna de estas concepciones extremas acerca del fenómeno constitucional ha terminado predominando en el ámbito continental europeo. El decisionismo schmittiano, más allá de la recepción parcial de algunas de sus tesis a través de las doctrinas críticas³⁴ y del uso alternativo del derecho, no ha predominado en la teoría ni la praxis del derecho constitucional europeo de posguerra. Tampoco lo ha hecho el normativismo kelseniano ya que, como veremos, se ha dado a partir de la doctrina de los DERECHOS HUMANOS una cierta rematerialización del fenómeno jurídico que contradice abiertamente el formalismo de la teoría pura. Ha terminado verificándose una progresiva juridización y judicialización del fenómeno constitucional con una creciente importancia de la dimensión jurídica que le es propia.³⁵ En ese sentido, la Constitución deja de ser considerada como expresión del poder político revolucionario o dominante, para pasar a ser un programa de gobierno instrumentado jurídicamente que los poderes políticos están llamados a respetar y cumplir tanto en sus aspectos sustanciales como procedimentales.³⁶ Podemos hablar de un tránsito gradual en la concepción del fenómeno constitucional: de un decisionismo o voluntarismo político de raíz schmittiana, se pasa a un formalismo y voluntarismo

³⁴ Las TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO participan de esta visión al considerar a todo derecho, también al derecho constitucional, como un mecanismo de dominación de los más poderosos sobre los más débiles, enmascarado en los conceptos e instituciones jurídicas con el fin de darle una aparente legitimidad.

³⁵ Llega, incluso, a afirmar Ferrajoli que “el derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la política, sino que, por el contrario es la política la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del derecho” (“El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y sus divergencia de la realidad, en Ibáñez, Andrés, *Corrupción y estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, p. 24)

³⁶ “La Constitución encarna un proyecto político bien articulado, y, por tanto, no se limita a fijar las reglas del juego, sino que participar directamente en el mismo, condicionando futuras decisiones, mediante la incorporación de un denso contenido normativo compuesto de valores, principios, derechos fundamentales y directrices a los poderes políticos” (Cruz, Luis, *¿Qué es el neoconstitucionalismo?*, Comares, Granada, p. 26, con remisión a Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 317-319).

jurídico de base kelseniana, para arribar final y gradualmente a una racionalidad fundada en la ética de los derechos humanos y en la rehabilitación de la razón práctica que caracteriza el pensamiento de las corrientes del neoconstitucionalismo europeo que se han ido desarrollando desde el fin de la segunda guerra mundial hasta nuestros días.³⁷ De un decisionismo extremo, que enfatiza y hace prevalecer la dimensión política del fenómeno constitucional, se pasa al “constitucionalismo moderado” de Alexy y al “garantismo” de Ferrajoli que pretende una clara y completa subordinación de la política al derecho,³⁸ postura que ha provocado ya ciertas reacciones en sentido contrario.³⁹

Cabe señalar que el constitucionalismo no es un pensamiento apolítico ni anti-político. Por el contrario, el tiene origen y adquiere fuerza y dina-

³⁷ “El normativismo kelseniano es hoy, en efecto, insuficiente para asegurar la protección no sólo de la esfera de actividad de los órganos del Estado, sino, sobre todo, de los derechos. Mientras que el decisionismo resulta ser actualmente incapaz de salvaguardar los valores en los que se basa la propia Constitución... El positivismo jurídico por un lado, y el rechazo del derecho natural por el otro, arrinconaban de manera irremediable la tutela de los derechos, y sin la tutela de los derechos no se sostiene ninguna defensa de la Constitución”, Lombardi, Giorgio, estudio preliminar del libro *Carl Schmitt y Hans Kelsen. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*, Tercer Milenio, Tecnos, 2009, p. lvi.

³⁸ “El paradigma constitucional vincula la política a la ejecución del proyecto por él diseñado” (Ferrajoli, Luigi, “Principia Iuris. Una discusión teórica”, *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 423. Véase, además, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, vols. 1 y 2.)

³⁹ *Cfr.*, entre otros, los siguientes trabajos: Portinaro, Pier Paolo, “Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 299; Pisarello, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011; Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012; Alterio, Ana Micaela, “El ius-constitucionalismo de Luigi Ferrajoli desde una mirada política”, ponencia presentada al Ier Encuentro de Jóvenes investigadores de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: neoconstitucionalismos en tiempos de postdemocracia, Universitat de València 25-IV-12. Participan también de esta reacción ante lo que consideran una juridización extrema del fenómeno constitucional las corrientes del constitucionalismo popular norteamericano y latinoamericano, este último expresado en las recientes reformas constitucionales de Ecuador y Bolivia, de los años 2008 y 2009, respectivamente. Sobre las nuevas tendencias en el derecho constitucional latinoamericano pueden verse los trabajos que forman parte de la siguiente obra colectiva: Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Bs. As., Siglo XXI, 2011, en particular el trabajo de Rodrigo Uprimny, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”.

mismo a partir de una decisión política, adoptada primeramente con la sanción de una Constitución y renovada luego a lo largo del tiempo a través del control constitucional, de encauzar jurídicamente el propio proceso político. Sin esa energía que proviene de la decisión política, el fenómeno constitucional no podría tener vida ni alcanzar los fines que se propone. La política tiene la fuerza configuradora de lo social y de ella se nutre el derecho. Por ello, en alguna medida, su suerte está en manos de los propios sujetos a los que pretende custodiar y depende de la firme decisión comunitaria de vivir bajo una Constitución con las enormes ventajas que ello significa. Como bien lo señala Triepel, “resulta arbitrario presentar ‘lo político’ en contraposición a lo propio el Estado de Derecho. El pensamiento de un Estado de Derecho no es un pensamiento anti-político, sino un tipo especial del pensamiento político y el componente de Estado burgués de derecho de una Constitución pertenece también al sistema político”.⁴⁰ Vale la pena recordarlo cuando la “escuela de Cambridge” pareciera anunciar en nuestros días que el tiempo histórico del “momento constitucional” ha concluido y existe la amenaza de que una política desnuda de derecho vuelva por sus fueros perdidos.⁴¹

5. La progresiva juridización y judicialización del fenómeno constitucional y de la ciencia y la Filosofía del Derecho Constitucional

Con la consolidación de las democracias constitucionales europeas a partir de la segunda parte del siglo XX y el progresivo paso del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, se verifica una creciente juridización y judicialización del fenómeno constitucional tantos en sus facetas prácticas como teóricas. La vida social y política está sometida a reglas jurídicas que la van configurando de modo cada vez más pleno y completo y en la resolución de los eventuales conflictos que se originan adquieren creciente protagonismo institucional de los tribunales constitucionales que comienza a actuar en los distintos países.

A raíz de estos procesos se da un creciente desarrollo de la dimensión normativa de la Constitución y una expansión de la jurisdicción constitucional, por lo que la dimensión jurídica del fenómeno constitucional tiende

⁴⁰ Triepel, en su trabajo *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, p. 52, citado por García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, *op. cit.* p. 188.

⁴¹ *Cf.* Lombardi, Giorgio, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, *op. cit.*, p. lxii.

a aumentar de modo progresivo su importancia relativa. Este proceso impacta claramente en la ciencia constitucional y en la Filosofía del Derecho Constitucional. Si en sus orígenes históricos el constitucionalismo se nutrió principalmente de los aportes de los autores y las doctrinas de la Ciencia y de la Filosofía Política, si luego la doctrina constitucional, especialmente a través de los autores franceses como Hauriou y Duverger, se abrió hacia el estudio de las instituciones políticas, ahora los temas constitucionales son abordados principalmente por los filósofos del Derecho, tales como Kelsen, Bobbio, Alexy, Zagrebelsky o Ferrajoli, quienes reemplazan a los politólogos y a los filósofos políticos en su carácter de interlocutores principales de los constitucionalistas. Los derechos humanos, los fundamentos éticos del orden democrático, los problemas de la INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL y del rol que cumplen los jueces en el marco de las democracias constitucionales se erigen en los temas principales de estudio y discusión, cuestiones en las que se destaca especialmente la dimensión jurídica del fenómeno constitucional. Ferrajoli señala que de un constitucionalismo “político” dirigido a la limitación de los poderes públicos y a la protección general de determinados ámbitos de libertad, concebidas como garantías políticas externas a los sistemas jurídicos, se ha pasado a un constitucionalismo “jurídico”, que consagra garantías jurídicas efectivas para proteger a esos derechos, independizándolas de lo político. Esta dimensión jurídica del fenómeno constitucional predomina sobre la política y tiende a neutralizar su influencia.⁴²

Estos cambios que se dan tanto a nivel de praxis como de elaboración científica dan origen progresivamente a un nuevo paradigma del derecho constitucional que a comienzo del siglo XXI recibe el nombre de neoconstitucionalismo.

III. EL NEOCONSTITUCIONALISMO EUROPEO: ALGUNOS DE SUS RASGOS FUNDAMENTALES COMO REALIDAD Y TEORÍA JURÍDICA

Por NEOCONSTITUCIONALISMO, constitucionalismo europeo de posguerra o constitucionalismo contemporáneo denominamos, en primer término, el proceso y el producto de las profundas transformaciones que experimentan

⁴² Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 55, Giuffrè, Milano, p. 2.773

progresivamente los ordenamientos jurídicos de los países europeos desde la segunda guerra mundial hasta nuestros días por efecto de su gradual constitucionalización. Significa el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, del Estado de Derecho débil al Estado de Derecho fuerte al decir de Ferrajoli.

Desde el punto de vista doctrinal, su raíz histórica más inmediata está en las valiosas elaboraciones jurisprudenciales del tribunal constitucional alemán en los primeros años de labor jurisprudencial luego de la sanción de llamada Ley Fundamental de Bonn⁴³ y en los aportes de los doctrinarios alemanes,⁴⁴ aunque su conceptualización y denominación son más recientes y han tenido lugar, principalmente, en Italia y España.⁴⁵

Siguiendo parcialmente criterios ya propuestos por otros autores,⁴⁶ podemos considerar al neoconstitucionalismo como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional —se podría decir también ideológica— acerca de la misión que los jueces están llamados a realizar en una demo-

⁴³ Entre muchos otros se pueden mencionar, como ejemplos de esta etapa inicial, los siguientes fallos del tribunal constitucional alemán: convalidación de la negación de la personería jurídica a los partidos neonazi y comunista; caso “Elfes”, en el que se declara la inconstitucionalidad de una norma administrativa que negaba la renovación del pasaporte cuando corrían peligro “los intereses de la Nación”, por entender que la aplicación concreta de la norma al caso violaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, que es considerado un derecho que informa todo el sistema jurídico, más allá de los contenidos concretos de otros derechos; caso “Lüth”, en el que se establece que el régimen de responsabilidad civil de la prensa debe ser interpretado a la luz del ejercicio del derecho constitucional a la libertad de expresión; etc. En estas sentencias se aprecia la consideración de la Constitución como un orden de valores llamado a informar la totalidad del ordenamiento jurídico alemán. Sobre la postura antipositivista de la jurisprudencia del tribunal constitucional se puede consultar el trabajo de Eduardo Soderó, “Sobre el antipositivismo jurídico del Bundesverfassungsgericht” (en prensa), y la bibliografía y jurisprudencia allí citada.

⁴⁴ Podemos mencionar entre ellos a Theodor Maunz, Günter Durig y Otto Bachof, quienes, en consonancia con las elaboraciones del tribunal constitucional alemán, tendieron a concebir la Constitución principalmente como un sistema objetivo de valores.

⁴⁵ Pueden ser considerados dentro de las corrientes neoconstitucionalistas autores europeos como Zagrebelsky, Comanducci y Prieto Sanchís.

⁴⁶ Señala Luis Pietro Sanchís: “Con el nombre de neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo se alude tanto a un modelo de organización jurídico político o de Estado de derecho, como al tipo de teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo; e incluso cabría hablar de una tercera acepción, el neoconstitucionalismo como ideología, para referirse a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de derecho” (voz “Neoconstitucionalismo” en Miguel Carbonell (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, Porrúa y UNAM, 2005, p. 420).

cracia constitucional. Desarrollaremos a continuación cada uno de estos aspectos.

1. *El proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos europeos*

El neoconstitucionalismo como proceso histórico se inicia con la profunda transformación que se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial y la tarea que, a partir de ellas, comienzan a desarrollar los tribunales constitucionales de los países del viejo mundo. Estas transformaciones son claramente perceptibles, a partir de la sanción de las constituciones de la posguerra, en países como Alemania, Italia y Francia;⁴⁷ más tardíamente, a partir de 1976, en Grecia, Portugal y España y más recientemente, luego de la caída del Muro en 1989, en los países de Europa Oriental. Es como una nueva fase del proceso histórico del constitucionalismo europeo, que tuvo comienzo a fines del siglo XVIII, con características propias y diferenciales respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de *neoconstitucionalismo* o *constitucionalismo contemporáneo* con que se lo identifica.⁴⁸

Algunas de estas transformaciones estructurales del sistema jurídico se expanden luego, especialmente a partir de la década de los noventa, hacia algunos países de América Latina (por ejemplo, a Colombia, con la sanción de la Constitución de 1991 y la novedosa jurisprudencia que comienza a desarrollar el Tribunal Constitucional creado por ella),⁴⁹ los ex países co-

⁴⁷ Un hito importante en este país tiene lugar a comienzos de la década de los setenta con la decisión del Consejo Constitucional francés sobre libertad de asociación (decisión del 16 de julio de 1971, déc. 44 DC, Liberté d'association, GC núm. 19), que reconoce valor jurídico a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como parte integrante de la Constitución francesa. Dmitri Georges Lavroff, "El Consejo Constitucional Francés y la Garantía de las Libertades Públicas", *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, núm. 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 43 y ss.

⁴⁸ Otros como Pedro Salazar Ugarte lo denominan como "constitucionalismo de posguerra" o "modelo democrático constitucional".

⁴⁹ Entre estos fallos, se puede mencionar, por ejemplo, SC-013 de 1993 (M.P.: Eduardo Cifuentes); SC-386 de 1996 (M.P.: Alejandro Martínez); SC-222 de 1997 (M.P.: José Gregorio Hernández); SC-760 de 2001 (Ms.Ps.: Manuel José Cepeda – Marco Gerardo Monroy); SC-915 de 2001 (M.P.: Eduardo Montealegre); SC-1250 de 2001 (M.P.: Manuel José Cepeda); SC-688 de 2002 (M.P.: Rodrigo Escobar); SC-801 de 2003 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-551 de 2003 (M.P.: Eduardo Montealegre); SC-1056 de 2003 (M.P.: Alfredo Beltrán); SC-839 de 2003 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-1152 de 2003 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-313 de 2004 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-370 de 2004 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-372

munistas (por ejemplo, Hungría) y otras naciones, como Sudáfrica, India y Turquía. En todos estos casos se advierte la creciente importancia que van adquiriendo en su sistema político la constitución como norma jurídica y los tribunales constitucionales como órganos que velan por asegurar su vigencia, en especial mediante la tutela y el progresivo desarrollo de los derechos humanos. Ello supone una transformación importante del ordenamiento normativo y de todo el sistema jurídico de estos países. Por ello, sus partidarios señalan que el neoconstitucionalismo es una corriente europea, pero en franco proceso de expansión global.

El jurista italiano Guastini describe el fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico en los siguientes términos:

...es un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por la normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el etilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.⁵⁰

Este autor señala siete condiciones que permiten hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico:

- (i) Incorporación de una Constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales.
- (ii) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional.
- (iii) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es ya considerada como un conjunto de normas “programáticas”, sino “preceptivas”.
- (iv) La “sobreinterpretación” de la Constitución, ya que su texto es interpretado extensivamente, deduciéndose de ella principios implícitos.
- (v) La aplicación directa de las normas constitucionales, sin necesidad de la mediación legislativa, que también se extiende a las relaciones entre particulares.
- (vi) La interpretación de las leyes y normas inferiores en conformidad con la Constitución.
- (vii) La presencia e influencia de la Constitución en el debate político.

de 2004 (M.P.: Clara Inés Vargas). *Cf.* García Jaramillo, Leonardo, “Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional,” en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 10, 2008.

⁵⁰ Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”, en *Estudios de teoría constitucional*, México, IJJ-UNAM, Fontamara, 2001.

Complementariamente, cabe destacar la centralidad que los derechos fundamentales o derechos humanos comienzan a tener en la vida jurídica y política. Pasan a ser considerados como valores que impregnan todo el ordenamiento político-jurídico del Estado y extienden también su influjo a las relaciones privadas. De este modo, se verifica una omnipresencia constitucional que impregna, satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico. Se reconocen y detallan minuciosamente los derechos constitucionales de las personas y los grupos sociales, y se consagran las garantías jurídicas que los hacen efectivos: del principio que establecía que los derechos humanos valían en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos, que ahora cuentan con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos. De ese modo, se establece y difunde una cultura jurídica inspirada en derechos antes que en normas o deberes jurídicos. Esta nueva realidad lleva al crecimiento del rol y de la importancia de la magistratura, que pasa a ocupar un lugar institucional clave, bien diverso del modelo legicentrista decimonónico imperante anteriormente en los sistemas jurídicos de base continental.

Estas notas producen un cambio notable y progresivo en algunos elementos estructurales del sistema jurídico y también del político. Del constitucionalismo inicial que surge en Europa con las grandes revoluciones modernas, se pasa, a partir de la segunda guerra, a una segunda fase que culmina en lo que ahora se denomina neoconstitucionalismo. De la Constitución considerada fundamentalmente como carta política dirigida al Parlamento, se pasa a su consideración como norma jurídica suprema y de aplicación directa, dirigida en esencia a los tribunales, en especial al tribunal constitucional. Del Estado legal de Derecho se pasa al Estado constitucional de Derecho, donde la Constitución, mucho más que la ley, se convierte en el centro de todo el sistema normativo. De la centralidad del Estado y de sus prerrogativas, se da lugar a la consideración de la persona humana y sus derechos como ejes del sistema jurídico. De la soberanía del legislador se pasa a la palabra final a cargo de los tribunales constitucionales.⁵¹ La centralidad del sistema político-institucional se traslada a la del

⁵¹ Para la descripción detallada de estos cambios véase Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, *op. cit.*

sistema normativo, ya que la Constitución no sólo organiza los poderes de gobierno, sino, fundamentalmente, el ordenamiento jurídico.⁵²

Junto a este proceso de transformación del derecho interno se verifica el surgimiento y la expansión del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), tanto a nivel regional como universal. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948, y los posteriores tratados internacionales sobre derechos humanos que la continuaron, contienen el nuevo paradigma de la convivencia jurídica nacional e internacional, que de modo creciente y progresivo modificará también la fisonomía de los sistemas normativos internos. Aparece la persona humana reconocida como sujeto del derecho internacional, y se produce una profunda reformulación del concepto de la soberanía estatal. La armonización de las legislaciones y jurisdicciones nacionales, supranacionales e internacionales en materia de derechos humanos constituye, tal vez, uno de los mayores desafíos que enfrentan actualmente los sistemas jurídicos de los distintos países.

El neoconstitucionalismo tiene un carácter parcial en relación al constitucionalismo considerado como totalidad: le interesa principalmente una parte de la problemática constitucional, la relacionada con la protección de los derechos humanos. En cambio, no presta mayor atención a la organización estatal, a la denominada “parte orgánica”. Su meta primordial no es tanto limitar y controlar al poder (objetivo central del constitucionalismo clásico), como afianzar y garantizar la vigencia efectiva de los derechos

⁵² Según Ferrajoli el paradigma constitucional viene a caracterizarse por “la sujeción a la ley de la propia ley, no sólo en cuanto a las formas de los actos que la producen, sino también en cuanto a los contenidos normativos producidos por ellos. Esta sujeción ha tenido lugar a través de la incorporación, en constituciones rígidas, de principios ético-políticos... transformados, de fuentes de legitimación *política o externa* en fuentes de legitimación (y si son violados, de deslegitimación) también *jurídica o interna*” Así, “el derecho ya no regula sólo su ‘ser’ sino también su ‘deber ser’; no programa sólo los comportamientos humanos sino que también se proyecta a sí mismo, vinculándose a opciones positivas (de hacer) y negativas (de no hacer) en garantía de los derechos fundamentales; ya no se funda sólo sobre el principio *autoritas, non veritas facit legem*, sino que también sobre el principio de la coherencia, y por lo tanto de la *veritas* que lógicamente debe caracterizar el juicio de compatibilidad de las normas de grado inferior con las de grado superior. Y lleva a cabo por consiguiente, a través de los vínculos de forma y de contenido impuestos a su producción, la superación de la vieja dicotomía expresada por los pares *auctoritas/veritas* y ‘racionalidad formal’/‘racionalidad sustancial’ con la que normalmente se formula la oposición entre paradigma iuspositivista y paradigma iusnaturalista” Ferrajoli, *Principia Iuris, op. cit.*, vol. 1, p. 463.

humanos.⁵³ El nuevo derecho tiene un carácter marcadamente garantizador y garantista de los derechos constitucionales. No se atiende tanto a la consideración de la Constitución como norma que organiza las instituciones de un Estado, su sistema político, sino que, fundamentalmente, configura su sistema normativo-jurídico.

Siguiendo a Villey, podemos afirmar que el derecho es una obra colectiva que inicia el constituyente, desarrolla el legislador y culmina el juez. El neoconstitucionalismo supone una modificación importante de este esquema básico del sistema de fuentes del derecho, ya que, por un lado, se incorporan los tratados internacionales con numerosas disposiciones llamadas a regir en las relaciones intersubjetivas internas, y, por el otro, el juez puede aplicar directamente la Constitución sin que sea indispensable la mediación legislativa. Al decir de Zagrebelsky, el derecho se transforma en una realidad “dúctil” en manos de los jueces, abandonando así las rigideces legalistas. Se adopta por parte de los jueces una actitud antiformalista, que orientan su actuación de acuerdo con los nuevos principios jurídicos *pro homine* y *favor libertatis*.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico, como núcleo del neoconstitucionalismo, es una realidad compleja que tiene aspectos diferenciales en cada uno de los países, de acuerdo con su tradición jurídica y constitucional previa, su sistema jurídico y la naturaleza y función institucional que se asignan a sus respectivos poderes judiciales y tribunales constitucionales. Sin embargo, en todos ellos implica una profunda transformación en el sistema de fuentes del derecho y, desde él, de todo el sistema normativo y jurídico.

En el paradigma neoconstitucionalista, especialmente a partir de las elaboraciones del tribunal constitucional alemán, la Constitución pasa a ser considerada como un orden o sistema objetivo de valores llamado a informar todo el sistema jurídico y político del Estado. Los derechos constitucionales no sólo se conciben como garantías frente al poder público, sino como principios o mandatos de optimización que irradian su contenido a

⁵³ Señala Comanducci: “el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX–, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales”. (Comanducci, Paolo, “Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico”, *Isonomía*, vol. 16, 2002, pp. 99 y 100)

toda la actuación pública y privada.⁵⁴ Algunos autores, en particular Böckenförde, ha cuestionado esta transformación de la noción de derechos constitucionales, ya que, según su parecer, debilita fuertemente el carácter de garantía o límite propia de los derechos constitucionales, promueve indebidamente el paso de un Estado parlamentario legislativo en un Estado judicial de Derecho constitucional y abre las puertas a un posible totalitarismo estatal ejercido en nombre de los imprecisos valores constitucionales. Sus críticas fueron respondidas en parte por Robert Alexy con la propuesta de un modelo constitucional moderado.⁵⁵ Este autor sostiene que los derechos constitucionales son, antes que nada garantías subjetivas, que deben ser resguardados por los poderes públicos y que su reconocimiento como valores o principios objetivos no afecta esa primera dimensión subjetiva. Por otra parte, si bien las constituciones contienen prohibiciones, órdenes y principios, que son mandatos de optimización destinados al legislador y a los jueces, ella reconoce márgenes de discrecionalidad legislativa que deben ser respetados por los tribunales constitucionales.⁵⁶

2. *El neoconstitucionalismo como teoría jurídica*

El neoconstitucionalismo también puede ser visto como la teoría jurídica que describe, explica, justifica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico antes descrito. Es una toma de conciencia, una reflexión e intento de conceptualización de las transformaciones que se advierten en la realidad jurídica. Con el neoconstitucionalismo se da un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Pareciera que, desde esta perspectiva, el estudio del neoconstitucionalismo interesa aún más a los filósofos del derecho y a quienes se ocupan de la teoría del derecho, que a los propios constitucionalistas.

⁵⁴ Como ha señalado Böckenförde, “el Tribunal Constitucional Federal ha aceptado desde entonces expresamente el carácter de norma objetiva de principios/decisión axiológica para la mayor parte de los derechos fundamentales y no lo ha excluido hasta ahora para ningún derecho fundamental”, Böckenförde, E.W., “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en Böckenförde, E.W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 109

⁵⁵ Acerca de este debate entre Böckenförde y Alexy puede verse con provecho el trabajo de Luis Cruz “El alcance de la Constitución”, en Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, *op. cit.*, capítulo III.

⁵⁶ *Cf.* Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 31 y 32.

El paradigma jurídico predominante en Europa al momento de surgir el neoconstitucionalismo era el POSITIVISMO JURÍDICO.⁵⁷ De las tres preguntas fundamentales de la teoría jurídica –VALIDEZ, eficacia y justicia de la norma jurídica–, el positivismo sólo pretendía responder a la primera y dejaba las restantes en manos de la sociología jurídica y de la filosofía o la ética, respectivamente. Ahora la teoría jurídica pretende ocuparse de las tres cuestiones antes mencionadas. Hay un abandono del legalismo, del juridicismo extremo, del legicentrismo, del formalismo jurídico. Se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa porque respete y desarrolle los derechos humanos, y sea eficaz y operativa porque ellos estén garantizados en la práctica. Hay una redefinición de los conceptos de validez y vigencia normativa. Ahora, la vigencia señala simplemente que una norma ha sido dictada por las autoridades públicas y pretende producir efectos jurídicos, mientras que la validez jurídica pasa a significar conformidad con los derechos humanos de los ciudadanos.

De iusfilósofos como Kelsen, Hart, Ross y Bobbio, cuyas doctrinas predominaron en la primera parte de la segunda mitad del siglo pasado, se pasa a otros como Alexy, Dworkin, Aarnio y Zagrebelsky, que son algunos de los iusfilósofos que comienzan a destacarse en el pensamiento jurídico en los ambientes académicos germano, anglosajón, escandinavo e italiano, respectivamente.⁵⁸

⁵⁷ Luigi Ferrajoli afirma que la teoría positivista fue funcional al Estado Legal de Derecho, dominante en los países europeos antes de la segunda guerra mundial.

⁵⁸ Comentando ese proceso señala Rodolfo Vigo: “aquel escenario jurídico e institucional europeo en las décadas siguientes a Nuremberg termina transformado, por lo que aquella exitosa teoría iuspositivista normativista que se había forjado al hilo de la escuela exegetica, la escuela histórica, el primer Ihering y culminado con Kelsen y que había logrado controlar la formación de los juristas y la cultura jurídica, entra en desorientación y comienza a padecer crecientes conversiones y críticas desde las más prestigiosas cátedras europeas. En ese proceso de cambio de la teoría jurídica los iuspositivistas comienzan a calificar sus miradas con adjetivos o prefijos que suavicen sus convicciones, se habla de iuspositivismos críticos, soft, inclusivos, post o neo, y algunos testimonios resultan de gran impacto para el mundo académico general, así el de Radbruch en Alemania denunciando la complicidad teórica del iuspositivismo frente al nazismo; el de Bobbio con su teoría funcional en la década del 70 dejando atrás las visiones estructurales del derecho que simbolizaba Kelsen; el de Dworkin cuando sucede a Hart en Oxford y declara su combate al normativismo en nombre del principialismo; el de Perelman atreviéndose a incorporar la razón en los problemas valorativos y decisionales; el de Nino criticando los modelos epistemológicos de Kelsen, Ross y Bulygin-Alchourron en tanto silencian la dimensión valorativa del derecho; el de Atienza afirmando su confianza en un cierto objetivismo y cognitivismo ético; y el de mu-

Tal vez sea la evolución experimentada en el pensamiento del filósofo del derecho italiano Norberto Bobbio desde el iuspositivismo original a su teoría funcional del derecho, una de las mejores muestras de las transformaciones que experimenta la Filosofía del Derecho continental desde 1950. Bobbio adhiere inicialmente a un positivismo que se enfrenta tanto al iusnaturalismo como la sociologismo:

La polémica contra el derecho natural ha sido llevada a cabo en nombre de la objetividad de la ciencia, la cual tiene la tarea de conocer la realidad y valorarla (...) La polémica contra la sociología, en cambio, se lleva a cabo en nombre de la distinción entre la esfera del ser a las que pertenecen los fenómenos sociales, y la esfera del deber ser, a la que pertenece el derecho.⁵⁹

Sin embargo, en 1966 en una mesa redonda acerca del positivismo jurídico señala que:

El positivismo jurídico está en crisis, no solo como ideología y como teoría, como por lo demás yo mismo había ya admitido, sino también como modo de aproximación al estudio del derecho. He comenzado diciendo que el positivismo jurídico nació como elección científica, pero me permitido reconocer ahora que detrás de la elección científica había una exigencia política. Políticamente, el positivismo es la aceptación del *status quo*. En cuanto tal, está sujeto, como todas las elecciones, a sufrir los altos y bajos de la historia... Puesto que la concepción positivista del derecho implica la aceptación del *status quo*, es buena o mala, según se considere buena o mala situación a conservar. ¿Queréis una conclusión? Habíamos venido con la idea de concluir: el positivismo ha muerto, viva el positivismo. Me pacer en cambio, que nos iremos exclamando: el positivismo ha muerto, viva el iusnaturalismo.⁶⁰

A partir de ese momento, el profesor de Turín desarrollará lo que él ha denominado la teoría funcional del derecho. Señala que de acuerdo al paradigma iuspositivista, la ciencia del derecho ha estado centrada en el análisis de la estructura del derecho, de los componentes del sistema normativo, pero no se ha interrogado acerca de para qué sirve el derecho, cuáles son las funciones que cumple.⁶¹ Bobbio descubre que el derecho no sólo

chos otros”, Vigo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, *op. cit.*

⁵⁹ Bobbio, Norberto, “La teoría pura del derecho y sus críticas”, en *Contribución a la teoría del derecho de Norberto Bobbio*, Fernández Torres Editor, Valencia, 1980, p.120.

⁶⁰ Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 214.

⁶¹ También otros autores europeos se han interrogado acerca del sentido y finalidad del derecho. Entre otros podemos mencionar: Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984; Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Ed. Barcelona, Ariel, 2001;

sirve para desalentar o castigar determinadas conductas personales o comportamientos sociales, sino que puede ser un poderoso instrumento que se utilice para la transformación social. Por eso propone el paso del análisis de la estructura estática del derecho a la reflexión acerca de las funciones que el cumple en el marco de los sistemas sociales y políticos. “Dalla estructura a la funzione” es la síntesis del cambio de paradigma que sugiere.⁶² De la consideración exclusivamente normativa-formal del fenómeno jurídico, y por ende de la Constitución, se pasa a tener en cuenta sus funciones y, por tanto, su contenido y su capacidad de transformación social.

La Constitución, su contenido, sus principios y valores, y su función jurídica y política, y no la ley formal en su frío deber ser, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica de la teoría general del derecho del neoconstitucionalismo. Hay una profunda “rematerialización” del derecho. Adquieren importancia el contenido y la valoración moral del derecho y no tan sólo su perfección formal. Hay un intento de “remoralizar” el derecho, si bien realizado desde variadas perspectivas axiológicas.⁶³ Así, el constitucionalista italiano Mauro Capelletti señala que el constitucionalismo incorpora, positiviza y formaliza las exigencias del derecho natural, movilizándolo el derecho, permitiendo su crítica interna, incorporando en su seno una teoría de la justicia, fundada en los derechos humanos.⁶⁴ En sentido análogo, Alexy afirma que “la irradiación en todos los ámbitos del sistema jurídico de los derechos fundamentales, en tanto Derecho positivo, incluya una irradiación de la idea de la justicia en todos los ámbitos del Derecho, exigida por el propio Derecho positivo”.⁶⁵ Por su parte, desde una perspectiva diferente, Dworkin escribe sobre la necesidad de hacer una lectura moral

⁶² Cfr. Bobbio, Norberto, “Hacia una teoría funcional del derecho”, en *Derecho, Filosofía y Lenguaje*, Astrea, Bs. As., 1976, p. 9. Para profundizar en el pensamiento de este autor remitimos a Vigo, Rodolfo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis)*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2006, a quien seguimos en este punto.

⁶³ “Las Constituciones contemporáneas se cargan de principios y valores, y cuando ellos se jurídicizan una avalancha de moral se introduce al derecho” (Vigo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, *op. cit.*).

⁶⁴ Cfr. Capelletti, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *op. cit.*, p. 45 y ss.

⁶⁵ Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 22, 2002, p. 526.

de la Constitución,⁶⁶ lo que hubiera sido un contrasentido desde la perspectiva iuspositivista clásica.

Varios de los autores neoconstitucionalistas, como Alexy y Zagrebelsky, adhieren y desarrollan la distinción entre reglas y principios, entendidos estos últimos como mandatos de optimización. Las normas constitucionales referidas a los derechos humanos y las que contienen directrices programáticas son consideradas principios y de ese modo deben ser tratados por los operadores jurídicos.

Autores como Ferrajoli reconocen el carácter normativo y no sólo descriptivo de la ciencia jurídica y de la interpretación constitucional. El fundador del garantismo postula una ciencia jurídica orientada al logro de los objetivos propios del constitucionalismo, con un “papel crítico y constructivo”, “descriptiva del ser del derecho y prescriptiva de su deber ser jurídico”.⁶⁷ El derecho que se descubre debe ser realizado y garantizado en la práctica de modo efectivo.⁶⁸ La ciencia del derecho se transforma en normativa, crítica, valorativa, prospectiva, atenta tanto a la vigencia sociológica como a la validez moral de los contenidos normativos. Estos nuevos enfoques y afirmaciones motivaron la acusación de cierto iusnaturalismo a las nuevas doctrinas neoconstitucionalistas por parte de algunos autores positivistas más tradicionales.⁶⁹

La nueva teoría del neoconstitucionalismo se ocupa atentamente de la metodología y el RAZONAMIENTO JURÍDICO, en especial del judicial, acercando la reflexión filosófica a la práctica jurídica. Así, Zagrebelsky llega a decir que la idea de derecho sólo se puede conocer desde el interior, participando en la práctica social llamada derecho, en la que junto a las normas aparecen los hechos y los valores. Afirma que, antes que una *scientia iuris*, el

⁶⁶ Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.

⁶⁷ Cfr. Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, *op. cit.*, 2000, p.60.

⁶⁸ Cfr., entre otros, Ferrajoli, Luigi, “Garantías”, en *Jueces para la democracia*, núm. 38, Madrid, 2000, pp. 39 y ss.

⁶⁹ Sobre la discusión entre iuspositivistas y neoconstitucionalistas remitimos a la bibliografía señalada en el trabajo de Comanducci, “Formas de (Neo) Constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 96, n. 7. También, Pozzolo, Susana, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, Torino, Giapichelli, 2001; y Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 27, 2004. Sobre las aproximaciones entre las tesis neoconstitucionalistas e iusnaturalistas se puede consultar del trabajo de Rodolfo Vigo, “Lectura no-positivista (neoconstitucionalista) e iusnaturalista del derecho actual”, en su obra *Constitucionalización y judicialización del estado*, *op. cit.*, p. 59.

derecho es básicamente una *iuris prudentia*.⁷⁰ Hay una clara recuperación de la razón práctica y de la importancia de la prudencia en el ámbito jurídico.

La INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL –que pasa a ser la decisiva en el quehacer jurisdiccional– tiene principios y reglas propias que la distinguen en parte de la interpretación legal. Fundamentalmente la incorporación del criterio de la ponderación, que completa y a veces reemplaza al paradigma de la subsunción y el silogismo judicial, propio de la anterior etapa iuspositivista. La interpretación se transforma gradualmente en argumentación basada no sólo en normas, sino también en principios.

El neoconstitucionalismo es, en esta segunda dimensión, un nuevo paradigma de la ciencia y la filosofía del derecho que responde, de modo diverso al positivismo, las tres cuestiones básicas de toda teoría iusfilosófica: ¿Qué es el derecho? ¿Cuál es su fundamento? ¿Cómo se lo conoce?. Sintetizando algunos de los principales aportes de los autores neoconstitucionalistas a la Filosofía del Derecho actual, señala Rodolfo Vigo:

- a) el derecho deja de ser un problema sistemático de normas autoritativas para comprender valores y principios disponibles para las respuestas jurídicas de los operadores;
- b) en la epistemología jurídica, en tanto ya no se defiende un saber meramente descriptivo y sistematizador, sin que se reclama prescripción y valoración; c) la aplicación deja de asimilarse a decisión irracional o volitiva como en Kelsen, o de fácil y silogístico desentrañamiento de la solución contenido en la norma, para requerir de la razón práctico ponderaciones y argumentos que la validen o justifiquen; d) el derecho en mayor o en menor medida se judicializa, superando la distinción entre creación y aplicación; e) la validez de las normas, incluidas las legales, se amplía a los contenidos especialmente constitucionales, que potencian el papel del Poder Judicial; f) se reconoce una juridicidad indisponible o limitadora del derecho que ponen las autoridades; y g) la distinción tajante entre derecho y moral se fractura y el jurista debe enfrentar exigencias de moral crítica y racional.⁷¹

⁷⁰ Zagrebelsky, Gustavo, “Dos tradiciones de derechos: derechos de libertad y derechos de justicia”, en *Derechos y Libertades*, num. 2, año 1, 1993-1994, p. 371. Más recientemente este autor contrapone “scientia juris” y “iuris prudentia” en los siguiente términos: “la primera como racionalidad formal, la segunda como racionalidad material, es decir, orientada a los contenidos. En términos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*; en términos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio práctica*. Mientras el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, todo-nada, el que preside las segundas es un progresión cuantitativa que va desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno, desde lo menos a lo más adecuado y productivo” (*El derecho dúctil, op. cit.*, p. 123).

⁷¹ Vigo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, *op. cit.*, p. 269.

3. *El neoconstitucionalismo y la misión de los jueces en una democracia constitucional*

En tercer término, el neoconstitucionalismo puede ser también visto como la doctrina o ideología institucional que considera muy positivo el fenómeno que hemos descrito y lo promueve activamente,⁷² especialmente alentando un modelo de poder judicial activista que tutele los derechos humanos para lograr su plena vigencia práctica.⁷³ La nueva visión del ordenamiento jurídico reclama una nueva postura institucional por parte de los integrantes de las magistraturas judiciales. Se postula una nueva actitud institucional de los jueces, en particular de los tribunales constitucionales, que podríamos definir como activismo judicial, con fundamento normativo en los derechos humanos constitucionalizados o reconocidos en los documentos internacionales.⁷⁴ El neoconstitucionalismo vuelve a plantear el complejo y difícil tema de la misión que los jueces, especialmente quienes tienen a su cargo el control de constitucionalidad, están llamados a cumplir en una democracia constitucional.

El neoconstitucionalismo plantea y promueve una nueva relación del poder judicial con los demás órganos de gobierno y con la sociedad civil para el logro de la vigencia efectiva de los derechos humanos. Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales.⁷⁵ Así como el siglo XIX fue el siglo del poder legislativo y el siglo XX el del poder ejecutivo, el

⁷² Afirma Comanducci: “el neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales –podríamos en este sentido hablar de ‘neoconstitucionalismo de los contrapoderes’– pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previsto en la Constitución”. “Formas de (Neo) Constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 100.

⁷³ Ferrajoli no duda en concluir que el “constitucionalismo es un programa para el futuro” que debe avanzar en el sentido de abarcar todos los derechos y no sólo los derechos de libertad sino también los derechos sociales, controlar tanto a los poderes públicos como a los poderes privados, y traspasar el ámbito del derecho estatal al derecho internacional.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, Gustavo Zagrebelsky, “Jueces Constitucionales”, discurso pronunciado el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50^o aniversario de la Corte Constitucional italiana.

⁷⁵ “La democracia de la ley estaría templada (corregida) por la aristocracia de los jueces... nueva *noblesse de robe*”, Aragón Reyes, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo, *Jueces y Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 158.

siglo XXI será, de acuerdo con una profecía neoconstitucionalista, el del poder judicial.

Hay una consideración muy elevada de la misión que los jueces están llamados a realizar en los sistemas democráticos.

Se propone una interpretación creativa y dinámica de la Constitución y los tratados de derechos humanos. En el fondo, esta discusión no es tanto estrictamente jurídica, simplemente sobre los modelos de interpretación constitucional, sino sobre:

(i) el rol político que los jueces están llamados a cumplir y su relación con la legislatura; y

(ii) acerca de los valores de fondo que han de regir la sociedad.

En parte, es también una discusión sobre quién ha de actualizar y dinamizar, principalmente, el derecho y el sistema jurídico para adecuarlo a las nuevas realidades y exigencias: los poderes políticos a través de los procedimientos constituyentes y legislativos, o los jueces cuando resuelven dinámicamente los denominados “casos difíciles”.

Podemos concluir este apartado y la segunda parte de este trabajo afirmando que el neoconstitucionalismo, constitucionalismo de posguerra o constitucionalismo contemporáneo, como realidad jurídica vigente en nuestros días, enmarca a la Filosofía del Derecho Constitucional actual, de modo especial si se la considera desde una perspectiva continental.

IV. ALGUNOS TEMAS PROPIOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Los temas propios de la Filosofía del Derecho en general enmarcan, en buena medida, las cuestiones que de modo específico desarrollará la Filosofía del Derecho Constitucional.

Sobre los primeros, señala Rodolfo Vigo:

Los cuatro principales problemas iusfilosóficos están siempre explícitos o implícitos en cualquier jurista que pretenda en cuanto tal, un mínimo de coherencia, solidez, integralidad y sentido; en nuestra opinión ellos son:

1) problema ontológico: un jurista pleno inexorablemente necesita de un cierto concepto o definición del derecho;

- 2) problema gnoseológico: requerirá tener claro qué características asume el saber jurídico –p. ej. teórico o práctico– y su eventual clasificación o tipos –filosofía, ciencia, prudencia, etcétera–;
- 3) problema axiológico: también exigirá contar con respuestas acerca de los eventuales criterios que permitan distinguir entre el derecho bueno, correcto, justo, válido, el derecho más o menos bueno o justo y aquel abortado antes de nacer como derecho por su evidente y grave deficiencia axiológica; y
- 4) problema lógico: le resultará indispensable identificar las estructuras lógicas en el derecho, o sea si él constituye un sistema fuerte, débil o inexistente; si la estructura en la que encuentra o formula el derecho los juristas es de juicios o conceptos, y si los juristas razonan o no cuando lo operan y lo aplican en los casos.⁷⁶

Desde una perspectiva más influida por la filosofía kantiana, Robert Alexy señala que la Filosofía es una reflexión general y sistemática sobre lo que existe (ontología), sobre lo que debe hacerse (ética) y sobre cómo es posible el conocimiento de lo anterior (epistemología). Por su parte, la Filosofía del Derecho se centra en el conocimiento de lo que es el derecho (sistema normativo) y de su validez tanto fáctica (eficacia social) como ideal (corrección, moralidad o legitimidad).⁷⁷

Cabe señalar también que el debate central de la Filosofía del Derecho entre teorías iusnaturalistas y iuspositivistas tiene claras proyecciones en lo relativo a temas centrales del derecho constitucional: fundamento de los derechos humanos, límites del poder constituyente, juridicidad propia de ciertos principios jurídicos, sistemas de fuentes, decisión judicial, etc.

De un modo amplio, consideramos que constituye cuestiones de interés para la Filosofía del Derecho Constitucional los siguientes temas:

- concepto, significados y funciones de una Constitución;
- legitimidad, validez, vigencia y eficacia de las normas constitucionales;
- límites sustantivos del poder constituyente;
- concepto, criterios y límites de la interpretación constitucional;
- relaciones entre normas, reglas y principios jurídicos;
- argumentación jurídica y racionalidad pública;
- axiología jurídica y teoría de la justicia;
- injusticia extrema y derecho;

⁷⁶ Vigo, Rodolfo, en el prólogo a nuestro libro *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Marcial Pons, Bs. As., 2010, p. 10.

⁷⁷ Alexy, Robert, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, *Doxa*, núm. 26, 2003, p. 145 y ss.

- conformación del sistema de fuentes jurídicas;
- metodología constitucional;
- características y problemas del lenguaje jurídico;
- teoría y crisis actual de la ley;
- validez y límites del procedimiento democrático de creación normativa;
- relaciones entre derecho natural y derecho positivo, entre ética y derecho;
- fundamentos del sistema y de las instituciones democráticas;
- relaciones entre Derecho y Democracia, en el marco del modelo de la democracia deliberativa;
 - fundamentos de la obligatoriedad del derecho;
 - discrecionalidad y arbitrariedad judicial;
 - concepto, fundamento y determinación del contenido esencial de los distintos derechos humanos fundamentales;
 - existencia y contenido de los absolutos éticos y jurídicos;⁷⁸
 - reglamentación razonable y armonización de los derechos constitucionales;
 - principios que han de inspirar y guiar la función jurisdiccional de los jueces;
 - fundamentos, legitimidad y límites del control judicial de constitucionalidad;
 - temas bioéticos y medioambientales.

Vigo señala que, dada la creciente importancia que ha adquirido el derecho constitucional, la nueva cultura jurídica

- ... debe hacerse cargo de problemas inéditos o escasamente estudiados tales como:
- a) el referente a determinar el contenido de valores, principios o derechos humanos;
 - b) el reconocer los distintos tipos de reglas o normas contenidas en la Constitución y cómo se opera cada una de ellas;
 - c) el identificar los distintos tipos de sentencias constitucionales y la estructura de las mismas;
 - d) establecer con alguna claridad la zona de reserva de los diferentes poderes del Estado;
 - e) reconocer la finalidad y límites del control constitucional.⁷⁹

⁷⁸ Finnis, John, *Absolutos morales*, Eiuinsa, Barcelona, 1993.

De todos estos temas que hemos enunciado, tal vez sean el de los Derechos Humanos y el de la interpretación, argumentación y metodología jurídicas los que más desarrollos y puntos de contacto han originado entre constitucionalistas y filósofos del derecho en las últimas seis décadas.

Por razones de la extensión prevista para este trabajo, hemos elegido sólo algunos de estos puntos para desarrollarlos brevemente en este tercer apartado de nuestro trabajo. En concreto, hemos seleccionado los siguientes:

1. Ontología de la Constitución: qué es la Constitución
2. Ética Constitucional: la igual e inviolable dignidad de la persona humana y la legitimidad del procedimiento democrático
3. Cratología constitucional: la visión constitucional del poder
4. Lógica Constitucional: normas, reglas y principios
5. La praxis constitucional: la interpretación constitucional y el control de constitucionalidad

1. *Ontología de la Constitución: qué es la Constitución*

Hemos ya señalado que la aparición de las constituciones modernas constituyó una gran novedad que transformó progresiva e fuertemente los sistemas políticos y jurídicos de los países occidentales. Por ello, la reflexión sobre lo qué es una Constitución se convirtió en un tema permanente de la ciencia constitucional y de la filosofía del Derecho. Desde la célebre conferencia de Ferdinand Lasalle acerca de “¿Qué es una Constitución?”,⁸⁰ pasando por las distintas teorías elaboradas por los autores del Derecho Público alemán a comienzos del siglo XX, el concepto formalista de “constitución” propio de la Teoría Pura del Derecho, el funcionalismo de Bobbio y la rematerialización de su contenido presente en las teorías neoconstitucionalistas, es mucho lo que se ha reflexionado y escrito sobre el ser o la esencia de una Constitución.⁸¹

La Constitución es un objeto cultural y, como tal, su sentido configura significativamente su propio ser.⁸² Los objetos culturales más que ser expli-

⁷⁹ Vigo, Rodolfo L., *Neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones*, cap. XIII de su obra *Constitucionalización y judicialización del estado*, *op. cit.*

⁸⁰ *Cfr.* Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, Barcelona, Ariel, 1994.

⁸¹ Puede consultarse al respecto el trabajo de Fioravanti, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, donde remitimos. Además, la entrada CONSTITUCIÓN.

⁸² Seguimos en esto las ontologías regionales propuestas por Husserl.

cados, deben ser comprendidos mediante la captación de su sentido. Los distintos significados constitucionales apuntan, precisamente, a exponer los diversos aspectos de su sentido existencial para facilitar su adecuada comprensión.

Desde diversos ángulos y perspectivas, los significados constitucionales expresan distintos aspectos de una Constitución. Cada uno de ellos da a conocer parcialmente la riqueza de su compleja realidad, sus diversas dimensiones y funciones, tal como son percibidas por la comunidad política, los operadores constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina jurídica. Manifiestan lo que la Constitución representa, lo que la Constitución significa, lo que la Constitución es, en el marco de un sistema político de las democracias constitucionales, cómo ella es visualizada y vivenciada por la comunidad política a la que contribuye a vertebrar, ordenar y configurar.

Adentrándonos en el tema, podemos preguntarnos acerca de cuáles son esos significados que tiene una Constitución en un sistema político. Pienso que podríamos destacar los siguientes:

- a) La Constitución como organización político-jurídica fundamental.
- b) La Constitución como acuerdo de las fuerzas políticas y sociales.
- c) La Constitución como norma jurídica.
- d) La Constitución como instrumento de gobierno.
- e) La Constitución como carta de derechos fundamentales.
- f) La Constitución como instrumento de control del poder.
- g) La Constitución como cauce del proceso político.

Desarrollaremos a continuación cada una de estos significados constitucionales.

A. La Constitución como organización político-jurídica fundamental

La Constitución es la organización político-jurídica fundamental de un Estado. A través de ella, la convivencia de una sociedad adquiere unidad y es capaz de integrar los elementos que constituyen el sistema político, habida cuenta que la Constitución recoge y expresa los puntos básicos de la organización política, jurídica, económica, cultural, etc. del Estado.

Desde una perspectiva filosófica, podemos decir que la Constitución es, en términos aristotélicos, la causa formal del Estado.

La complejidad de la vida social debe adquirir, para el logro de sus fines y su permanencia en el tiempo, unidad, organicidad y racionalidad. Esto lo

consigue mediante el establecimiento de una Constitución que ordena el sistema de gobierno y formula las pautas de la convivencia social.⁸³

La Constitución recoge, utilizando la terminología de Schmidt, “las decisiones políticas fundamentales” sobre el modo de ser de la unidad política, en las que están involucrados numerosos aspectos trascendentales para la vida política: forma de Estado y forma de gobierno, relaciones Iglesia-Estado, bases del sistema económico y financiero, modo de organizar las relaciones internacionales, derechos reconocidos a las personas y grupos sociales, organización y atribuciones de los diversos órganos de gobierno, etc. Todas estas definiciones incidirán fuertemente en la actuación de los distintos operadores constitucionales.

En el mismo sentido, señala Quiroga Lavié:

...la Constitución hace las veces de “programa” del sistema político, a efectos de prever: quiénes están habilitados para adoptar decisiones de gobierno, cuáles son los mecanismos para controlar y evitar los desvíos o desajustes que se produzcan en el sistema, y cómo se puede renovar o modificar el referido “programa”, a efectos de evitar su desajuste con la realidad histórica.⁸⁴

B. *La Constitución como acuerdo de las fuerzas políticas y sociales*

La Constitución es el acuerdo fundamental de las fuerzas políticas y sociales, acerca de sus cometidos históricos, los valores de su convivencia y un programa de gobierno común, de contenido necesariamente amplio.⁸⁵ Expresa en este sentido el “agreements on fundamentals”, o sea la base común, sobre la que se dará un amplio pluralismo de valores e intereses, propio de todo Estado democrático. Ferrajoli afirma que las constituciones son pactos de convivencia política instrumentados jurídicamente. Por su

⁸³ “Llamamos a nuestro documento una constitución porque le adjudicamos el poder de constituir o construir la sociedad en que vivimos” (Carter, Lief, *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Abeledo Perrot, 1992, p. 227)

⁸⁴ Quiroga Lavié, Humberto, *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., Ed. Depalma, 1987, p. 2.

⁸⁵ “La Constitución está llamada a contemporalizar, a complacer hasta cierto grado de exigencias contradictorias, que no se deben mirar por el lado de su justicia absoluta, sino por el de su poder de resistencia, para combinarlas con prudencia y del modo posible con los intereses del progreso general del país” (Alberdi, Juan Bautista, *Bases*, Editorial Plus Ultra, 1994, p. 118).

parte, Carlos Nino recuerda, acudiendo a Alberdi, que la Constitución es como una carta de navegación para guiar los destinos de un Estado.⁸⁶

Por su propia función la Constitución ha de ser vista como bandera y prenda común por casi la totalidad de quienes integran una comunidad política. Es por ello que se justifica plenamente las mayorías más amplias que se requieren para su sanción y reforma.

Señala García de Enterría:

La Constitución es capaz de convertirse, bajo un Tribunal Constitucional que acierte en su función, en el campo común de juego de las diferentes fuerzas políticas, en la regla de juego básica sobre la cual la competitividad política concreta sus opciones y despliega su legítima lucha, en la regla de fondo que define el consenso fundamental de una sociedad sobre la cual ésta mantiene su vitalidad y desarrolla sus virtualidades y sus cambios y transformaciones creadoras.⁸⁷

Para adquirir este sentido la Constitución necesita de una cierta estabilidad y continuidad en el tiempo que preserve y consolide su prestigio social. Dado este carácter de acuerdo fundamental, sería también erróneo aprovechar una mayoría numérica circunstancial para que un partido o sector pretenda sancionar o reformar la Constitución según su exclusivo punto de vista partidario. La Constitución dejaría de ser prenda común y pasaría a ser considerada como la imposición de un sector a otro, desnaturalizando su propia función integradora.

El significado de la Constitución como acuerdo fundamental guarda relación con lo que Lucas Verdú⁸⁸ denomina “techo ideológico” de la Constitución, es decir, la concepción axiológica fundamental a la que cada carta magna adhiere o postula.⁸⁹ Cada Constitución lleva implícita una cosmovisión: una determinada concepción del mundo, del hombre, de la sociedad y, en cierta medida, también late en ella una postura ante lo Absoluto. Ese techo ideológico común suele ser tributario de distintas corrientes políticas y culturales que, conservando sus diferencias, descubren o construyen un denominador común, muchas veces mediante el procedimiento del “*over-*

⁸⁶ Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁷ García de Enterría, *op. cit.*, p. 188

⁸⁸ Lucas Verdú, Pablo, *Principio de ciencia política*, T. II, p. 63 y ss.

⁸⁹ “La Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento”, Tribunal Constitucional Español, sentencia del 31-III-81.

lapping consensus” del que habla Rawls. El concepto de techo ideológico tiene significativas consecuencias para la teoría e interpretación constitucional.

C. *La Constitución como norma jurídica suprema*

La Constitución es la *norma suprema* del Estado, cúspide de todo el ordenamiento jurídico que ha de ser congruente con ella, tanto en los procedimientos que le dan origen, como en su contenido. La decisión política adoptada de modo soberano por el Poder Constituyente, se expresa mediante técnicas jurídicas que asignan funciones, confieren atribuciones, reconocen derechos, prescriben conductas, establecen derechos y obligaciones concretas, fijan competencias y procedimientos, etc.⁹⁰ Estos elementos conforman la dimensión estrictamente jurídica de la Constitución, sobre la que se funda la supremacía y el control constitucional:

La Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entera, la norma fundamental, *lex superior*. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una ley será válida o un reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las ‘normas de producción’, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (una ley perpetua en la aspiración de los comuneros) o duración.⁹¹

En cuanto texto legal, la Constitución tiene algunas características propias que la distinguen de las demás leyes, entre las que sobresalen su supremacía y la amplitud y apertura del texto de sus prescripciones.

Toda norma o acto contrario a sus disposiciones, por un principio implícito de lógica constitucional, que puede tener o no expreso reconoci-

⁹⁰ “La Constitución no es sólo una carta política, o una solemne declaración de principios e ideales, o un magistral reglamento de organización estatal. El secreto fue y es, concebir a la Constitución como norma jurídica, la principal de todas las que ella misma -y en un determinado orden jerárquico- autoriza y origina. Sin conformidad con la Constitución, no hay norma válida. Los jueces deben juzgar aplicando el ordenamiento jurídico, pero siempre bajo la primacía de la Constitución: las leyes y otras previsiones normativas, deben ser interpretadas en el sentido que no contradiga a la Constitución”, Barra, Rodolfo, “La Corte Suprema de Justicia y la Separación de poderes”, Encuentro de Cortes argentina y americana, agosto de 1993.

⁹¹ García de Enterría, *op. cit.*, p. 50

miento en el texto de la Constitución, deberá ser dejado de lado: “*an act against constitution is void*”.

El carácter normativo del texto constitucional exige que ella tenga una depurada técnica jurídica, que permita su correcta utilización por los agentes constitucionales. Crece cada vez más la tendencia a dar carácter operativo a sus disposiciones, aceptándose su aplicación directa por los jueces, más allá de los desarrollos legislativos de sus previsiones. Todo ello, además de ampliar las facultades de los magistrados, ha acrecentado la importancia de esta dimensión jurídica de la Constitución.

A pesar de los avances de la técnica jurídica y debido a la propia naturaleza de la materia que regula, el texto de la Constitución tendrá una amplitud y generalidad mayores que las leyes ordinarias, lo que demandará el empleo de unos criterios interpretativos propios.⁹² Sin embargo, la amplitud del texto constitucional no otorga validez a cualquier interpretación. Como ya lo hemos señalado, “la Constitución es una ley. No un poema. La Constitución no significa cualquier cosa que a alguien le plazca. Así la Constitución no puede tener cualquier significado. No es absolutamente indeterminada. Aunque no siempre provee una solución inequívoca”.⁹³

La fidelidad al contenido de la norma constitucional, la elección de los métodos y las alternativas interpretativas posibles y su adecuada utilización en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas, son desafíos que se presentan al juez constitucional al resolver los casos sometidos a su jurisdicción.

D. *La Constitución como instrumento eficaz de gobierno*

Los poderes constituidos, mediante el empleo de la Constitución, han de poder resolver adecuadamente los conflictos y desafíos de la vida social y

⁹² “Una constitución, al establecer una estructura de gobierno, al declarar principios fundamentales y al crear una soberanía nacional, en cuanto intenta perdurar a través de las épocas y ha de ser adaptada a las diferentes crisis humanas, no puede ser interpretada con el carácter estricto de un contrato privado. La Constitución de los Estados Unidos, con su propensión a palabras indicativas o de descripción general, marca los perfiles de los poderes otorgados al legislativo nacional; pero no intenta enumerar, con la precisión y el detalle de un código de leyes, las subdivisiones de tales poderes, ni especificar todos los medios por los cuales los mismos han de ser ejecutados” (Legal Tender Case, 1884, según cita de García de Enterría, *op. cit.*, p. 226).

⁹³ Boggiano, Antonio, *Por qué una teoría del derecho. Introducción a un derecho constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

encaminarla hacia el logro del bien común.⁹⁴ Bajo esta perspectiva, se privilegia en la interpretación y la práctica constitucional, aunque no de modo absoluto, el valor de la eficacia en el logro de los objetivos políticos y el adecuado funcionamiento del sistema de gobierno.

Esta dimensión de la Constitución abarca, entre muchos otros aspectos, la definición acerca de las formas de gobierno, la mejor manera de organizar los poderes públicos, las prerrogativas que se han de reconocer a los órganos de gobierno para el cumplimiento de sus fines y el modo de regular sus relaciones entre sí y con los ciudadanos.

E. *La Constitución es una carta de derechos fundamentales*

Bajo esta perspectiva, la Constitución es vista como medio de protección de la libertad individual y de los derechos de los ciudadanos tanto frente al poder público, como frente a los grupos sociales y los particulares. Según este significado, el fin último de toda Constitución es el de asegurar la libertad y dignidad humana, frente a los abusos, por demás frecuentes, del poder público.

Los antiguos pactos y cartas que otorgaban prerrogativas a los súbditos y ciudadanos, han sido vistas como antecedentes de las modernas constituciones, que también propenden a garantizar las libertades públicas.

La Constitución “no es un orden formal por el simple orden, sino un orden en servicio de la justicia y de la dignidad de los hombres y sólo partiendo de este supuesto puede llegar a ser rectamente comprendida y aplicada... el Tribunal constitucional comprende y aplica nuestra Constitución... como un orden de vida bueno y justo para el pueblo”.⁹⁵

La defensa y promoción de los derechos humanos, tanto en el orden nacional como internacional, expresa uno de los puntos centrales de la conciencia ético-jurídica contemporánea. La dignidad de la persona humana y las exigencias de justicia que de ella se derivan constituyen una fuente principal de inspiración de los ideales jurídicos y políticos hoy vigentes.

⁹⁴ Inicialmente la Constitución norteamericana de 1787, la más antigua entre las hasta hoy vigentes, respondía fundamentalmente a este significado. La prueba más clara de ello es que carecía en un principio de la declaración de derechos, luego incorporada a modo de enmienda, y sólo contenía lo referente a la organización del gobierno federal.

⁹⁵ Smend, R., “Festvortrag zur Feier des Zehnjährigen”, *Bestehens des Bundesverfassungsgerichts* am 26. Januar 1962, 342.

F. *La Constitución es instrumento de control del poder*

Como ya hemos dicho, las constituciones modernas pretenden encauzar el proceso político a través de un régimen jurídico que permita limitar el poder estatal y evitar la arbitrariedad.

Esta dimensión de la Constitución es la que destaca de modo particular Karl Loewenstein,⁹⁶ quien clasifica a las mismas en normativas, nominales o semánticas en la medida en que hayan alcanzado ese fin primario de toda Constitución.⁹⁷

La Constitución organiza un sistema de controles, tanto horizontales como verticales, para hacer efectiva la limitación del poder, ya que sólo “el poder es capaz de limitar al poder”.

G. *La Constitución como cauce del proceso político*

Desde esta perspectiva, la Constitución es vista como el medio, dotado de cierta elasticidad, que pretende encauzar el proceso político, haciendo que el mismo transite a través de sus prescripciones normativas.⁹⁸ Es el cauce a través del cual transita la vida social y política de un país. El dinamismo del proceso político hace que el texto constitucional sea, en cierto modo, recreado por sus operadores e intérpretes, para adecuarlo a las actuales exigencias prácticas y axiológicas de la vida social y política. Ello se traduce en el concepto de *living constitution*, formulado por algunos autores americanos.⁹⁹

Esta dimensión de la Constitución se relaciona con los conceptos de interpretación dinámica y mutación constitucional, en la medida en que es

⁹⁶ “El Estado organizado exige de manera imperativa que el ejercicio del poder político, tanto en interés de los detentadores como de los destinatarios del poder, sea restringido y limitado. Siendo la naturaleza humana como es, no es de esperar que dichas limitaciones actúen automáticamente, sino que deberán ser introducidas en el proceso del poder desde fuera. Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el constitucionalismo” (Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983., p. 29).

⁹⁷ Loewenstein, , *op. cit.*, p. 216

⁹⁸ “La Constitución es una estructura que permite e invita a la evolución de las ideas políticas y de las prácticas gubernamentales” (Carter, *op. cit.*, p. 40)

⁹⁹ “En el sistema americano, la jurisprudencia constitucional ha alcanzado a hacer de la Constitución una *living constitution*, un documento vivo y vigente, que cada generación reinterpretará en función de sus necesidades y de sus valores” (García de Enterría, *op. cit.* p. 202).

posible obtener a lo largo de la historia distintas lecturas e interpretaciones de un mismo texto constitucional, a la luz de las nuevas y distintas circunstancias y momentos por los que atraviesa el proceso político.

Este significado constitucional hace también referencia a las condiciones de legitimidad y amplitud de participación, que deben estar presentes en el proceso político en una democracia y que la Constitución está llamada a asegurar. “Una de las funciones básicas de la jurisdicción constitucional es la de mantener abierto el sistema, la de hacer posible su cambio permanente, el acceso al poder de las minorías frente a cualquier intento de cierre o congelación de la dominación existente por parte de las mayoría más o menos ocasionales”.¹⁰⁰

Todo este conjunto complejo de significaciones y funciones antes esbozado, están presentes en cada Constitución. Quien quiera estudiarla, interpretarla o utilizarla, deberá tenerlo en cuenta. Si intentásemos comprender a la Constitución, sólo desde algunas de sus dimensiones, olvidándonos del resto o prescindiendo de alguna de ellas, caeríamos en un reduccionismo, que desconocería su naturaleza compleja y desvirtuaría, por tanto, la realidad constitucional. Además, en la práctica nos sería difícil poder comprender en profundidad la actuación de la Corte Suprema en muchos de los fallos de nuestra historia constitucional.

2. La igual e inviolable dignidad de la persona humana y la legitimidad y alcances del procedimiento democrático

En una época histórica caracterizada por el multiculturalismo, el pluralismo político, los consensos superpuestos (*overlapping consensus*), el *pensiero débole* y la crisis de verdad propia de la posmodernidad, se torna imperioso analizar si los sistemas políticos y jurídicos de las modernas democracias constitucionales pueden descansar sobre algunas verdades sólidas que le sirvan de fundamento último y cuáles podrían ser ellas. La ciencia constitucional y la filosofía del derecho constitucional no pueden rehuir la acuciante y vital cuestión de hallar esas verdades, que han de tener un fundamento real y no ser expresión de meras conjeturas, ni de precarias reglas de juego artificiales, ni de consensos débiles y provisionales. Como alguien sostenía con gran lucidez, tenemos necesidad de raíces para poder sobrevivir y crecer. No nos alcanzan las meras opiniones, hemos de ir en búsqueda de las verdades reales.

¹⁰⁰ García de Enterría, *op. cit.*, p. 188.

Sostiene Karl Loewenstein que un sistema político está conformado por un conjunto de instituciones de gobierno que responden a una determinada ideología, a la que define como “un sistema cerrado de pensamientos y creencias que explican la actitud del hombre frente a la vida y su existencia en la sociedad y que propugnan una determinada forma de conducta y acción que corresponde a dichos pensamientos y creencias y que contribuye a realizarlos”.¹⁰¹

Aún sin compartir esa noción de ideología como base de un sistema político, es innegable que todo sistema político es tributario de una determinada cosmovisión, de una concepción del hombre y de la sociedad que subyace en las bases mismas de su diseño, organización y funcionamiento.

Analizaremos la interesante relación existente entre el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y el procedimiento democrático. Derechos humanos y democracia parecen ser dos realidades propias del Estado de Derecho Constitucional de nuestros días. Afirma Robert Alexy que “la teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia”.¹⁰²

En las modernas constituciones suelen distinguirse tradicionalmente dos partes: la denominada *dogmática* está destinada a establecer cuáles son las decisiones fundamentales que en cuanto a su organización política adopta un Estado y a explicitar los derechos fundamentales que se reconocen a sus habitantes y ciudadanos; y la llamada *orgánica*, cuya finalidad es diseñar los órganos de gobierno y fijar los procedimientos mediante los cuales ellos se constituirán y adoptarán sus decisiones.

La parte dogmática se relaciona más específicamente con el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y la segunda con la regulación del procedimiento democrático como principal fuente de legitimación para la conformación y actuación de los poderes públicos. Estos dos grandes principios están llamados a vertebrar las instituciones de las democracias constitucionales.

Cabría, entonces, preguntarse cuál es la relación que existe entre estos dos principios medulares de las actuales democracias constitucionales: la igual dignidad de la persona humana y la regla democrática mayoritaria

¹⁰¹ Loewenstein, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰² Alexy, Robert, “La institucionalización de la razón”, *Persona y Derecho*, vol. 43, 2000, p. 238.

para la adopción de las decisiones públicas. ¿Cuál de ellos tiene mayor jerarquía y capacidad de fundar al otro? ¿la igual dignidad fundamenta la regla de la mayoría o es ésta última la que define y establece a la primera?

La pregunta es crucial y definitiva. Estamos analizando el fundamento y punto de partida desde los cuales se edificará todo el sistema de las democracias constitucionales contemporáneas.

Hay autores, como Kelsen, que señalan que sólo el relativismo, la no afirmación de ninguna verdad como algo absoluto, definitivo y supremo, puede ser la base de las democracias constitucionales.¹⁰³ Otros autores como Habermas postulan que un fundamento exclusivamente procedimental a la democracia. Es a través de la discusión racional libre de dominio que se lleva a cabo en los espacios públicos como puede arribarse a establecer las reglas de funcionamiento válidas para la sociedad.

Por nuestra parte, sostenemos claramente que el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana es el que fundamenta, orienta y limita todo el proceso democrático.¹⁰⁴ La persona humana con su igual y eminente dignidad se sienta en la mesa de deliberación y negociaciones que caracteriza al sistema democrático no desde una posición débil y sumisa, sino desde una postura firme y exigente.¹⁰⁵

¹⁰³ “La concepción filosófica que presupone la democracia es el relativismo”, Kelsen, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, Biblioteca de iniciación cultural, Barcelona, 1934, p. 56.

¹⁰⁴ “Uno de los principios que han recibido una consagración más unánime en las constituciones promulgadas a lo largo del siglo XX es, sin duda, el principio de dignidad de la persona. En efecto, puede afirmarse sin ningún género de dudas que las constituciones occidentales contemporáneas son personalistas, si bien es cierto que el principio personalista no adopta en todas ellas idéntica vía de expresión. La práctica totalidad recurre al reconocimiento de derechos constitucionalmente tutelados, pero sólo algunas de ellas introducen cláusulas generales dirigidas al reconocimiento general del valor de la persona. Entre estas, una buena parte hace referencia explícita a la dignidad del ser humano. El preámbulo de la Constitución de Irlanda (1937) alude a la garantía de la dignidad como fin de la Constitución, y el art. 41 de la Constitución de Italia (1947) menciona la dignidad humana como límite de la libertad económica. Pero indudablemente fue la Ley Fundamental de Bonn (1949) el primer texto constitucional que consagró el principio de dignidad de la persona como principio general, en el frontispicio mismo de la norma constitucional: “La dignidad humana es intangible” (art. 1.1). A partir de ahí, la referencia a la dignidad como base del sistema axiológico constitucional figura en un buen número de textos constitucionales europeos” (Serna, Pedro, “La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el Derecho alemán. Una contribución al estudio de las consecuencias de la constitucionalización de conceptos éticos”, en *Interpretación constitucional*, t. 2, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 1081-1119.)

¹⁰⁵ El art. 1 de la Constitución de la República Federal de Alemania establece lo siguiente: “1. La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo

La dignidad de la persona humana y el reconocimiento de los derechos humanos que de ella se derivan son un presupuesto, un fundamento, una orientación y un claro límite a las decisiones que se adopten a través del consenso mayoritario en un sistema democrático. Es la dignidad humana la que fundamenta el necesario respeto que merece el consenso obtenido mediante los mecanismos de participación propios de una democracia y no el consenso democrático el que funda la dignidad de la persona humana y las exigencias de justicia que de ella se derivan. La democracia requiere de un patrimonio estable de verdades aceptadas que no se fundan únicamente sobre el consenso,¹⁰⁶ sino que lo preceden y lo hacen posible.¹⁰⁷ Si se niegan estas verdades fundamentales o la posibilidad de su conocimiento y determinación concreta, ello puede derivar, con frecuencia, en el intento de legitimación de alguna forma de violencia que se ejerce contra el hombre,¹⁰⁸ en la convalidación de alguna decisión arbitraria que una mayoría

poder público. 2. El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable.” Según afirma Benda, esta norma representa la proclamación de un valor absoluto, suprapositivo y preexistente a la propia Constitución, *Cfr.* E. Benda, “Dignidad humana y derechos fundamentales”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde (eds.), *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, p. 118. A su vez, el artículo 79.3 de la Constitución alemana establece que el art. 1 es una cláusula pétrea, no susceptible de ser modificada por el poder constituyente de reforma. Afirma su texto: “Es inadmisibles toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en Estados o al principio de la cooperación de los Estados en la legislación o a los *principios consagrados en los artículos 1o. y 20o.* La consagración de este principio de la dignidad de la persona humana como base y garantía pre-positiva de todo el sistema constitucional alemán ha sido reconocida expresamente por autores como Theodor Maunz y Günter Dürig, poco tiempo después de la sanción de la Constitución alemana, *Cfr.* Maunz, Theodor y Dürig, Günter, *Grundgesetz Loseblatt-Kommentar*, C.H: Beck, München, 1958.

¹⁰⁶ Esas verdades no sólo tienen un contenido procedimental (p. ej, exclusión de la violencia, no exclusión del debate, igualdad del voto y de las oportunidades de participación, etc.), sino también sustantivo: dignidad de la persona humana, respeto de sus derechos fundamentales, etcétera.

¹⁰⁷ El constitucionalista alemán Ernst-Wolfgang Böckenförde sostiene que el Estado Constitucional de Derecho vive de presupuestos que él mismo no puede garantizar. Véase, en el mismo sentido, Ratzinger, J., *Una mirada a Europa*, Madrid, 1993, p. 30.

¹⁰⁸ “Si no existe una verdad última, la cual guía y orienta la acción política, entonces las ideas y las convicciones humanas pueden ser instrumentalizadas fácilmente para fines de poder. Una democracia sin valores (o, lo que es igual, neutral respecto a cualquier valor) se

más fuerte logra imponer en un determinado momento a una minoría más débil. Pocas cosas existen más democráticas que el reconocimiento de un orden natural que impera y protege a todos por igual.¹⁰⁹ No todo es disponible política y jurídicamente: esto constituye un punto esencial de la doctrina de los derechos humanos, que se fundamenta en la igual e inviolable dignidad de cada ser humano. Ninguna mayoría podría someter a esclavitud a un grupo minoritario, ni ordenar su exterminio o desaparición, ni desconocer sus derechos esenciales.

La primacía de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y las consecuencias jurídicas fundamentales que de ella derivan, no pueden ser dejada de lado invocando el parecer mayoritario, el multiculturalismo, el derecho a la diferencia, el pluralismo político, el relativismo ético, etc., sin rebajar al hombre, hacer violencia sobre él, debilitar la convivencia social y fomentar el dominio del más poderoso, en sus muy diversos modos.¹¹⁰ Este principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana actúa como criterio para valorar y medir ética y jurídicamente las conductas y decisiones que adopte una autoridad.

convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto, como demuestra la historia”, Juan Pablo II, *Centesimus Annus*, núm. 46.

¹⁰⁹ “Todos los hombres, desde el más fuerte hasta el más débil, son iguales ante la fuerza irresistible de la ley moral. Más allá de las intenciones, a veces buenas y de las circunstancias, a veces difíciles, las autoridades civiles y los individuos particulares jamás están autorizados a violar los derechos fundamentales e inalienables de la persona humana. Por lo cual, sólo una moral que reconoce normas válidas siempre y para todos, sin ninguna excepción, puede garantizar el fundamento ético de la convivencia social, tanto nacional como internacional. Ninguna alianza entre democracia y relativismo ético o teórico puede justificar excepciones, privilegios o la negación implícita de la ley natural. Ni puede admitirse una separación radical entre verdad y política, ni afirmarse que la democracia sólo es compatible con el relativismo ni, menos aún, pretenderse la supremacía de la democracia sobre la verdad y la justicia, que podría reconocer tan sólo derechos *prima facie* graduales o progresivos. Los derechos y los valores no valen en virtud del consenso social, que, según la experiencia, puede cambiar en poco tiempo”, voto del Dr. Boggiano en el caso Videla, resuelto por la Corte Suprema argentina el día 21-VIII-03, *Fallos*, 326:2805 (2003).

¹¹⁰ Afirma en su Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “*Considerando* que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias,...

Esta primacía de los derechos humanos respecto del procedimiento democrático es sostenida por el garantismo propuesto por Luigi Ferrajoli. Los derechos humanos son, para este autor, universales,¹¹¹ inviolables e indisponibles tanto para las autoridades como para los particulares e incluso para sus propios titulares. Su reconocimiento positivo es fruto de las luchas por lograr el respeto efectivo de la igual e inviolable dignidad de la persona humana ante las amenazas de los poderosos que han pretendido o pretenden desconocer sus exigencias.¹¹² Gracias a la rigidez de las normas constitucionales, ellos actúan como límite jurídico de lo que puede decidir la mayoría, incluso la totalidad de los ciudadanos.¹¹³ Los derechos constitu-

¹¹¹ Sin embargo, cabe señalar que para Ferrajoli esta “universalidad” de los derechos fundamentales no es axiológica, en el sentido de constituir valores objetivos, racionales y autoevidentes; ni tampoco sociológica, es decir, como verdades universalmente compartidas: *Cfr. Principia Iuris, op. cit.*, vol. 2, p. 57 y ss. Se advierte claramente una diferencia entre la universalidad de los derechos humanos propuestas desde el iusnaturalismo y la sostenida por Ferrajoli quien se define a si mismo como no cognoscitivista y relativista racionalista.

¹¹² “Siempre, en la historia, cada conquista de derechos, cada progreso en la igualdad y en las garantías de la persona, han estado determinados por la revelación de una discriminación o de una opresión de sujetos débiles o distintos que se tornan, en cierto momento, intolerables. La persecución de los heréticos y la lucha por la libertad de conciencia al inicio de la edad moderna; la de los disidentes políticos y la batalla por la libertad de imprenta y de opinión; más tarde, la explotación del trabajo obrero y las luchas sociales por los derechos de los trabajadores; después —todavía— la opresión y las discriminaciones de la mujer y las batallas por su emancipación y liberación. Siempre, en cierto momento, el velo de ‘normalidad’ que ocultaba las opresiones de los sujetos débiles ha sido desgarrado por sus luchas y reivindicaciones” (Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho, op. cit.*, p. 179. En el mismo sentido, Ferrajoli, Luigi, “Jueces y política”, en *Derechos y Libertades*, núm. 7, 1999, p. 64.

¹¹³ Señala Ferrajoli que la Constitución es el derecho sobre el derecho, “la convención democrática en torno a lo que es indecible por cualquier mayoría, sea porque no puede ser decidido, sea porque no puede dejar de ser decidido”, Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho, op. cit.*, p. 167. En el mismo sentido: “La primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se deba decidir sobre todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría. Ninguna mayoría puede decidir la supresión (o no decidir la protección) de una minoría o de un solo ciudadano. En este aspecto el Estado de derecho, entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales, se contraponen al estado absoluto, sea autocrático o democrático. Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado. Sus reglas son sin duda las mejores para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, pero no bastan para legitimar cualquier decisión o no decisión. Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no

cionales de estar suficientemente protegidos por las garantías jurídicas adecuadas, que son las técnicas normativas de tutela de los derechos subjetivos, tanto los negativos de no lesión) como los positivos de prestación). Las garantías se clasifican en primarias o sustanciales y secundarias o jurisdiccionales. Las primarias son las obligaciones de hacer o no hacer establecidas jurídicamente para hacer efectivos los derechos, mientras que las secundarias son las obligaciones que tienen los órganos jurisdiccionales para declarar la ilicitud o invalidez de los actos lesivos de los derechos y garantías constitucionales. Es el respeto y vigencia afectiva de los derechos y garantías constitucionalmente reconocidas lo que transforma la democracia procedimental en democracia sustantiva. La democracia constitucional, como nuevo paradigma del derecho constitucional europeo de posguerra, es la democracia sustantiva que tutela y promueve la vigencia efectiva de los derechos humanos universales, inviolables e indisponibles. A la hora de la fundamentación de los derechos humanos, Ferrajoli señala “cuatro criterios axiológicos, todo ellos referidos al valor de la persona humana entendida como fin y nunca como medio...: igualdad, democracia, paz y ley del más débil”.¹¹⁴ Algo más profunda y consistente es la tesis de Robert Alexy que sostiene la necesidad de que los derechos humanos estén fundados en una “metafísica constructiva, racional y universal”.¹¹⁵ Para el profesor de Kiel, los derechos humanos son “derechos suprapositivos o morales. Una Constitución sólo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales”.¹¹⁶

Establecida la primacía ética y jurídica del principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana como base de los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales,¹¹⁷ se plantea el complejo y arduo problema de establecer en general y en particular cuáles son las exigencias que de él se derivan. Constituyentes, legisladores, jueces, funcionarios, doctrinarios

piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de esos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica”, Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 859.

¹¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 15.

¹¹⁵ Alexy, Robert, “¿Derechos Humanos sin metafísica?”, en *Ideas y Derecho*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Bs. As., 2008.

¹¹⁶ Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁷ En el mismo sentido, puede verse: Fernández Segado, Francisco, “La dignidad de la persona humana como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del derecho*, pp. 37-68.

y ciudadanos participarán en esa tarea guiados por esa luz poderosa aunque, por supuesto, no pueda asegurar la infalibilidad de las soluciones que se adopten.¹¹⁸ Serán los jueces quienes tendrán la palabra final en muchas de esas cuestiones al resolver los casos que se sometan a su jurisdicción. Cargarán, por tanto, con la trascendente responsabilidad de garantizar y hacer efectiva en última instancia esas exigencias, más allá del parecer mayoritario de los gobernantes y de la opinión pública. Actuando de esa manera, no violarán las reglas de la democracia, sino que asegurarán legítimamente sus principios y presupuestos.

El sostener este principio axial de todo el sistema político y jurídico, si bien no puede evitar en la práctica todos los abusos que se cometen contra la dignidad de la persona humana, actúa como ancla, como un faro, como fuente de inspiración y también como vía de retorno ante las decisiones erradas que se pueden cometer.

A la hora de diferenciar las teorías IUSPOSITIVISTAS de las IUSNATURALISTAS sostiene Rodolfo Vigo que para “las orientaciones iuspositivistas ‘todo’ lo jurídico es puesto por los hombres o una autoridad política o social; mientras que para el iusnaturalismo hay ‘algo’ jurídico que no es puesto sino reconocido por los hombres”.¹¹⁹ La postura que aquí venimos desarrollando adhiere claramente a la tesis central del iusnaturalismo. Una parte del derecho, el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales, tiene juridicidad propia, *per se vigore*, aún más allá de su efectivo reconocimiento jurídico. No es puesto por el hombre sino que le viene dado. Su fundamento no es la voluntad estatal ni el consenso social, sino la intrínseca, igual e inviolable dignidad de la persona humana. Ni el iuspositivismo¹²⁰ ni el consensualismo,¹²¹ son capaces de dar un fundamento sólido a los derechos humanos que las Constituciones y Tratados Internacionales

¹¹⁸ Dworkin califica a la dignidad humana como “una vaga pero poderosa idea”, *Los derechos en serio*, *op. cit.*

¹¹⁹ Vigo, Rodolfo, “Teoría distintiva ‘fuerte’ entre normas y principios”, cap. VI de su obra *Constitucionalización y judicialización del estado*, *op. cit.*, p. 118.

¹²⁰ Afirma Robert Spaemann que “los derechos humanos entendidos de modo positivista no son otra cosa que edictos de tolerancia revocables” (Spaemann, Robert, *Lo natural y lo racional*, Rialp, 1989, p. 90).

¹²¹ Por eso, no compartimos la afirmación de Norberto Bobbio quien ha señalado que la discusión sobre el fundamento de los derechos humanos se ha vuelto irrelevante una vez que dichos derechos han sido reconocidos por los Estados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

reconocen, positivizan y formalizan. Sólo el iusnaturalismo es capaz de hacerlo, como bien lo reconoce Eugenio Bulygin.¹²²

El proceso democrático es un procedimiento para adoptar decisiones políticas, facilitando la participación y el aporte de quienes son los destinatarios de ellas y que ordinariamente tienen distintas visiones e intereses que deben ser armonizados. No es un procedimiento para crear verdades o normas morales. Es un método de diálogo social que puede facilitar el hallazgo de las mejores soluciones prácticas, integrando las dimensiones morales y técnicas a la hora de resolver los complejos problemas que enfrenta en cada momento la comunidad política. Sin embargo, el proceso democrático no puede ser considerado como un mecanismo procedimental para construir artificial o convencionalmente las verdades morales que, precisamente, son anteriores, fundamentan, orientan y sirven de medida a las decisiones que se adopten.¹²³ La verdad moral es la que precede y ayuda a configurar la verdad política y no al revés. El consenso puede ser constituir una señal de la verdad de una afirmación moral pero no su fundamento.¹²⁴

El proceso deliberativo democrático, concebido como un procedimiento en el que ciudadanos de igual dignidad, con visiones e intereses contrapuestos y en condiciones equitativas debaten y adoptan decisiones racionales y razonables sobre las cuestiones comunes, es expresión de un altísimo grado de civilización política y jurídica. Encuadrado en sus justos términos, puede ser considerado como el mejor modo, como el ideal, para decidir y gestionar las cuestiones comunes, ya que refleja y acoge principio y valores tan importantes como la igual dignidad de la persona humana, su racionalidad, la capacidad de diálogo, el respeto al pluralismo y a la diferencia, etc. Podría afirmarse que este procedimiento participativo democrático en la adopción de las decisiones sobre los problemas comunes es el que mejor responde al principio de la igual dignidad de la persona humana.

Por otra parte, las exigencias de imparcialidad propias del procedimiento democrático no pueden ser invocadas para anular el debate sobre los

¹²² Este iusfilósofo argentino que adhiere claramente al positivismo jurídico, afirma que “si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles” (“Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, vol. 4, 1987, p. 84).

¹²³ Sostiene Arthur Kaufmann que el consenso puede llegar a ser “fuente de derecho justo” siempre que el derecho justo funcione “como límite del consenso”, (*La Filosofía del derecho en la posmodernidad, op. cit.*, p. 59).

¹²⁴ Señala Andrés Ollero que “el consenso es un mero síntoma racional de la verdad”, Ollero, Andrés, “Consenso ¿racionalidad o legitimación?”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 23, Granada, 1983-84, p. 181.

fundamentos y contenidos de las normas públicas morales, alegando la necesidad de una pretendida neutralidad ética en el ámbito político: siempre hay una concepción de la persona y de la comunidad política que subyace y predomina en la esfera de lo público. No se puede, por tanto, invocar una pretendida NEUTRALIDAD o pluralismo de lo público para intentar silenciar o privar de legitimidad a las verdades éticas naturales accesibles a la razón.¹²⁵

En su aspecto sustantivo y no sólo formal, la democracia es una forma de Estado en el que éste reconoce a sus habitantes y ciudadanos derechos civiles y políticos previos que no pueden ser desconocidos ni alterados en su contenido esencial, sino, por el contrario, garantizados y promovidos. Es esta finalidad la que hace especialmente valiosa y atractiva a la democracia, concebida como forma de Estado y no tan sólo como un sistema de gobierno. Curiosamente el derecho constitucional, la filosofía del derecho y la práctica del control de constitucionalidad han privilegiado en las últimas décadas la tutela y garantía de los derechos humanos por sobre el control de los procedimientos gubernamentales que había sido una de las finalidades iniciales del constitucionalismo. Es la defensa y promoción de los derechos humanos fundamentales el ideal que ha dado más vida y entusiasmo a la teoría y práctica de las democracias constitucionales, atraídas por el fascinante ideal de la dignidad de cada persona humana.

Ello ha sido posible gracias a la existencia de las constituciones y del desarrollo de los principios constitucionales. Podemos afirmar que la Constitu-

¹²⁵ “En la actualidad, el respeto de la libertad del individuo parece consistir esencialmente en que el Estado no decida sobre el contenido de la verdad. La verdad —también la verdad sobre el bien— no parece algo que no se pueda conocer comunitariamente. Es dudosa. El intento de imponer a todos lo que parece verdad a una parte de los ciudadanos se considera avasallar la conciencia... La magnitud imprescindible de conocimiento y verdad sobre el bien deberá tomarlo el Estado de fuera. Este ‘fuera’ podría ser —en el mejor de los casos— la pura evidencia de la razón, que sería cultivada y custodiada por una filosofía independiente. Sin embargo, en la práctica, no hay ninguna evidencia racional pura e independiente de la historia. La razón moral y metafísica sólo es eficaz en un contexto histórico, del que depende y al que simultáneamente excede. Todos los estados han reconocido y aplicado fácticamente la razón moral de las tradiciones religiosas anteriores a ellos, las cuales servían también a la educación moral. La apertura a la razón y el nivel de conocimiento del bien es muy diferente en las distintas religiones históricas, como también lo son las formas de coexistencia entre el estado y la religión. La fe cristiana sigue ofreciendo hoy día a la razón el sistema fundamental para conocer la moral, que desemboca en una cierta evidencia o constituye el fundamento de una moral razonable, y sin el que ninguna sociedad puede subsistir”, Ratzinger, Joseph, *Verdad, valores y poder*, op. cit., p. 84 y 104

ción tiene un cierto carácter contramayoritario en cuanto ella positiviza y reconoce los contenidos esenciales de los derechos de las personas que no podrán ser dejados sin efecto por las mayorías circunstanciales y fija también los procedimientos de creación normativa que deben ser necesariamente respetados por los poderes constituidos que representan esas mayorías.¹²⁶ Podríamos llegar a sostener que en la Constitución el componente “republicano” predomina sobre el “democrático”, ya que su finalidad principal es el control del ejercicio del poder político, su subordinación al derecho y la defensa de los derechos de las personas y de las minorías. Las normas constitucionales expresan las reglas comunes y permanentes de la convivencia política más que las decisiones mayoritarias circunstanciales. Establece aquellos puntos y aspectos no disponibles por la simple decisión mayoritaria. Como reconoce Alexy, la Constitución no determina todo el contenido del Derecho ordinario, pero excluye algunos contenidos y exige otros.

Una de las más importantes funciones que está llamada a cumplir una Constitución en un sistema político y una de las fuentes de su AUTORIDAD y legitimidad, es intentar asegurar, en la medida que ello sea posible, la creación de un derecho justo y razonable por parte de los poderes constituidos, incluidos los jueces. Para ello, positiviza y formaliza las principales exigencias de justicia que derivan de la particular e igual dignidad de la persona humana (reconocimiento de los derechos humanos), convirtiéndolas en la base material de la creación jurídica, y establece los procedimientos conforme a los cuales se elaborará todo el derecho infraconstitucional. La creación de esta instancia constitucional, diferente de la legislativa ordinaria a cargo de los poderes constituidos, ha modificado intensamente el proceso de creación normativa estatal y ha sido tal vez la mayor novedad que han conocido los ordenamientos jurídicos occidentales desde el Derecho Romano hasta nuestros días.

Por su parte, el procedimiento legislativo busca establecer el modo de llegar a los acuerdos mayoritarios de los representantes de los ciudadanos sobre cómo reglar, de modo más específico, la convivencia social, en un proceso caracterizado por el debate racional y la transparencia pública. La ley expresa las decisiones mayoritarias que se adoptan dentro del marco establecido por las normas y principios constitucionales.¹²⁷ El ámbito cons-

¹²⁶ John Locke afirma en su *Tratado del Gobierno Civil* que la primera y fundamental ley positiva de un Estado es el establecimiento de la potestad legislativa.

¹²⁷ El Tribunal Constitucional alemán ha desarrollado desde 1972 una interesante doctrina denominada *parlamentsvorbehalt* o reserva del Parlamento, aún más amplia que la simple reserva de ley. Ella establece que los principios democráticos y del Estado de Derecho obli-

titucional es el propio de los principios y derechos no disponibles mientras que el ámbito legislativo es el de lo que Dworkin a denominado *policies* o políticas, En sentido análogo, Ferrajoli distingue entre una legitimidad política representativa propia de las instituciones de gobierno que están circunscripta al ámbito de lo democrática decidible, de la legitimidad constitucional propia de las instituciones de garantías cuyo cometido es la protección de aquellos no decidibles por la mayoría, ni siquiera por la unanimidad.¹²⁸

La armonización entre los contenidos definidos constitucionalmente, los ámbito de la discrecionalidad legislativa y los alcances del control de constitucionalidad es uno de los más importantes desafíos que hoy tiene planteada la Filosofía del Derecho Constitucional. Tal vez la doctrina sobre el constitucionalismo moderado expuesta por Robert Alexy sea la propuesta más desarrollada y sistemática, aunque con algunas e importantes limitaciones, sobre el particular en el ámbito europeo continental y puede constituir un punto de partida para próximas elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales. Según Alexy:

Una buena Constitución tiene que combinar dos aspectos, debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco. Esto es posible, en primer lugar, la Constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir, establece un marco; si, en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea deja abiertos márgenes de acción; y en tercer lugar, si mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden y ser decididas por una Constitución.¹²⁹

A la hora de establecer en el ejercicio de la función de control de constitucionalidad cuáles son las cuestiones definidas constitucionalmente a través del reconocimiento de los derechos fundamentales entendidos como mandatos de optimización y cuáles son los ámbitos dejados a la discrecionalidad legislativa, Alexy formula tres reglas: la ley material de la ponderación, la ley epistémica de la ponderación y la ley de conexión.

gan a que sea el Parlamento quien, a través del procedimiento legislativo ordinario, adopte las decisiones importantes para la convivencia pública, tanto se refiere a los derechos constitucionales, como a la organización estatal o las prestaciones administrativas o cualquier otra decisión de relevancia para la comunidad.

¹²⁸ Ferrajoli, *Principia Iuris*, op. cit., vol. 1, p. 532 y ss.

¹²⁹ Alexy, *Epítologo de la teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 23.

La ley material de la ponderación regula los posibles conflictos que pueden darse entre los principios constitucionales y señala que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.¹³⁰ De acuerdo con esta ley, se pone de manifiesto cómo el peso de los principios no es determinable de ante mano o de modo absoluto, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos que deben ser medidos en las situaciones concretas.

Por su parte, la ley epistémica de la ponderación establece que “cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”.¹³¹

Por último, la ley de conexión establece que el principio formal de la competencia del legislador con legitimidad democrática no puede prevalecer sobre un principio iusfundamental material. Es decir, la simple invocación de la legitimidad democrática del poder legislativo no puede llevar a desplazar los contenidos de los derechos establecidos como principios en la Constitución.

Según Alexy, la articulación de estos principios equilibra adecuadamente en la práctica las competencias legislativas y la jurisdicción propia de los tribunales constitucionales y permiten “una incorporación exitosa de la jurisdicción constitucional en el proceso democrático”.¹³²

Describiendo esta propuesta de Alexy y en diálogo con este autor, sostiene Luis Cruz:¹³³

Los principios iusfundamentales, según la concepción de Alexy, ordenan que algo deba ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*, es decir, presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. Tanto la ley material de ponderación como la ley epistémica ponen de manifiesto cómo el orden constitucional de los valores no es un orden duro, completo y cerrado, que establece para cada caso concluyentemente un único resultado, sino más bien un orden blando, con prioridades *prima facie* que conducen a una estructuración de la argumentación apoyada en los principios (...). Si se constata que una intervención muy intensa en los derechos fundamentales no puede justificarse por ninguna razón sustancial, dicha intervención vulnera claramente el derecho fundamental.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 31

¹³¹ *Ibidem*, p. 55.

¹³² *Cfr.* Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y libertades*, vol. 8, 2000, p. 41.

¹³³ Cruz, ¿*Qué es el neoconstitucionalismo?*, *op. cit.*, p. 60.

Los principios iusfundamentales materiales y el principio de competencia del legislador, por tanto, no pueden contraponerse directamente en la balanza.¹³⁴ Gracias a la ley epistémica de ponderación y a la ley de conexión, los márgenes de acción cognitivos aparecen limitados y controlables, lo cual justifica la institucionalización de una jurisdicción constitucional. Sin embargo, con dicha institucionalización no se termina de solucionar el problema del control. Todavía se corre el peligro real de que el Tribunal Constitucional se deslice hacia un paternalismo judicial que podría dar como resultado la transición del Estado legislativo parlamentario a un Estado de potestad jurisdiccional del Tribunal Constitucional.¹³⁵ Para evitar este riesgo es necesario, a juicio de Alexy, “una incorporación exitosa de la jurisdicción constitucional en el proceso democrático”.¹³⁶ Esto supone que el Tribunal Constitucional se conciba como una instancia de reflexión del proceso político y que sea aceptada como tal. Para ello, no sólo debe exigir *negativamente* que el resultado del proceso político no contradiga los parámetros de los derechos fundamentales, sino que además debe fundamentar *positivamente* su exigencia de tal manera que los ciudadanos puedan aprobar racionalmente los argumentos del Tribunal.¹³⁷ Ahora bien, lo anterior no significa que los derechos fundamentales deban interpretarse de modo que protejan lo que *todos los ciudadanos* consideran tan importante como para que no pueda ser confiado a la mayoría parlamentaria. Lo que los ciudadanos consideran importante depende en última instancia de su “concepción moral”, es decir, de sus ideales, de sus representaciones del bien, de sus convicciones religiosas y de su concepción del mundo. Más bien, los derechos fundamentales deberán interpretarse de acuerdo con una “concepción moral pública”, que pone de manifiesto una representación común sobre las condiciones justas de cooperación social en un mundo marcado por el hecho del pluralismo.¹³⁸ Por tanto, lo que el Tribunal debe plantearse es “qué es aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de

¹³⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 61-62.

¹³⁵ *Cfr. Alexy*, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *op. cit.* p. 40.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 41.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ *Cfr. Alexy*, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *cit.*, p. 39. Alexy toma la expresión de Rawls, *El liberalismo político*, Doménech, A. (trad.), Crítica, Barcelona, 1996, p. 67 (Rawls, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993).

cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello”.¹³⁹ De esta forma, un Tribunal Constitucional que intente responder seriamente no pretenderá situar su concepción en contra de la del legislador, sino que aspirará más bien a configurarla como una *representación argumentativa* de los ciudadanos. Así, concluye Alexy, “[c]uando triunfa la representación argumentativa, triunfa la reconciliación”.¹⁴⁰ El constitucionalismo moderado propuesto por Alexy pretende situarse, de este modo, como una vía entre el Estado jurisdiccional y el Estado legislativo que se sitúa claramente del lado del primero, aunque intentando preservar los principios de la democracia formal. La Constitución ordena y prohíbe ciertas acciones mediante las normas iusfundamentales y los principios formales estableciendo así tanto un orden marco como un orden fundamental. A su vez, deja abiertos márgenes de acción, estructurales y epistémicos, confiando una cierta discrecionalidad al legislador para la concretización de los derechos fundamentales. Del mismo modo, la intervención de un Tribunal Constitucional, cuando constata una violación de los deberes y de la competencia por parte del legislador, no supone un desplazamiento inconstitucional de la competencia del Tribunal hacia el ámbito de la legislación. Esta intervención no sólo está permitida, sino también ordenada por la Constitución, en la medida en que ésta determina el marco de su acción. Por tanto, lo que está en discusión, a juicio de Alexy, no es si el Tribunal Constitucional tiene competencias en el ámbito de la legislación, sino su alcance: la defensa de un orden marco que establece simultáneamente un orden fundamental.¹⁴¹ De este modo, el modelo teórico-constitucional propuesto por Alexy logra una articulación, siempre en tensión, entre la legislación, la Constitución y el Tribunal Constitucional. A su juicio, la versión más ambiciosa de una teoría material de los derechos humanos o fundamentales sería una teoría que contuviera para cada caso una única solución correcta. Sin embargo, en un mundo marcado por el hecho del pluralismo, este intento está condenado al fracaso. Queda, por tanto, la sola posibilidad de un orden a través de relaciones concretas de prioridad, que expresen el peso relativo de los principios en determinados casos o grupos de casos. Por ello, no cabe esperar demasiado de una teoría material de los derechos fundamentales. Lo único que puede exigirse de

¹³⁹ Alexy, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 40.

¹⁴¹ *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 526-529.

ella es que estructure la argumentación iusfundamental de una manera materialmente aceptable en la mayor medida posible.

Esta postura de Alexy contiene elementos valiosos a la hora de iluminar la posición institucional y la labor jurisdiccional de los tribunales constitucionales en las democracias constitucionales, pero conlleva una limitación importante: debilita, en última instancia, la concepción fuerte de los derechos humanos, o al menos de parte de sus contenidos esenciales, como “vallas infranqueables” en la satisfacción de intereses colectivos. Si bien establece algunas protecciones a los derechos constitucionales entendidos como principios que contienen mandatos de optimización y prohibiciones e intenta armonizar esa protección con el reconocimiento de los ámbitos de discrecionalidad legislativa, ningún contenido de los derechos humanos tiene en su concepción un carácter absoluto, indisponible e inviolable, sino que todos ellos están sujetos a los criterios de la ponderación.

3. La Cratología constitucional: la visión del poder

Toda organización política requiere de un gobierno, de alguien que coordine y dirija las acciones comunitarias, fije el rumbo a seguir, solucione los inevitables problemas y conflictos de la vida social, hable y decida en nombre del grupo y recree permanentemente su unidad.

Todo gobierno requiere del poder, de esa energía espiritual que gracias a su superioridad asume el gobierno de la sociedad, mediante la continua creación del orden y del derecho, al decir de Maurice Hauriou.

La existencia de poder origina necesariamente la relación mando-obediencia que suele ser problemática para el principio de la igual dignidad de la persona humana. Por su parte, la experiencia histórica muestra con claridad y abundantes ejemplos los peligros y las consecuencias del abuso del poder. Esta actitud de prevención y desconfianza hacia el poder político es la que está en la base de todas las instituciones constitucionales. La cratología o reflexión acerca del poder político ha estado presente de modo expreso o implícito en las elaboraciones constitucionales y es uno de los temas de la agenda de la Filosofía del Derecho Constitucional. La postura que se tenga ante el poder político será semejante a la concepción favorable o desfavorable que se sostenga acerca del Estado y de la autoridad estatal.

La realidad del poder aparece a veces como algo temible y peligroso, capaz de amenazar esa igual e inviolable dignidad de la persona humana,

pilar de todo el orden político y jurídico. Como afirmara en su momento Montesquieu, ‘todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites’. En el mismo sentido, nos recuerda Lord Acton que “el poder tiende a corromper y el poder absoluto tiende a corromper absolutamente”. Incluso hay autores, como Loewenstein, que ponen de manifiesto un cierto componente “demoníaco” del poder.¹⁴² Ferrajoli pareciera suscribir todas estas legítimas prevenciones hacia el poder al desarrollar, como hemos visto, su doctrinas garantistas.¹⁴³

Otras escuelas filosóficas tienden a considerar fundamentalmente el poder como un instrumento de dominación y de alienación que es necesario desenmascarar, denunciar, desconstruir y, en algunos casos, hasta eliminar. Las teorías críticas, marxistas, feministas y deconstructivistas comparten en buena medida esta última visión. También expresan una postura de desconfianza hacia el poder, incluso hacia el poder constitucionalizado, las posturas, como la de Böckenforde, que señalan que la concepción de los derechos entendidos no tan sólo como garantías (dimensión subjetiva), sino como valores o mandatos de optimización (dimensión objetiva) pueden llevar a que los mismos sean invocados para ampliar el radio de acción de la autoridad estatal y no más bien para limitarlo, como fue la intención inicial del constitucionalismo liberal.

En base a todo lo anterior, podemos sostener que el poder político puede ser visto como un mal absoluto, como un mal necesario o como un bien necesario pero temible, por el peligro de su descontrol. Nos inclinamos por esta última postura. En ese sentido, el poder político sería en parte parecido a la energía atómica, una realidad positiva pero que requiere de necesarios y eficaces controles y previsiones para su uso adecuado,¹⁴⁴ de modo tal que ella no se descontrole ni se la utilice para fines no benéficos para la humanidad. Con esta finalidad ha surgido el derecho constitucional, que se propone juridizar, racionalizar, civilizar, controlar el proceso político, es decir, la lucha por la obtención del poder público y su ejercicio desde el gobierno.

¹⁴² Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., 28.

¹⁴³ “El poder —todos los poderes, sean públicos o privados— tienden en efecto, ineludiblemente a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho” Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, op. cit., p. 121.

¹⁴⁴ Afirma Alexander Hamilton en *El Federalista*: “Si los hombre fueran ángeles, ningún gobierno sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, no serían necesarios controles al gobierno, ni externos ni internos. Al organizar un gobierno que será administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad radica en que primero se debe permitir al gobierno controlar a los gobernados, y en segundo lugar, obligará a controlarse a sí mismo” (*El Federalista*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1974, p. 220.)

En este sentido el constitucionalismo, con su propuesta de un poder efectivo pero limitado, temporario, distribuido, controlado, equilibrado por contrapoderes institucionales y sociales y sujeto al derecho, representa, como hemos ya señalado, una de las mejores tradiciones que han surgido en Occidente a lo largo de toda su historia.

Este ejercicio del poder político limitado, sujeto al derecho y en el que está previsto la participación ciudadana es el más acorde con el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana, el único que se puede considerar hoy ética y jurídicamente legítimo.¹⁴⁵

4. *La distinción entre reglas y principios*

Desde el punto de vista de la lógica jurídica, uno de los desarrollos más significativos de la Filosofía del Derecho Constitucional de la segunda parte del siglo XX ha sido la distinción entre reglas y principios.¹⁴⁶ El sistema normativo dejó de ser un tejido integrado por elementos homogéneos, sino que comienza a distinguirse entre reglas y principios.¹⁴⁷ Esa distinción, ya señalada en los años posteriores a la segunda guerra mundial por

¹⁴⁵ Ha afirmado el Tribunal Constitucional alemán: “La dignidad de la persona exige que no se pueda disponer súbitamente de sus derechos por motivos de poder; el individuo no debe ser sólo objeto de la decisión jurisdiccional, sino que debe tener voz en una decisión que afecta a sus derechos, para poder influir en el procedimiento y en su resultado”, BVerfGE 9, 89 (95). Y también al ser humano le corresponde en la comunidad un derecho a ser considerado y respetado; por ello lesiona la dignidad humana reducirlo a mero objeto del Estado”, BVerfGE 50, 166 (175). Agradezco al Dr. Pedro Serna estas dos citas.

¹⁴⁶ En el mundo anglosajón tiene lugar a partir de 1965 la polémica entre Hart y Dworkin acerca de la relación entre Moral y Derecho en la determinación de la validez del Derecho y en su interpretación. Dworkin expone sus tesis en los seis primeros capítulos de su obra *Los derechos en serio*, *op. cit.*, que fueron contestadas por Hart en el *Poscriptum* de Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 238-276. Dworkin afirma que la intención de su obra es someter a severa crítica dos tesis de lo que él considera que es la teoría jurídica predominante en el mundo anglosajón. Según la primera de ellas “la verdad de las proposiciones legales consiste en hechos que hacen referencia a la reglas que has sido adoptadas por instituciones sociales específicas y en nada más”. De acuerdo a la segunda “el derecho y sus instituciones han de servir al bienestar general y a nada más”. Frente a esas dos tesis del positivismo, Dworkin va afirmar que el universo jurídico no sólo se compone de normas sino también de principios y que la obtención del bienestar general tiene como valla infranqueable el reconocimiento de los derechos personales que son previos a la creación por la legislación positiva. (véase, NORMA JURÍDICA)

¹⁴⁷ *Cfr.* Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 86 y 87.

Perelman¹⁴⁸ y Esser,¹⁴⁹ fue desarrollándose progresivamente y creciendo en importancia y ha adquirido una particular relevancia en el ámbito del derecho constitucional debido, especialmente, a que los derechos constitucionales pasaron a ser considerados como principios que contienen un mandato de optimización del constituyente hacia el legislador y a la juez.

Tal vez sea Robert Alexy uno de los autores que más contribuciones haya realizado en esta materia dentro del ámbito del derecho continental.¹⁵⁰ Para el profesor de Kiel “principios y valores son, por tanto, lo mismo contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso, bajo un aspecto axiológico”.¹⁵¹ Los principios, a diferencia de las reglas, pueden ser cumplidos en distintos grados de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas del contexto en el que son aplicados. El operador jurídico ha de procurar darle el máximo grado de cumplimiento posible, ya que los principios de mandatos de optimización que ordenan llegar al máximo posible. Por su parte, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o incumplidas. El operador jurídico está obligado a hacer lo que en ella se indica, ni más ni menos. Señala Zagrebelsky que la distinción entre principio y regla en análoga a la que existe entre Constitución y ley ordinaria. La norma Constitucional tiende a actuar más como principio y la ley ordinaria como regla.

Podemos señalar las siguientes características de los principios con una particular relevancia para el derecho constitucional:

- los principios expresan exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad;¹⁵²
- tiene *per se vigore*, juridicidad propia, intrínseca, radical y obligatoria derivadas de su contenido moral; están llamados a ser reconocidos pero no establecidos por las autoridades estatales;¹⁵³

¹⁴⁸ Cfr. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit.

¹⁴⁹ Cfr. Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 31

¹⁵⁰ Cfr. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., y “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, núm. 5, p. 139 y ss. Este autor ha postulado la existencia de teorías distintivas fuertes y débiles entre normas y principios. Desarrollando esta postura Rodolfo Vigo señala veintitrés diferencias que pueden establecerse entre las normas y principios Cfr. Vigo, “Teoría distintiva ‘fuerte’ entre normas y principios”, cap. VI de su obra *Constitucionalización y judicialización del estado*, op. cit.

¹⁵¹ Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, op. cit.

¹⁵² Dice Ronald Dworkin que los principios son “estándares que no son normas, y que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren 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”, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 72.

- tienen, al decir de Alexy, “forma jurídica pero contenido moral”;¹⁵⁴
- tienen fuerza normativa e integran junto con las reglas el orden jurídico. Por ello, pueden ser utilizados por los operadores jurídicos para decidir y justificar qué conducta concreta debe ser mandada, prohibida o permitida. Integran, por tanto, el sistema de fuentes del derecho, cuya formación ha dejado de estar en exclusivo en manos de las autoridades estatales como proponía el legalismo decimonónico;
- sus contenidos tienden a identificarse y expresarse a través de los derechos humanos reconocidos por las normas constitucionales e internacionales. Su ubicación normativa más común suele ser el texto constitucional;
- no tienen la estructura hipotética propia de las reglas (si se dan tales hechos concretos se deben verificar de modo perentorio y definitivo ciertas consecuencias excluyendo cualquier otra mejor solución), sino que son mandatos de optimización que están llamados a ser satisfechos del mejor modo, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y normativas disponibles;¹⁵⁵
- su utilización no se rige por la rígida subsunción de los hechos del caso en la regla general, sino en la ponderación, en el balance y armonización de los distintos principios que pueden resultar aplicables al caso, de acuerdo con su peso o importancia relativa;
- tienen una función explicatoria y justificatoria de las reglas, por lo que estas últimas les suelen estar subordinadas. La validez de las reglas se basa en los principios o en otras reglas.

¹⁵³ Señala Nino que “los principios a los que Dworkin se refiere son, como él mismo lo dice explícitamente, principios morales y es precisamente una característica de los principios morales el que ellos no son reconocidos o aceptados pro el hecho de derivar se una fuente fáctica social... Cuando un estándar es reconocido como un principio moral, su sanción a través de cierto procedimiento no es considerado relevante para su validez”, *La validez del derecho*, Astrea, Bs.As, 1985, p. 153.

¹⁵⁴ Cfr. Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵⁵ Señala Peczenik que “si alguien está en una situación regulada por una regla, sólo tiene dos posibilidades, obedecer la regla en cuestión o desobedecerla... Un principio valorativo por el contrario, establece un ideal que puede realizarse en un cierto grado, mayor o menor”, Peczenik, A., “Dimensiones morales del derecho”, *Doxa*, núm. 8, 1990, p. 92.

El “redescubrimiento” de los principios como parte integrante del ordenamiento jurídico ha transformado fuertemente su definición, su textura y el modo en que él puede ser operado por los distintos agentes jurídicos, especialmente por el juez constitucional. Ha sido de una especial importancia para el cambio de paradigma iuspositivista al neconstitucionalista o metapositivismo.

5. *De la interpretación a la argumentación jurídica*

El concepto y el término *interpretar* originariamente hacen referencia al sentido de una realidad y más específicamente a un texto o documento (religioso, literario, legal, etcétera) cuyo contenido tiene que ser comprendido, aclarado o precisado (véase, INTERPRETACIÓN DEL DERECHO, INTERPRETACION CONSTITUCIONAL). Si bien ese concepto estaba ya presente en el Derecho Romano, el desarrollo de la teoría y práctica de la exégesis se desarrolló fundamentalmente en Occidente en función de la interpretación de los textos bíblicos, portadores de la revelación divina y, por tanto, de unas verdades definitivas y completas cuyo sentido más profundo tenía que ser develado por la razón humana.¹⁵⁶

El legalismo europeo moderno intentó de algún modo “sacralizar” la ley, como expresión de la razón y de la voluntad general. Por eso, introdujo en el mundo jurídico conceptos y términos propios inicialmente de la Teología. Los términos *exégesis*, la *hermenéutica* y la *dogmática jurídica* son, en parte, tributarias de este intento.

La concepción legalista que pretendía reducir a los jueces a meros reproductores de la ley predomina en Europa a lo largo de las ocho primeras décadas de siglo XIX, alcanzado su cenit con la escuela de exégesis francesa y la *jurisprudencia de conceptos* alemana receptora de las elaboraciones exegeticas de Savigny. El derecho es un sistema cerrado de normas que tiene que ser analizado y operado racional y lógicamente. La interpretación gramatical, lógica, histórica y sistemática de los textos jurídicos, son los

¹⁵⁶ En este punto vale la pena traer a colación las distintas posturas de la Iglesia Católica y del protestantismo acerca de la Revelación y la exégesis. Las confesiones protestantes se inician bajo el principio de “sola Scriptura”, el texto bíblico es la única fuente de la Revelación divina: los libros canónicos de la Biblia como “la única regla y norma según la cual todas las doctrinas y maestros deben ser juzgados”. La enseñanza católica reconoce que tanto la Sagrada Escritura como la tradición vida de la Iglesia son fuentes de la Revelación y ellas son interpretadas auténticamente por el Magisterio eclesiástico.

principales criterios hermenéuticos que deben utilizar quienes operan con ellos.

Rudolf von Ihering, con su obra *El fin del derecho* publicada en 1883, realizará un significativo aporte para superar el “paradigma legalista” a ultranza. El derecho ya no es sólo visto como un sistema cerrado de normas, sino como un instrumento que el legislador utiliza para alcanzar determinados fines y valores. Surge, por tanto, el criterio teleológico como principal método de interpretación y el juez pasa a ser un realizador más activo de las finalidades definidas por el legislador. La jurisprudencia de concepto se transforma en *jurisprudencia de intereses*.

En las primeras décadas del siglo XX surge y predomina el modelo del positivismo kelseniano que con su “intento purificador” del derecho, lo reduce a una estructura lógico formal normativa y se desentiende de los procesos interpretativos. Como hemos visto, la interpretación es, según esta concepción, un mero acto de voluntad sólo condicionado por el previo designio del Constituyente y del legislador. Al no admitirse la racionalidad práctica, la sentencia se convierte en un acto de mero arbitrio judicial.

Tras la segunda guerra mundial el modelo legalista se derrumba en Europa. Hay notables modificaciones en el ordenamiento jurídico, en la ciencia del derecho y, gradualmente, en la práctica judicial, particularmente de los tribunales constitucionales. El derecho no se reduce ya más a la ley, se reconoce el carácter normativo de la Constitución como norma suprallegal portadora de una estructura de valores, surgen y se desarrollan los principios jurídicos, los jueces asumen un rol mucho más activo en la interpretación y aplicación del derecho. En materia de interpretación jurídica, entre las muchas novedades, cabe mencionar el surgimiento de la concepción problemática y tópica del derecho, cuyo exponente inicial en Alemania es Theodor Viehweg.¹⁵⁷ La finalidad de la actividad judicial no es el mero apego a la ley ni a los fines del legislador, sino la obtención de soluciones razonables y fundadas a los problemas que se le plantean al juez. El proceso se convierte en un discurso o debate argumentativo¹⁵⁸ donde se exponen razones de muy variado tipo.¹⁵⁹ La tarea argumentativa predomina sobre

¹⁵⁷ Cfr. Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, op. cit.

¹⁵⁸ Así fue reconocido expresamente por el tribunal constitucional alemán en 1990: Cfr. B VerfGE 82, 30. Agradecemos esta referencia a José David Botteri.

¹⁵⁹ Como dice el Tribunal Constitucional Federal alemán, “la decisión del juez debe basarse en argumentos racionales”, libre de toda arbitrariedad (“Der Richter muß sich dabei

la exégesis, por lo que al decir de Alexy “interpretar” pasa a ser sinónimo de “argumentar”.¹⁶⁰ Se pasa así a una *jurisprudencia de principios y de argumentos*, que por último desemboca en *hermenéutica jurídica*.¹⁶¹ El sistema jurídico, cada vez más complejo y variado, ofrece a través de la diversidad de sus elementos componentes, una multitud de posibles lecturas, una amplia posibilidad de conexiones significativas entre ellos, lo que unido a las diversas precomprensiones de los operadores jurídicos multiplica casi al infinito las posibles interpretaciones que son posibles realizar en el universo jurídico.¹⁶² Todo esto provoca una disminución notable de la vinculación y obligatoriedad de los textos legales por parte del intérprete jurídico, premisa de la que había partido el legalismo a comienzos del siglo XIX. El derecho, en particular los principios y valores constitucionales, en las manos se los jueces y demás operadores jurídicos se vuelve mucho más dúctil, al decir de Zagrebelsky,¹⁶³ no sólo se trata de justificar la decisión en el derecho, sino de justificar el propio derecho, su contenido y obligatoriedad. Esto pasa a ser el nuevo paradigma hermenéutico, el nuevo contenido de la tarea del intérprete. La ponderación judicial es el modo de resolver los aparentes conflictos de derechos, entre legítimos intereses públicos y privados, entre normas y exigencias prácticas. Vemos, por tanto, el notable cambio que ha experimentado el contenido del término interpretación jurídica en el contexto europeo y, en particular, en Alemania.

Uno de los autores que más ha desarrollado y sistematizado este nuevo paradigma de la interpretación jurídica, es, sin lugar a dudas, Robert Alexy con su teoría discursiva dialógica racional.¹⁶⁴ Según ella, el discurso jurídico es un supuesto especial del discurso ético-práctico general, que tiene como pretensión alcanzar la corrección jurídica, es decir, el dar respuesta racio-

von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen” - BVerfGE, 34, 269 (287), “Soraya-Entscheidung”, del 14 de febrero de 1973-).

¹⁶⁰ Cfr. Alexy, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, *op. cit.*

¹⁶¹ Cfr. Serna, Pedro (ed.), *De la argumentación jurídica a la Hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Comares, Granada, 2003; Kaufmann, Arthur, “Concepción hermenéutica del método jurídico”, *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996, p. 12.

¹⁶² Aarnio se anima a redefinir el concepto de fuentes del derecho como “toda razón que puede ser usada como base justificatoria de la interpretación” (Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 123).

¹⁶³ Cfr. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, *op. cit.*

¹⁶⁴ Cfr., entre otras, las siguientes obras: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; *Teoría del discurso y derechos humanos*, *op. cit.*; “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *op. cit.* Para profundizar en el pensamiento de este autor remitimos a Vigo, Rodolfo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, *op. cit.*, a quien seguimos en este punto.

nal y fundada a los problemas sobre lo correcto y lo incorrecto, sobre lo justo y lo injusto, para luego imponer la decisión adoptada de modo coactivo e institucional. Para el profesor de Kiel, es posible establecer criterios procedimentales racionales que rijan esa práctica discursiva jurídica, que están propuestas en lo que él denomina “código de la razón práctica” que regula lo que debería ser una discusión argumentativa racional ideal con pretensión de alcanzar la corrección jurídica.¹⁶⁵ Estas reglas del discurso ideal hay que confrontarlo con la práctica real de los operadores jurídicos. El discurso jurídico tiene exigencias propias, como lo son la sujeción a la ley, el tener en cuenta los precedentes, las contribuciones de la ciencia jurídica y las reglas procesales. La actuación del operador jurídico está sometida a las reglas y principios, con las distinciones que entre ellos hemos establecido en el tercer apartado, en base al cual se formulan los distintos argumentos que fundan sus pretensiones y/o decisiones.

En lo que se refiere a la delimitación de los derechos fundamentales en un caso concreto, para Alexy, esta cuestión está regida por la pauta de su optimización. Los derechos tienen que realizarse en la mayor medida posible, teniendo en cuenta tanto las posibilidades fácticas como jurídicas. Para el examen de las posibilidades fácticas hay que tener en cuenta la existencia de otros cursos de acción alternativos al establecido por el legislador. Si la limitación de un derecho fundamental establecida por la ley no es necesaria o imprescindible para alcanzar los objetivos perseguidos por el legislador o si hay otros medios alternativos aptos para alcanzarlos que limitan en menor medida ese derecho, la regulación legislativa debe ser desplazada a favor de la protección del derecho fundamental. Por su parte, en la determinación de las posibilidades jurídicas hay que tener en cuenta la existen-

¹⁶⁵ Sostiene Rodolfo Vigo que si bien la teoría del discurso de Robert Alexy contenía elementos estrictamente procedimentales, posteriormente su autor fue incorporando contenidos sustanciales. Así Alexy sostiene que “los seres humanos, tal y como existen realmente están en principio, en disposición de distinguir las buenas de las malas razones a favor de los enunciados sustantivos. La teoría del discurso asume, pues que los participantes poseen en principio una capacidad suficiente de juicio” (Alexy, Robert, “Ley fundamental y teoría del discurso”, en Cardinaux, Clericó y D’auria, *Las razones de la producción del derecho*, Facultad de Derecho, UBA, Bs. As., 2006, p. 22). También sostiene este autor que “libertad e igualdad de las personas, y neutralidad y objetividad de los argumentos son los elementos fundamentales de la teoría discursiva de la justicia” (Alexy, Robert, “Justicia como corrección”, *Doxa*, vol. 26, 2003, p. 161). Su visión sobre el carácter moral de los derechos humanos y la necesidad de su fundamentación metafísica que hemos expuesto en el apartado segundo de esta sección, van en la misma dirección.

cia de otras reglas y principios que también están vinculadas con el caso a resolver. Todo ello hace que la delimitación de un derecho constitucional, entendido como un mandato de optimización, sea algo mucho más complejo que la mera subsunción de un caso en una regla. Se requiere acudir a un proceso de ponderación racional. El juez, como decisor final, tendrá que ponderar el peso de cada principio en la resolución del caso concreto sometido a su jurisdicción, guiados por las pautas racionales que le proporciona el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad *strictu sensu*, y las pautas de la ponderación material y epistémica que hemos expuesto en el apartado segundo de esta tercera sección de nuestro trabajo donde remitimos.

Todas estas elaboraciones alexyanas constituyen un intento para regular y encuadrar la actividad del juez constitucional en el modelo institucional de las democracias constitucionales de nuestros días.

V. CONCLUSIONES

En base a lo que hemos desarrollado en los tres primeros apartados de este trabajo, podemos extraer las tres siguientes conclusiones finales:

Desde la segunda guerra mundial hasta nuestros días se ha dado una profunda transformación en los ordenamientos jurídicos europeos y se ido desarrollando una nueva etapa del constitucionalismo continental caracterizada por el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho.

Esta nueva etapa, que muchos han dado en llamar neoconstitucionalismo, está caracterizada por el importante desarrollo de la dimensión jurídica del fenómeno constitucional, lo que ha ocasionado la creciente juridización, constitucionalización y judicialización de la vida social y política de los estados europeos.

Desde el punto de vista teórico, el surgimiento del neoconstitucionalismo ha provocado el debilitamiento, el desplazamiento y la superación del positivismo jurídico normativista como teoría dominante en el escenario europeo y su reemplazo por las doctrinas afines al neoconstitucionalista, con un rematerialización del fenómeno constitucional y nuevos modelos conceptuales para describir y operar el derecho. Ello no implica necesariamente la adopción plena de las tesis iusnaturalistas pero sí el abandono de las posturas positivas más extremas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases*, Editorial Plus Ultra, 1994.
- ALEXY, Robert, “¿Derechos Humanos sin metafísica?”, en *Ideas y Derecho*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Bs. As., 2008.
- _____, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 22, 2002.
- _____, “Justicia como corrección”, *Doxa*, vol. 26, 2003.
- _____, “La institucionalización de la razón”, *Persona y Derecho*, vol. 43, 2000.
- _____, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y libertades*, vol. 8, 2000.
- _____, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, *Doxa*, núm. 26, 2003.
- _____, “Ley fundamental y teoría del discurso”, en Cardinaux, Clericó y D’auria, *Las razones de la producción del derecho*, Facultad de Derecho, UBA, Bs. As., 2006.
- _____, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- _____, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- ALTERIO, Ana Micaela, “El ius-constitucionalismo de Luigi Ferrajoli desde una mirada política”, ponencia presentada al Ier Encuentro de Jóvenes investigadores de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: neoconstitucionalismos en tiempos de postdemocracia, Universitat de València 25-IV-12.
- ARAGÓN REYES, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo, *Jueces y Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 2004.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Ed. Barcelona, Ariel, 2001.
- ATRIA, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 27, 2004.
- BACHOFF, Otto, *Jueces y constitución*, Taurus, Madrid.
- BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.

- BOBBIO, Norberto, “Hacia una teoría funcional del derecho”, en *Derecho, Filosofía y Lenguaje*, Astrea, Bs. As., 1976.
- _____, “La teoría pura del derecho y sus críticas”, traducción publicada en Ruiz Miguel, Alfonso, *Contribución a la teoría del derecho de Norberto Bobbio*, Fernández Torres Editor, Valencia, 1980.
- BÖCKENFÖRDE, E.W., “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en Böckenförde, E.W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- BONGGIOVANNI, Giorgio, *Costituzionalismo e teoría del Diritto*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, Mayo-Agosto 1986
- CARTER, Lief, *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Abeledo Perrot, 1992.
- COMANUCCI, Paolo, “Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico”, *Isonomía*, vol. 16, 2002.
- COUTURE, Eduardo, J., en el prefacio a la obra de Goldschmidt, James, *Problemi generali del diritto*, Padova, 1950.
- CRUZ, Luis, *¿Qué es el neoconstitucionalismo?*, Comares, Granada, 2001.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.
- _____, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La dignidad de la persona humana como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del derecho*.
- FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, “El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y sus divergencia de la realidad, en Ibáñez, Andrés, *Corrupción y estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta.
- _____, “Garantías”, en *Jueces para la democracia*, núm. 38, Madrid, 2000.
- _____, “Jueces y política”, en *Derechos y Libertades*, núm. 7, 1999.
- _____, “Principia Iuris. Una discusión teórica”, *Doxa*, núm. 31, 2008.
- _____, *El garantismo y la filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- _____, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

- _____, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, vols. 1 y 2.
- FINNIS, John, *Absolutos morales*, Eiusa, Barcelona, 1993.
- _____, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998
- _____, *Ley Natural y derechos naturales*, Bs.As., Abeledo-Perrot, 2000.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, donde remitimos. Además, la entrada CONSTITUCIÓN.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Ed. Civitas, 1985.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, “Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional,” en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 10, 2008.
- GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”, en *Estudios de teoría constitucional*, México, IJ-UNAM, Fontamara, 2001.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- HASSEMER, Winfried, “Derecho natural en el derecho constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003
- HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Ariel, p. 27.
- KAUFMANN, Arthur, “Concepción hermenéutica del método jurídico”, *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- _____, *La Filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1992
- KELSEN, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, Biblioteca de iniciación cultural, Barcelona, 1934.
- _____, *Teoría Pura del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 1981.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 2001.
- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, 1994.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983.
- _____, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Euisa, Pamplona, 1970.
- NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Bs. As., Astrea, 1992.
- OLLERO, Andrés, “Consenso ¿racionalidad o legitimación?”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 23, Granada, 1983-1984.

- _____, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979.
- PÉREZ LUÑO, Alfonso, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1991.
- PISARELLO, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011.
- PORTINARO, Pier Paolo, “Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Liugi Ferrajoli”, *Doxa*, núm. 31, 2008.
- POZZOLO, Suzana, *Neoconstitucionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giapichelli, 2001.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.
- _____, voz “Neoconstitucionalismo” en Miguel Carbonell (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, Porrúa y UNAM, 2005.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., Ed. Depalma, 1987.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Bs. As., Siglo XXI, 2011.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- SANTIAGO, Alfonso, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Marcial Pons, Bs. As., 2010.
- SERNA, Pedro (ed.), *De la argumentación jurídica a la Hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Comares, Granada, 2003
- SERNA, Pedro, “La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el Derecho alemán. Una contribución al estudio de las consecuencias de la constitucionalización de conceptos éticos”, en *Interpretación constitucional*, t. 2, México, Porrúa-UNAM, 2005.
- SPAEMANN, Robert, *Lo natural y lo racional*, Rialp, 1989.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964.
- VIGO, Rodolfo L., *Constitucionalización y judicialización del estado. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

- _____, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis)*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “Dos tradiciones de derechos: derechos de libertad y derechos de justicia”, en *Derechos y Libertades*, núm. 2, año 1, 1993-1994.
- _____, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, 2009.