

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús estableties per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>



TESIS DOCTORAL

LA CARGA INVERTIDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO PRINCIPIOS Y COMO GARANTIAS

Diálogos entre los modelos de interpretación
colombiano, español e italiano

FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO

Prof. Dr. D. Joan Lluís Pérez Francesch
DIRECTOR

Abraham Zamir Bechara Llanos
DOCTORANDO

Bellaterra, Barcelona 2019



Requisito académico para la obtención del título de:

DOCTOR EN DERECHO

**DEPARTAMENTO DE
CIENCIA POLITICA Y DERECHO PÚBLICO
UNIDAD DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**LINEA DE INVESTIGACIÓN: Teoría del Estado, la
Constitución. Estado social y democrático de derecho
en el ámbito europeo**

**GRUPO DE INVESTIGACIÓN: "Libertad, seguridad y
transformaciones del Estado" PICEC (Política, Institució
i Corrupció en l'època contemporània)**

Bellaterra, Barcelona 2019

**A Lina Isabel y Rosalina
Estrella de mi vida / Amor a una sonrisa
Respuesta a todas mis preguntas / Vida en amor**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I.....	23
FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DE LA TEORIA CONSTITUCIONAL DE: LUIGI FERRAJOLI Y ROBERT ALEXY.....	23
1. Planteamiento	23
1.1. Principios y garantías: la fórmula del Estado constitucional.....	25
1.2. La teoria del garantismo constitucional de Luigi Ferrajoli.....	33
1.3. «El paradigma del Estado constitucional» en Luigi Ferrajoli	41
1.4 Ferrajoli y los derechos fundamentales como «ley del más débil».....	44
1.5. La relación derechos y garantías en el derecho del más débil.....	49
1.6. La triádica material del garantismo: derechos fundamentales, garantismo penal constitucional y derechos de libertad	53
1.7. La teoria del constitucionalismo de Robert Alexy: tesis de fundamentación.....	67
1.8. Conexidad necesaria: derechos fundamentales y teoria de principios....	75
1.9. La interpretación constitucional especial: Alexy y los cánones de interpretación en el uso de precedentes	81
1.10. Estado constitucional y «corrección de los derechos»: las normas fundamentales en la interpretación judicial	91
1.11. Conexidad teórica y complementariedad práctica en Alexy y Ferrajoli: reglas, principios, procedimientos y técnicas de garantía	96
1.12. Reflexiones finales.....	103
CAPITULO II	105
CONSTITUCIONALISMO INTERPRETATIVO: LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL	105
2. Planteamiento	105
2.1. La interpretación de la constitución en España: una concepción construida en el estado constitucional.....	106

2.2. La interpretación de los derechos como justificación del sistema jurídico español.....	116
2.3. La interpretación del <<constitucionalismo de los derechos>>	121
2.4. Interpretación de los derechos fundamentales en el tribunal constitucional y el poder judicial de España	125
2.5. Propuestas para una teoría de la interpretación de los derechos fundamentales en España.....	137
2.6. Reflexiones finales	152
CAPITULO III.....	153
LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS EN ITALIA: METAINTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....153	
3. Planteamiento	153
3.1. La interpretación constitucional en italia: cultura interpretativa de los derechos fundamentales.....	155
3.2. La interpretación constitucional como especificidad dentro de la teoría general de la interpretación legal italiana	163
3.3. La interpretación del constitucionalismo italiano como superación a las incompatibilidades normativas fundamentales	173
3.4. Tribunal constitucional y poder judicial italiano en la interpretación de los derechos: premisas normativas decisionales	185
3.5. Interpretación neoconstitucionalista de los derechos: el sistema jurídico italiano como génesis del debate global	189
3.6. La noción amplia de la metainterpretación de los derechos fundamentales	191
3.7. Reflexiones finales.....	193
CAPITULO IV	195
EL MODELO INTERPRETATIVO DE LAS NORMAS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO: LA INTERPRETACIÓN JERARQUIZADA.....195	
4. Planteamiento	195

4.1. La interpretacion en el sistema juridico colombiano: entre la dualidad interpretativa y el formalismo interpretativo	197
4.2. La interpretación constitucional como gestación de la teoria de los derechos fundamentales en Colombia	207
4.3. Corte constitucional colombiana y jurisdicción ordinaria: decisionismo interpretativo reglado	217
4.4. Insuficiencias de los modelos de interpretación en Colombia	224
4.5. El problema de los precedentes en la interpretación constitucional: <<la jurisprudencia jerarquizada>>.....	231
4.6. <<La jurisprudencia de principios>>: metodología de la interpretación jurisprudencial en Colombia	234
4.7. Reflexiones finales.....	239
CAPITULO. V.....	241
DIALOGO COMPARATIVO EN LOS MODELOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA, ESPAÑA E ITALIA: EL DEBATE DE LAS GARANTÍAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	
241	
5. Planteamiento	241
5.1. Panorama comparado del constitucionalismo como metateoria del derecho constitucional: el escenario teorico en España, Italia y Colombia	243
5.2. Diálogos jurisdiccionales en la garantía secundaria de protección de las normas iusfundamentales: marco España, Colombia e Italia.....	264
5.3. La interpretación supraestatal de los derechos fundamentales	269
5.4. Tribunal de justicia de la unión europea: un sistema juridico para la integración y unidad normativa	275
5.5. Tribunal europeo de derechos humanos: europa como sistema juridico supraestatal de principios y garantias	282
5.6. Corte interamericana de derechos humanos: metainterpretacion constitucional latinoamericana.....	292
5.7. Condicionamientos y alcances interpretativos internacionales de los derechos fundamentales: <<interpretación constitucional global>>	299
5.8. Reflexiones finales.....	302

CAPITULO. VI	303
TEORIA DE LA CARGA INVERTIDA DE LOS DERECHOS	
FUNDAMENTALES: EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO UNIÓN	
ENTRE PRINCIPIOS Y GARANTÍAS.....	
6. Planteamiento	303
6.1. La carga invertida de los derechos fundamentales: escenarios de concreción del garantismo y el constitucionalismo	305
6.2. La carga invertida de los derechos fundamentales como fenómeno jurídico-político constitucional en el sistema jurídico colombiano	311
6.3. La carga de la argumentación jurídica como precedente: de la carga de la argumentación a la carga de la interpretación	339
6.4. La carga de la argumentación de alexy en la corte constitucional de colombia	344
6.5. Casos y decisiones: demostración empírica de la carga invertida de los derechos en colombia	360
6.6. La carga invertida de los derechos en las garantías primarias de protección: desarrollo legislativo de los derechos.....	388
6.7. El esquema práctico de la carga invertida de los derechos fundamentales: modelo de adjudicación judicial.....	391
6.8. REFLEXIONES FINALES.....	395
7. CONCLUSIONES	397
REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍCAS.....	405

Agradecimientos

En primer lugar agradezco a Dios por su guía, templanza y perseverancia, por darme las fuerzas y poder presentar a la luz esta investigación. A mi Director el Prof. Dr. Joan Lluís Pérez Francesch por su tutela, generosidad académica y sobre todo, por acogerme como su pupilo sin interés alguno, que darme su guía en el camino de construcción de la presente Tesis Doctoral. Gratitud siempre por su serenidad y alegría de grandeza humana. Siempre las expectativas positivas nos rodearon en las estancias en Barcelona, en el Instituto de Ciencias Políticas y Sociales ICPS consorcio entre la UAB y la Diputación de Barcelona, además de las jornadas de trabajo, en la discusión y construcción de las hipótesis centrales que determinan este trabajo, en la *Universidad Autónoma de Barcelona*, sin su apoyo no hubiesen sido tan enriquecedoras las cuales acortaban los miles de kilómetros que me separaban al otro lado del Atlántico de mi natal Cartagena de Indias.

Al Prof. Dr. Jose Juan Moreso por acogerme en su grupo de investigación de *filosofía del derecho* en la *Universidad Pompeu Fabra de Barcelona*, y expresarme sus perspectivas de las hipótesis y postulados teóricos que abordaron el debate iusfilosófico al interior de la presente investigación doctoral. Sus recibimientos fueron un aliciente de grandeza académica y humana. Agradezco igualmente a Lorena Ramírez Ludeña, profesora de *Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra*, por el primer recibimiento para la preparación del seminario al interior del grupo de la *UPF*. Igualmente agradezco a la Dra. Viridiana Molinares Hassan, por propiciar el espacio de gestación de esta tesis doctoral.

A mi Padre y mi Madre por su apoyo constante en la esperanza de culminar mis estudios de Doctorado. A mi Hermana con la que por tantas horas conversamos en cómo podría ser el día cuando terminara el trabajo de la tesis. A mi Abuela Carmen y a mi Tía Vivian, siempre por sus rostros de

alegría y hábitat de tranquilidad para la creación y construcción de este documento. A mi Tío Carlos Hernán quien en los momentos más complejos de la etapa doctoral me brindo su mano. A mi Tío Pedro Hernán, quien a vísperas de una noche de bodas me convenció en repensar el final de la tesis para una mejor culminación. A mi Abuelo Hernán, a mi Abuela Mirian y a mi Tía Mirian Helena. Gracias siempre por sus oraciones. Agradezco a un gran colega el cual es más como un hermano mayor, que siempre me alentó a seguir y creer en un mejor mañana Jimmy Perez Solano. Gratitud de vida a Karina de la Rosa, colega que vislumbro siempre mi estadía en Barcelona. A Ernesto De la Espriella amigo de vida que junto con Nina, hicieron de mis días en tierra Catalana los mejores. Como no agradecer a Beatriz mi cuñada por su visita en la estancia de 2017, la alegría siempre nos acompañó.

Finalmente agradezco a mi Esposa Rosalina por su compañía y amor como muestra de su apoyo en la construcción de este trabajo doctoral, agradezco a Lina Isabel por la generosidad de ser mi hija, y darme la fuerza fundamental por la que todos los días despertó con la idea, de ser el mejor Padre que ella pueda tener.

Abreviaturas

CCC	Corte Constitucional de Colombia
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CN	Constitución Nacional
CE	Constitución Española
CI	Constitución Italiana
COIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CODE	Consejo de Estado
DF	Derechos Fundamentales
DSF	Derechos Súper Fundamentales
ECO	Estado Constitucional
EDE	Estado de Derecho
JC	Justicia Constitucional
JSNC	Justicia Supra Nacional
JDP	Jurisprudencia de Principios
LFDB	Ley Fundamental de Bonn
LF	Ley Fundamental
LP	Libertades Públicas
ND	Norma de Derecho Fundamental
PRI	Principio
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TCE	Tribunal Constitucional Español
TCI	Tribunal Constitucional Italiano
TCFA	Tribunal Constitucional Federal de Alemania
SJC	Sistema de Justicia Constitucional

Índice de Graficas

Grafica 1	<i>Esquema triádico del garantismo Ferrajoliano</i>	p. 36
Grafica 2	<i>Constitucionalismo Alexyano - Constitucionalismo Ferrajoliano</i>	p. 69
Grafica 3	<i>Tipos de argumentos en los canones de la interpretación de Alexy</i>	p. 87
Grafica 4	<i>Grafica de la estructuración triple de los precedentes</i>	p. 88
Grafica 5	<i>Falla sistémica de garantía funcional de los derechos</i>	p. 321
Grafica 6	<i>Paradigma dominante en la teoria del derecho</i>	p. 325
Grafica 7	<i>Casos trágicos</i>	p. 325
Grafica 8	<i>Sub-falla de la no esencialidad de los derechos</i>	p. 328
Grafica 9	<i>Sub-falla del núcleo de generalidad de los principios constitucionales</i>	p. 328
Grafica 10	<i>Sub-falla la no superación de la fundamentalidad judicial de la norma de principio</i>	p. 328
Grafica 11	<i>Formula lógica de la carga de la argumentación</i>	p. 340
Grafica 12	<i>Escenarios de gestación de la carga de la argumentación</i>	p. 341
Grafica 13	<i>Esquema de la regla de la carga de la argumentación</i>	p. 344
Grafica 14	<i>Dificultades de la teoria judicial de los precedentes</i>	p. 348
Grafica 15	<i>Esquema del sistema complejo de la carga de la argumentación jurídica.</i>	p. 350
Grafica 16	<i>La carga de la argumentación jurídica en la Corte Constitucional de Colombia-Esquema primario</i>	p. 354
Grafica 17	<i>La carga de la argumentación jurídica en la Corte Constitucional de Colombia-Esquema secundario</i>	p. 355
Grafica 18	<i>Dicotomía practica entre Constitución-Ley y Derechos</i>	p. 395

INTRODUCCIÓN

Nuestra tesis doctoral presenta una lectura de la realidad judicial de los derechos fundamentales, en los sistemas jurídicos contemporáneos. Específicamente en los sistemas de justicia constitucional de Colombia, España e Italia. Frente a los principales problemas para su aplicación y concreción, lo cual evidencia como una de las tesis principales de nuestra investigación, la necesidad de abordar la realización de los derechos fundamentales desde la óptica del poder jurisdiccional, en una fase integral la cual comprende la interpretación y la argumentación de los derechos.

¿Porque lo llamamos carga invertida de los derechos fundamentales?, es un *fenómeno jurídico* que se presenta fundamentalmente en dos escenarios teóricos, el primero de ellos en la materialización del *garantismo secundario* de Luigi FERRAJOLI y en segundo momento en la teoría de los derechos fundamentales de Robert ALEXY, particularmente en su modelo de adjudicación del derecho.

En este orden conceptual, la realización del trabajo doctoral se nutre gracias a un estudio doctrinal sobre los planteamientos, postulados, tesis, argumentos y razonamientos centrales, entorno a la discusión del constitucionalismo del Estado constitucional desde una perspectiva y desarrollo, por parte de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, desde la materialización secundaria de las garantías de los derechos constitucionales y disposiciones iusfundamentales.

Así, el primer capítulo se orienta en estudiar con una metodología analítica en clave de teoría constitucional, los aportes que han construido a lo largo de los lustros de producción académica y científica de los referentes teóricos italiano y alemán. Sobre este tópico en particular, lo especial de nuestra investigación, la cual cobra un gran tinte de novedad, es como luego de analizar las tesis fundantes de la teoría constitucional de FERRAJOLI y ALEXY, logramos establecer una *conexidad conceptual* y una

complementariedad práctica para construir, lo que denominados *carga invertida de los derechos fundamentales*. La carga invertida de los derechos fundamentales se da en la conexidad en FERRAJOLI y ALEXY, de la visión constitucional que tienen ambos autores del sistema jurídico.

FERRAJOLI plantea en sí, que los sistemas jurídicos como Estados constitucionales están comprendidos desde su ámbito normativo, por reglas, principios y técnicas de garantías. Dejando las reglas en una jerarquía material superior a la jerarquía axiológica de los principios, siempre estableciendo normas institucionales para la aplicación de las primeras, la orientación de estas normas en la mayoría de las ocasiones puede tener una orientación procesal y jurisdiccional.

ALEXY por su parte, ve el sistema jurídico como un sistema constitucional de tres niveles, donde normativamente convergen entre sí, los principios, las reglas y los procedimientos. Donde los principios tendrán siempre una jerarquía axiológica y material superior al de las reglas. Lo trascendental es este punto, no es realmente el debate entre principios y reglas, el cual lleva más de cinco décadas en el debate global en torno a la discusión frente a la ciencia jurídica.

Lo trascendental está en demostrar que tanto los principios y las reglas necesitan los unos de los otros, para convivir en términos de Estado de derecho, y su debate refleja desde la filosofía del derecho la aceptación o negación jerárquica de los dos tipos de normas, no ofreciendo “la formula normativa” para construir la noción material del Estado constitucional.

La respuesta va a estar, tanto en el valor jurídico como en el valor democrático de las normas, que llevan el establecimiento del Estado constitucional contemporáneo en función de la realización de los derechos. Configurando la fórmula del Estado constitucional en la unión de *principios y garantías*. Esta formulación supera el debate entre reglas y principios, y responde a la ceración del modelo integral de adjudicación los derechos

fundamentales en tiempos de constitucionalismo y democracia constitucional.

Los capítulos consagrados del 2 al 4, se centran especialmente en el análisis jurisprudencial de los tres Tribunales Constitucionales elegidos para dicho estudio; como formulación empírica para probar nuestra tesis principal. La Corte Constitucional Colombiana, el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Italiano.

Para este fin estudiaremos en los capítulos: *segundo, tercero y cuarto*. Los desarrollos establecidos por el Tribunal Constitucional Español, el Tribunal Constitucional Italiano y la Corte Constitucional Colombiana. Para ello, miraremos la forma en cómo se da la materialización constitucional de los derechos fundamentales, en lo que denominamos como su *fase de garantía* y su *fase judicial de protección*, fases complementarias entre el constitucionalismo y el garantismo.

Inicialmente hemos elegidos los tres sistemas constitucionales representados además en las tradiciones jurídicas y constitucionales de España, Italia y Colombia, su elección se justifica por las influencias de los Tribunales Constitucionales español e italiano, en cuanto a la doctrina constitucional aplicada por la Corte Constitucional de Colombia, recepciones que han permeado en el sistema jurídico colombiano.

En este orden conceptual, establecimos un dialogo entre los modelos español e italiano y los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana, evidenciando en esta medida que en Colombia el garantismo secundario cobra una mayor fuerza, que los garantismos secundarios de protección judicial en el contexto europeo de aplicación, en representación de los contextos constitucionales de los derechos fundamentales en España e Italia.

Nuestra justificación central se orienta en el papel que ejercen los derechos fundamentales, en la determinación del alcance material del

Estado constitucional y democrático de derecho; máxime si uno de sus postulados centrales se da en la judicabilidad de los derechos, siendo evidente que la positivización por sí sola, no basta para la consecución plena de la efectividad de las normas fundamentales.

Este *fenómeno jurídico* en Colombia en cuanto a la jurisdicción constitucional en particular, origina que la carga de protección de los derechos fundamentales se invierta desde las garantías secundarias, en cabeza del poder judicial y estas se convierten subsidiariamente en garantías primarias o de primer nivel, esto se debe principalmente no porque exista un activismo judicial pleno o desbordado, o lo que ha sido denominado en la literatura europea como *gobierno de los jueces*.

La carga invertida de protección de los derechos, se da cuando concurre un garantismo constitucional judicial, reforzado por las garantías materiales y procesales de las normas y disposiciones de derecho fundamental, el cual ayuda a resolver los problemas de interpretación de las normas constitucionales para la superación de *la fase interpretativa* o abstracta de los derechos, logrando finalmente una concurrencia en la materialización real y efectiva de los derechos fundamentales.

La superación de la fase interpretativa de los derechos fundamentales se configura, gracias a la consagración de las garantías y es en este postulado específico, donde cobra una relevancia la construcción doctrinal de Luigi FERRAJOLI en su teoría del *garantismo* dentro del *paradigma del Estado constitucional*.

FERRAJOLI plantea que existen dos tipos de garantías a las que él llama *garantías primarias* o de primer orden, y *garantías secundarias* o de segundo nivel. Donde indica que el desconocimiento de las garantías de los derechos fundamentales dentro de disposiciones iusfundamentales de superior jerarquía, configuraría no solo una falta de reconocimiento material de las mismos, por medio de cualquier acción de amparo o de

tutela, lo que generaría una positivización formal sin alcances en el escenario de las garantías como técnicas e instituciones de protección de los derechos, en términos del garantismo la misma Constitución o cuerpo normativo fundamental debe ser protegida en las instituciones democráticas de garantía estatal.

Como segundo escenario de fundamentación de la carga invertida de los derechos fundamentales, tomamos los aportes y desarrollos teóricos de Robert ALEXY, en particular su *tesis de la injusticia legal* como crítica a la propuesta del *legalismo* frente a los desarrollos del *constitucionalismo* y su concepción del modelo de sistema jurídico formado por *reglas, principios y procedimientos*, lo que ALEXY denomina como *sistema jurídico de tres niveles*.

Esta fundamentación conceptual, construye la posibilidad de establecer una *conexidad teórica* en el modelo de las garantías formales y materiales. Donde *la Carga invertida* se da sobre las normas de derechos fundamentales como base del constitucionalismo, desde la teoría estructural de los derechos, y su protección establecida en virtud de las garantías secundarias presentes en el garantismo. Lo que evidencia finalmente en una complementariedad práctica entre el garantismo de FERRAJOLI y el constitucionalismo de tres niveles de ALEXY.

En este orden teórico-conceptual nuestra tesis de *la carga invertida* se configura en dos planos teóricos: (i). *En un primer plano* los derechos fundamentales de los ciudadanos dentro del *constitucionalismo* como superación del *legalismo*, y un (ii) *segundo plano* por el reconocimiento de las *garantías primarias* en el desarrollo de políticas públicas tendientes a la promoción, socialización y abierta participación de la concreción de las disposiciones iusfundamentales complementadas en las garantías secundarias de protección en los sistemas jurídicos donde faltaren las primeras.

La operacionalización y puesta en marcha de las garantías primarias inicia tanto en la rama ejecutiva del poder público, como en el *desarrollo legislativo de los derechos* por parte del Congreso de la Republica, como superación del *paradigma legalista* del Estado de derecho liberal y de tradición decimonónica, lo que conlleva a que el tópico de las garantías tanto primarias como secundarias de los derechos fundamentales, siempre estén inmersas en la triada del ejecutivo, legislativo y judicial.

En este orden de argumentos, la falta de realización de los derechos fundamentales en el escenario de las garantías constitucionales, lleva en cuanto a su recepción y aplicación en el sistema jurídico y la cultura constitucional colombiana, la pregunta por la consolidación del Estado constitucional, lo cual en sí misma es una inquietud que trae múltiples debates y cuestionamientos al interior del funcionamiento de la Constitución, las garantías y los derechos.

Formulando al interior del sistema constitucional, el interrogante por los *límites competenciales del legislador*, y los *márgenes de acción* para el juez constitucional supremo en Colombia como lo es la Corte Constitucional.

El problema se presenta puntualmente, cuando el juez no logra la concretización de los derechos fundamentales como normas abstractas en su fase positiva, y en las Constituciones del Estado constitucional este problema de interpretación se acentúa cada vez más en la actividad judicial, precisamente porque las normas constitucionales no pueden ser vistas y estudiadas por fuera de los contextos históricos de sus creaciones, o alejadas de los escenarios culturales de gestación normativa y de deliberación popular.

Generándose como respuesta en los márgenes judiciales de los derechos, frente a la interpretación de sus normas, que el juez constitucional no pueda generar un modelo de adjudicación por fuera del

margen de dicho contexto cultural y social donde nacen los derechos y las libertades.

Esta función de gestación normativa de los derechos, va de la mano con *La función concretizadora de los derechos*, respondiendo en términos de justicia material y de constitucionalización efectiva, a una exigibilidad de garantías procedimentales para la judicabilidad de los derechos, reclamando *metodologías jurisprudenciales* al interior de la jurisdicción constitucional liderada por la doctrina constitucional que emana de la labor de la Corte Constitucional y de su recepción en la actividad judicial, de operadores jurídicos, administradores de justicia, abogados, litigantes, profesores, investigadores y todos los participantes de la actividad del derecho y la ciencia jurídica en Colombia.

La respuesta como resultado de la relación entre la función de gestación normativa y la función concretizadora de los derechos fundamentales, posiciona un respeto al pluralismo político y jurídico como principio y como garantía, reflejado del escenario democrático a la misma decisión judicial como escenario jurídico.

En ese sentido, es vital para la consecución de las dos fases de los derechos, la mediación efectiva de la jurisdicción constitucional colombiana, frente a escenarios ya resueltos en el constitucionalismo europeo, donde la jurisdicción constitucional tiene una fuerza política canalizada en servicio de los ciudadanos y destinarios de las normas fundamentales, propendiendo por un postulado rector que nace en el Estado constitucional, en la relación directa con el destinario de la norma a través de lo que denominamos como una democracia-judicial de participación.

En el entendido del Estado constitucional, integrado en la teoría del constitucionalismo, su papel protagónico se da en la construcción de una *teoría jurídica del Estado constitucional*, la cual no renuncia en sentar las bases de su teoría política, no se queda en exclusiva en determinar los

cimientos para el establecimiento de *la democracia constitucional* en el ejercicio dinámico y controlado del poder constituyente, estableciendo los límites en la aplicación de los derechos fundamentales en la actividad jurisdiccional, como uno de los aspectos más relevantes del constitucionalismo como teoría y práctica del Estado constitucional, llevando consigo a una contingencia en la aplicación de los poderes del legislativo y ejecutivo.

Como escenario epistemológico de nuestra investigación doctoral, estudiaremos la doctrina constitucional y la filosofía jurídica que emana de los derechos fundamentales como unión de principios y garantías, lo cual propone realmente una perspectiva nueva y diferente, contra mayoritaria y de ruptura, de los trabajos hegemónicos al respecto. Nuestro estudio no se aborda desde los criterios clásicos de distinción entre las normas tipo regla y las normas tipo principio, inicialmente presentamos algunas conceptualizaciones al respecto, más como orientación y contexto centrándonos en construir las tesis, desde la perspectiva de las propuestas normativas del garantismo y del constitucionalismo de principios.

La perspectiva que defendemos a lo largo del trabajo, se centra en estudiar el garantismo constitucional desde sus garantías secundarias, para establecer los hallazgos particulares de concreción y conexidad, con el constitucionalismo judicial de corte interpretativo-argumentativo en lo que denominamos como la fórmula del Estado constitucional en una primera *fase epistemológica*.

En una *segunda fase* epistemológica, realizaremos la exploración jurisprudencial en los tres Tribunales Constitucionales identificando las garantías en el desarrollo de derechos fundamentales, como normas de principios, como normas de garantías, y como normas de un mismo sistema jurídico.

Finalmente en una *tercera fase*, estableceremos las relaciones entre la doctrina constitucional y el derecho judicial de los precedentes en estos tres Tribunales (español, italiano y colombiano), para articular las dos visiones conceptuales y de materialización doctrina-jurisprudencia, con relación a la concretización de nuestra propuesta teórica: *la carga invertida de los derechos fundamentales*, como un fenómeno jurídico que se gesta particularmente en la cultura jurídica colombiana, representado como un ejemplo concreto de generación auténtica de teoría constitucional en un contexto judicial *sui generis* como el contexto colombiano.

En este plano de razones, el interés por el desarrollo de la investigación se fundamenta, en que el tema de estudio se adecua a una problemática abordada desde su fundación en perspectiva del constitucionalismo europeo, tal como se presenta en nuestra hipótesis nuclear como elementos y postulados, originados en las jurisdicciones constitucionales de la Europa continental, generando un impacto en la influencia que han ejercido los modelos de interpretación constitucional desde la doctrina contemporánea en la Europa de posguerra, y sus construcciones particulares en los modelos de España e Italia.

Uno de los aspectos fundamentales por los que nos centramos en el modelo europeo, es precisamente gracias a los desarrollos jurisprudenciales de sus Tribunales Constitucionales como proceso de expansión conceptual por todo el marco comunitario, en la conformación de un *constitucionalismo judicial fuerte*, el cual genera una relación necesaria con el garantismo, como espacio teórico nacido en Europa, pero que hoy mucho más reclama nuevas reconstrucciones desde escenarios latinoamericanos como lo es Colombia en cuanto a sistema jurídico en gestación y formación.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE: LUIGI FERRAJOLI Y ROBERT ALEXY

1. Planteamiento

El constitucionalismo contemporáneo desde el sistema jurídico de tradición continental o romano germánico consolidado en la Europa de la segunda posguerra, en la actualidad se nutre por un vasto debate entre dos de las teorías más influyentes no solo en el contexto europeo, sino en la tradición jurídica latinoamericana. Nos referimos a las teorías constitucionales y de los derechos fundamentales de Luigi FERRAJOLI y Robert ALEXY.

En este primer capítulo, mostraremos los fundamentos epistemológicos de una y otra teoría, especialmente desde los desarrollos eminentemente constitucionales, sin excluir el análisis desde la teoría política y la filosofía del derecho como elementos transversales, a todo nuestro desarrollo y construcción argumentativa.

Algunos tópicos que por su profundidad conceptual y abordaje teórico, sea necesaria la discusión y reflexión en clave de teoría política y de filosofía del derecho resultará totalmente necesaria para tratar los postulados fundamentales, en los que gran parte de la literatura jurídica contemporánea se centra, en determinar si el constitucionalismo debe ser desprendido de la defensa garantista de la Constitución o si bien, como aquí lo proponemos deben verse garantismo y constitucionalismo, como elementos integrados desde lo conceptual y complementarios en las prácticas de las dos teorías.

Los tópicos fundamentales que hemos identificados, sirven de sustento y soporte teórico, a lo que desarrollaremos en nuestro capítulo final (6º capítulo), y el cual toma por nombre de *la carga invertida de los derechos fundamentales*, que incluye nuestro título en esta tesis doctoral que se

presenta a consideración de la academia tanto de la teoría del derecho constitucional y del mundo jurídico de la filosofía del derecho.

Los acápite que desarrollaremos, y los cuales le dan el cuerpo discursivo a este primer capítulo son los siguientes: (i). principios y garantías: la fórmula del estado constitucional. (ii). la teoría del garantismo constitucional de Luigi Ferrajoli. (iii). el paradigma del estado constitucional en Luigi Ferrajoli (iv). Ferrajoli y los derechos fundamentales como ley del más débil. (v). la relación derechos y garantías en el derecho del más débil. (vi). la triádica material del garantismo: derechos fundamentales, garantismo penal constitucional y derechos de libertad. (vii). la teoría del constitucionalismo de Robert Alexy: tesis de fundamentación. (viii). conexidad necesaria: derechos fundamentales y teoría de principios.

(ix). La interpretación constitucional especial: Alexy y los cánones de interpretación en el uso de precedentes. (x). Estado constitucional y corrección de los derechos: las normas fundamentales en la interpretación judicial. (xi). Conexidad teórica y complementariedad práctica en Alexy y Ferrajoli: reglas, principios, procedimientos y técnicas de garantía.

1.1. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS: LA FÓRMULA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

En el constitucionalismo de posguerra¹ han surgido múltiples debates entorno a la idea de protección de *los derechos y las libertades*² fundamentales, y de los escenarios de fundamentación a la estructura³ de

¹ El constitucionalismo de posguerra es aquel que se construye en la Europa occidental, después de la segunda guerra mundial, con el establecimiento de las primeras constituciones democráticas europeas. La Constitución Italiana de 1947, y la Constitución Alemana, o Ley Fundamental de Bonn de 1949. Dichas Constituciones empezaron a gestar el concepto del Estado constitucional en tiempos de constitucionalismo, donde la primacía de los Derechos Fundamentales cobraba una especial relación, frente a los ciudadanos y el poder del Estado hacia el ejercicio de las Libertades Fundamentales. En este sentido, un concepto amplio del Estado constitucional es el que propone Peter HÄBERLE (2001): <<El Estado constitucional es, respectivamente, una suma parcial de filosofías políticas, textos de los clásicos, programas de partidos políticos, saber derivado de la experiencia, incluso de las “heridas”, de numerosas generaciones, así como de utopías concretas; es también una suma parcial de procesos revolucionarios y evolutivos>>. (p.45). HÄBERLE, P. (2001). *El Estado constitucional. Estudio introductorio*. Diego VALADÉS. Traducción. Héctor FIX-FIERRO. Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de Mexico. Serie doctrina jurídica. Núm.47. Mexico.

² Sobre el concepto de Libertad en perspectiva histórica y su relación con el constitucionalismo, es importante destacar el trabajo de PÉREZ FRANCESCH: <<La libertad política es la que se establece entre cada uno de los ciudadanos y de los grupos en que se integra y las instituciones políticas establecidas. Aquí el principio liberal se manifiesta en la idea que el poder político es malo por naturaleza mientras que la vida social es el ámbito de la libertad. Una libertad sin embargo, que no es la libertad natural, sin normas y reglas sino precisamente con éstas. La libertad política es, en consecuencia, la libertad constitucional>>. (p. 230). PÉREZ FRANCESCH, J. (2003). *Lord acton y la historia de la libertad*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm. 121 .Julio-Septiembre. pp. 223-231.

³ Sobre la estructura normativa de los derechos fundamentales, resulta importante la propuesta de Martin BOROWSKI. Dentro de sus estudios sobre la estructura de los derechos fundamentales se destaca, la interpretación de las disposiciones iusfundamentales a partir de su estructura, generando una perspectiva novedosa que pretende superar los criterios clásicos de interpretación de los derechos fundamentales, si las normas son interpretadas estructuralmente como reglas su valoración interpretativa será más restrictiva, y aplicada a la lógica de las reglas, y al igual si la norma estructuralmente si interpreta como principios, la labor más extensiva en quien interpreta la norma ser aplicada la lógica de principios: <<la interpretación de una norma también puede llevarse a cabo desde la perspectiva de su estructura. Las propiedades estructurales de una norma pueden ser comprendidas como las

las normas de derecho fundamental. Discusiones que han sido planteadas desde los planos metateóricos, teóricos, filosóficos, dogmáticos, disciplinares y finalmente concretos, desde la materialidad misma de las disposiciones iusfundamentales.

En lo que hoy conocemos como constitucionalismo⁴, dichas disputas han cobrado un papel preponderante entre teóricos que defienden el concepto de derechos fundamentales, más hacia la reivindicación de un *derecho de los derechos*⁵ fundamentales en el Estado constitucional, o de un constitucionalismo de los derechos⁶, o bien como normas estructuralmente vistas desde la óptica de las reglas⁷, condicionadas a unos estándares

modalidades de una norma». (p.107). BOROWSKI, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. N. 25. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

⁴ El constitucionalismo puede ser definido como un escenario de discusión teórico en torno a los principales postulados, tesis, corrientes e ideológicas que comprenden el concepto y materialización de la Constitución y de sus normas fundamentales, en ámbitos de aplicación o exclusivamente orientados a la fundamentación y justificación iusfilosófica. Se destacan algunos trabajos al respecto: PRIETO SANCHÍS, L. (1997). *Constitucionalismo y positivismo*. Fontamara. D.F. Mexico. POZZOLO, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 21. pp. 339-353. Comanducci, P. (2002). *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. Isonomia. N. 16. pp. 89-112. POZZOLO, S. (2008). *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*. Materiali per una storia della cultura giuridica. vol. 38. no 2, pp. 405-418.

⁵ La expresión *El derecho de los derechos*, es entendida como la conceptualización teórica que pone en la primacía del debate jurídico contemporáneo, a los derechos fundamentales. dicha noción ha sido desarrollada por el profesor colombiano, Carlos BERNAL PULIDO en: BERNAL, C. (2005). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

⁶ *El constitucionalismo de los derechos* es una propuesta teórica desarrollada por el profesor español. Luis PRIETO SANCHIS, en la que denomina una especial concepción de la teoría jurídico-constitucional enfocada a los derechos fundamentales. dicha propuesta puede ser revisada más a fondo en: PRIETO SANCHÍS, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Editorial Trotta. Madrid, España.

⁷ Sobre la noción moderna de reglas, como el tipo de normas características de los sistemas jurídicos influenciados por el legalismo, o imperio de la ley, también entendido desde su perspectiva teórica como positivismo jurídico, se destaca la propuesta de LAPORTA (2007), que en su fundamentación sobre el concepto mismo de reglas, debate sobre la

interpretativos⁸ que si bien positivamente formales, condicionan normas y disposiciones de derechos fundamentales en las mismas Constituciones a la lógica de aplicación legalista⁹, o estrictamente llevada por un *legalismo de los derechos* por parte de los Tribunales Constitucionales¹⁰. Dicha axiomatización va a estar ligada <<a la subordinación de los derechos al imperio de la ley>>.

En la otra orilla de la discusión, están aquellos teóricos que posicionan los derechos fundamentales como normas no solo estructuralmente vistas desde la lógica principalista, sino que reivindican, *el derecho por*

conceptualización propuesta por DWORKIN, en la disputa por los principios como el tipo de normas investidas de un ropaje moral, y constitucionalmente conducidas a estructurarse como derechos fundamentales, sobre todo en las Constituciones la Europa de posguerra. LAPORTA, F. (2007). *El imperio de la ley*. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 83).

⁸ MORESO (1997) defiende una *interpretación creativa del derecho*, donde la norma solo existe desde el contacto con el juez, quien debe decidir, la creación judicial del derecho esta no en la norma misma, sino en la acción que despliega el operador jurídico. (p. 212). MORESO, J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. España.

⁹ Sobre la noción moderna de reglas, como el tipo de normas características de los sistemas jurídicos influenciados por el legalismo, o imperio de la ley, también entendido desde su perspectiva teórica como positivismo jurídico, se destaca la propuesta de LAPORTA (2007), que en su fundamentación sobre el concepto mismo de reglas, debate sobre la conceptualización propuesta por DWORKIN, en la disputa por los principios como el tipo de normas investidas de un ropaje moral, y constitucionalmente conducidas a estructurarse como derechos fundamentales, sobre todo en las Constituciones la Europa de posguerra. LAPORTA, F. (2007). *El imperio de la ley*. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 83).

¹⁰ Sobre el papel histórico de los Tribunales Constitucionales se destaca la propuesta de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. El profesor español explica la influencia norteamericana sobre la Europa occidental, y evidencia las dificultades de su recepción completa y sin restricciones, llevando a la aplicación del modelo Kelseniano de control de constitucional y por ende de su propuesta de Tribunal Constitucional: <<El primer reflejo de esta recepción, de este retorno al tema de los Tribunales Constitucionales, se hará acudiendo al modelo kelseniano. Es el modelo que se tiene más a mano ante la dificultad de acoger el sistema americano originario, lleno de convenciones, prácticas y sobreentendidos, como producto vivo de una historia perfectamente singular y propia>>. (p. 45). GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981). *La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*. Revista Española de Derecho Constitucional Vol. 1. Núm. i. Enero-abril. pp. 35-131.

*principios*¹¹, como un escenario propio del Estado constitucional y democrático, estableciendo nuevos márgenes de acción para las decisiones judiciales, que pongan fin a conflictos y colisiones constitucionales. Donde validan la dimensión del peso o la importancia¹² en palabras de DWORKIN¹³. Gracias a dicha característica propia de las normas de principio el juez puede otorgarle un contenido normativo concreto, a aquella norma que en

¹¹ La noción del *derecho por principios*, ha sido construida por el profesor italiano Gustavo ZAGREBELSKY, para él los principios constituyen un elemento principal de los modernos Estados constitucionales, y un rasgo tangible de los derechos fundamentales, su perspectiva es complementaria, pues no entra en el debate puntual desde una óptica principalista o no principalista, o desde una reivindicación de iusnaturalismo o el positivismo jurídico, ya que considera que los principios y los derechos fundamentales en el Estado constitucional, superan esa dicotomía clásica de la teoría y la filosofía del derecho. ZAGREBELSKY, G. (2009). *El derecho dúctil*. Novena edición. Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 109). En el mismo sentido de complementariedad entre ley y derechos, entre legalidad y justicia, y de los retos del constitucionalismo donde la noción de principios no es utilizada en sentido dicotómico se evidencia en: ZAGREBELSKY, G. (2004). *La ley, el derecho y la constitución*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 24. Núm. 72. Septiembre-Diciembre. pp. 11-24. <<El reto del constitucionalismo está en su totalidad aquí: en la capacidad de la Constitución, planteada como *lex*, de convertirse en *ius*; fuera de formalismos, en la capacidad de salir del área del poder y de las frías palabras de un texto escrito para dejarse atraer a la esfera vital de las convicciones y de las ideas queridas, sin las cuales no se puede vivir y a las que se adhiere con calor>>. (pp. 22-23).

¹² La distinción especial en DWORKIN es que determina una característica totalmente distinta a las normas tipo regla, por parte de los principios. Llamada por él como la dimensión del peso o la importancia: <<Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene>>. (pp. 77-78). DWORKIN, Ronald. (1984). *Los derechos en serio*. Traducción de Marta GUASTAVINO. Editorial Ariel. Barcelona, España.

¹³ El texto capital de Ronald DWORKIN sobre el debate entre normas tipo reglas y normas tipo principio es *Los derechos en serio*. Dicho debate se centra en determinar una dimensión totalmente expresada en los principios, que no van a generar las normas tipo regla, tal característica esencial es la dimensión de la importancia, llamada también del peso. DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona, España.

su fase más abstracta resulta indeterminada o con una gran *textura abierta*, no permitiéndole al juez constitucional tomar la decisión bajo el mismo modelo de adjudicación ya aplicado *in extenso* en tiempos de Estado de derecho específicamente en su esplendor decimonónico.

Hasta aquí podría parecer que esta tesis entraría en el campo de los acuerdos y desacuerdos¹⁴ que en el escenario del constitucionalismo, aquel que se ha venido construyendo aproximadamente hace siete décadas tomando como referencia histórica el final de la segunda guerra mundial, en los que se han generado múltiples teorías, tesis y postulados que han fomentado nuevas corrientes de pensamiento jurídico, pudiendo situar el debate desde la filosofía del derecho contemporánea aproximadamente en la década de los años 90 del siglo XX.

Realmente el constitucionalismo como teoría jurídica nace a partir de la apropiación de dicho término por la profesora italiana Susanna POZZOLO,¹⁵ como “madre” de la expresión o acepción y en sentido paternalista la titularidad reposa en el también italiano Paolo COMANDUCCI¹⁶.

¹⁴ Para una lectura actual sobre la tesis de los acuerdos y desacuerdos en el derecho, y especialmente desde una vista teórica desde el sistema español, ver a: RAMÍREZ LUDEÑA, L. (2012). *Los desacuerdos en el derecho*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 35. pp. 125-155

¹⁵ Uno de los primeros trabajos donde la profesora italiana Sussana POZZOLO, plantea la expresión neoconstitucionalismo, y por la cual es considerada como la teórica que acuño el término es: POZZOLO, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho. N. 21. pp. 339-353.

¹⁶ <<como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular el estatalismo, el legicentrismo, y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles>>. (p. 97). COMANDUCCI, P. (2002). *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. Isonomia. N. 16. pp. 89-112.

Desde la óptica eminentemente constitucionalista el debate es aún más reciente, debido a que a partir de la distinción conceptual dentro de una defensa garantista de los derechos fundamentales FERRAJOLI¹⁷, plantea dos escenarios disimiles en la justificación tanto de la teoría de los derechos, como en la idea misma de las normas de derecho fundamental en la defensa de la Constitución.

El profesor italiano denomina tal dicotomía en *constitucionalismo garantista* y *constitucionalismo principalista*. En tal sentido toda la construcción, se orienta en determinar la discusión entorno al neoconstitucionalismo o constitucionalismo; ahora desde una perspectiva más rigurosa en el abordaje de dicho tópico, que propone la idea de establecer peculiaridades propias de dos tesis totalmente contrarias defendidas bajo un mismo escudo de la mejor justificación para el modelo de derechos fundamentales del Estado constitucional.

En este orden de argumentos la propuesta teórica de FERRAJOLI en su constitucionalismo¹⁸ garantista, puede verse al menos desde dos sentidos. (i). El primero de ellos orientaría su lectura en mostrar la intensión de FERRAJOLI en dejar de ser rotulado como un constitucionalista, y evidenciar los desarrollos en su teoría neiuspositivista de los derechos fundamentales y de la Constitución¹⁹. (ii). Y el segundo denotaría la especial crítica dirigida

¹⁷ FERRAJOLI, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo I. Teoría del derecho. Primera edición. Editorial Trotta. Madrid, España.

¹⁸ Una lectura moderna y actual del constitucionalismo es la que propone ZAGREBELSKY, en: ZAGREBELSKY, G. (2013). *Constitucionalismo. Derechos y Libertades*. N. 29, Época II. Junio. pp. 19-38.

¹⁹ Además de FERRAJOLI que no solo puede considerarse como uno de los máximos exponente del paradigma del Estado constitucional de derecho, existen los trabajos de GUASTINI y ZAGREBELSKY en el ámbito de la teoría del derecho y el constitucionalismo italiano, y de otros profesores pertenecientes a la llamada escuela genovesa del derecho. Sobre la idea de Constitución es importante la lectura que establece Riccardo GUASTINI: <<Muchas Constituciones contemporáneas, además, incluyen también una multiplicidad de normas “de principio” o de normas “programáticas”. Unas contienen los valores y principios que informan

y casi personalizada²⁰ en contra de quien representa otro margen del constitucionalismo actual, representada en la visión principalista de los derechos fundamentales defendida por ALEXY.

Concretamente la crítica de FERRAJOLI a ALEXY es sobre su *pretensión de corrección*, el cual contesta las críticas no solo en clave directa a FERRAJOLI, sino a los teóricos que defienden las nuevas concepciones iuspositivas o los postulados neopositivistas dentro del gran marco conceptual del constitucionalismo. <<El argumento de la corrección enuncia que tanto las normas jurídicas individuales así como las decisiones judiciales individuales, al igual que los sistemas jurídicos como un todo necesariamente formulan una pretensión de corrección>>²¹.

El debate en ALEXY nuevamente sube los márgenes de la argumentación a la teoría jurídica y la filosofía del derecho, y pone de presente una respuesta *no constitucionalista garantista* en el profesor alemán, traducida en su *no positivismo incluyente*.

La idea de ALEXY sobre su *constitucionalismo principalista* y la visión interpretativa de las normas de principio²² a la materialización de los

–o al menos eso se supone– a todo el ordenamiento jurídico. Las otras recomiendan al legislador (y eventualmente a la administración pública) perseguir programas de reforma social económica y/o social». (p. 168). GUASTINI, R. (1999). *Sobre el concepto de Constitución*. Traducción de Miguel Carbonell. Cuestiones Constitucionales. UNAM. pp. 161-176.

²⁰ <<Añadiré que esta concepción tendencialmente iusnaturalista del constitucionalismo es sostenida no sólo por los principales exponentes del constitucionalismo no positivista, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky y Manuel Atienza, sino también por algunos de sus críticos, como Michel Troper, iuspositivista estricto, para quien el constitucionalismo es incompatible con el positivismo jurídico>>. (p. 22). FERRAJOLI, L. (2011). *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 15-53.

²¹ ALEXY, R. (2013). *No positivismo incluyente*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 36. (p. 18).

²² El argumento de los principios desarrollado especialmente por ALEXY, determina una crítica a la estructura abierta del positivismo, no a su textura, pues el profesor alemán distingue entre la estructura del derecho y la textura del derecho. Esta estructura del derecho, desde la

derechos fundamentales por parte del juez constitucional, fue concebida en su *Teoria de los derechos fundamentales* y se estructuró en el constitucionalismo moderno y en la teoria constitucional contemporánea.

ALEXY identifica que la estructura normativa de las disposiciones de derechos fundamentales es precisamente la estructura principialista, siendo los derechos fundamentales eminentemente normas jurídicas de principio. Desarrollando su “famoso” concepto de *mandatos de optimización*²³ al identificar que los derechos fundamentales, son mandatos que direcciona e impone el juez constitucional, en aras de su cumplimiento material de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas reales de su cumplimiento.

Si los derechos fundamentales son estructuralmente principios, los principios configuran la estructura normativa²⁴ de los derechos fundamentales, y al ser los principios eminentemente normas de textura abierta, el juez necesariamente debe hacer una interpretación más exhaustiva para logra determinar la aplicación del principio con mayor peso, en las eventuales colisiones²⁵ entre principios constitucionales.

vista positivista permite la creación judicial del derecho, apoyándose los jueces en elementos extrasistémicos, cuando los casos presentan vaguedades en el lenguaje jurídico: <<El argumento de los principios dice que el juez, también en el ámbito de apertura del derecho positivo, es decir, del derecho impuesto y eficaz, esta jurídicamente ligado y lo está de una manera que crea una vinculación necesaria entre el derecho y la moral>>. (p.74). ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España.

²³ <<According to the standard definition presented above, principles are optimization commands, that is, commands to optimize, because they impose the obligation that something be realized to the highest degree that is actually and legally possible>>. ALEXY, R. (2000). *On the Structure of Legal Principles*. Ratio Juris. Vol. 13 No. 3. September. pp. 294-304. (p.300).

²⁴ FREIXES & REMOTTI (1992) distinguen entre las normas jurídicas tipo valor, principios y reglas. Frente a una distinción implícita de los principios, y una “interpretativa” de las reglas constitucionales. (p.98). FREIXES, T. & REMOTTI, J. (1992). *Los valores y principios en la interpretación constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. N°. 35. pp. 97-109.

²⁵ <<(...). La pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los

1.2. LA TEORIA DEL GARANTISMO CONSTITUCIONAL DE LUIGI FERRAJOLI

El garantismo²⁶ comprende un paradigma en sí mismo dentro de los postulados centrales del Estado constitucional y democrático de derecho. El garantismo que hoy conocemos como garantismo constitucional nace realmente en la aplicación penal de dicha teoría, consagrado originalmente en la obra *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*²⁷. Siendo la conclusión de este estudio la propuesta de Luigi FERRAJOLI para gestar años más tarde una *teoría general del garantismo*, como muestra de la modernidad y la positividad del derecho. <<El derecho penal, informado por categorías de matriz ilustrada como la estricta legalidad, la culpabilidad, la materialidad de la acción, el principio de lesividad y la responsabilidad personal, es una construcción moderna>>²⁸.

En este orden conceptual, la propuesta que en un inicio se pensó para construir dicha teoría general del garantismo superó los márgenes teóricos del cultor de sus tesis fundamentales, originando múltiples debates con otros teóricos no solamente del derecho o de la teoría del derecho y la

principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principio – como quiera que solo pueden entrar en colisión principios validos– tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso>. (p. 71). ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

²⁶ <<La palabra garantismo es nueva en el léxico jurídico. Fue introducida en Italia en los años 70 en el ámbito del derecho penal. Sin embargo, creo que puede extenderse a todo el sistema de garantías de los derechos fundamentales. En este sentido, el garantismo es sinónimo de Estado constitucional de derecho>. (p. 187). PISARELLO, G. & SORIANO, R. (1998). *Entrevista a Luigi Ferrajoli*. Isonomia. Núm. 9. pp. 187-192.

²⁷ FERRAJOLI, L. (1998). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid, España.

²⁸ FERRAJOLI, L. (2016). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo I. Teoría del derecho. Primera edición. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 7).

filosofía jurídica²⁹, sino constitucionalistas o teóricos constitucionales, penalistas, civilistas o teóricos del derecho privado, laboralistas, procesalistas³⁰ y aplicada a los sistemas procesales³¹ específicos. En igual sentido que el derecho sustantivo FERRAJOLI destaca sobre la construcción moderna del derecho y su influencia en el derecho procesal:

Lo es igualmente el derecho procesal penal pues la formalización del proceso penal sobre la base de las garantías legales de la publicidad, el principio de contradicción, la oralidad, la presunción de inocencia, la carga de la prueba por parte de la acusación, la condición de tercero del juez y los derechos de defensa se remonta a hace no más de dos siglos³².

Así para los fines de esta investigación doctoral, nos centraremos en los alcances teóricos y constitucionales del *garantismo Ferrajoliano*. Especialmente dirigido a la construcción del paradigma del Estado constitucional desde la perspectiva y lectura del profesor italiano. Y las

²⁹ José Juan MORESO y Manuel ATIENZA, se evidencian como dos de los principales teóricos que se han preocupado por criticar y establecer puntos de disenso con la lectura de Ferrajoli, en la generación de un debate riguroso y detallado. Para un estudio más a fondo de la cuestión ver a: MORESO, J. (2011). *Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.º. 34. pp. 183-199., ATIENZA, M. (2011a). *Dos versiones del constitucionalismo*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 73-88.

³⁰ <<El ejercicio de la función jurisdiccional a través del derecho procesal implica básicamente un sistema de garantías constitucionales que se proyecta a través del llamado proceso de la función jurisdiccional. Es el garantismo procesal. El garantismo procesal implica la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional de aquí y ahora>>. (pp. 535-536). LORCA NAVARRETE, A. (2003). *El derecho procesal como sistema de garantías*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie. Año. XXXVI. N.º. 107. (pp. 531-557).

³¹ Sobre el concepto de sistema procesal en el ámbito español es importante observar el trabajo del profesor Francisco RAMOS MÉNDEZ. En: RAMOS MÉNDEZ, F. (2016). *El sistema procesal español*. Décima edición. Editorial Atelier. Barcelona, España.

³² FERRAJOLI, L. (2016). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo I. Teoría del derecho. Primera edición. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 7).

conexiones³³ que se destacan entre garantismo, constitucionalismo y Estado constitucional. <<podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo³⁴>>.

La defensa de FERRAJOLI sobre la consolidación del garantismo constitucional o constitucionalismo garantista³⁵, va estar en el desarrollo positivista del Estado constitucional de derecho, o de la consagración positiva de los derechos fundamentales en las Constituciones escritas, donde se le da un valor más al contenido político que expresan los derechos en la democracia donde se apliquen, en dicho sentido la propuesta del *Garantismo de los derechos fundamentales*, como expresión que podemos acuñar para identificar la propuesta de FERRAJOLI en concreto sobre las normas de derechos fundamentales.

³³ <<Luis Prieto, a su vez, ha destacado con acierto el nexo entre garantismo y constitucionalismo, identificando en el estado constitucional de derecho el único orden institucional en el que es posible realizar el proyecto garantista, por medio de los vínculos sustanciales que la positivización del deber ser constitucional impone al propio derecho positivo>>. (p. 16). FERRAJOLI, L. (2006a). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid, España.

³⁴ FERRAJOLI, L. (2006c). *Sobre los derechos fundamentales*. Cuestiones constitucionales. N. 15. pp. 113-136. (p. 114).

³⁵ <<El constitucionalismo garantista que propongo se distancia tanto de la Escila paleo-iuspositivista como de la Caribdis neo-constitucionalista, a lo que se aúna, en mi opinión, una incomprendión del paradigma del constitucionalismo rígido: configurable, me parece, no más sobre la base de la vieja reducción iuspositivista de la validez de las normas legales a su existencia y sobre la consiguiente aproximación avalorativa de la ciencia jurídica a su objeto, ni tampoco sobre una superación tendencialmente iusnaturalista de la separación entre Derecho y moral y, por tanto, del propio positivismo jurídico, sino como un iuspositivismo reforzado y, por así decir, completado por la positivización del *deber ser jurídico* de la producción legislativa del propio Derecho positivo>>. (p. 315). FERRAJOLI, L. (2011b). *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 311-360.

La propuesta teórica se encamina a la aplicación del sentido pragmático, del deber ser que expresa FERRAJOLI en la idea de Constitución, desde un derecho como sistema de garantías³⁶ para la defensa de las normas fundantes de los sistemas jurídicos modernos. *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*³⁷, van a proveer de una fuerza especial la protección no solo institucional sino en el poder judicial, de los derechos que cubren las luchas por los que deben luchar a diario, la inoperancia de las instituciones que se generaron desde una fundamentación política para ello:

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

³⁶ <<Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no solo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo>>. (p.62). FERRAJOLI, L. (1999). *El derecho como sistema de garantías*. Nuevo Foro Penal. N°. 60. pp. 59-74.

³⁷ La labor de defensa y garantía de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho, va a ser superado por la misma actividad del control de constitucionalidad de las leyes, tal como lo anota el profesor español Rafael Jiménez Asensio: <<La atribución de la competencia de garantizar, siquiera sea de forma subsidiaria, los derechos fundamentales, ha terminado por influir radicalmente en la actuación de estos Tribunales Constitucionales hasta el punto de pasar a ser la atribución a la que más tiempo y energía dedicarán esas jurisdicciones. Efectivamente, la defensa de los derechos fundamentales es en algunos países una pieza capital en el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales e incluso un fundamento nada despreciable de legitimidad de estos órganos constitucionales>>. (pp. 153-154). JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2005). *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. Tercera edición. Marcial Pons. Madrid, España.

complejo y articulado de sus garantías, que requieren, a su vez, ser distinguidas y analizadas³⁸.

En este orden conceptual el garantismo como teoría del derecho, presenta rasgos comunes con el concepto de derecho construido por FERRAJOLI, y las tensiones teóricas en los principales tópicos defendidos por el positivismo jurídico, podemos esquematizar la lectura iuspositivista³⁹ del garantismo. (i). El garantismo niega la posibilidad de la existencia de una conexidad conceptual y necesaria entre el derecho y la moral. (ii). Gracias a la positivización de las normas en sentido legal, los derechos constitucionales y las disposiciones de derechos fundamentales en la Constitución del Estado constitucional, la validez jurídica pasa a un segundo plano de importancia conceptual, ya que la aceptación misma de dichas normas en la rigidez constitucional⁴⁰, permite establecer un escenario de supremacía de la unidimensionalidad⁴¹ del positivismo de tradición del derecho decimonónico de tradición legalista⁴². (iii). La lectura

³⁸ FERRAJOLI, L. (2006b). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 29. pp. 15-31. (p.23).

³⁹ <<Con el positivismo jurídico y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente nació la política moderna en cuanto producción y transformación, precisamente, del derecho, es decir, de las reglas y de las relaciones sociales. El lenguaje del derecho ha devenido, desde entonces, el lenguaje de la política, en el que, repito, vienen formulados los problemas sociales y sus soluciones>>. (p. 258). FERRAJOLI, L. (2016a). *El futuro de la filosofía del derecho*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 39. pp. 255-263.

⁴⁰ <<Es bien conocido que el significado de la rigidez constitucional se corresponde con la idea de que las reglas para modificar la constitución son distintas (y de mayor dificultad) que las que existen para modificar la legislación ordinaria. De ahí deriva la distinción entre constituciones rígidas y flexibles (cuya modificación no requiere de procedimientos distintos de los que existen para reformar el Derecho ordinario)>>. (p. 314). ARAGÓN. M. (2015). *¿Cambiar la constitución para adaptarla o para transformarla? requisitos y límites de la reforma constitucional*. Teoría y Realidad Constitucional. Núm. 36. pp. 313-327

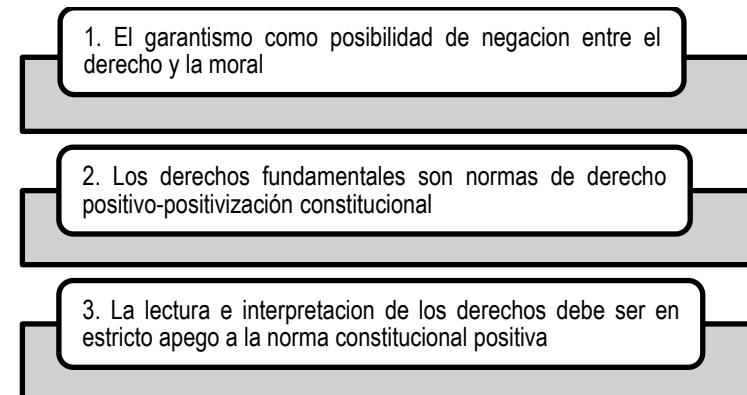
⁴¹ FERRAJOLI, L. (2006a). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 26).

⁴² <<El estado de derecho moderno nace, con la forma del *estado legislativo de derecho*, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación

de los derechos fundamentales debe estar orientada a la lectura positivista⁴³ de la norma constitucional, no permitiendo una interpretación o aplicación abierta a las posturas de los juristas o quien pretenda otorgarle un alcance distinto al mismo alcance normativo que le da la Constitución.

Podemos representar los postulados centrales del garantismo de FERRAJOLI, con la siguiente grafica ezquematica:

Ezquema triadico del garantismo Ferrajoliano



Grafica 1: fuente propia.

del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa». (p. 32). FERRAJOLI, L. (2001). *Pasado y futuro del estado de derecho*. Revista Internacional de Filosofía Política. N. 17. pp. 31-45.

⁴³ <<Considero que el positivismo jurídico que se impuso con el nacimiento del Estado moderno ha vuelto a fundar no tan solo el derecho, sino también la política, confiando explícitamente a esta última la producción y aun antes la invención del derecho, así como su densa y su crítica, su proyección y su transformación a través de leyes y Constituciones, reformas y revoluciones, interpretaciones evolutivas o aplicaciones regresivas>>. (p.174). FERRAJOLI, L. (2010). *Constitucionalismo y teoría del derecho*. Respuesta a Manuel ATIENZA y José Juan MORESO. En: FERRAJOLI, L., MORESO, J. & ATIENZA, M. (2010). (Edit.). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Editorial Fontamara. D.F. Mexico.

En este orden de argumentos el tópico de la rigidez⁴⁴ constitucional en la teoría del garantismo de FERRAJOLI es muy importante, no solo para demostrar su justificación positivista⁴⁵ de la misma, sino en la construcción del paradigma del Estado constitucional de derecho, y del modelo correcto para la interpretación de los derechos fundamentales.

La preocupación de FERRAJOLI está en la prohibición desde sus construcciones teóricas en la posibilidad de la *lectura interpretativa abierta* de los derechos fundamentales, en determinar si los derechos fundamentales son normas de derecho positivo, no en el sentido del positivismo legal clásico, defendiendo un “positivismo renovado o reforzado” en un positivismo del texto constitucional y de la positivización de los derechos fundamentales en las Constituciones rígidas con concreciones normativas. «son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status de personas*»⁴⁶.

⁴⁴ «Gracias a la rigidez de las Constituciones la legalidad ha cambiado su naturaleza: no es más solo condicionante y reguladora por vínculos jurídicos no solamente formales sino también sustanciales; no es más simplemente un producto del legislador, sino que es también proyección jurídica de la legislación misma, y por tanto límite y vínculo al legislador y por ello a las mayorías contingentes de las que es expresión». (p. 114). FERRAJOLI, L. (2006c). *Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones constitucionales*. N. 15. pp. 113-136.

⁴⁵ El positivismo de Ferrajoli debe ser entendido como un positivismo jurídico crítico más no descriptivo, ya que al admitir un positivismo descriptivo en sus teorías del garantismo o su idea del constitucionalismo, la convertiría en una teoría ideológica: «la ciencia jurídica no puede limitarse a un acercamiento al derecho positivo de tipo solamente descriptivo, siéndole impuesto por su mismo objeto un rol crítico en sus relaciones con las violaciones por comisión o por omisión del dictado constitucional por parte del legislador, y por ello prescriptivo de su reparación a cargo de la jurisdicción constitucional y de la legislación ordinaria». (p. 15). FERRAJOLI, L. (2011d). *Doce cuestiones en torno a principia iuris*. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. N° 1. pp. 3-34.

⁴⁶ FERRAJOLI, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés IBÁÑEZ & Andrea GREPPI. Séptima edición. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 37).

La idea de cambiar la “positivización originalista” con la que el Constituyente imprimió su sello de gestación, no puede ser desvirtuada por el juez constitucional para interpretar los derechos fundamentales abiertamente, a los casos concretos y otorgarles otros entendidos o significados normativos más allá de los mismos determinados en el texto normativo de la Constitución⁴⁷.

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

La diferencia entre las dos ideas de constitucionalismo no es, en efecto, una «cuestión de matices». En el constitucionalismo político la idea de los límites del poder es solamente un ideal, una aspiración, un proyecto político de hecho realizado en países de sólidas tradiciones liberales como Inglaterra pero ciertamente no traducido en garantías jurídicas por ausencia de constituciones rígidas que las aseguren. En el constitucionalismo jurídico, en cambio, este ideal ha sido traducido en precisas garantías constitucionales —la previsión de procedimientos agravados para la revisión de la constitución y el control jurisdiccional sobre la inconstitucionalidad de las leyes— que han transformado tales límites y vínculos políticos en normas de Derecho positivo⁴⁸.

⁴⁷ A pesar de la defensa positivista de la Constitución en FERRAJOLI y su concepto de derechos fundamentales, fuertemente anclado a una teoría positivista, resulta llamativo su concepto de Constitución sustentado en una postura meta-reglada que podría encuadrar en una justificación no positivista del texto constitucional: <<Las Constituciones se caracterizan por ser un conjunto de meta-reglas sobre los poderes públicos, incluso aquel de mayoría, que están obligados por ellas a la separación recíproca y al respeto de los derechos fundamentales de todos>>. FERRAJOLI, L. (2002). *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. Isonomia. N. 16. pp. 7-20. (p. 14).

⁴⁸ FERRAJOLI, L. (2011b). *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 311-360. (p. 318).

1.3. <<EL PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL>> EN LUIGI FERRAJOLI

Sobre el paradigma del Estado constitucional FERRAJOLI, reestructura una nueva epistemología del derecho positivo y del derecho constitucional en sí mismo, dado que los fundamentos de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho específicamente en la tradición europea⁴⁹, se dan gracias a los procesos de politización iusfundamental, o si bien se puede utilizar la expresión de la positivización constitucional del derecho moderno.<<La positivización constitucional del deber ser del derecho confiere a la ciencia jurídica una dimensión pragmática desconocida en el viejo positivismo jurídico. Esta se expresa, partiendo del propio derecho positivo, en la crítica del “derecho que jurídicamente es” y en la proyección del “derecho que jurídicamente debe ser”>>⁵⁰.

Los derechos fundamentales en el Estado constitucional como paradigma jurídico, van a estar reforzados en la teoría constitucional de Luigi FERRAJOLI. Las garantías de los derechos son la capa de protección sustantiva de los mismos y el garantismo es el pragmatismo propio de la aplicación de la fuerza normativa de la Constitución, de la aplicación de la carta constitucional en sentido jurídico y en sentido jurisdiccional, es

⁴⁹ <<A mediados del siglo pasado, después de las catástrofes de las guerras, se ha producido un movimiento de conciencia en Europa que ha producido una diferente concepción de la política y del derecho. Se han establecido algunos nunca más; algunos principios como límites al poder. Esto es una experiencia italiana, alemana, española, portuguesa y también de América Latina. Después de estos momentos de liberación se ha tomado conciencia de que la calidad del poder en un sistema político no está garantizada por el consenso de la mayoría. El fascismo y el nazismo tenían un consenso fuerte. Se ha tomado conciencia de que algunas cosas no son decidibles y algunas cosas deben ser decidibles, cualquiera sea la mayoría>>. (p. 167). FERRAJOLI, L. (2008). *Democracia y derechos fundamentales*. Cuadernos del CLAEH. N. 96-97. 2º. Serie. Año. 31. pp. 167-170.

⁵⁰ FERRAJOLI, L. (2010b). *Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso*. En: Ferrajoli, L., Moreso, J. & Atienza, M. (2010). (Edit.). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Editorial Fontamara. D.F. Mexico. (pp. 192-193).

potestativa al juez como cultor la realización garantista de los postulados fundamentales, de las normas constitucionales como derechos fundamentales. <<Decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir, en síntesis, que “todos” los individuos son, en medida igual, titulares de él. De aquí derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, y la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones>>⁵¹.

Precisamente la gestación y concretización⁵² del Estado constitucional, va a estar dada por la capacidad de los jueces⁵³ en respetar los postulados en la integridad de la Constitución, y la forma racional de resolver las controversias, tensiones o posibles choques entre normas eminentemente constitucionales y en un sentido más específico, entre disposiciones que expresen particularmente derechos fundamentales. Logrando la conexidad entre Constitución⁵⁴, jueces, jurisdicción, garantías y derechos

⁵¹ FERRAJOLI, L. (2010c). *El principio de igualdad y la diferencia de género*. En: Cruz, J. & Vázquez, R. (2010). *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. D.F. Mexico. (p. 13).

⁵² <<La positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales para el legislador constituye la seña de identidad del Estado constitucional de derecho. (...) .En la práctica, la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales no es una operación aséptica y aislada del resto del ordenamiento jurídico>>. (pp. 34-35). ARZOZ SANTISTEBAN. X. (2014). *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid, España.

⁵³ Sobre la labor del juez constitucional se destaca la propuesta de Gustavo ZAGREBELSKY, y la idea que resalta el juez constitucional dentro de la jurisdicción constitucional en la aplicación de la Constitución como acto de <<juzgar en derecho constitucional>>: <<El *Estado de derecho* no es siempre la misma cosa que *Etat de droit, Rechtsstaat o Rule of Law*. El Estado constitucional, en consecuencia, no coincide en todas partes en todas partes. La propia Constitución no es norma suprema en la misma medida, cuando cambian las relaciones entre cortes y poderes legislativos. Pero justamente por esto es que resaltan las convergencias prácticas que se encuentran en el <<juzgar en derecho constitucional>>. (p. 1136). ZAGREBELSKY, G. (2006). *Jueces constitucionales*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie. Año XXXIX. Núm. 117. pp. 1135-1151.

⁵⁴ Es importante resalta la lectura de la Constitución española en su aplicación directa frente al desarrollo mismo del texto constitucional. Al respecto el profesor Pablo Pérez Tremps

fundamentales. Dicha construcción se posibilita por una <<pentaconexidad categórica>> de la relación y simbiosis de las cinco categorías precedidas. Que originan además, lo que podemos denominar como el *garantismo jurisdiccional secundario*⁵⁵:

La más clásica e importante funciones de garantía es ciertamente la jurisdiccional, que desarrolla un papel central en la vida del derecho como función de garantía secundaria. En efecto, se trata de una función pública cuya previsión y organización pertenecen a la que más adelante llamaré <<dimensión formal>> de la democracia constitucional, pero que al propio tiempo, al consistir en la garantía secundaria de los derechos fundamentales en ella establecidos, es el principal factor de la efectividad de la que llamaré su <<dimensión sustancial>>⁵⁶.

evidencia tal aporte: <<la concepción de la constitución como norma jurídica viene reforzada en el constitucionalismo europeo, y también en el español, por la existencia de un tribunal constitucional que es garante e interprete supremo de la norma fundamental. (artículo 1.1 LOTC). Pero, como ya se adelantara en el cap. I.3, la existencia del tribunal constitucional no excluye que los jueces y tribunales ordinarios puedan y deban aplicar la constitución como consecuencia de la concepción normativa de esta>>. (p. 161). PÉREZ TREMPS, P. (2016). *Sistema de justicia constitucional*. Segunda edición. Civitas-Thomson Reuters. Navarra, España.

⁵⁵ <<Ahora bien, las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción que provienen de las trasformaciones del sistema jurídico y político que he ilustrado antes –La garantía de los derechos fundamentales del ciudadano y el control de legalidad sobre los poderes públicos– añaden otros dos fundamentos al principio de independencia del poder judicial de los poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales, según una feliz expresión de Ronald Dworkin, son derechos “contra la mayoría”, también el poder judicial instituido para su tutela debe ser poder virtualmente “contra la mayoría”>>. (p. 7). FERRAJOLI, L. (2004). *Jurisdicción y democracia*. Revista Debate. Núm. 29. pp. 3-9.

⁵⁶ FERRAJOLI, L. (2016). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo I. Teoría del derecho. Primera edición. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 831).

1.4 FERRAJOLI Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO <<LEY DEL MÁS DÉBIL>>

Una de las tesis más importantes en toda la construcción de la obra y el pensamiento jurídico constitucional de Luigi FERRAJOLI, es su concepto de *los derechos fundamentales como ley del más débil*. Además de las distinciones formales y materiales en torno a la misma idea de las normas y disposiciones iusfundamentales. La conceptualización de los derechos fundamentales como leyes de los más débiles, se inscribe directamente en su teorización y el cambio de paradigma de la democracia⁵⁷ en sentido clásico, por la democracia constitucional como dispositivo diferenciador del Estado constitucional y democrático de derecho. <<El paradigma de la democracia constitucional no es otro que la sujeción del derecho al derecho generada por esta disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial>>⁵⁸.

La representación más allá del alcance normativo de los derechos y de su consagración en las Constituciones⁵⁹, se da en aceptar los derechos

⁵⁷ FERRAJOLI fundamenta tal distinción en la relación existente entre derecho y democracia, propia de un constitucionalismo garantista para la defensa del Estado constitucional contemporáneo: <<las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantía de la democracia. Varias veces he desagregado la noción de democracia constitucional vinculándola con las cuatro clases de derechos en las cuales he dividido la categoría de derechos fundamentales. La democracia política, asegurada por la garantía de los derechos políticos; la democracia civil, asegurada por la garantía de los derechos civiles; la democracia liberal, asegurada por la garantía de los derechos de libertad; la democracia social, asegurada por la garantía de los derechos sociales>>. FERRAJOLI, L. (2006b). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 29. pp. 15-31. (p. 22).

⁵⁸ FERRAJOLI, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción. Perfecto Andrés Ibáñez & Andrea Greppi. Séptima edición. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 52).

⁵⁹ El concepto mismo de Constitución en Ferrajoli, se encuentra totalmente conectado o vinculado con su concepto de derechos fundamentales, ya que manifiesta el profesor italiano que las Constituciones al igualmente que los derechos fundamentales no consagran la

fundamentales no solo en la teoría jurídica como derechos de los que históricamente⁶⁰ han sido débiles físicamente o socialmente, han estado o están en debilidad frente a otros individuos, personas o ciudadanos de una misma colectividad. Representa la permanencia del imaginario constitucional de las normas dotadas de un *status* mayor a distintas normas que integran los sistemas jurídicos, y componen los sistemas de derechos constitucionalizados en la modernidad. <<El punto de partida ya no es el Estado, sino la Constitución que establece los derechos en primer lugar. Los derechos no presuponen el Estado sino que este los presupone a ellos que, por su parte, están fundados en la Constitución>>⁶¹.

En este sentido, la relación de los derechos fundamentales con la sociedad en las cuales se reflejan sus campos de acción y de aplicación,

totalidad de acuerdos entre los que se ven o no representados en dicho pacto social, sino en el mayor o menor grado de vínculo y de representatividad con los múltiples sectores que integran una sociedad: <<Las Constituciones, en mi opinión, no son pactos suscritos o compartidos por la totalidad del pueblo como expresiones de una supuesta unidad o voluntad, que es en el mejor de los casos una tesis ideológica y en el peor una afirmación antiliberal; son más bien pactos de no agresión (por medio de la estipulación de los derechos de libertad) y de solidaridad (mediante la estipulación de los derechos sociales), tanto más necesarios cuanto más política y culturalmente diversos y virtualmente en conflicto sean los sujetos cuya pacífica convivencia se pretende garantizar>>. (pp. 109-110). FERRAJOLI, L. (2006a). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid, España.

⁶⁰ <<Cabe destacar que en este momento histórico se descubre en su conjunto la supremacía de la Constitución, bien como máxima forma de garantía de los derechos y libertades, bien como norma directiva fundamental a seguir para la realización de los valores constitucionales. Estos dos últimos aspectos son inseparables de la inspiración originaria de nuestras Constituciones. En efecto, tras la caída, de los régimen totalitarios y la conclusión de la segunda guerra mundial parece insuficiente una información solemne, protegida por la Constitución, de los derechos y libertades frente a las posibles prevaricaciones de los poderes públicos>>. FIORAVANTI, M. (2009). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Sexta edición. Presentación de Clara Álvarez Alonso. Traducción de Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 128).

⁶¹ FIORAVANTI, M. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Traducción de Adela Mora Cañada & Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 147).

estará en la correcta interpretación *pragmática*⁶²-*procedimental* de la tesis de distinción *Ferrajoliana* entre derechos y garantías. Derechos fundamentales⁶³ en estricto sentido formal desde su consagración normativa⁶⁴ positiva en el texto mismo de la Constitución, y la realización de la dimensión sustancial de los derechos fundamentales, apoyada en *la relación constitucionalismo y democracia*, en cuanto se expresen el sistema

⁶² Resulta valioso destacar sobre la interpretación pragmática o en concreto, la propuesta que trae a colación la profesora española Isabel Lifante: <<Interesa remarcar que la interpretación <<en concreto>> se realiza siempre a la luz de las circunstancias de un caso; podríamos decir que su objetivo sería por tanto determinar el <<significado ocasional>> de la expresión jurídica objeto de interpretación, por lo que hay que ser conscientes de que pasar a considerarlo como el <<significado atemporal>> de la expresión y por tanto extrapolarlo a otros casos concretos con circunstancias distintas puede plantear problemas. No siempre que se resuelve un problema de interpretación en concreto que plantea una disposición podemos considerar que se han eliminado todos los problemas de significado que en abstracto pueda plantear esa disposición en el futuro>>. (pp. 193-194). LIFANTE, I. (2015). *Interpretación y aplicación del derecho*. En: Conceptos básicos del derecho. Daniel González Lagier. (Coord.) Editorial Marcial Pons. Madrid, España.

⁶³ Una de las críticas más severas que ha soportado Ferrajoli sobre su conceptualización y teoría de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, ha sido la del profesor español Manuel Atienza, en el sentido de manifestar la necesidad de completar la teoría Ferrajoliana más allá de las disputas positivistas y no positivistas sobre el derecho y la Constitución: <<Para la construcción de una teoría adecuada para los Derechos del Estado constitucional hay una parte del recorrido a hacer en la que conviene ir de la mano de Ferrajoli, pero luego yo diría que no hay más remedio que abandonarle, porque Ferrajoli se queda a mitad de camino: da el paso del «paleopositivismo» al «positivismo crítico», pero la reducción del Derecho a un fenómeno de autoridad y el relativismo (o no objetivismo) ético hacen que su teoría se quede corta. Como escribía en mi «11 tesis sobre Ferrajoli»: «Ferrajoli ha interpretado el constitucionalismo de nuestros días en clave positivista y relativista. De lo que se trata es de trasformar esa teoría en el sentido de superar los dos anteriores postulados, lo que haría posible integrarla en el contexto de una concepción amplia y unitaria de la razón práctica»>>. (p. 85). ATIENZA, M. (2011). *Dos versiones del constitucionalismo*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 73-88

⁶⁴ <<Estos fenómenos tienen una naturaleza particular. Consisten en documentos normativos que, en los ordenamientos positivos modernos, se configuran en su conjunto como un complejo y articulado universo lingüístico: el discurso del legislador, expresado en un lenguaje legal más o menos tecnificado>>. (p. 8). FERRAJOLI, L. (2016). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo I. Teoría del derecho. Primera edición. Editorial Trotta. Madrid, España.

de garantías⁶⁵ de protección y eficacia en la tutela de las normas inalienables a todo orden normativo⁶⁶:

Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia en ausencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida *laguna* que debe ser colmada por la legislación⁶⁷.

En dicho orden de argumentos, el concepto de derechos fundamentales como ley del más débil en FERRAJOLI, se explica desde una triple concepción. (i). Desde la noción misma del Estado constitucional y los derechos que nacen del paradigma de la democracia constitucional. (ii). En la relación derechos y garantías. (iii). Y en la construcción de la idea de constitucionalismo defendida desde una visión neo-positivista.

Para los fines de entender más o fondo dicha conceptualización en sus tres postulados esenciales, desarrollaremos en mayor medida el postulado

⁶⁵ <<la importancia del sistema de garantías que nos asegure la efectividad de los derechos y la posibilidad de reclamar en caso de violación o desconocimiento de alguno de ellos. Ya hicimos referencia a la garantía institucional del Defensor del Pueblo. También la generalización del amparo constitucional, sea ante jueces ordinarios o ante tribunales constitucionales. La impregnación del conjunto de las disposiciones constitucionales por el sistema de derechos fundamentales, hace que casi cualquier norma afecte a uno de ellos y en consecuencia tenga las garantías de reserva de Ley o de Ley orgánica, en casi todas las materias>>. (p. 339). COLOMER, A. (2015). *Tendencias del constitucionalismo en el siglo xxi: cuestionamientos e innovaciones constitucionales*. Teoría y Realidad Constitucional. Núm. 36. pp. 329-351.

⁶⁶ <<El estudio del concepto de “norma con carácter fundamental” puede llevarse a cabo adoptando como punto de observación la noción de jerarquía normativa, es decir la situación en la que, dado un conjunto de normas, una o algunas de estas resultan jerárquicamente super-ordenadas respecto a otras (mientras que estas últimas están jerárquicamente subordinadas respecto a las primeras)>>. (p. 85). PINO, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Tercera edición. Trad. Horacio Sánchez, Pedro Caballero, Andrés Morales, Federico Orlando & Diego del Vecchi. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 69. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

⁶⁷ FERRAJOLI, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez & Andrea Greppi. Séptima edición. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 43).

número (ii). *La relación derechos y garantías*. Además de la recepción particular en *el garantismo colombiano de los derechos de libertad*. Como punto de partida para la discusión sobre la relación Ferrajoliana derechos y garantías se configura el debate contemporáneo sobre los derechos fundamentales, desde la noción del Estado constitucional y la defensa de la democracia constitucional como el escenario deliberativo para la creación, gestación y consolidación de los derechos.

1.5. LA RELACIÓN DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL DERECHO DEL MÁS DÉBIL

El segundo postulado de fundamentación del concepto de derechos fundamentales como ley del más débil, presentado como la relación entre derechos y garantías⁶⁸. Evidencia la preocupación del profesor italiano, primero por el cumplimiento en las obligaciones y deberes de las garantías primarias sobre la consagración misma de los derechos fundamentales en los órdenes normativos concretos, y segundo su inquietud teórica se centra en determinar los alcances por el cumplimiento de los derechos en la protección judicial de los mismos y en el resarcimiento de los daños ocasionados en la función de garantía primaria, ejercida en la actividad judicial y en la labor jurisdiccional de los derechos fundamentales, como despliegue efectivo de las garantías secundarias.

El papel preponderante de *los derechos fundamentales como leyes o ley de los más débiles*, va a estar concebido por la defensa fuerte de los mismos que no comprende un activismo judicial constitucional en sentido estricto, ya que desde esta “arquitectura constitucional”, los derechos fundamentales siempre van a estar inmersos en la *dicotomía primaria de cumplimiento y en la dicotomía secundaria de protección*.

Se entendería por activismo judicial tal función si el poder judicial o el juez constitucional, se abrogara automáticamente tal función de tutela y judicialización iusfundamental, su despliegue institucional se posibilita por el diseño mismo de los derechos fundamentales antes de la relación derechos y garantías, garantismo primario-garantismo secundario, y la

⁶⁸ <<En el sentido de que los derechos fundamentales promulgados por las constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, estando encaminado a formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente>>. (p. 16). FERRAJOLI, L. (2002). *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. Isonomia. N. 16. pp. 7-20.

idea misma de positivización constitucional⁶⁹ como un formalismo de los derechos fundamentales, dejando a un lado los elementos sustanciales de esta categoría de derechos esencial a los Estados constitucionales.

FERRAJOLI explica la imperiosa necesidad de un constitucionalismo de los derechos fundamentales sustancial o en una dimensión sustantiva de los mismos como un *ius*⁷⁰ de los derechos fundamentales específicos, con relación a un *ius* propio de los derechos fundamentales en su contenido sustancial. Lo que justifica el despliegue de un poder de garantía secundaria otorgado especialmente al juez constitucional dentro de la materialización misma del Estado constitucional y democrático de derecho, y a su vez fundamenta históricamente *la tesis de los derechos del más débil*:

Consiste en el hecho de que los derechos fundamentales, tal como han sido consagrados por la experiencia histórica del constitucionalismo, se configuran todos ellos —desde el derecho a la vida hasta los derechos de libertad, desde los derechos civiles y políticos hasta los derechos sociales— como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: de quien es más fuerte físicamente, como sucede en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte económicamente, como

⁶⁹ Sobre el constitucionalismo positivista denominado particularmente por Ferrajoli, como un garantismo constitucional se estable una fuerte crítica, del profesor español Alfonso García Figueroa, en torno a la su concepto positivista de los derechos fundamentales:<< (...) (el constitucionalismo garantista). Este segundo modelo es el que, con sus matices, defiende Ferrajoli. En su opinión, los derechos fundamentales tienen una configuración de regla (no de principio), su aplicación es reconducible a un caso de subsunción (no de ponderación) y todo ello se enmarca en una teoría del Derecho positivista clásica, en el bien entendido de que el positivismo de Ferrajoli no es el «paleopositivismo» ajeno a la formulación de juicios de valor a la hora de la determinación de la validez de las normas jurídicas>>. GARCÍA FIGUEROA, A. (2001). *Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 121-137. (p. 128).

⁷⁰ El *ius* como sustancia o dimensión sustancial es ampliamente descrito por Zagrebelsky, como separación entre *lex* y *Ius*, separación entre el concepto de legalidad como derecho, y de justicia como derecho. Para un mayor estudio de esta conceptualización ver a: ZAGREBELSKY, G. (2004). *La ley, el derecho y la constitución*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 24. Núm. 72. Septiembre-Diciembre. pp. 11-24.

sucede en el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente, como sucede en la comunidad internacional⁷¹.

En la relación *derechos y garantías* el concepto de derechos fundamentales como ley del más débil, implica más allá de un reconocimiento formal, expreso y explícito de los derechos constitucionales y de las normas procedimentales⁷² para su cumplimiento. La consagración misma de las garantías en este punto de la teoría de FERRAJOLI, se evidencia como una crítica plausible al derecho internacional y a los mismos derechos humanos al no poseer garantías directas en el cumplimiento por parte de los Estados o sujetos del derecho internacional ante un incumplimiento de los mismos, así como la superación de la propuesta de KELSEN⁷³ de los derechos y su carácter supranacional. <<Esta tesis cuya

⁷¹ FERRAJOLI, L. (2008b). *Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XLI, núm. 122. mayo-agosto. pp. 1135-1145. (p. 1139).

⁷² Las miradas sobre las garantías secundarias judiciales en FERRAJOLI, han sido objeto de discusión y teorización por procesalistas, tal como lo indicábamos al inicio de este estudio, no solamente por teóricos del derecho y constitucionalistas. En este sentido uno de los procesalistas más importantes de nuestro tiempo jurídico se ha detenido a observar y analizar desde la ciencia del derecho procesal las implicaciones de las garantías y la fundamentación garantista en Luigi Ferrajoli, nos referimos a Michele TARUFFO:<<El punto de partida del discurso es la calificación de la jurisdicción como garantía secundaria, cuya función fundamental consiste en asegurar la justiciabilidad de las violaciones de los derechos. FERRAJOLI aclara que se trata de garantías reparatorias que tienen la finalidad de eliminar o reducir el daño producido, o de intimidar y castigar a los responsables, y que la jurisdicción no garantiza la satisfacción inmediata de los derechos, dado que este es el carácter propio de las garantías primarias, pero asegura la anulabilidad de los actos inválidos y la sanción de los actos ilícitos realizados en violación de las garantías primarias>>. (p. 384). TARUFFO, M. (2008). *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 31. pp. 383-392.

⁷³ Resulta trascendental para los fines de este estudio, que Kelsen ya desatataba en sus construcciones teóricas sobre el derecho constitucional, la necesidad del establecimiento de unas garantías a la Constitución, que posibilitaran un refuerzo jurisdiccional para su cumplimiento estatal y normativo, originariamente dicha conceptualización fue presentada por Hans KELSEN en Viena en el año 1928: <<Estas garantías constituyen los medios generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado con relación a la regularidad de los actos estatales en general. Las garantías son preventivas o represivas, personales u objetivas. Las

formulación clásica se debe a Hans Kelsen. Se concreta en la afirmación de que, más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho>>⁷⁴.

garantías preventivas tienden a prevenir la realización de actos irregulares. Las garantías represivas reaccionan contra el acto irregular una vez realizado, tienden a impedir la reincidencia en el futuro, a reparar el daño que se ha causado, a hacerlo desaparecer y eventualmente, a reemplazarlo por un acto regular. Los dos elementos pueden naturalmente, estar unidos en una sola y misma medida de garantía. Las garantías objetivas, que tienen al mismo tiempo un carácter represivo acentuado, son la nulidad o anulabilidad del acto irregular. La nulidad significa que un acto que pretende ser acto jurídico y, en especial un acto estatal, no es tal objetivamente porque es irregular, es decir, no responde a las condiciones que prescribe una norma jurídica de grado superior>>. (p. 266-267). KELSEN, H. (2011). *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*. Traducción: Rolando Tamayo y Salmorán. Revisión: Domingo García Belaunde. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 15. Madrid. pp. 249-300.

⁷⁴ FERRAJOLI, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez & Andrea Greppi. Séptima edición. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 59).

1.6. LA TRIÁDICA MATERIAL DEL GARANTISMO: DERECHOS FUNDAMENTALES, GARANTISMO PENAL CONSTITUCIONAL Y DERECHOS DE LIBERTAD

Hoy en día los derechos fundamentales⁷⁵ representan las normas jurídicas más importantes dentro de un Estado de derecho, en conjunto construyen el modelo de sistema jurídico en la aplicación de las garantías materiales de los derechos ciudadanos. Pueden considerarse como las supremas cláusulas de máxima reclamación moral tanto de los ciudadanos entre sí, como para los Estados que deben garantizar su cumplimiento.

Desde el punto de vista estructural, los derechos fundamentales se forman a partir de una visión jerárquica como normas de principio⁷⁶ y esas normas tienen preminentemente una textura de normas abiertas, es decir son totalmente distintas a las normas tipo reglas, ya que las primeras

⁷⁵ la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha reiterado la especial visión de los derechos fundamentales en concordancia con los principios rectores del estado social de derecho así: <<Los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva más allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Forman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí. En consecuencia, el estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas; el estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; el estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales>>. (Sentencia C- 587 de 1992 Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón).

⁷⁶ Esta idea ligada estrechamente a la concepción de principios, va a establecer para el constitucionalismo colombiano, que el artículo 230 superior, el cual señala que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, sea entendido de la siguiente manera: A la luz del nuevo derecho o neoconstitucionalismo, este dispositivo constitucional, que si lo leemos de manera literal o con una exegesis radical, su contenido reflejaría el de un derecho, motivado bajo un Estado de derecho híper-legalista de tradición congresual, donde el derecho exclusivamente positivo, sería considerado como la única fuente valida de formación del derecho. <<El Estado de derecho es, sin duda, una conquista definitiva de la humanidad; pero es igualmente evidente también que en nuestro tiempo no puede subsistir ya como mero Estado liberal de derecho, espectador pasivo de la vida social>>. FERNÁNDEZ, T. (1982). *Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos*. Revista de Derecho Político. N°. 15. pp. 21-34. (p.25).

dependen de las situaciones fácticas y jurídicas del caso concreto, de la interpretación al juicio del aplicador o juzgador del derecho, y del sistema de protección jurídica de los derechos. <<Los principios se caracterizan respecto de las otras [disposiciones] porque desempeñan en el ordenamiento jurídico en su conjunto y/o en algunos sectores específicos el papel de [disposiciones] “fundamentales”⁷⁷>>.

Bajo este entendido, una de las propuestas esenciales del trabajo de FERRAJOLI sobre su *visión garantista* de los derechos fundamentales y por ende de los desarrollos normativos de dichos enunciados jurídicos, va a hacer su fundamento teórica que construye la idea de los derechos fundamentales como reglas constitucionales positivizadas.

La cual desde la perspectiva de la filosofía del derecho podría verse como una tesis contraria a la configuración del *no positivismo principialista* defendido por ALEXY⁷⁸, como muestra de una posición superior entre los partidarios de esta tesis en un *constitucionalismo garantista* como estadio de refuerzo del *positivismo jurídico*, FERRAJOLI frente a esta tensión no niega la existencia ni la presencia de un constitucionalismo de principios como una especie de constitucionalismo ético⁷⁹ y sus relaciones

⁷⁷ GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España. (p.151).

⁷⁸ Resulta vital identificar los aspectos teóricos en los que Alexy sienta las bases, de su *no positivismo incluyente*, donde directamente entra a debatir con Joseph Raz, uno de los teóricos del derecho actual más importante, cuyas tesis defienden el concepto del derecho desde el positivismo jurídico: <<El positivismo incluyente es una forma de positivismo, porque afirma que la decisión inicial, en un sistema jurídico particular, de incluir la moralidad en el derecho es contingente o convencional. El no-positivismo sostiene no solo, en contra del positivismo excluyente, que la moralidad no está necesariamente excluida, sino que también se sitúa en contra del positivismo incluyente al señalar que esta necesariamente incluida, por lo tanto el no-positivismo es contrario a ambas formas de positivismo>>. (p. 16). ALEXY, R. (2013). *El no positivismo incluyente*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.º 36. pp. 15-23.

⁷⁹ Al respecto es importante profundizar en la críticas que establece Ferrajoli sobre el constitucionalismo ético o moral, defendido en una parte por Habermas y en otra medida por Alexy: <<La idea ético-constitucionalista de Habermas, que identifica en la constitución en

conceptuales como el fenómeno neoconstitucional. Su teoría se orienta en no discutir los criterios clásicos de distinción entre normas tipo regla y normas tipo principio, centrándose concretamente en los órganos de producción del derecho, tendiente a la consolidación del *paradigma del Estado constitucional*.

En este orden de ideas, los derechos fundamentales se muestran como las garantías constitucionales de protección de los derechos, ya que muchas normas de este tipo no solo se consideran derechos fundamentales en sí mismos, sino garantías jurisdiccionales de protección y judicabilidad de las mismas libertades. Como la garantía constitucional que protege el derecho fundamental de libertad, el *habeas corpus*. Se instituye como una garantía de doble vía en la aplicabilidad de los derechos de primer nivel tal como lo constata la posición de FERRAJOLI:

Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si éstas no han sido producidas—como sí sucede con los derechos patrimoniales—, en correspondencia con los derechos garantizados. Por ejemplo, si se toma la estipulación constitucional, con el derecho a la vida, o bien con un derecho de libertad como el *habeas corpus*, o bien con un derecho social como el derecho a la salud. A falta de la prohibición penal del homicidio o de la garantía procesal de la libertad personal o de una legislación social en materia de asistencia sanitaria —es decir, en ausencia de garantías fuertes, tanto primarias como secundarias— tales derechos son destinados a permanecer en el papel⁸⁰.

En virtud de esto, *los derechos fundamentales en perspectiva general y en particular el derecho de habeas corpus* considerado de doble vía en las

cuanto tal el fundamento de la legitimidad moral, y la iusnaturalista de Alexy, que asume la justicia como condición de validez-las que yo no comparto, justo en virtud de la separación iuspositivista entre derecho y moral>. FERRAJOLI, L. (2006). *Garantismo*. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 29).

⁸⁰ FERRAJOLI, L. (2006b). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 29. pp. 15-31. (p. 30)

garantías primarias de judicabilidad, responde a la necesidad de un derecho punitivo en el ejercicio del castigo penal, al reconocimiento de las técnicas fuertes de garantías propuestas en la crítica que hace FERRAJOLI, sobre la inflexión de los conceptos de la aplicación de la ley penal, y el derecho constitucional particularmente en un derecho del más débil, protegido por los derechos fundamentales como límites al ejercicio del *ius puniendi estatal* superando la concepción del Estado de derecho⁸¹ en sentido clásico.

Sobre la medida de la justicia constitucional el derecho contemporáneo, presenta rasgos de conciliación de las corrientes hegemónicas en la ciencia jurídica hasta antes de la segunda guerra mundial, nos referimos puntualmente a los medios de producción legalistas del derecho. Hoy recobra una especial relación *el castigo punitivo* como una reivindicación ya no del uso desmedido y arbitrario de la fuerza del Estado, sino más bien se busca hoy que los postulados fundamentales presenten barreras de contención y protección en la aplicación de las medidas penales desde el ejercicio racional⁸² y razonable, como medidas estatales en cumplimiento de los postulados del Estado constitucional de derecho.

⁸¹ En apoyo, a la construcción del Estado constitucional liberal, que dio el paso para una concepción del Estado social de derecho, se instituye la idea de la Constitución liberal, como estatuto orientador de los órdenes legales, pero a su vez de los órdenes fundamentales. Así como lo considera ZAGREBELSKY: <<No cabe duda que el Estado de derecho ha representado históricamente uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales liberales, aunque no es en absoluto evidente que sea incompatible con otras orientaciones político-constitucionales. Antes al contrario, en su origen la formula fue acuñada para expresar el Estado de razón (*Staat der Vernunft*), o Estado gobernado según la voluntad general de razón y orientado solo a la consecución del mayor bien general, idea perfectamente acorde con el despotismo ilustrado. Luego, en otro contexto, pudo darse de el una definición exclusivamente formal, vinculada a la autoridad estatal como tal y completamente indiferente a los contenidos y fines de la acción del Estado>>. ZAGREBELSKY, G. (2009). *El derecho dúctil*. Trad. de Marina Gascón. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 22).

⁸² <<En lo que concierne a las agencias ejecutivas, la regla de racionalidad requiere –entre muchas otras cuestiones, claro está– que las instancias encargadas de diseñar la política

Los derechos fundamentales como ley del más débil en la propuesta de Luigi FERRAJOLI como lo indicábamos en el acápite anterior, reclaman una reivindicación desde la metaética de los derechos constitucionales con protección y garantía reforzada como son los fundamentales. La base de su sustento teórico seda en la relación *derechos y garantías* en el derecho del más débil, particularmente en el *garantismo penal* el cual demuestra que los límites en la competencia del derecho a castigar, el Estado no puede anteponerse al reconocimiento de las libertades públicas y garantías de primer nivel en los modernos Estados constitucionales:

El tercer criterio meta-ético idóneo para señalar el carácter “fundamental” de necesidades y expectativas vitales es desde mi punto de vista en que los identifica como otras tantas *leyes del más débil*. Se puede de hecho afirmar que, históricamente, todos los derechos fundamentales han sido establecidos, en las distintas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que en cada ocasión han roto el velo de la normalidad y naturalidad que ocultaba una precedente opresión o discriminación: de los derechos de libertad a los derechos de los trabajadores, de los derechos de las mujeres a los derechos sociales⁸³.

La teoría del *garantismo penal* de Luigi FERRAJOLI en contraste con el modelo jurídico-penal Colombiano pone en evidencia frente al sistema acusatorio, un propósito en la razonabilidad de las medidas de protección de los derechos inalienables, las cuales buscan en el marco la justa proporción de la actividad Estatal.

criminal estatal pergeñen estrategias político-criminales que definan objetivos expresos e instrumenten medios idóneos para alcanzarlos, y que lo hagan en el marco de un programa global, abarcador, de largo alcance. Sólo así el Estado sienta las bases de una intervención que, a través de la posibilidad de contralor por parte de todas las estructuras genuinamente interesadas en el adecuado ejercicio del poder penal, podrá aspirar a razonables cuotas de racionalidad>>. AROCENA, G. (2008). *La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal*. Revista Política Criminal. N°. 6. pp. 1-15. (p. 4).

⁸³ FERRAJOLI, L. (2006a). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 127).

El garantismo penal busca minimizar las acciones desmedidas del derecho penal frente a los rangos de aplicación y actuación de la esfera jurisdiccional, respondiendo a postulados vitales para encontrar la proporcionalidad en las técnicas del ámbito de afectación de los derechos, no solo los fundamentales en un primer nivel desde la esfera de lo inalienable y superior, sino cualquier otra vulneración de bienes jurídicos de segundo orden.

Para el profesor italiano el “derecho del castigo” o el “derecho a castigar” del Estado es un derecho de dolor y de sombra, al considerar que el ejercicio del derecho punitivo y del control social que pretende vincular el *ius puniendi*⁸⁴ se limita aún más, en un Estado constitucional y democrático de derecho.

La relación existente entre ese derecho de castigo y nuestro derecho penal colombiano, en un sistema como el acusatorio propuesto por la ley 906 de 2004 busca acondicionar un postulado de justicia material, frente a un posible conflicto con el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia:

Ciertamente el derecho moderno, el del Estado liberal de derecho, nace en el terreno del derecho penal, como Estado y derecho mínimos dirigidos a organizar, en tutela de los derechos de libertad y de inmunidad, dos tipos de respuestas al dolor infringido, correspondientes a los dos objetivos justificatorios del derecho penal en los cuales he identificado el paradigma del derecho penal mínimo: la minimización del dolor inflingido a los

⁸⁴ Frente a la doble connotación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado y las sanciones con ocasión a actos de la voluntad de la administración, es importante establecer los criterios de distinción que plante la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia: <<Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales. De consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia>>. (Corte Constitucional Sentencia T-011 de 1992 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero).

individuos en las relaciones entre ellos, a través de la prohibición y sanción como delitos de las ofensas producidas a los derechos de los demás; y la minimización del dolor inflingido por el Estado bajo la forma de penas, a través de los límites a las mismas impuestos por los derechos de libertad sobre todo a su potestad de prohibir, es decir de configurar como delitos el ejercicio de libertades fundamentales o comportamientos inofensivos, y en segundo lugar a su potestad de castigar, a través de límites impuestos por las garantías procesales⁸⁵.

El derecho penal garantista busca mediar entre la realización de los fines del Estado, en contra del desarrollo de la empresa criminal en el principio del control social y del control objetivo en la justificación de actos y hechos antijurídicos, operando frente a los dispositivos de coacción, confrontación y determinación de los postulados legales de un derecho penal mínimo, el cual ilimitado frente al Estado legislativo liberal, pierde facultades en la razonabilidad de las leyes penales y en la persecución de la actividad criminal.

Pero entonces, ¿a qué tipo de garantismo punitivo nos referimos cuando proyectamos una confrontación más teórico-nORMATIVA que nominal-material, frente a los derechos fundamentales y las garantías de los derechos y sus libertades como la garantía iusfundamental de *habeas corpus*?

¿Cuál es la cuestión trascendental o más relevante que plantea esta posición mínima de intervención del derecho a castigar del Estado?, la respuesta parece podemos encontrarla en las siguientes líneas:

Arribo así a la cuestión central del garantismo —la de la relación entre derechos fundamentales y garantías—, sobre la cual se ha desarrollado, en un reciente debate, una —ahora— ya vieja polémica. Me refiero a las críticas repetidamente dirigidas por Ricardo Guastini, por Danilo Zolo y por Pablo De Lora a mi tesis según la cual, en ausencia de garantías, es decir, de obligaciones de deberes correspondientes a los derechos constitucionalmente establecidos, no habría, como yo sostengo, una laguna, sino la inexistencia

⁸⁵ FERRAJOLI, L. (2007). *Derecho y dolor*. Isonomia. No. 27. Octubre. pp. 195-204. (p.196).

de los derechos establecidos. Habría finalmente, a despecho de su estipulación constitucional, la inexistencia no sólo de las garantías, sino también de los derechos en sí mismos⁸⁶.

La respuesta de FERRAJOLI a esta *cuestione disputatio* es contundente, pues su propuesta es mucho más revolucionaria de lo que parece, <<no solo en el sentido de las garantías de primer nivel o primarias, y las implicaciones materiales del cumplimiento de las garantías de segundo nivel o secundarias, la contundencia de su propuesta se da en la forma como niega la existencia del mismo derecho constitucional fundamental>>, en este caso piénsese en la acción y derecho de *habeas corpus* en la imposibilidad de su cumplimiento. Es radical la tesis defendida por FERRAJOLI, abarcando además de los márgenes de la fuerza normativa de la Constitución⁸⁷, la consolidación material de la Constitución en su sentido de *judicabilidad real y concreta de los derechos fundamentales*.

Sobre la protección constitucional del *habeas corpus* de conformidad con el artículo 30 de la Constitucional Nacional de Colombia debemos indicar para los términos de este trabajo de investigación doctoral, que nuestra propuesta académica pretende aproximarse a la reflexión de esta garantía constitucional desde la perspectiva teórica de Luigi FERRAJOLI en cuanto a su garantismo penal constitucional. Con relación a esta base, el derecho de *habeas corpus* como garantía material de protección al derecho de libertad, muestra sus rasgos históricos desde el nacimiento del Estado

⁸⁶ FERRAJOLI, L. (2006b). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 29. pp. 15-31. (p. 28).

⁸⁷ La idea de la *fuerza normativa de la Constitución*, presenta hoy solución a los problemas sobre la interpretación de las normas jurídicas como enunciados normativos, tendrían respuestas concretas a los casos en los que sería necesario una aplicación directa de la Constitución, ya que si solo los jueces están sometidos al imperio del ordenamiento jurídico, tomarían en sus decisiones en la construcción de su valoración judicial, todas las normas que componen nuestro orden jurídico como gran sistema de normas.

legislativo o liberal de derecho en la fuerte tradición decimonónica de los Estados:

Si bien en el Estado legislativo la política era omnipotente como fuente de producción del Derecho y no existían normas superiores a la ley, en el Estado constitucional la misma, junto con la actividad legislativa y la de gobierno, aparece subordinada al Derecho. Se subordina ya no sólo a las normas formales sobre la producción jurídica que, en la democracia, aseguran la formación de la voluntad política de la mayoría, sino también a las normas sustantivas expresadas por los derechos fundamentales, esto es, a los límites y a los vínculos sustantivos establecidos por ese programa político en que consiste el pacto constitucional⁸⁸.

En este orden *el derecho fundamental de libertad de habeas corpus*, tiene una pretensión formal de validez desde la relación dual de ser derecho y garantía a la vez, presentando un alcance no solo desde el plano estrictamente legal, equiparando razonamientos propios de un nuevo modelo judicial y de judicabilidad.

Su materialización se estructura entre el observador y el intérprete del derecho, quien debe generar una justicia material que supere los estadios formales de los derechos, en términos Alexyanos el intérprete debe propender por una *pretensión de corrección* del sistema jurídico, como *deber ser* de la ciencia jurídica más allá del Estado de derecho legislativo⁸⁹ y sus

⁸⁸ FERRAJOLI, L. (2008c). *Principia iuris. Una discusión teórica*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº. 31. pp. 393-433. (p. 423).

⁸⁹ La concepción del Estado de derecho legislativo, operó un consenso entre las luchas y disputas de clases. Lo que se desarrolló en el cumplimiento de los poderes públicos representativos del Estado, la no utilización de la fuerza extrema para la realización de sus postulados, y sin duda dejar la aplicación de penas inhumanas y degradantes basadas solo en la tortura física y psicológica. Sobre esta posición Norberto BOBBIO ha indicado: <<En nuestras sociedades pluralistas constituidas por grandes grupos organizados en conflicto entre sí, el procedimiento de la negociación sirve para mantener el equilibrio del sistema social, antes que de la norma social, que al dividir los contendientes en ganadores y vencidos, permite volver a equilibrar el sistema solamente si la minoría puede ser a su vez mayoría. Donde se enfrentan grupos de interés, el procedimiento normal para llegar a decisiones colectivas es el compromiso entre las partes y no la norma de la mayoría, que es la norma fundamental para la formación de decisiones colectivas en cuerpos constituidos por sujetos considerados, en

tesis. ALEXY retoma *la formula Radbruch*⁹⁰ al considerar que la injusticia extrema no puede ser considerada derecho. Más adelante se mostraran las conexiones teóricas en FERRAJOLI y ALEXY que le dan el título al acápite final⁹¹ de este primer capítulo.

Bajo este marco conceptual, la teoría actual de los derechos fundamentales desde una dogmática penal constitucionalizada⁹² propende por una apertura a la dimensión axiológica del derecho, FERRAJOLI direccionará su propuesta frente al derecho más allá de la simple validez formal, llevándola a la validez sustancial o material aplicada a la garantía del habeas corpus como una garantía que prueba la efectividad del derecho, y por ende de la efectividad misma de la justicia penal del Estado en cumplimiento del orden constitucional:

principio iguales». BOBBIO, N. (1987). *Estado, gobierno, sociedad. Contribución a una teoría general de la política*. Plaza & Janes Editores. Primera Edición en Castellano. Barcelona, España. (pp. 132-133).

⁹⁰ Gustav RADBRUCH construyó toda una *Teoría de la acción*, para llevarla al derecho penal dese el concepto valorativo de la antijuridicidad y la culpabilidad, para determinar la noción ontológica del sistema de justicia penal en las modernas concepciones de los nuevos Estados de derecho, reforzados a través de la *materialización de los derechos fundamentales*, y en límite punitivo, como verdaderas medidas de contención del derecho de ultima ratio, como debe ser entendido el derecho penal en su versión posmoderna como superación al conflicto entre positivismo e iusnaturalismo.

⁹¹ 1.5. La conexidad teórica y complementariedad práctica en Alexy y Ferrajoli: reglas, principios y procedimientos. reglas, principios y técnicas de garantía

⁹² <<En el centro de esta idea subyace el sentido del control de constitucionalidad que también evolucionó de su forma política (control político) a su expresión judicial (control judicial) y que se ejerce sobre todos los actos de los poderes públicos, entre ellos, aquellos actos que de modo más visible sirven para expresar legalidad: las leyes. Se avanza entonces en el despliegue y fortalecimiento de mecanismos de control de constitucionalidad de todos los actos de los poderes públicos, entre ellos, aquellos actos emanados del poder legislativo cuando actúa como legislador. De este modo se arbitran y afinan mejores medios de control judicial de constitucionalidad de las leyes, para que cualquier ley que contradiga la Constitución pueda ser declarada nula por vía judicial>>. ROSALES, E. (2006). *Control judicial de constitucionalidad de las leyes penales. Capítulo criminológico*. Revista de las disciplinas del Control Social. N°. 34. Vol. 4. pp. 429-493. (p. 432).

De esta manera, la efectividad se confunde con la validez. Es en esta constante referencia a la práctica judicial, no sólo como criterio de identificación sino también como principal fundamento de legitimidad del Derecho, donde reside el otro elemento que el constitucionalismo argumentativo y principalista comparte no sólo con el realismo sino también con el neopandectismo; que igualmente enfatiza el rol de las praxis, es decir el «Derecho como hecho» más que «como norma», y propone, como alternativa a la crisis de la ley —que se juzga irreversible—, un renovado «rol de los juristas», inspirado por una clara opción iusnaturalista⁹³.

En este sentido, el control de constitucionalidad de las leyes penales demuestra en esta tercera parte del documento, que es indispensable su desarrollo en los modernos sistemas jurídicos contemporáneos, toda vez estos establecen principalmente un modelo reglado de derecho sobre la base del principio de legalidad, un modelo con preponderancia hacia los principios constitucionales, y de los principios rectores del Estado constitucional principios de razonabilidad y proporcionalidad mostrando a través de su aplicación por parte del fallador, otra postura teórica no hegemónica; nutriendo de la axiología propia de las disposiciones iusfundamentales a todo el ordenamiento jurídico, e integrador en la consolidación del Estado constitucional colombiano específicamente *en la ley 906 de 2004*, estableciendo técnicas de garantía y procedimientos materiales para hacer valer y respetar los derechos como función reductora del derecho penal.

⁹³ FERRAJOLI, L. (2011a). *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 34. pp. 15-53. (p. 23).

En este orden de ideas, los procesos de racionalización⁹⁴ del derecho penal en Colombia ha sufrido desde los inicios de la Constitución de 1991⁹⁵ múltiples cambios tanto estructurales como formales en su sentido general, la verdadera opción de cambio de este nuevo derecho penal va a estar dada por la forma en los jueces, en la medida si estos cumplen o no su rol principal de administrar justicia, en función del mandato del Estado constitucional y social de derecho colombiano escapando desde lo estrictamente normativo⁹⁶, preservando la garantía de los derechos inalienables del ser humano.

⁹⁴ <<Una buena demostración de que razonabilidad y proporcionalidad no son lo mismo, aunque se relacionan, se da en aquellos casos en que el acto de un poder público infringe de manera abierta y grosera la igualdad o el debido proceso. Ejemplo de ello sería una medida rotundamente discriminatoria en razón de raza, de edad o de sexo, o que infringiese de manera evidente reglas básicas del debido proceso, como la imparcialidad del juzgador o el derecho a ser escuchado>>. MARTÍNEZ, J. & ZÚÑIGA, F. (2011). *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Estudios constitucionales. N°. 9. Vol. 1. pp.199-226. (p. 202).

⁹⁵ <<Con todo, el esfuerzo del constituyente de 1991 por racionalizar el sistema de justicia penal en Colombia resultó fallido. Ello fue así por cuanto en estricto sentido no se dividieron las funciones de investigación, acusación y juzgamiento ya que, si bien la Fiscalía General de la Nación se configuró como una institución autónoma de los tribunales y los jueces, con atribuciones para investigar y acusar, ella se mantuvo como una autoridad judicial con facultades constitucionales para imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales, proferir medidas de aseguramiento contra personas y bienes y ordenar preclusiones con valor de cosa juzgada. Todo ello con el agravante de la inexistencia de control judicial alguno ya que si bien existían garantías como el habeas corpus y el control de legalidad de las medidas de aseguramiento, su cobertura era sustancialmente limitada>>. URBINO. J. (2005). *Reforma de la justicia penal en Colombia: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública*. X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct. (p. 3).

⁹⁶ Las respuestas a los problemas jurídicos contemporáneos, escapan desde una estricta lógica de lo normativo, presentando nuevas herramientas para el derecho desde la sociología. Así, presentara su propuesta Hernández al señalar que: <<La sociedad implica un proceso de construcción que evidencia la existencia de entramados de significación, se anuncia la posibilidad de establecer vínculos analíticos entre la que podría ser reconocida como una sociología de lo cotidiano y una etnografía interpretativa>>. HERNÁNDEZ, D. (2000). *Cultura y vida cotidiana. Apuntes teóricos sobre la realidad como construcción social*. Revista Sociológica. Año.15. N°. 43. Mayo-Agosto. pp. 87-102. (p.90).

Sobre el *habeas corpus* desde la perspectiva *Ferrajoliana*, nos queda claro que su fuerte influencia como garantía de primer nivel dentro de los modernos Estados constitucionales, opera como una medida de la efectividad propia de nuestro sistema jurídico colombiano, y la factibilidad en el reconocimiento de los derechos fundamentales en su concreción, a fin del reduccionismo del derecho penal o de intervención mínima superando la concepción de aquel Estado policivo⁹⁷ o Estado gendarme.

Al respecto y para los fines de nuestro trabajo doctoral nos interesa identificar, a través de los desarrollos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, el alcance y la finalidad del *habeas corpus* como derecho y garantía, para finalmente observar la labor principal del Estado constitucional⁹⁸ de derecho del cual nos hemos referido a lo largo de este

⁹⁷ <<El Estado de Derecho no es más que un Estado de Policía contenido, encerrado, encapsulado en el interior de esa coraza del Estado de Derecho. Si el Estado de Derecho se debilita, el Estado de Policía sale. Cuanto mejor contiene el Estado de Derecho al Estado de Policía más cerca va estar de ser un Estado de Derecho ideal. Cuanto menos contiene, más lejos va estar del Estado de Derecho ideal>>. ZAFFARONI, E. (2001). *La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carníbero responsable)*. Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre. (pp.5-6). Desde una perspectiva constitucionalista y democrática TOMÁS GIL (2004) plantea la idea y concepto del Estado de policía: <<En consecuencia podemos sostener sin lugar a equívocos que es "el pueblo" quien al configurar constitucionalmente un modelo de Estado diseña los principios inspiradores de una policía determinada, crea un modelo de policía que se podrá encuadrar en uno u otro sistema policial>>. (p.56). GIL, T. (2004). *El sistema de seguridad pública en la Constitución Española de 1978*. Tesis doctoral. Universitat Abat Oliba. Departament de Ciències Jurídiques i Polítiques.

⁹⁸ Como garantía material de protección el derecho de *habeas corpus*, muestra sus rasgos históricos, desde el nacimiento del Estado legislativo o liberal de derecho, desde la fuerte tradición decimonónica de los Estados: <<Si bien en el Estado legislativo la política era omnipotente como fuente de producción del Derecho y no existían normas superiores a la ley, en el Estado constitucional la misma, junto con la actividad legislativa y la de gobierno, aparece subordinada al Derecho. Se subordina ya no sólo a las normas formales sobre la producción jurídica que, en la democracia, aseguran la formación de la voluntad política de la mayoría, sino también a las normas sustantivas expresadas por los derechos fundamentales, esto es, a los límites y a los vínculos sustantivos establecidos por ese programa político en que consiste el pacto constitucional>>. FERRAJOLI, L. (2008c). *Principia iuris. Una discusión teórica*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº. 31. pp. 393-433. (p. 423).

acápite, los principales argumentos constitucionales del Tribunal Constitucional Colombiano, pueden ser condensados en las sentencias C-578/02⁹⁹, C-1056/04¹⁰⁰ y C-187/06¹⁰¹.

En este sentido argumentativo, el Estado constitucional de derecho que engloba la propuesta de FERRAJOL presenta los alcances de la práctica-material sobre la categoría especial de los derechos fundamentales en el sistema jurídico garantista. <<El Estado constitucional democrático se solidifica sobre unos pilares de libertades, siendo estas individuales y colectivas. Lo que está claro es que a la hora de tutelar estas libertades con ellas mismas se van consolidando garantías fundamentales>>¹⁰². Dichas garantías fundamentales son posibles de consolidar con un estudio institucional de las *fórmulas de aplicación* del constitucionalismo no solo secundario, sino primario en los órdenes propios de la estatalidad y funcionalidad del Estado colombiano.

⁹⁹ <<Estado constitucional, La razón primigenia de un Estado constitucional y democrático es cumplir el deber fundamental de proteger a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades>>. (Corte Constitucional, Sentencia C-578/02. Magistrado Ponente: Manuel José CEPEDA ESPINOSA.

¹⁰⁰ <<Alcance, El habeas corpus alude a una protección integral del derecho a la libertad y bien puede el legislador establecer un mecanismo específico de protección como el habeas corpus correctivo para amparar los derechos a la vida y la integridad personal que se encuentran indisolublemente ligados al derecho a la libertad de quien se encuentra privado de ella>>. (Corte Constitucional, Sentencia C-1056/04. Magistrada Ponente: Clara Inés VARGAS HERNÁNDEZ).

¹⁰¹ <<Finalidad, El cometido esencial del hábeas corpus no se puede entender restringido solo a la protección del derecho a la libertad sino que ha de dársele una proyección mucho más amplia en cuanto verdaderamente abarca la garantía de todo el conjunto de derechos fundamentales de la persona que se encuentra privada de su libertad de manera arbitraria o ilegal, y que por esta circunstancia se encuentran en latente y permanente amenaza>>. (Corte Constitucional, Sentencia C-187/06. Magistrada Ponente: Clara Inés VARGAS HERNÁNDEZ).

¹⁰² BECHARA, A. (2011). *Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy*. Revista Saber Ciencia y Libertad. V. 6, N°. 2: 63-76. (p. 64).

1.7. LA TEORIA DEL CONSTITUCIONALISMO DE ROBERT ALEXY: TESIS DE FUNDAMENTACIÓN

La idea de constitucionalismo en Robert ALEXY puede ser sintetizada en su concepción axiológica de la Constitución, defendiendo una lectura de los valores y principios desarrollados en el sistema jurídico concreto y específico directamente en los desarrollos del Tribunal Constitucional, en su labor de control de la fuerza obligatoria de los derechos fundamentales. <<La fuerza obligatoria de los derechos fundamentales es controlada por la Corte Constitucional Federal, la cual para este propósito, tiene un poder extensivo. Este sistema puede llamarse un sistema de derechos fundamentales perfectamente institucionalizado>>¹⁰³.

ALEXY identifica la máxima de proporcionalidad como el mayor desarrollo del constitucionalismo del Estado constitucional y en ese sentido de la misma Constitución. Los tres conceptos constitucionalismo, Constitución y Estado constitucional se conectan en tres postulados precisos: (i). la teoría de los valores¹⁰⁴ y los principios. (ii). El papel del

¹⁰³ ALEXY, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. Distribuciones Fontamara. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Distrito Federal, Mexico. (pp. 34-35).

¹⁰⁴ La teoría de los valores de Robert ALEXY no ha sido tan desarrollada como su teoría de los principios, debido a que los valores se enmarcan como normas constitucionales, en un escenario mucho más indeterminado que las normas tipo principio, nos referimos al escenario axiológico que Alexy describe como conceptos axiológicos de lo bueno, cuando fundamenta su teoría de los valores: <<Los conceptos axiológicos se caracterizan porque su concepto fundamental no es el de mandato o deber ser, sino el de lo bueno. (...) Es posible constatar fácilmente la diferencia decisiva entre el concepto de principio y el de valor. Los principios son mandatos de un determinado tipo, a saber, mandatos de optimización. En cuanto mandatos, ellos pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores de adscriben al nivel axiológico>>. ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (pp. 118-119).

Tribunal Constitucional. (iii). El principio o la máxima de proporcionalidad¹⁰⁵.

Así para los objetivos de esta investigación doctoral, nos centraremos en estudiar y analizar los dos primeros postulados haciendo la salvedad, que le dedicaremos un análisis especial a la *teoria de los valores*. En dicho sentido, consideramos que el papel preponderante de la *interpretación*¹⁰⁶ *constitucional* dentro del constitucionalismo reconocido en el sistema jurídico como Estado constitucional¹⁰⁷ de derecho, pasa por identificar el papel de la axiología de los valores y del Tribunal Constitucional en la determinación de las normas y disposiciones iusfundamentales:

El ejemplo más importante de una posición *constitucionalista* lo ofrece la axiología del Tribunal Constitucional Federal. De acuerdo a esta concepción, que fuera plenamente elaborada por primera vez en el fallo Lüth del año 1958, la ley fundamental contiene en su capítulo sobre derechos fundamentales, un <<orden objetivo de valores>> que, en tanto <<decisión

¹⁰⁵ <<La relación existente entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad constituye uno de los temas centrales del debate constitucional contemporáneo. Respecto de esta relación, dos son las posiciones básicas enfrentadas: la tesis que afirma la existencia de algún tipo de conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el análisis de proporcionalidad, y la tesis que sostiene, por el contrario, la no existencia de una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad>>. ALEXY, R. (2011). *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 91. enero-abril. pp. 11-29. (pp. 11-12).

¹⁰⁶ Dentro de la teoría de la interpretación de ALEXY, es reconocida una teoría interpretativa del derecho como antítesis del paradigma positivista, reconocida como *paradigma interpretativo*, tesis sustentada por el profesor colombiano Julio RODRÍGUEZ: <<El paradigma interpretativo es la antítesis del paradigma positivista. Contrapone la inserción de principios dentro del fenómeno de la interpretación del derecho, incluyendo la moralidad política que emana de la comunidad, pues todos los conflictos sociales tienen solución por medio de la interpretación, aun cuando no exista una norma positiva>>. Rodríguez, J. (2016). *Los paradigmas jurídicos en el Estado de derecho*. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia. (p. 174).

¹⁰⁷ Sobre el concepto de fundamentación del Estado constitucional en Robert ALEXY, ya habíamos tenido una aproximación en el siguiente trabajo: BECHARA, A. (2011). *Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy*. Revista Saber Ciencia y Libertad. V. 6, N°. 2. pp. 63-76.

iusconstitucional fundamental>>, vale para todos ámbitos del derecho y del cual reciben <<directrices e impulsos>> la legislación, la administración y la justicia¹⁰⁸.

El constitucionalismo de ALEXY es <<irradiador¹⁰⁹>> y no excluyente del concepto del legalismo, su conceptualización propende por lograr <<corregir¹¹⁰>> aquellos errores del legislador y del mismo poder jurisdiccional del Estado, su teoría del *constitucionalismo* está más orientada hacia el sentido judicial de la misma, a diferencia de la propuesta y construcción teórica en el constitucionalismo de FERRAJOLI¹¹¹ que es diseñada en el sentido democrático y político.

¹⁰⁸ ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España. (p. 159).

¹⁰⁹ La tesis de la irradiación en ALEXY, es un efecto que produce la expansión normativa de las normas de derecho fundamental, y su alcance a todos las esferas del derecho y del sistema jurídico permeado, por tal característica particular: <<La irradiación de las normas de derecho fundamental en todos los ámbitos del derecho –uno de cuyos aspectos más problemáticos se acaba de tratar al considerar el efecto entre terceros u horizontal- tiene efectos de gran alcance en relación con el carácter del sistema jurídico. (...) Por lo tanto, la irradiación de los derechos fundamentales hacia todos los ámbitos del sistema jurídico, en cuanto derecho positivo, incluye una irradiación de la idea de la justicia en todos los ámbitos del derecho, idea que el propio derecho positivo exige>>. ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (pp. 481-483).

¹¹⁰ <<La segunda propiedad central del derecho en sus pretensión de corrección. Esta posición está en genuina oposición a la coerción o fuerza; uno de los signos esenciales del derecho consiste en que éste comprenda la diferencia entre estos dos conceptos. Como se ha mostrado, la necesidad de la corrección está basada en una necesidad práctica definida por una relación de medio a fin. En este sentido, tiene un carácter teleológico. La necesidad de la pretensión de corrección resulta de la estructura de los actos y del razonamiento jurídicos>>. ALEXY, R. (2003). *La naturaleza de la filosofía del derecho*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 26. pp. 147-159. (p. 156).

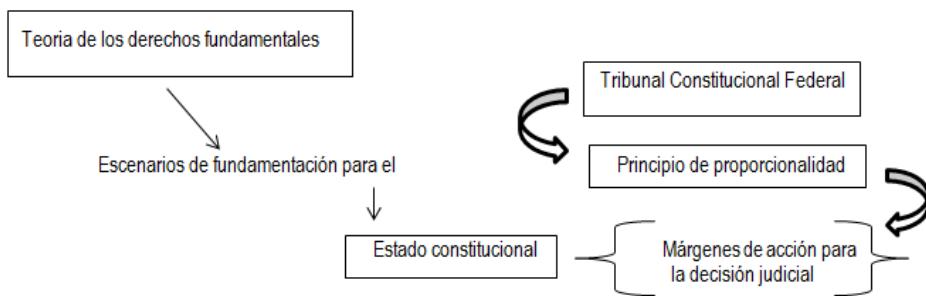
¹¹¹ El constitucionalismo de Ferrajoli, es construido más en una teoría de la democracia, que el constitucionalismo de Alexy el cual se gesta en una teoría del derecho, y los ámbitos de conceptualización son distintos en una y otra propuesta. Ferrajoli desarrolla su constitucionalismo en la democracia constitucional, y su visión garantista de los derechos fundamentales. ALEXY lleva su conceptualización a los desarrollos del tribunal constitucional en el Estado constitucional, y su relación con una teoría judicial de los derechos fundamentales.

La diferencia principal radica en que FERRAJOLI visiona su idea de constitucionalismo en *el paradigma de la democracia constitucional* desde un escenario democrático-jurídico¹¹² y en especial “relación constitucional”, el escenario Alexyano es un escenario más de fundamentación en una *teoría de los derechos fundamentales para el Estado constitucional* y el papel de los Tribunales Constitucionales¹¹³ en la resolución de colisiones entre derechos fundamentales. Podemos graficar los dos conceptos de constitucionalismo en ALEXY y FERRAJOLI con fines ilustrativos y comparativos.

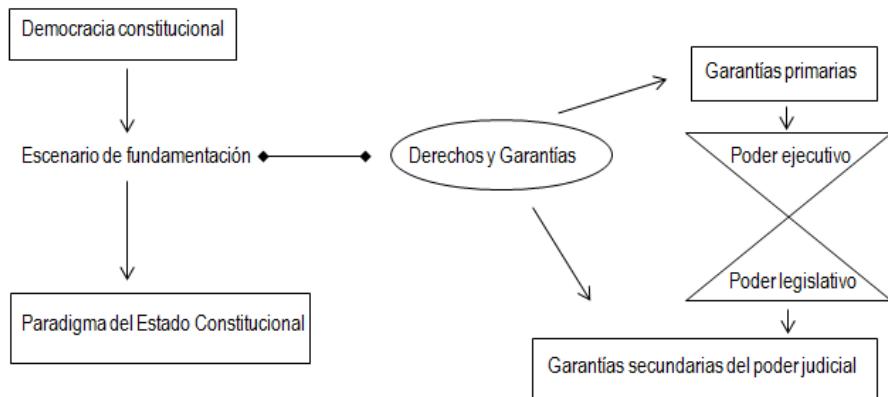
¹¹² Desde un escenario estrictamente jurídico en Ferrajoli, se destaca su defensa de la intervención jurisdiccional de los derechos fundamentales, en su tesis de las garantías secundarias o garantías constitucionales negativas secundarias: <<las garantías constitucionales negativas secundarias, consistentes en el control jurisdiccional de constitucionalidad, pueden ser más o menos incisivas. Históricamente, se han desarrollado dos tipos de control judicial sobre la legitimidad de las leyes: a) el control difuso, implantado en los Estados Unidos y en otros ordenamientos americanos, consistente en la inaplicación en el caso decidido —pero no en la anulación— de la norma inconstitucional, que queda —por ello— en vigor incluso después del reconocimiento de su ilegitimidad, salvo el valor de hecho vinculante del precedente, tanto más autorizado si procede de la Corte Suprema; b) el control concentrado, implantado en Italia y en muchos otros países europeos en la segunda posguerra sobre la base del modelo kelseniano adoptado por la Constitución austriaca de 1920, consistente en la anulación de las normas de ley inconstitucionales, reservada a una Corte constitucional —investida para resolver controversias como lo hace un juez en el curso de un juicio— cuando se trate de una cuestión relevante y no manifiestamente infundada>>. FERRAJOLI, L. (2006b). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 29. pp. 15-31. (pp. 26-27).

¹¹³ <<Una mirada a la práctica de los tribunales constitucionales muestra que el control en la solución de conflictos de derechos fundamentales constituye su pan de cada día. Ello se basa en que una solución desproporcionada de un conflicto de derechos fundamentales significa la violación de un derecho fundamental. Por tanto, las soluciones de conflictos por parte de la mayoría democráticamente legitimada tienen que ser sometidas por lo menos a un examen jurisdiccional-constitucional de proporcionalidad>>. ALEXY, R. (2003c). *La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 26. pp. 173-201. (201).

Constitucionalismo Alexyano



Constitucionalismo Ferrajoliano



Grafica 2. Fuente propia.

ALEXY se preocupa más por la decisión judicial¹¹⁴ orientada a construir la materialización de la norma de derecho fundamental y FERRAJOLI en

¹¹⁴ <<El primer aspecto es la pretensión de que la decisión está correctamente justificada si se presupone el Derecho establecido, cualquiera que éste sea. El segundo aspecto es la pretensión de que el Derecho establecido, en el cual se basa la decisión, es justo y razonable. Ambos aspectos están contenidos en la pretensión de corrección que aparece en las decisiones judiciales. Las decisiones judiciales no sólo pretenden ser correctas en el esquema del orden jurídico válidamente establecido, sino también pretenden ser correctas en cuanto decisión

cambio muestra sus inquietudes y esfuerzos teóricos a fundamentar la idea de una democracia constitucional para los derechos fundamentales, donde *el rol de garantía* se ejerce en el ámbito jurisdiccional secundario, precedido también de un *rol de garantía primario* de los derechos fundamentales en el poder ejecutivo y en el poder legislativo.

En este orden conceptual, el constitucionalismo de ALEXY encuentra tensiones teóricas con el legalismo como tesis de fundamentación de los *sistemas jurídicos* constitucionalizados pero orientados a la reivindicación del principio de legalidad *meta positivizado*¹¹⁵ ahora en las cartas o leyes fundamentales. Siendo su *teoría de principios* el engranaje de su concepto de Constitución, ALEXY supera el debate dentro del constitucionalismo según el cual la Constitución¹¹⁶ debe ser o no un <<huevo jurídico originario formulado por FORSTHOFF>>:

Según la teoría de los principios, una buena Constitución tiene que combinar estos dos aspectos; debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco. Esto es posible, si, 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

jurídica>>. ALEXY, R. (1999). *La tesis del caso especial*. Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política. N. 21. pp. 23-35. (p. 32).

¹¹⁵ Es importante para los fines de la conceptualización del constitucionalismo Alexiano, su visión sobre los sistemas jurídicos justificados desde una lectura positivista de los mismos: <<Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y/o eficacia. Un tal sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto; sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados>>. ALEXY, R. (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 5. pp. 139-151. (p. 139).

¹¹⁶ Resulta trascendental el concepto de Constitución, que plantea el profesor español Francisco RUBIO LLORENTE: <<La Constitución es, precisamente, un instrumento jurídico que tiene como objetivo concreto el de garantizar el carácter representativo de todos los órganos del poder y, al mismo tiempo, establecer los límites eficaces de actuación de ese poder o, lo que es lo mismo, crear al ciudadano ámbitos de libertad dentro de los cuales pueda actuar sin temor a ninguna intromisión del poder>>. RUBIO LLORENTE, F. (1982). *Del tribunal de garantías al tribunal constitucional*. Revista de Derecho Político. Núm. 16. pp. 27-37. (p. 27).

márgenes de acción; y, en tercer lugar, si mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden y deben ser decididas por una Constitución. La pregunta que se plantea es si estos postulados pueden ser satisfechos cuando se acepta que los derechos fundamentales tienen la estructura de principios¹¹⁷.

ALEXY reconoce en dicho sentido que el constitucionalismo que defiende propende por la *independencia del derecho ordinario legislado*, indicando que la teoría de principios¹¹⁸ que llevaría a la configuración teórica de un *constitucionalismo principialista*¹¹⁹, no desborda los límites competenciales del legislador¹²⁰, pues los principios están exclusivamente

¹¹⁷ ALEXY, R. (2002). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año. 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre. pp. 13-64. (p. 23).

¹¹⁸ Una de las críticas más relevantes que se le han hecho a la teoría de principios de ALEXY, es la que establece el profesor español José Juan MORESO, en especial sobre la *fórmula del peso* de ALEXY, y la aplicación de su modelo ponderativo: <<La primera duda que se me plantea es la siguiente: dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos. No conozco ninguna escala de este tipo que pueda ser aceptada razonablemente. Al respecto Alexy sólo nos da una pista: que el derecho a la vida tiene mayor peso abstracto que la libertad general de actuar. Se trata de una intuición plenamente aceptable, como es obvio, pero está muy lejos de ser ni siquiera el núcleo de una escala de ordenación de todos los derechos constitucionales>>. MORESO, J. (2003). *Alexy y la aritmética de la ponderación*. Iuris. vol. 16. pp. 433-449. (p. 435). También se ha dirigido una crítica en el mismo sentido a la Formula del peso Alexyana, por el profesor argentino Ricardo GUIBOURG en el texto: GUIBOURG, R. (2011). *Alexy y su fórmula del peso*. En: Gustavo BEADE & Laura CLÉRICO. (Eds.). *Desafíos a la ponderación*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. N. 57. Bogotá, Colombia.

¹¹⁹ ALEXY en un reciente *paper* defiende su teoría principalista de los derechos fundamentales, de los principales críticos así como las objeciones que pretenden restarle alcance a la misma: <<En este trabajo se defiende la teoría principalista de los derechos fundamentales de las críticas que la acusan de ser incapaz de determinar de forma adecuada la relación entre los derechos fundamentales y el control constitucional, con la democracia. Para llegar a una adecuada teoría de la discrecionalidad legislativa, se necesita analizar el papel de los principios formales en la ponderación>>. ALEXY, R. (2014). *Principios formales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 37. pp. 15-29. (p. 15).

¹²⁰ <<Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos

en las Constituciones, consagrados esencialmente en la Constitución o constituciones del Estado Constitucional y democrático de derecho. <<En un Estado constitucional democrático, los principios tienen sino exclusivamente si en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución. No se pierde por ello la independencia del derecho legislado ordinario>>¹²¹.

derechos, no representa un ejercicio inconstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no solo está permitido sino también ordenado por la Constitución>. ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (p. 484).

¹²¹ ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España. (p. 176).

1.8. CONEXIDAD NECESARIA: DERECHOS FUNDAMENTALES Y TEORÍA DE PRINCIPIOS

Uno de los elementos esenciales de la teoría del *constitucionalismo* de Robert ALEXY es su defensa de los derechos fundamentales, los cuales responden a una conexidad necesaria a su estructura normativa de principios, denominada por el profesor alemán como *la segunda tesis de la necesidad*¹²², la cual recoge sus postulados centrales en la conocida *teoría de los principios* la cual fundamenta una postura axiológica de la Constitución como un orden normativo de valores y principios, donde realmente los principios en el Estado constitucional de derecho van a posibilitar la concreción de las disposiciones iusfundamentales que emanan de la misma Ley Fundamental. Dicha concepción a su vez genera la tesis de *la naturaleza dual del derecho*¹²³ y de *la doble naturaleza los derechos*

¹²² <<Los principios están conectados con todas las normas de derecho fundamental independientemente si ellos, como tales, tienen carácter de reglas o de principios. Una conexión real se da en todos aquellos casos en los cuales las normas de derecho fundamental, tal como están determinadas en la Constitución, tienen que ser interpretadas directamente como principios. Esta combinación de conexiones reales y potenciales, que tiene su origen en la doble naturaleza del derecho, sirve para fundamentar la segunda tesis de necesidad>>. ALEXY, R. (2011). *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 91. enero-abril. pp. 11-29. (p. 26-27).

¹²³ <<La naturaleza dual del derecho implica que éste comprende necesariamente dos principios: el principio de la justicia y el principio de seguridad jurídica. El principio de seguridad jurídica es un principio formal, que requiere un compromiso con lo que se expide autoritativamente y es socialmente eficaz. El principio de justicia es principio material o sustantivo que exige que la decisión sea moralmente correcta. Estos dos principios —como generalmente ocurre con los principios— pueden colisionar, y de hecho colisionan con frecuencia. Ninguno de los dos en ningún caso podrá suplantar al otro completamente. Por el contrario, la naturaleza dual del derecho exige que puedan ser vistos en una proporción correcta entre sí, y esto, a su vez, sólo se pueden lograr por medio de la ponderación. La idea de una frontera exterior del derecho es el resultado de tal ponderación, esto es, de equilibrar los principios de seguridad jurídica y justicia>>. ALEXY, R. (2013). *El no positivismo incluyente*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 36: 15-23. (p. 21).

*fundamentales*¹²⁴ superando la positivización¹²⁵ de las normas iusfundamentales como primera naturaleza de los derechos. <<Así pues, la tesis de la doble naturaleza conduce primero hasta la idealidad, en forma de corrección y discurso, y después hasta la Facticidad, en forma de legalidad y eficacia>>¹²⁶.

Como lo mencionamos en la introducción de este capítulo ALEXY toma la influencia de *los principios en el derecho*, especialmente de las recepciones teóricas de Ronald DWORKIN. Específicamente sobre la distinción especial en DWORKIN que determinó una característica totalmente distinta a las normas tipo regla por parte de los principios, Llamada por el como *la dimensión del peso o la importancia* como crítica al positivismo jurídico y a un derecho preeminente gestado desde *la fuerza del legislador*. <<Ningún legislador puede crear un sistema de normas tan perfecto que cualquier caso pueda ser resuelto únicamente mediante la

¹²⁴ <<Los derechos fundamentales son en realidad derecho positivo, es decir, derecho positivo a nivel de la Constitución. Sin embargo, esto no es suficiente para explicar su naturaleza. La positividad representa sólo un lado de los derechos fundamentales, es decir, su lado real o fáctico. Además de esto, ellos poseen una dimensión ideal>>. ALEXY, R. (2011). *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 91. enero-abril. pp. 11-29. (p. 24).

¹²⁵ <<Alexy sostiene que la tesis de la naturaleza es incompatible tanto con el positivismo jurídico exclusivo como con el positivismo jurídico inclusivo. Asimismo, esta tesis es incompatible con algunas variantes del no-positivismo, de acuerdo con las cuales, la validez jurídica se pierde en todos los casos en que existe un defecto o un demerito moral (no-positivismo jurídico exclusivo) o que dicha validez no se afecta de ninguna manera a causa de los defectos o deméritos morales (la forma más extrema de no-positivismo jurídico inclusivo)>>. BERNAL, C. (2011). *La tesis de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy*. En: Bernal C. (Edit.) *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Palestra editores. Lima, Perú. (p. 16).

¹²⁶ ALEXY, R. (2009). *Los principales elementos de mi filosofía del Derecho*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 32. pp. 67-84. (p.76).

mera subsunción de la descripción de los hechos bajo el supuesto de hecho de una norma>>¹²⁷.

Tal dimensión del peso o importancia le otorga un papel especial a los principios jurídicos y a las normas estructuralmente diferenciadas por las reglas no exclusivamente por su textura abierta, toda vez que es HART quien afirma precisamente esta característica general de algunos tipos de normas inclusive de las mismas reglas. La lectura de DWORKIN que proyecta *una interpretación de principios*¹²⁸ por parte del juez o el operador jurídico, para lograr establecer un significado a la materialización del peso de los principios en sentido cuantitativo, y a la dimensión de la importancia de los principios en sentido estrictamente cualitativo o valorativo:

Los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada¹²⁹.

La teoría de principios de DWORKIN permea tanto los ordenamientos y sistemas jurídicos influenciados por el *Common Law* y por el *Civil Law*,

¹²⁷ ALEXY, R. (2000). *La institucionalización de la razón*. Persona y Derecho. Vol. 43. pp. 217-249. (p. 243).

¹²⁸ DWORKIN establece la necesidad de establecer una *interpretación de principios*, al mismo texto constitucional, y distingue cuando el escenario de la interpretación confunde la interpretación de la ley desde una perspectiva positivista, y a la interpretación de la Constitución desde una orientación principalista: <<Los juristas positivistas creen que las proposiciones del derecho son, en efecto, por completo descriptivas: son piezas históricas. Desde este punto de vista, una proposición del derecho es verdadera solo cuando se ha producido algún hecho legislativo declarado como tal y, si no, no lo es. La definición funciona bastante bien en casos muy simples. (...) Cuando una norma (o la Constitución) no es clara en algún punto, porque algún término crucial es vago o porque la formulación es ambigua, los abogados dicen que se debe interpretar la norma, y aplican lo que llaman “técnicas de interpretación de la ley”>>. Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Traducción de Victoria Boschirolí. Siglo veintiuno editores. Buenos Aires, Argentina. (pp. 192-193).

¹²⁹ ATIENZA, M. & RUIZ MANERO, J. (1991). *Sobre principios y reglas*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 10. pp. 101-120. (p.108).

en la aplicación de su concepto de *derecho como integridad* y su visión interpretativa de las normas de principio, a la materialización de los derechos fundamentales por parte del juez constitucional. <<Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos>>¹³⁰.

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

ALEXY identifica que la estructura normativa de las disposiciones de derechos fundamentales es precisamente la estructura principialista, siendo los derechos fundamentales eminentemente normas jurídicas de principio. Desarrollando su concepto de *mandatos de optimización*¹³¹ al identificar que los derechos fundamentales, son mandatos que direccionan e imponen el juez constitucional en aras de su cumplimiento material, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas reales de su cumplimiento,

¹³⁰ ALEXY, R. (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 5. pp. 139-151. (p. 139).

¹³¹ <<Las reglas son normas que requieren que algo sea realizado de manera definitiva. Son por tanto mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. En contraste, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Así, los principios son mandatos de optimización. Su forma de aplicación es la ponderación. Esta distinción teórico-nORMATIVA se articula con la interpretación de los derechos constitucionales mediante la tesis conforme a la cual estos derechos tienen esencialmente la naturaleza de principios>>. ALEXY, R. (2013). *Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa*. Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. (p.50).

tal concepto desarrolla además la condición *prima-facie*¹³² de los derechos fundamentales como normas de principio:

Las normas jurídicas establecidas constituyen razones *prima-facie*, que han de ser sopesadas y ponderadas con otras razones. Estas razones *prima-facie* son razones de primer orden para la realización de una cierta acción, H, y, al mismo tiempo, razones de segundo orden. En esta última capacidad, indican que las razones para no ser H pueden prevalecer solo si son particularmente fuertes, esto es, claramente más fuertes de lo que necesitan ser en un debate moral libre¹³³.

Si los derechos fundamentales son estructuralmente principios, los principios configuran la estructura normativa de los derechos fundamentales y la misma *estructura normativa de la Constitución*¹³⁴, al ser los principios eminentemente normas de textura abierta, el juez necesariamente debe hacer una interpretación más exhaustiva para lograr determinar la aplicación del principio con mayor peso, en las eventuales colisiones entre principios constitucionales. <<Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principio

¹³² <<Además de las reglas, las posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por los principios en oposición. Por tal razón, los principios, considerados cada uno de ellos por separado, siempre se componen simplemente de mandatos prima facie. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio en relación con aquello exigido por otros principios se logra a través de la ponderación. Así, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios>>. ALEXY, R. (2014). *Principios formales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 37. pp. 15-29. (p. 17).

¹³³ PECZENIK, A. (1992). *Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 12. pp. 327-331. (p.329).

¹³⁴ <<La alternativa entre el Estado jurisdiccional y el Estado de legislación es una contraposición entre dos tipos de distribución de competencias. Bockenforde asocia esta dicotomía, ubicada en el nivel de las competencias, con una segunda alternativa que se sitúa en el ámbito de la estructura y el contenido de las normas constitucionales y, consiguientemente, de la Constitución como estructura normativa. Se trata de la opción entre la Constitución como orden marco o la Constitución como orden fundamental>>. ALEXY, R. (2002). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año. 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre. pp. 13-64. (p. 17).

—como quiera que solo pueden entrar en colisión principios validos— tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso>>¹³⁵.

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

¹³⁵ ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos BERNAL PULIDO. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (p. 71).

1.9. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL ESPECIAL: ALEXY Y LOS CÁNONES DE INTERPRETACIÓN EN EL USO DE PRECEDENTES

La interpretación de los derechos fundamentales está orientada al modelo de adjudicación del derecho¹³⁶, a la forma de aplicar las *normas positivas de primer nivel* como normas positivas de legalidad, y las *normas positivas de segundo nivel* o normas positivas de constitucionalidad. Negar la existencia de una interpretación como el primer paso para encontrar la respuesta correcta¹³⁷ y con ella la decisión eficaz de derechos fundamentales, es negar la existencia de un *constitucionalismo del juez constitucional*, que busca superar los márgenes formales de la norma positiva constitucional, para otorgar la sustancia y materialización misma de la disposición constitucional iusfundamental.

ALEXY ha establecido una relación necesaria entre la interpretación de los derechos fundamentales y la argumentación de los mismos, como escenarios de complementariedad o más aun; como *argumentos interpretativos*¹³⁸. Los cánones de la interpretación en ALEXY se refieren a la particularidad de la conexión de una teoría de la argumentación jurídica

¹³⁶ Como modelo de adjudicación del derecho, se entiende la relación entre interpretación jurídica y argumentación judicial, los dos elementos construyen el escenario de aplicación para la adjudicación del derecho como modelo orientado a la construcción de la respuesta correcta en la decisión judicial, orientada en el ámbito constitucional a la decisión de derechos fundamentales.

¹³⁷ <<La noción de respuesta correcta es ambigua. En su versión fuerte, significa que existe una respuesta “escondida” en el ordenamiento jurídico y que puede ser deducida de premisas axiomáticas y evidentes. En su versión débil, por el contrario, significa que, para un juez o un teórico del Derecho, la respuesta correcta funciona como una guía. Pero esto último resulta problemático desde un punto de vista metodológico (¿cómo encontrar la respuesta correcta?), epistemológico (¿cómo saber que se ha encontrado?) y ontológico (¿existe una respuesta correcta?).>>. ATIENZA, M. (2009). *Sobre la única respuesta correcta*. Revista Jurídicas. Vol. 6. No 2. pp. 13-26. (p.14).

¹³⁸ ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (p. 226).

para una aplicación judicial¹³⁹ de la teoría de los derechos fundamentales, estos dos textos¹⁴⁰ en ALEXY son fundamentales en su obra la teoría de la argumentación jurídica y la teoría de los derechos fundamentales, donde pueden recogerse a groso modo la mayoría de sus tesis de fundamentación. Al final de este acápite mostraremos el esquema donde evidenciamos, los seis tipos de argumentos que integran los cánones de la interpretación de ALEXY.

*La interpretación constitucional especial de los precedentes*¹⁴¹, que orienta la interpretación de los derechos fundamentales como normas positivas de segundo nivel, donde la característica de aplicación se da en el contexto de la eficacia del derecho o en una dimensión que supera la dimensión de la validez jurídica en estricto sentido, dimensión clásica de las normas positivas de primer nivel que son las legales o estructuralmente

¹³⁹ <<Los derechos fundamentales revelan su centralidad en la aplicación judicial del derecho: el primero es el de su papel en la articulación de las formas y los modos de la jurisdicción, esto es, en la (re)definición de las modalidades procedimentales con arreglo a las cuales se da aplicación judicial del derecho; el segundo perfil es el de su papel, no en la (re)definición de las modalidades procesales, sino en la (y por la) resolución misma de las controversias, esto es, en la identificación y/o en la interpretación del derecho en base a la cual decidir acerca de las controversias>>. MAZZARESE, T. (2003). *Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 26. pp. 687-716. (p. 691).

¹⁴⁰ Los dos textos que nos referimos, son capitales en la obra de ALEXY y en la conformación de sus tesis de fundamentación son: ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos BERNAL Pulido. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. Existe un tercer texto en grado de importancia que es: ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España. Donde ALEXY desarrolla su filosofía del derecho en torno a su concepto de derecho y las disputas con el positivismo jurídico y su construcción de su *no positivismo jurídico*.

¹⁴¹ <<Desde el punto de vista de la teoría de la interpretación, la razón de ser del precedente radica en la imposibilidad de que el ordenamiento jurídico esté siempre en condiciones de ofrecer al intérprete una y sólo una respuesta correcta para resolver un conflicto jurídico>>. GASÓN, M. (1993). *Igualdad y respeto al precedente*. Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. N. 2. Año.1. pp. 211-228. (p. 213).

regladas. <<Ahora se ve claramente que a la legalidad conforme al ordenamiento tienen que agregarse la eficacia social y la corrección material no en una relación general cualquiera sino jerárquicamente ordenada>>¹⁴².

Los cánones de la interpretación posibilitan así, los escenarios de fundamentación para la escogencia de los argumentos interpretativos adecuados, como un modelo argumentativo¹⁴³ de principios. <<Una de las tareas más importantes de los cánones consiste en la fundamentación de tales interpretaciones. Que se sintetizan tradicionalmente con los argumentos interpretativos. Su sentido consiste simplemente en aclarar la función de estas formas de argumentación en el discurso jurídico>>¹⁴⁴.

En este orden conceptual los cánones de la interpretación permiten ir configurando *la respuesta correcta*, como formación y construcción de la decisión judicial en aras del establecimiento del precedente, ALEXY distingue que los cánones no garantizan directamente el cumplimiento del *principio de seguridad jurídica*¹⁴⁵, pero construyen el camino hacia la

¹⁴² ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España. (p.94).

¹⁴³ <<Muy distinto es el enfoque del modelo argumentativo o de principios y no reiteraremos sus diferentes consecuencias en los casos examinados. Su aspecto fundamental consiste precisamente en un entendimiento amplio de los derechos y de las cláusulas materiales de la Constitución para, a partir de ahí y apelando a una racionalidad jurídica que a todos alcanza, o debe alcanzar, proceder a un examen, no de la competencia legislativa en sí misma, sino de sus ejercicio a la luz de las razones en pugna>>. PRIETO SANCHÍS, L. (2004). *El constitucionalismo de los derechos*. Revista Española de Derecho Constitucional. No 71. pp. 47-72. (p.72).

¹⁴⁴ ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (p. 226).

¹⁴⁵ ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (p. 240). Sobre el concepto del valor de seguridad en el contexto español, sobre la defensa del mismo desde el Estado constitucional de derecho observar a: LIFANTE, I. (2013). *Seguridad jurídica y previsibilidad*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 36. pp. 85-105.

argumentación jurídica y a la pretensión de corrección del juez constitucional en cabeza de la labor de interpretación del Tribunal Constitucional. <<Los cánones no ofrecen una garantía de que se encuentre el único resultado correcto con una seguridad relativamente grande, (...) son formas de las que tiene que sirve la argumentación jurídica si quiere cumplir con la pretensión de corrección>>¹⁴⁶.

Los cánones de la interpretación en el uso de los precedentes direccionan la hermenéutica constitucional especial, hacia la práctica jurídica¹⁴⁷ de los derechos fundamentales. Dicha práctica jurídica es posible en la construcción de una dogmática correcta sobre el uso de los precedentes, que superen la jerarquía vertical de la cual goza la conformación de los precedentes en la jurisprudencia de algunos países

¹⁴⁶ Es importante destacare el concepto de seguridad jurídica en ALEXY, el cual es fundamentado desde la Formula RADBRUCH: <<Un tercer argumento contra el concepto no positivista de Derecho aduce que éste pone en peligro la seguridad jurídica. Este argumento, de hecho, afecta a aquellas variantes del no positivismo que exigen una coincidencia completa entre el Derecho y la moral, esto es, dicen que toda injusticia conduce a la pérdida de la cualidad jurídica. Para Radbruch la seguridad jurídica es un valor de alto rango. Su discurso sobre "graves" y "tremendos peligros para la seguridad jurídica" muestra que sabe lo que está en juego. La fórmula de Radbruch no es el resultado de una intuición iusnaturalista o de una reacción emocional ante el nacionalsocialismo, sino el resultado de una minuciosa ponderación entre los tres elementos de los que consta, para Radbruch, la idea de Derecho, que él vincula - a semejanza aquí de la pretensión de corrección- al concepto de Derecho. Estos tres elementos son la justicia, la adecuación y la seguridad jurídica>>. ALEXY, R. (2001). *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. N° 5. pp. 75-95. (p.90).

¹⁴⁷ <<La actividad interpretativa del derecho implica necesariamente participar en la práctica jurídica. Y esta participación se lleva a cabo a través de las valoraciones que la interpretación conlleva. La corrección de la interpretación jurídica dependerá, pues, de la coherencia de la interpretación con la "mejor" reconstrucción de la práctica jurídica (es decir, con aquella que consiga desarrollar al máximo su valor, y es precisamente la concepción que se sostenga sobre ese valor la que puede justificar el sometimiento a ciertas autoridades: a sus palabras o a su intención, pero no al contrario)>>. LIFANTE, I. (2016). *Constitucionalismo e interpretación*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N. 2. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. pp. 47-78. (p. 74).

influenciados por el sistema del *civil law*¹⁴⁸ de tradición romano-germánica, como es el caso de la *justicia de precedentes en Colombia*, al configurarse una verdadera jerarquización en esta fuente formal para la aplicación y consecución de los fines prácticos del derecho que es la administración de justicia y el poder judicial en cabeza de los órganos con fuerza jurisdiccional:

La tesis escéptica descree de la posibilidad de fundamentar la idea de precedente en el derecho colombiano. Su principal asidero estriba en una interpretación histórica y literal del mencionado artículo 230 de la Constitución. Fiel a la voluntad del Constituyente, esta interpretación sostiene que la Constitución definió a la ley como la única fuente del derecho que vincula al juez, para proteger la independencia judicial⁶. Además, esta tesis señala que en el derecho colombiano no existe una disposición que imponga al juez el deber de sujetarse a la jurisprudencia de las altas cortes y que el principio del *stare decisis* es propio de un modelo de “case law”, incompatible con nuestro sistema de derecho continental¹⁴⁹.

La cuestión fundamental sobre el uso de los precedentes en ALEXY radica principalmente, que estos validan la tesis de la pretensión de corrección del Estado constitucional de derecho defendida por el profesor alemán, como sistema jurídico integrado por *reglas, principios y procedimientos*. Estableciendo que los principios cumplen un papel irradiador sobre las demás normas u órdenes normativos concretos, sustentada en la *tesis de irradiación*, esta fundamentación es entendida en el plano de su construcción teórica del Estado constitucional.

¹⁴⁸ <<En la tradición jurídica del *civil Law* se habla de “jurisprudencia” para referirse al conjunto de las sentencias juridiciales; pero lo importante es que no se las ve solo como documentos en los que se declara el Derecho existente, ni como meras fuentes de normas individuales (dirigidas a las partes del proceso), sino como un conjunto de documentos del que se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales>>. AGUILÓ, J. (2015). *Fuentes del derecho*. En: Jorge FABRA & Verónica RODRÍGUEZ. (edit.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 713. Universidad Nacional Autónoma de México. D.F. Mexico. (p. 1050).

¹⁴⁹ BERNAL, C. (2008). *El precedente en Colombia*. Revista Derecho del Estado N. 21. Diciembre. pp. 81-94. (p. 85).

Con relación al plano pragmático el uso de los precedentes¹⁵⁰ tiene una doble dimensión, esta característica en ALEXY es casi habitual en la gran mayoría de tesis que conforman su obra y su pensamiento jurídico, basta con recordar que líneas atrás hablamos de la tesis de la doble dimensión del derecho, y de la dimensión dual de los derechos fundamentales. Permitiendo un escenario de justificación donde la práctica de los derechos en los *sistemas jurídicos constitucionalizados*, reivindica el papel de los derechos fundamentales denominados por ALEXY como *sistemas de derechos fundamentales*¹⁵¹ *perfectamente institucionalizados*.

En este sentido, el tópico del precedente o de los precedentes es un escenario a su vez complejo, porque este se aborda algunas veces desde la

¹⁵⁰ Es importante destacar las ventajas del uso de la doctrina del precedente o de los precedentes en el ámbito de la doctrina española, como lo destaca la profesora Teresa GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ: <<El recurso a la técnica del precedente judicial nos permite alejarnos de los inconvenientes ligados a una visión normativista-formalista del Derecho y, en concreto, nos permite resolver la mayoría de los problemas teóricos que la jurisprudencia ha venido planteando hasta el momento. Más concretamente, esta técnica permitiría, en primer lugar, suprimir la reiteración o repetición innecesaria de decisiones judiciales y, en segundo lugar, homogeneizar los niveles jurisprudenciales, relativizándose en consecuencia la jurisprudencia de los órganos judiciales superiores [Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional] para dar cabida a los precedentes de todos los tribunales. De este modo se relativiza, en definitiva, la fuerza vinculante del precedente, tradicionalmente ligada a la doctrina del Tribunal Supremo>>. GARCÍA-BERRIO, T. (2007). *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación*. FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época. N. 4. pp. 127-152. (pp. 146-147).

¹⁵¹ <<No hay duda de que las cosas son diferentes en sistemas que no son sistemas de derechos fundamentales perfectamente institucionalizados, por ejemplo, por carecer de derechos fundamentales en el nivel constitucional, o porque no hay un tribunal constitucional. Sin embargo, mi tesis es que, no obstante, -siempre que se trate de sistemas de tipo democrático constitucional occidentales- los derechos fundamentales juegan un papel importante en los sistemas jurídicos, por lo menos desde un punto de vista substancial. En esos sistemas jurídicos, el papel de los derechos fundamentales se debe a la práctica jurídica, y dentro de la práctica jurídica éste se manifiesta en el razonamiento práctico. Desde un punto de vista crítico se podría decir que los derechos fundamentales deben ser promovidos por la práctica jurídica e institucionalizados por decisión política>>. (p. 45). ALEXY, R. (1994). *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*. Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Núm. 1. Octubre. pp. 37-49

teoria del derecho, otras desde la teoria constitucional o del constitucionalismo¹⁵², también en ciertas ocasiones desde la interpretación y en algunas oportunidades puede ser visto desde el escenario de la argumentación jurídica. Denomínanos así, como respuesta al escenario complejo de los precedentes *la doble dimensión de los precedentes*, (i). Una primera dimensión se da en el desarrollo de una teoria de la interpretación de los derechos fundamentales, en el desarrollo de una segunda dimensión (ii) en la gestación de una teoria de la argumentación de los derechos fundamentales, es decir argumentos especiales de disposiciones iusfundamentales.

Estos son argumentos de principios y argumentos interpretativos como argumentos propios para la justificación de la decisión judicial. <<Motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan. Aparentemente, por tanto la obligación de justificar una decisión queda satisfecha simplemente presentando una sentencia en la que se recoja una fundamentación jurídica, un razonamiento que contenga la decisión tomada>>¹⁵³.

Este escenario de *la doble dimensión de los precedentes* pone de presente los dos niveles de conceptualización propuestos por ALEXY, pero no resuelven su preocupación en cuanto a determinar la existencia del

¹⁵² Dentro de la teoria del constitucionalismo la teoria del derecho ha reflejado una fuerte influencia en dicho fenómeno, así lo destaca Atienza como superación del positivismo tradicional, y el paso del constitucionalismo como postulado orientador de los actuales sistemas jurídicos: <<La teoria del derecho del constitucionalismo sería aceptable en la medida en que da cuenta, mejor que la del positivismo tradicional, de ciertos rasgos que caracterizan la estructura y el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos; por ejemplo, hoy no sería ya sostenible defender (como lo hizo el positivismo decimonónico) tesis como el estatalismo, el legicentrismo o el formalismo interpretativo>>. Atienza, M. (2012b). *Interpretación constitucional*. Segunda edición. Departamento de Publicaciones Universidad Libre. Bogotá, Colombia. (p. 70).

¹⁵³ EZQUIAGA, F. (1994). *Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional*. Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Núm. 1. Octubre. pp. 69-98. (pp. 72-73).

precedente como fuente de derecho, preocupación no solo presentada en ALEXY la cual ha sido discutida a gran escala en los sistemas jurídicos de corte continental:

La importancia, al menos fáctica, que tienen los precedentes también en el Derecho europeo-continental es hoy subrayada desde todos los lados. Lo que se discute es su valoración teórica. La discusión se centra ante todo en la cuestión de si se les puede atribuir el carácter de fuente del Derecho¹⁵⁴.

La respuesta al interrogante de ALEXY sobre su preocupación a la formalización del precedente como norma intrasistémica, perteneciente directamente al sistema jurídico más en los sistemas abiertamente constitucionales y constitucionalizados, puede ser respondida desde *la tesis de estructuración triple de los precedentes* denominación propuesta a partir de los hallazgos empíricos de nuestra investigación, conformada a su vez por *tres escenarios gestación*. (i). El primer escenario se responde con el *postulado de identificación*. (ii). El segundo escenario con el *postulado de fundamentación*, y el (iii) tercer escenario con el *postulado de concreción*.

El postulado de identificación del uso de los precedentes explica que en este primer escenario los principios de universalidad e igualdad, recorren el primer plano de justificación de los precedentes. <<El principio de universalidad o de justicia formal que establece que los casos iguales han de tratarse de la misma manera>>¹⁵⁵. En el segundo postulado de fundamentación esta se vincula a la aplicación correcta de los precedentes en el cumplimiento del *principio de seguridad jurídica*¹⁵⁶ dentro del sistema

¹⁵⁴ ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (pp. 261-262).

¹⁵⁵ ATIENZA, M. (1994). *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Núm. 1. Octubre. pp. 51-68. (p. 68).

¹⁵⁶ <<Para juzgar acerca de la cuestión de si está perdida mínima de seguridad jurídica es aceptable, hay que tomar en cuenta que la seguridad jurídica es un valor importante pero no el único. El valor de la seguridad tiene que ser sopesado con el de justicia material. La fórmula radbruchiana adopta una evaluación que básicamente confiere prioridad a la seguridad jurídica y solo en casos extremos invierte esta jerarquía. A esto puede oponerse sólo quien

jurídico, y el tercer postulado el de concreción se da gracias al *principio de justicia* con la conexidad material de *la jurisprudencia de principios*, al integrarse los principios en el precedente judicial que recoge la jurisprudencia constitucional, en la aplicación de la teoría de principios y su aceptación en la construcción como fuente formal, cuando se consolida la norma de derecho fundamental como precedente en la jurisprudencia. <<Los precedentes judiciales constituyen la segunda pieza de la argumentación de derecho fundamental. (...) aquí se considerará el carácter de precedente que, en general, tienen las decisiones del Tribunal Constitucional Federal para la argumentación de derecho fundamental>>¹⁵⁷.

considere que la seguridad jurídica es un principio absoluto algo que, como toda adhesión a un principio absoluto, contiene una dosis de fanatismo>>. ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España. (p.58).

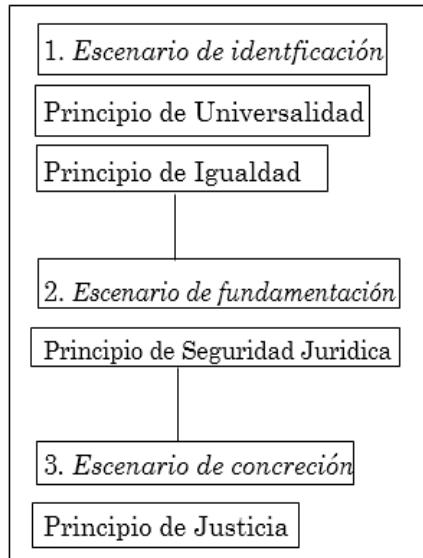
¹⁵⁷ ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (p. 492).

Tipos de argumentos en los cánones de la interpretación de Alexy

- (i). *Argumento semántico* → la interpretación debe hacerse con base en lenguaje jurídico, en un lenguaje técnico o en el lenguaje de la jurisprudencia.
- (ii). *Argumento genético* → la interpretación se realiza a través de la justificación de la voluntad del legislador. De manera directa o bajo los fines perseguidos por este.
- (iii). *Argumento histórico* → la interpretación se propone frente a hechos relevantes o circunstancias históricas que tienen trascendencia para el problema jurídico.
- (iv). *Argumentos comparativos* → la interpretación se basa en un estado de cosas anterior referidos a un sistema jurídico, Estado o sociedad diferente al que se pretende dar respuesta.
- (v). *Argumento sistemático* → la interpretación no solo toma referencia a un texto legal, sino a su conjunto como normas, fines y principios.
- (vi). *Argumento teleológico* → la interpretación comprende en detalle las relaciones de los conceptos de fin y de medio, así como los conceptos vinculados a estos: voluntad, intención, necesidad práctica y fin.

Grafica 3: fuente propia. (Con base en: Alexy, R. (1997).

Grafica de la *tesis de estructuración triple de los precedentes*



Grafica 4. Fuente propia

1.10. ESTADO CONSTITUCIONAL Y <<CORRECCIÓN DE LOS DERECHOS>>: LAS NORMAS FUNDAMENTALES EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

De las tesis relevantes en la construcción teórica de ALEXY es su llamada *pretensión de corrección del derecho y del sistema jurídico*, pero su importancia o valor epistemológico no está determinado exclusivamente en los alcances que tiene esta para la teoría o filosofía del derecho en exclusivo sentido teórico, esta trasciende como fundamento para la comprensión y desarrollo del Estado Constitucional de Derecho en el escenario mismo de una corrección¹⁵⁸ en términos de justicia, donde la justicia como principio material corrija los errores del derecho, construidos eminentemente en los ámbitos normativos de la ciencia jurídica. <<La definición de la justicia como corrección lleva a la luz un elemento de relieve: el concepto de justicia pertenece a una familia más amplia de conceptos, atinentes a los más altos criterios de valoración relativos a ámbitos determinados>>¹⁵⁹.

En este entendido, la pretensión de corrección se conecta con su concepto de derechos fundamentales, toda vez que ALEXY justifica que la decisión de derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional, debe orientarse a los criterios de la corrección. <<Dicha tesis está necesariamente conectada con los derechos fundamentales (...). La pretensión de corrección, necesariamente conectada con la jurisdicción

¹⁵⁸ Una de las críticas más fuertes que se le ha establecido a la tesis de la pretensión de corrección de Alexy, no solo en el contexto del sistema jurídico español, sino en la literatura y doctrina jurídica en general, son las que ha manifestado el profesor de la Universidad de León, Juan Antonio García Amado. Dichas valoraciones pueden ser consultadas a fondo en el texto: GARCÍA AMADO, J. (2014). *Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas*. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad. N. 7. pp. 6-40.

¹⁵⁹ ALEXY, R. (2003). *Justicia como corrección*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 26. pp. 161-171. (p. 163).

constitucional, exige que la decisión tomada por el Tribunal Constitucional deba ser tan racional como sea posible>>¹⁶⁰.

Lo que integra además la racionalidad de la decisión judicial de derecho fundamental, en el examen del discurso jurídico en la interpretación específica de las normas constitucionales, y en la argumentación concreta ante el Tribunal Constitucional a la hora de encontrar las razones a favor o en contra de cada disposición iusfundamental. Vinculando el escenario de la corrección con *el argumento de la corrección* de derechos fundamentales, ante la vista material de concreción de la norma como derecho fundamental en el caso particular y concreto integrado en la decisión judicial:

El argumento de la corrección constituye la base de los dos otros argumentos, es decir, del argumento de la injusticia y del argumento de los principios. Afirma que tanto las normas aisladas como las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos¹⁶¹.

Lo que justifica la visión de ALEXY sobre la teoría de principios y la *subdimensión* de los principios entendida como la optimización¹⁶².

¹⁶⁰ ALEXY, R. (2011). *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 91. enero-abril. pp. 11-29. (p.27)

¹⁶¹ ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España. (p.58).

¹⁶² Uno de los estudios más importantes que se han desarrollado en torno al concepto mismo de optimización en justificación de los derechos fundamentales como normas a optimizar, es el que ha configurado la profesora colombiana Mónica Lopera, dentro de su estudio más allá del concepto mismo desarrollado por Alexy al respecto: <<Sobre el criterio de la optimización se asienta entonces la tesis fuerte de la separación entre principios y reglas, una separación cualitativa y no gradual que lleva a Alexy a sostener que toda norma es o bien una regla o un principio(...). Afirmar que el cumplimiento de los principios debe tener lugar en la mayor medida posible, implica que para establecer si el principio ha sido cumplido en cada caso no basta con acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino el mal alto posible en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas>>. LOPERA, M. (2004b). *Los derechos*

Perteneciente a la dimensión del peso o la importancia. <<Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia>>¹⁶³. *La subdimensión de la optimización* hace parte de una dimensión más amplia o general de los principios expresados como normas de derecho fundamental en los sistemas jurídicos como Estados constitucionales, apoyados a su vez en la dimensión ideal del derecho defendida por ALEXY conectada con la tesis de la corrección. <<Así, por ejemplo, ALEXY habla de una dimensión ideal del derecho, consistente en su pretensión de corrección moral>>¹⁶⁴.

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

En este orden de argumentos la tesis de la pretensión de corrección, justifica además la relación de una legitimidad del derecho como presupuesto de *la tesis de la conexión justificatoria*¹⁶⁵. Dicha tesis en el Estado constitucional justifica la necesidad de una corrección de los derechos fundamentales por parte de la labor que ejerce el Tribunal

fundamentales como mandatos de optimización. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 27. pp. 211-243. (pp. 216-217).

¹⁶³ DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Editorial Ariel. Barcelona, España. (p. 77).

¹⁶⁴ BULYGIN, E. (2004). *¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?* DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 27. pp. 15-26. (p. 16).

¹⁶⁵ BAYÓN, J. (2002). *El contenido mínimo del positivismo jurídico*. En: Zapatero Gómez, Virgilio. (Coord). Horizontes de la filosofía del derecho. homenaje a Luis García San Miguel. Universidad de Alcalá. pp. 33-54. (p. 45).

Constitucional. Lo que evidencia el “escenario de la corrección” de los derechos fundamentales, como construcción por el valor que se le otorga al juez en sentido amplio y general en los sistema jurídicos constitucionalizados, y en concreto por el rol especial en su decisión que cumple el juez constitucional en su labor de determinar las normas y disposiciones iusfundamentales. Así, en el ámbito de la teoría del derecho más no el ámbito de la teoría constitucional, la pretensión de corrección ha sido estudiada a su vez desde una *dimensión proposicional*¹⁶⁶ o en el entendido de una dimensión que responde al campo de las proposiciones jurídicas y de los enunciados normativos.

Tal labor desplegada por el juez constitucional presupone siempre una pretensión de corrección¹⁶⁷, evitando que la labor judicial supere los márgenes de *la injusticia extrema*¹⁶⁸ toda vez que la dimensión de los

¹⁶⁶ <<Existe un aspecto objetivo de la pretensión de corrección —llamado la dimensión proposicional— el cual no está a disposición de quien pronuncia el enunciado normativo pertinente. Para ser más preciso, ni la proposición, la cual individualiza el contenido del enunciado normativo, ni los motivos que hacen la proposición verdadera, son disponibles, en el sentido de ser dependientes de las condiciones de actuación del acto de lenguaje pertinente>>. PAVLAKOS, G. (2012). *Corrección y cognitivismo. Comentarios al argumento de la pretensión de corrección de Robert Alexy*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 35. pp. 201-215. (p. 206).

¹⁶⁷ <<El primer aspecto es la pretensión de que la decisión está correctamente justificada si se presupone el Derecho establecido, cualquiera que éste sea. El segundo aspecto es la pretensión de que el Derecho establecido, en el cual se basa la decisión, es justo y razonable. Ambos aspectos están contenidos en la pretensión de corrección que aparece en las decisiones judiciales. Las decisiones judiciales no sólo pretenden ser correctas en el esquema del orden jurídico válidamente establecido, sino también pretenden ser correctas en cuanto decisión jurídica>>. ALEXY, R. (1999). *La tesis del caso especial*. Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política. N. 21. pp. 23-35. (p. 32).

¹⁶⁸ <<El Derecho promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz no tiene que ser justo ni correcto para ser Derecho, pero no puede traspasar el umbral de la extrema injusticia. Si esto sucede se pierde el carácter jurídico o la validez jurídica. Esto es un desafío para la tesis positivista de la completa separación entre Derecho y moral y un reconocimiento de la tesis no positivista de la vinculación>>. ALEXY, R. (2001). *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. N° 5. pp. 75-95. (pp. 81-82).

derechos fundamentales, en el “escalón” de positivización constitucional de primer nivel, cuando estos se encuentren en su fase normativa abstracta en la Constitución, necesitan de una conexidad sustancial que se la da el juez constitucional entre *el escenario de la fundamentación* como procedimiento constitucional propio, para justificar los derechos fundamentales en un segundo momento como *escenario de la concreción*, en la labor específica de interpretación como aplicación de la Constitución y de sus normas integradoras.

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

La teoría de la corrección, sin embargo, puede poner de manifiesto bien una conexión de tipo definitorio -si los sistemas de normas no contienen ni explícita ni implícitamente esa pretensión de corrección no son sistemas jurídicos-, o bien un segundo tipo de conexión que Alexy denomina calificativa que se establece cuando una norma o sistema de normas que no satisfacen cierto criterio moral pueden ser considerados normas jurídicas o sistemas jurídicos aun cuando se pueda decir que son defectuosos por razones no sólo morales sino también conceptuales. La pretensión de corrección implica pretensión de justificación. (...) En el caso de Alexy las exigencias de igualdad y universalidad que plantea toda pretensión de justificación¹⁶⁹.

¹⁶⁹ BETEGÓN, J. (1998). *Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 35. pp. 171-192. (p. 174).

1.11. CONEXIDAD TEÓRICA Y COMPLEMENTARIEDAD PRACTICA EN ALEXY Y FERRAJOLI: REGLAS, PRINCIPIOS, PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS DE GARANTÍA

En este último epígrafe del primer capítulo pretendemos demostrar las conexiones teóricas en las construcciones y desarrollos epistemológicos en los trabajos y obras de los profesores Robert ALEXY y Luigi FERRAJOLI. Además de este gran reto propuesto inicialmente, de manera secundaria proponemos una verdadera complementariedad de las teorías de uno y otro autor, para finalmente establecer la relación práctica en la aplicación de sus escenarios teóricos en el Estado constitucional de derecho.

Para tales fines y en aras de establecer un orden lógico y metodológico a nuestra propuesta, indicaremos preliminarmente sobre cuáles de sus tesis, tópicos, postulados y conceptualizaciones apuntamos en el establecimiento de *una conexidad teórica y complementariedad práctica* de los teóricos alemán e italiano.

(i). El primer punto que trabajaremos como tópico de relación, es precisamente sobre la visión del sistema jurídico y normativo integrado por la propuesta de las normas en sentido general que integran dichos sistemas, dirigidos específicamente en la construcción de las normas de derecho fundamental que posibilitan la realización del sistema jurídico como construcción del Estado constitucional de derecho.

(ii). Como segundo tópico metodológico de conexidad, estudiaremos los alcances desde las dos perspectivas teóricas con relación a la aplicación de dichos enunciados normativos, en el escenario de la praxis del Estado constitucional, como adelanto de nuestra propuesta identificamos la

relación de *procedimientos*¹⁷⁰ en ALEXY y la relación de *técnicas de garantía*¹⁷¹ en FERRAJOLI.

La primera conexidad teórica que se advierte en las construcciones doctrinales de Robert ALEXY y Luigi FERRAJOLI es precisamente la visión que cada uno defiende de sistema jurídico y del mismo orden normativo que los integra, no desde los escenarios de la fundamentación de cada uno de los sistemas jurídicos defendidos, ya que desde dicho punto son totalmente antagonistas¹⁷², sus relaciones teóricas se dan en el escenario de la concreción, en el escenario que posibilita pasar del mundo normativo del sistema jurídico como junto de reglas, valores y principios, *al mundo real-material de la Constitución*¹⁷³ aplicada en el sistema jurídico como sistema constitucional dentro del Estado constitucional.

En este orden es vital explicar porque a primera vista sobre este punto en particular, gran parte de la literatura especializada se ha orientado el debate tanto en ALEXY como en FERRAJOLI en proponer sus tesis en escenarios totalmente disimiles. La síntesis de la discusión está en la

¹⁷⁰ ALEXY, R. (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 5. pp. 139-151. (p. 149).

¹⁷¹ FERRAJOLI, L. (1999). *El derecho como sistema de garantías*. Nuevo Foro Penal. N°. 60. pp. 59-74. (p. 71).

¹⁷² Una perspectiva antagónica en ALEXY y FERRAJOLI, es el concepto que cada uno defiende sobre los principios, como una de las normas jurídicas más importantes en la conformación de los Estados constitucionales y de la idea misma del constitucionalismo. Además de las críticas que han establecido sobre la defensa conceptual de cada teorico en particular. Por cuestiones metodológicas resultaría una labor bastante imperiosa destacar cada una de las críticas, y esto orientaría la discusión hacia otras líneas discursivas. Sobre la crítica de la visión de principios de Alexy se destaca la que establece Comanducci: <<Si los jueces siempre cumplieran con las prescripciones de Dworkin o (Alexy), y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran escoger para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor>>. COMANDUCCI, P. (1998). *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 21. pp. 89-104. (p. 103).

¹⁷³ POZZOLO, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 21. pp. 339-353. (p. 347).

orientación teórica que cada autor refleja para el escenario de fundamentación dentro del campo de la teoría del derecho, el cual difiere del construido en la teoría constitucional y en el campo mismo de la praxis constitucional, como expresión del constitucionalismo más allá de la dimensión teórica¹⁷⁴ o ideológica.

De conformidad a este orden conceptual, ALEXY distingue que los sistemas jurídicos como verdaderos sistemas constitucionalizados deben integrarse en cuenta a lo normativo, por reglas, principios y procedimientos. Tal distinción lo que pone de presente es que para ALEXY resulta necesario, que además del establecimiento de normas en el sentido sustantivo desde el escenario de la positividad primaria estemos en el debate de las normas tipo regla, o en el debate de las normas tipo principio, resultando vital un complemento de los dos tipos de normas (reglas y principios) para la consecución del Estado constitucional¹⁷⁵ de derecho normas procedimentales o de procedimiento¹⁷⁶ en el sentido adjetivo de las mismas,

¹⁷⁴ COMANDUCCI, P. (2002). *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. Isonomia. N°. 16. pp. 89-112. (p. 96).

¹⁷⁵ Resulta vital para los fines de esta investigación, la relación del concepto de pretensión de corrección del derecho, en la formalización de la razón práctica en los procedimientos judiciales dentro de los sistemas jurídicos, como presupuesto para la formación del Estado constitucional democrático, desde los desarrollos teóricos de Alexy: <<El límite último de todo Derecho es una condición necesaria, aunque en ningún caso suficiente, para la institucionalización de la razón. Para lograrla no sólo hay que solventar la confrontación entre positividad y corrección en ese límite último o exterior, sino que también hay que establecer, en la medida en que sea posible, su vinculación en el interior. Y esto sólo es factible en la forma política del constitucionalismo democrático>>. ALEXY, R. (2009). *Los principales elementos de mi filosofía del Derecho*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 32. pp. 67-84. (p. 78).

¹⁷⁶ <<La primera distinción es la existente entre el sistema jurídico como sistema de normas y el sistema jurídico como sistema de procedimientos. Como sistema de procedimientos, el sistema jurídico es un sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por reglas, mediante las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impuestas. Como sistema de normas, el sistema jurídico es un sistema de resultados o productos de procedimientos de creación de normas, comoquiera que estén constituidos. Esta distinción se aproxima a la de Fuller entre el Derecho como "actividad", en el sentido de un "esfuerzo intencionado dirigido a la creación del Derecho, y el Derecho que de hecho surge de ese

ALEXY identifica tal fenómeno como *un modelo de sistema jurídico de tres niveles*:

Si se quiere obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de reglas y principios. Por lo tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser solo el de un procedimiento que asegure la racionalidad. De esta manera, surge un modelo de sistema jurídico de tres niveles que puede ser llamado <<modelo reglas/ principios/ procedimiento>>¹⁷⁷.

La fundamentación del *modelo de reglas, principios y procedimientos* se fundamenta a su vez en el concepto que ALEXY defiende de *razón práctica*. <<De acuerdo con esta idea, el sistema jurídico de un Estado democrático constitucional es un intento de institucionalizar la razón práctica. La razón práctica justifica la existencia del sistema jurídico como tal y de sus estructuras básicas>>¹⁷⁸.

La razón práctica configura un modelo argumentico procedimental constitucional, que en una primera parte busca establecer las posibilidades de realización material, de la convivencia y permanencia de reglas, principios y procedimientos, pero permitiendo que se complete el sistema jurídico, este concepto en ALEXY va a establecer una defensa de un constitucionalismo moderado, donde no existe ni un modelo puro de reglas ni de un modelo puro de principios, gracias a la aceptación de un

esfuerzo", esto es, el Derecho como "producto" o "resultados". Es obvio que para una posición no positivista la interpretación del Derecho como un sistema de procedimientos o actividades es más favorable que la concentración exclusiva en las normas como resultados de dichos procesos. >>. ALEXY, R. (2001). *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. N° 5. pp. 75-95. (p. 82).

¹⁷⁷ ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España. (pp.173-174).

¹⁷⁸ ALEXY, R. (1999). *La tesis del caso especial*. Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política. N. 21. pp. 23-35. (p. 34).

procedimiento racional para llevar la corrección, justificación racional de las decisiones, y la aplicación de la justicia en sentido práctico como procedimiento en el discurso jurídico constitucional. <<Por ello, el discurso jurídico juega un papel esencial en el marco de la decisión de la justicia constitucional o en el marco de la fundamentación de una decisión *contra-legem*>>¹⁷⁹.

En igual sentido FERRAJOLI va a determinar que en los modernos Estados constitucionales los sistemas normativos no son plenos o perfectos, y que estos sistemas también pueden ser “corregidos” en sus lagunas, antinomias, vacíos, conflictos e indeterminaciones a través *de técnicas de garantía*¹⁸⁰, lo que determina una evidencia de la conexidad teórica y complementariedad práctica en este punto de justificación de las tesis de Robert ALEXY y de Luigi FERRAJOLI.

<<El reconocimiento de las lagunas generadas por los incumplimientos de las obligaciones positivas constitucionales impuestas al legislador, indica, generalmente, no solo una falta de normas, sino también de técnicas apropiadas de garantía>>¹⁸¹. FERRAJOLI establece así, que la superación

¹⁷⁹ ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (p. 315).

¹⁸⁰ FERRAJOLI evidencia que el viejo paradigma positivista basado en formalismo de la ley, no responde a los postulados del Estado constitucional de derecho, donde la garantía jurisdiccional está de presente más allá del formalismo excesivo de la ley: <<En efecto, en el estado constitucional de derecho la constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas. (...) para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten>>. FERRAJOLI, L. (2001). *Pasado y futuro del estado de derecho*. Revista Internacional de Filosofía Política. N. 17. pp. 31-45. (pp. 34-35).

¹⁸¹ FERRAJOLI, L. (1999). *El derecho como sistema de garantías*. Nuevo Foro Penal. N°. 60. pp. 59-74. (p. 71).

positiva de las normas constitucionales y por ende las disposiciones iusfundamentales, deben siempre estar acompañadas de verdaderas técnicas de garantía para su cumplimiento, no basta con la consagración positiva formal en la Constitución aunque estemos en un positivismo jurídico renovado o neopositivismo, defendido desde el paradigma del *constitucionalismo garantista Ferrajoliano*.<<Por lo demás, todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si éstas no han sido producidas —como sí sucede con los derechos patrimoniales—, en correspondencia con los derechos garantizados>>¹⁸².

Dicha producción legislativa es lo que FERRAJOLI denomina como garantismo primario o garantías primarias, donde el legislativo pueda lograr el desarrollo normativo de los derechos fundamentales, que se encuentran en una fase *constitucional positiva formal* donde por sí sola, no logran permear en la *plenitud* en palabras de BOBBIO del sistema jurídico, lo que hace necesario que se ejecute legislativamente cada disposición iusfundamental.

Como el sistema jurídico no es completo tanto en la aceptación de una fundamentación normativa/procedimental desde un *constitucionalismo garantista*¹⁸³ en FERRAJOLI y de un *constitucionalismo principalista*¹⁸⁴ en ALEXY, postulados que establecen la segunda conexión entre ambos teóricos, es *necesaria la complementariedad práctica* del sistema normativo, para que se establezca un sistema jurídico que permita el desarrollo del Estado constitucional y democrático de derecho, solo en el

¹⁸² FERRAJOLI, L. (2006b). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 29. pp. 15-31. (p. 30).

¹⁸³ ALEXY, R. (2014). *Principios formales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 37. pp. 15-29.

¹⁸⁴ FERRAJOLI, L. (2011a). *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 34. pp. 15-53.

escenario de segundo orden ALEXY lo justifica gracias al papel de los *Tribunales Constitucionales*¹⁸⁵ en la fundamentación jurídica del Juez Constitucional, y FERRAJOLI lo evidencia desde el *margen de actuación del garantismo judicial secundario*¹⁸⁶ ejercido también en la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales:

En muchos ordenamientos, primero que todo, carecen de las garantías primarias de muchos derechos sociales. Y carecen, sobre todo, de las técnicas jurídicas idóneas para constreñir a los poderes públicos a introducirlas. Carecen incluso, en muchos casos, de las técnicas garantistas idóneas para impedir o reparar el desmantelamiento, en marcha en muchos países, de muchas de las garantías sociales existentes. También para los derechos de libertad, por otro lado, las clásicas garantías primarias de las prohibiciones de sus lesiones y las secundarias de la condena de sus ofensas y de la anulación de las normas con ellas reñidas son del todo inidóneas para ponerlas a salvo de las viejas y nuevas insidias y agresiones, provenientes no sólo de los poderes políticos sino también de los grandes poderes económicos privados¹⁸⁷.

¹⁸⁵ ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (p. 483).

¹⁸⁶ <<Es el caso de la mayor parte de los derechos sociales -a la salud, la educación, la subsistencia, la asistencia y otros semejantes- cuya desatención por parte del Estado no es reparable con técnicas de invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones de los derechos de libertad, y que requieren el establecimiento de técnicas de garantía diversas y normalmente más complejas>>. FERRAJOLI, L. (1999). *El derecho como sistema de garantías*. Nuevo Foro Penal. N°. 60. pp. 59-74. (p. 71).

¹⁸⁷ FERRAJOLI, L. (2006b). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 29. pp. 15-31. (p. 31).

1.12. REFLEXIONES FINALES

Las teorías constitucionales de Robert ALEXY y Luigi FERRAJOLI si bien nacen en contextos y momentos distintos, tienen fuertes rasgos de conexidad y complementariedad práctica, esto se da especialmente porque los dos modelos teóricos-constitucionales se gestan al interior del constitucionalismo europeo de segunda posguerra, y en la matriz de dos culturas jurídicas sólidas y democracias constitucionales estables.

Como particularidades especiales *del modelo Ferrajoliano* de constitucionalismo, su propuesta teórica de base más que fundamentarse en una lectura jurisprudencial por parte de la actividad judicial de los derechos en el Tribunal Constitucional Italiano, se centra en determinar los alcances democráticos del Estado constitucional de derecho, la pretensión del profesor italiano tiene un raigambre mucho más político que la fundamentación eminentemente jurídica de ALEXY esto como escenario de distinción.

FERRAJOLI establece un modelo de garantías institucionales para la protección de los derechos, desde una óptica de ser normas de los más débiles, FERRAJOLI apela de manera enunciativa o pedagógica por defender los derechos fundamentales como *lectura positivista renovada* en el paradigma del Estado constitucional, proponiendo una identificación regulada de los derechos fundamentales. Los grandes alcances de su obra en el escenario constitucional, son precisamente que su concepto de derechos fundamentales como garantías tanto primarias y secundarias, apunta a la materialización de los mismos desde el escenario judicial, en la labor que construye en un plano interpretativo-argumentativo el juez constitucional. Generando una complementariedad entre los principios como derechos y las garantías como técnicas institucionales para proteger y realizar los derechos en el Estado constitucional.

CAPITULO II

CONSTITUCIONALISMO INTERPRETATIVO: LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

2. PLANTEAMIENTO

La interpretación de los derechos en el Estado constitucional español como modelo de adjudicación de las normas fundamentales, se centra en identificar cuáles son los rasgos comunes y característicos de la jurisdicción constitucional, a partir de las construcciones teóricas que giran en torno a la interpretación imperante en cuanto a enunciados jurídicos de desarrollo y estructura fundamental.

Para este cometido los tópicos esenciales que desarrollaremos en este segundo capítulo, el cual inicia con el estudio desde la perspectiva de su Tribunal Constitucional, son los que se presentan a consideración. (i). La interpretación de la Constitución en España. (ii). Rasgos distintivos de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en España. (iii). La interpretación del <<constitucionalismo de los derechos>> en el sistema jurídico español. (iv). La interpretación de los derechos fundamentales en el Tribunal Constitucional Español y el Poder Judicial. (v). Principales propuestas teóricas para la interpretación de los derechos fundamentales en España.

2.1. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN ESPAÑA: UNA CONCEPCIÓN CONSTRUIDA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

La idea de interpretación constitucional¹⁸⁸ va estar ligada a la concepción del Estado constitucional contemporáneo. Aunque algunos autores¹⁸⁹ como Manuel ARAGÓN establecen que el Estado constitucional inicia en su formación y gestación a finales del siglo XVIII.

En este orden, el alcance de la interpretación constitucional va más allá del desarrollo histórico del mismo concepto de Estado constitucional, *su relevancia actual está en la superación teórica de las formas de interpretación de la ley*, que nutren todo el derecho en la formación *decimonónica* del mismo y por ende la construcción del fenómeno de la legalidad no puede ser *en tiempos de constitucionalismo*¹⁹⁰ la respuesta a el

¹⁸⁸ La idea de interpretación constitucional en las modernas Constituciones, y por ende en la teoría constitucional y del derecho contemporáneo, se va a enfrentar a múltiples problemas para lograr con objetividad la aplicación del texto constitucional, uno de esos problemas es identificado como el problema de la objetividad en la interpretación de elementos morales en la Constitución, estructurado además como el argumento de la controversia en palabras del profesor José Juan MORESO (2000). MORESO, J. (2000). *Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*. Revista Doxa, cuerdos de filosofía del derecho. N°. 23. pp. 105-118. (p. 108).

¹⁸⁹ Autores como el profesor español Manuel ARAGÓN REYES defienden la idea de gestación y formación del Estado constitucional desde el siglo XVIII: <<Como es bien sabido, la idea de Constitución es mucho más antigua que su concepto. Este último no surge hasta que nace el Estado constitucional a finales del siglo XVIII; en cambio desde la más remota antigüedad, o al menos desde el mundo griego y romano, puede detectarse la idea de que existen o deben existir en toda comunidad política un conjunto de normas superiores al derecho ordinario cuyo objeto sería preservar la continuidad de la forma de organización que rige en esa comunidad>>. ARAGÓN, M. (2009). *Estudios de derecho constitucional*. Segunda edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (p.179).

¹⁹⁰ <<Podríamos decir que el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho ha supuesto en buena parte la transformación de un Derecho deontológico (puramente normativo) en un Derecho axiológico (marcadamente valorativo)>>. GARCÍA FIGUEROA, A. (2006). *Norma y valor en el neoconstitucionalismo*. Revista brasileira de direito constitucional. Vol. 7, No 2, pp. 107-121. (pp. 115-116).

debate por los derechos fundamentales. Al respecto PEREZ LUÑO ha manifestado sobre el sistema jurídico español, <<En nuestro ordenamiento jurídico la Constitución asume el papel de norma fundamental y en su seno aparecen como la cúspide de la estructura jerárquica del sistema el conjunto de los valores, principios y derechos fundamentales>>¹⁹¹.

Precisamente la interpretación de la Constitución se orienta en nuestros días, a determinar el alcance de las normas de derecho fundamental que si bien; constituyen derecho positivo no podemos establecer su análisis y estudio exclusivamente en su <<positivización>>, pretendiendo demostrar con ello la aplicación de los mismos, sin una vista conectada a la labor que ejercen los Tribunales Constitucionales¹⁹² en la modernidad.<<El género de interpretación que reclaman las Constituciones actuales pone sobre la mesa una serie de técnicas y argumentos ajenos a la tradición positivista>>¹⁹³.

España como sistema jurídico ve la luz del Estado constitucional¹⁹⁴ gracias a la consagración de la Constitución de 1978, donde es evidente que

¹⁹¹ PÉREZ LUÑO, A. (2007). *Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. Teoría y realidad constitucional*. N.º 20, pp. 495-511. (p.498).

¹⁹² <<El Tribunal Constitucional ha dicho que «los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas contenidas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución (...) los preceptos que contienen derechos fundamentales no pueden ser objeto de una «aplicación literal», sino que han de ser aplicables a cada caso>>. TOMÁS y VALIENTE, F. (1994). *La resistencia constitucional y los valores*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N.º 15-16. pp. 635-650. (pp. 644-645).

¹⁹³ PRIETO SANCHÍS, L. (2000). *Tribunal constitucional y positivismo jurídico*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N.º 23. pp. 161-195. (p.161).

¹⁹⁴ Con la Constitución española de 1978 España inicia su construcción del constitucionalismo del Estado constitucional, y del pleno reconocimiento de las garantías de los derechos fundamentales, como un pilar básico de todo sistema jurídico. que pretenda ser democrático. Sobre este aspecto, es importante la referencia que hace la profesora María JOSÉ AÑÓN: <<La Constitución de 1978 hizo nacer en nuestro sistema jurídico-político un nuevo modelo de organización que con el tiempo ha sido llamado Estado constitucional de Derecho. (...) El objetivo radical de este proceso no fue sino el impulso básico del constitucionalismo, esto es, la imposición de límites y vínculos al poder y la garantía de los derechos

no solamente adopta esta ficción jurídico-política llamada <<Estado constitucional>>, sino que además, se construye el constitucionalismo español contemporáneo para el ejercicio constitucional de los límites al poder político y al poder del legislador¹⁹⁵, como un verdadero nacimiento al reconocimiento de las garantías de los derechos fundamentales.

La implementación de la Constitución Española de 1978 reorienta la interpretación misma del texto constitucional en primera medida, porque le da un valor normativo¹⁹⁶ autónomo y preferente, y en segundo lugar la Constitución, se erige como fundamento de todo el orden normativo y cualifica en su integridad el sistema jurídico español dándole unidad¹⁹⁷ en sí mismo. <<Se trata de una norma completamente singular, que no se limita a regular una serie de relaciones jurídicas determinadas, sino que fundamenta la totalidad del ordenamiento jurídico, al que es, por tanto, superior>>¹⁹⁸.

fundamentales>>. AÑÓN, M. J. (2002). *Derechos fundamentales y Estado constitucional*. Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol, Vol. 40, pp. 25-36. (p. 25).

¹⁹⁵ PRIETO SANCHÍS, L. (2000b). *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Vol. 8. pp.429-468. (p. 430).

¹⁹⁶ <<Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución. Ello supone que todos los enunciados de la Constitución se interpretan —independientemente de su estructura y de su contenido— como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios>>. AGUILÓ, J. (2007). *Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 30. pp. 665-675. (p. 667).

¹⁹⁷ <<la unidad de la Constitución conduce de modo inexcusable a la necesidad de armonizar los diversos enunciados constitucionales y, consiguientemente, a modular el derecho sacrificado con el bien o valor en función del cual se limita; dicho en otros términos, la limitación de un derecho fundamental no tiene que ser solamente justificada, sino, además, proporcionada a la finalidad objetivamente perseguida por la norma limitadora>>. AGUIAR DE LUQUE, L. (1993). *Los límites de los derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 14. pp. 9-34. (p. 30).

¹⁹⁸ GARCÍA De ENTERRÍA, E. (1998). *Los fundamentos constitucionales del Estado*. Revista española de derecho constitucional, N°. 52, pp. 11-32. (p. 20).

Construyendo así la noción de supremacía constitucional¹⁹⁹ y la aplicación *prima facie* de las normas constitucionales por encima de otro tipo de normas que puedan integrar el sistema jurídico español. Sobre este tópico en particular *la interpretación de la Constitución en tiempos de Estado constitucional*, va a propender por establecer criterios que armonicen y concilien las tensiones interpretativas,²⁰⁰ entre las distintas clases de disposiciones que se encuentran en la norma fundamental. «El estudio de las normas constitucionales plantea problemas de interpretación especialmente significativos, debido entre otras cosas a los valores que incorporan y a los principios que de ellas pueden extraerse como fundamento de otras reglas jurídicas»²⁰¹.

La labor de interpretación de las normas constitucionales y por ende del control de la interpretación del texto de la ley fundamental, por parte del Tribunal Constitucional Español, resulta vital para el establecimiento no solo de sus límites sino para la materialización de la cláusula del Estado constitucional, armonizando además el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra con el propio sistema constitucional de España:

El establecimiento de un Tribunal Constitucional en la Constitución de 1978 es, sin negar los perfiles específicos de nuestro diseño constitucional, tributario de otros tribunales constitucionales europeos que le precedieron y

¹⁹⁹ «La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación (por operadores públicos o privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos) en el sentido resultante de los principios y reglas constitucionales». FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1999). *Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución*. Dereito. Vol. 8. N.º 2. pp. 97-120. (p. 116).

²⁰⁰ RUIZ MIGUEL, A. (2004). *Constitucionalismo y democracia*. Revista Isonomía. N.º 21, pp. 51-84. (p. 62).

²⁰¹ FREIXES SANJUÁN, T. & REMOTTI CARBONELL, J. (1992). *Los valores y principios en la interpretación constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. N.º 35, pp. 97-109. (p. 97).

de la evolución que la institución había seguido desde la Segunda Guerra Mundial²⁰².

En este sentido la interpretación de la Constitución en España a partir de la construcción del constitucionalismo español contemporáneo, con la Constitución vigente, permite generar en el sistema jurídico ibérico una conexidad inaprensible con otros sistemas constitucionales, que han establecido *la exigibilidad de la Norma Fundamental*, más allá de los poderes públicos en su expresión clásica, generando una relevancia a las actuaciones jurisdiccionales en manos del guardián de las Constitución en sentido kelseniano²⁰³, por los desarrollos del Tribunal Constitucional²⁰⁴. «El sistema de justicia constitucional que opera en España no puede ser considerado un prototipo en el sentido estricto del término: remontándose a la Constitución de 1978, son evidentes en efecto, las influencias de los modelos italiano y alemán»²⁰⁵.

²⁰² DÍAZ REVORIO, F. (2009). *Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 7. N° 2. pp. 81-108. (p. 87).

²⁰³ «Según Kelsen, los tribunales constitucionales constituían «un medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia, es decir, el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento», ofreciendo un instrumento para la protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de la mayoría, por lo cual la Corte constitucional constituía un supertribunal». HERRERA, C. (1994). *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*. Revista de Estudios Políticos. (Nueva época). N°. 86. pp. 195-227. (p. 204).

²⁰⁴ La profesora Marisa IGLESIAS, manifiesta la preocupación por la interpretación de la Constitución en su característica de norma abstracta y general, preocupación desprendida originalmente en la propuesta de KELSEN. «Este rasgo de nuestro texto más fundamental ha constituido una preocupación constante dentro de la teoría constitucional. Kelsen, por ejemplo, recomendaba no incluir en el texto conceptos como el de justicia, libertad o igualdad». IGLESIAS, M. (2000). *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 23. pp. 77-104. (p. 77).

²⁰⁵ PEGORARO, L. (2000). *El tribunal constitucional*. En. LÓPEZ GARRIDO, D; MASSÓ GARROTE, M. & PEGORARO, L. (2000). *Nuevo derecho constitucional comparado*. (Directores). Tirant lo Blanch. Valencia, España. (pp. 425-426).

Así las cosas, uno de los tópicos trascendentales de la interpretación de la Constitución en el Estado constitucional español, va a hacer el referente a la interpretación de las normas de derecho fundamental²⁰⁶, que en gran medida esta investigación doctoral se ciñe a la interpretación de las disposiciones iusfundamentales y cuáles han sido sus alcances contemporáneos, a partir de los desarrollos de los Tribunales Constitucionales especialmente los tribunales europeos.

Radica entonces la importancia de los derechos fundamentales en el constitucionalismo español, como uno de los enunciados jurídicos más estudiados desde sus alcances formal, conceptual o teórico y desde sus desarrollos material, procedimental o práctico.

En este entendido, el concepto de derechos fundamentales va a hacer un concepto ilustrado desde un primer plano en la positivización constitucional, o en la formalización escrita en las constituciones de las normas de derecho fundamental, y en un segundo plano en su protección no exclusivamente en la misma Constitución, generándose su garantía en aspectos como su litigio, confrontación, amparo, protección, tutela y escenarios de creación judicial²⁰⁷. <<En la terminología jurídica arraigada en España y en algunos otros países europeos (Alemania, Italia, etc.), la

²⁰⁶ La interpretación de la Constitución en España, y por ende su labor sustantiva va a estar orientada principalmente a los derechos fundamentales como lo destacan los profesores Joaquín BRAGE CAMAZANO & Fernando REVIRIEGO PICÓN. BRAGE CAMAZANO, J. & REVIRIEGO PICÓN, F. (2009). *Tribunal Constitucional (España)*. En: FERRER MAC-GREGOR, E. (Coord). *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Marcial Pons. Buenos Aires, Argentina. (p. 227).

²⁰⁷ <<En nuestros días se admite de modo generalizado que la creación judicial del Derecho no es ya patrimonio exclusivo de sistemas, como el norteamericano, de common law, en donde el Derecho progresó en buena medida a golpe de sentencias, que perfeccionan, matizan y a veces incluso inflexionan el orden jurídico. Bien al contrario, la importancia de lo que suele denominarse «Derecho judicial», para contraponerlo al «Derecho legal», ha aumentado de modo muy sensible en los sistemas jurídicos continentales europeos>>. FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1993). *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 13. N.º 39. pp. 195-247. (p. 195).

expresión «derechos fundamentales» designa los derechos garantizados por la Constitución>>²⁰⁸. Llevando los derechos fundamentales al plano de las garantías constitucionales para su efectividad, concretización y materialización como proyección misma del texto constitucional.

Dicha materialización de los derechos fundamentales propende por la concretización de los mismos en una teoría procedural de la justicia, dentro del escenario constitucional de posguerra empoderado por *el papel normativo directo*²⁰⁹ del cual se nutren esta categoría especial de derechos. <<Los derechos fundamentales se convierten en el criterio básico de justicia: aquellas acciones-tanto de particulares como de poderes públicos- y normas que los lesionen podrán calificarse de injustas>>²¹⁰.

Los derechos fundamentales como normas adscritas a una Constitución²¹¹, requerirán siempre de una aplicación para su concretización, por si solas las normas de derechos fundamentales no podrían establecer un “plano de garantía”. El plano de garantía²¹² está en

²⁰⁸ DÍEZ PICAZO, L. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas. Madrid, España. (p. 32).

²⁰⁹ Como *papel normativo directo* para los fines de esta investigación doctoral, entendemos como aquella cualidad especial de las normas de derechos fundamentales, que permiten construir su ámbito de aplicación de manera directa en la actividad judicial de los mismos. Es decir, como los derechos fundamentales tienen condiciones de posibilidad en su aplicación en la construcción judicial que hace su directa aprehensión por el administrador de justicia en los casos concretos.

²¹⁰ De DOMINGO, T. (2007). *Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad*. Persona y Derecho. Vol. 56. pp. 245-280. (pp. 250-251).

²¹¹ <<los preceptos que contienen derechos fundamentales consisten en normas principales que se refieren a todo el ordenamiento. Se encuentran, en cuanto acogidas en la Constitución, a la cabeza de éste, y son objeto de protección en sus diversas disciplinas>>. SOLOZÁBAL, J. (1991). *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*. Revista de estudios políticos. N° 71. pp. 87-109. (p. 89).

²¹² <<Un componente material básico del Estado de derecho es la garantía de los derechos personales fundamentales. Parte esencial de un orden constitucional es la incorporación de los derechos fundamentales>>. VILLAR BORDA, L. (2007). *Estado de derecho y Estado social de derecho*. Rev. Derecho del Estado, Vol. 20, pp. 73-96. (p. 79).

llevar del concepto formal de la disposición iusfundamental, al concepto material de realización del derecho. <<La garantía constitucional de los derechos fundamentales aparece, pues, hoy como elemento especialmente relevante de los textos constitucionales de signo liberal; asimismo, la Constitución española, que acierta a situar los derechos fundamentales en el lugar central de su sistema institucional>>²¹³.

No basta con la consagración positiva del derecho fundamental como un escenario para la discusión teórica, o establecer una fundamentación no positivista del derecho, o su debate desde la justificación del derecho natural. El concepto moderno de la expresión semántica derechos fundamentales es un concepto que engloba tanto la defensa iusnaturalista como iuspositivista del mismo:

Por supuesto que los derechos fundamentales son la cristalización histórica de una concepción moral que sitúa como eje la dignidad del hombre y los valores de libertad e igualdad como cauces para alcanzarla. Pero es igualmente cierto que no se puede emplear el término Derecho con propiedad, ni hablar de derechos humanos ni de derechos fundamentales, si esa moralidad no forma parte del Derecho positivo²¹⁴.

Estas exigencias de renovación en la interpretación constitucional, van a estar dadas por los alcances que tengan los derechos fundamentales y su valor superior en determinado orden jurídico. <<Con ello no sólo queda claro por qué los derechos fundamentales deben formar un tal «sistema de exigencias» en oposición al contenido histórico y objetivo, sino principalmente cómo este sistema se relaciona con la escala de valores en general de la Constitución>>²¹⁵.

²¹³ AGUIAR De LUQUE, L. (1981). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española*. Revista de Derecho Político. N°. 10. pp. 107-129. (p. 108).

²¹⁴ PESES BARBA, G. (1986). *Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales*. Anuario de derechos humanos. N°. 4, pp. 219-258. (p. 226).

²¹⁵ SCHNEIDER, H. P. (1979). *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. Revista de Estudios políticos. No. 7. pp. 7-35. (p. 17).

En la teoría de la interpretación jurídica la naturaleza constitucional de los derechos fundamentales, resulta innegable en *las Constituciones del constitucionalismo*²¹⁶, aquellas constituciones dotadas de contenidos materiales no necesariamente conectadas a la positivización formal, con la que se identificaron los contenidos materiales de las normas constitucionales en los tiempos del Estado de derecho.

La interpretación constitucional por ende de las normas de derechos fundamentales en el Estado constitucional, se identificará con un proceso de apertura hermenéutico, entre la dimensión formal de los enunciados normativos y la dimensión material en la sustancialidad de los contenidos interpretativos. «Pues bien, los principios, valores y derechos a través de los cuales se expresa esa dimensión constituyen un material normativo que presenta evidentes problemas en lo que a su determinación e interpretación se refiere»²¹⁷.

Consideramos así, que podemos destacar tres de los posibles escenarios donde mayoritariamente se construye lo que denominamos como *tesis complementarias del constitucionalismo*²¹⁸. (i). El alcance de las

²¹⁶ Varios autores se han referido a esta expresión acuñada en la contemporaneidad del debate por los derechos fundamentales, se destacan así: PRIETO SANCHÍS, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Trotta. Madrid, España. AGUILÓ, J. (2003). *Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 26. pp. 289-317. BERNAL, C. (2017). *Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad: Dos aspectos de la encrucijada de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo*. Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional. N°. 9. pp. 39-70. GARGARELLA, R. (2015). *El «nuevo constitucionalismo latinoamericano»*. Estudios sociales. Vol. 48, No 1, pp. 169-174.

²¹⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, F. (2006). *La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias*. Anuario de filosofía del derecho. No 23, pp. 187-204. (p. 201).

²¹⁸ Denominamos *tesis complementarias del constitucionalismo*, a aquellos escenarios donde los derechos fundamentales se integran al sistema jurídico más allá de la positivización de los mismos, es decir a los campos materiales de actuación, donde las normas de derechos

normas de derecho fundamental en el plano de su materialización. (ii). La labor del Tribunal Constitucional²¹⁹ en especial sobre la interpretación de las disposiciones iusfundamentales. (iii). El desarrollo de las garantías constitucionales en el plano de efectividad de los derechos.

fundamentales, son diariamente integradas al sistema normativo y judicial donde el aplicador del derecho nutre sus contenidos materiales.

²¹⁹ Sobre la labor del Tribunal Constitucional español se ha referido TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ: <<El Tribunal Constitucional ha afirmado, muy justamente, desde su primera sentencia, saliendo al paso de la retórica al uso en el régimen anterior, que no hay en la Constitución normas meramente programáticas (en el sentido de normas vacías de mandatos y huérfanas de efectos); que todos los preceptos constitucionales, por el contrario, encierran un mandato preciso que vincula en sus propios términos a todos los poderes constitucionales>>. FERNÁNDEZ, T. R. (1982). *Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos*. Revista de derecho político. No. 15. pp. 21-34. (p. 29).

2.2. LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS COMO JUSTIFICACION DEL SISTEMA JURIDICO ESPAÑOL

La interpretación de los derechos fundamentales como tópico central del Estado constitucional de derecho en España, no es ajena a la interpretación iusfundamental en otros Estados constitucionales, inclusive al de sistemas jurídicos distintos a los sistemas continentales o del *civil law*.

Como es el caso de sistemas anglosajones del *common law*²²⁰ como el inglés y en particular el norteamericano, esto se da debido a que la problemática de la interpretación normativa de la Constitución, va más allá de la norma fundamental en sí misma como un cuerpo completo y único. En el moderno Estado constitucional el debate gira entorno a una *reformulación*²²¹ de la estructura de las normas o disposiciones de derechos fundamentales, y sus discusiones contemporáneas giran al respecto de determinar²²² los elementos, características y cualidades que distinguen a

²²⁰ Dicha postura es defendida con amplitud en el sistema jurídico español por el profesor Francisco RUBIO LLORENTE: <<Los ingredientes procedentes del modelo norteamericano de la judicial review son entre nosotros mucho más abundantes, no sólo porque (afortunadamente, a mi juicio, como la propia experiencia italiana demuestra) no se ha atribuido al Tribunal Constitucional competencia para conocer de los delitos cometidos por titulares de los altos órganos del Estado o del contencioso electoral, sino porque tanto la configuración de la cuestión de inconstitucionalidad como la creación del recurso constitucional de amparo, son claramente contradictorios con la concepción Kelseniana>>. RUBIO LLORENTE, F. (1982). *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, No 4, pp. 35-67. (p. 42).

²²¹ <<Las estructuras de las normas de derechos fundamentales, su articulación interna y las exigencias de su efectividad obligan, en mi opinión, a proceder a una reformulación de las tradicionales distinciones y clasificaciones de derechos. En este sentido, un sano escepticismo en relación con las propuestas tradicionales parece justificado>>. ANSUÁTEGUI ROIG, F. (2003). *Derechos, Constitución, Democracia (Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las Constituciones actuales)*.pp. 161-191. En: PÉREZ PRENDÉS, J. M., Coronas, S. M., ANSUÁTEGUI Roig, F. J., Bilbao, J. M., Derechos y libertades en la Historia. Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial. Valladolid, España. (p. 169).

²²² <<La otra gran particularidad de la interpretación en los sistemas constitucionales de nuestro tiempo tiene que ver también con el fuerte contenido material de nuestras

una norma de derecho fundamental de las demás normas que componen los sistemas jurídicos constitucionalizados.

*La particularidad*²²³ de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en España, se da por la complejidad que encierra el mismo acto de interpretación de las normas constitucionales. <<La noción de “interpretación constitucional” es compleja y problemática. Para mostrarlo tal vez sea suficiente con señalar que cada uno de los conceptos que forman la expresión, tomados por separado, “interpretación” y “constitución”, resultan ya altamente controvertidos>>²²⁴.

Las cualidades propias de *las normas de derechos fundamentales* en adelante (NDF) se destacan sobre las otras normas no solamente desde el punto de vista teórico, o de los ámbitos de construcción epistemológica del universo normativo. *La distinción normativa*²²⁵ se da principalmente por

constituciones, o sea, con la indeterminación de la constitución, indeterminación que se manifiesta de modo particular cuando se producen colisiones entre preceptos constitucionales, especialmente frecuentes en materia de derechos y libertades>>. GASCÓN ABELLÁN, M. (2016). *Interpretación de la constitución: ¿gobierno de los jueces?* Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico. pp. 204-215. (p. 211).

²²³ PRIETO SANCHÍS, L. (2000a). *Tribunal constitucional y positivismo jurídico*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 23. pp. 161-195. (p.177).

²²⁴ AGUILÓ, J. (2013). *Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Año 6. N°. 1. pp. 1-28. (p. 2).

²²⁵ *La distinción normativa* de los derechos fundamentales, expresa las diferencias entre la interpretación que podemos llamar “clásica” aquella que se refiere a la interpretación legal o del texto de la ley, y la interpretación constitucional. La distinción normativa se encarga de ir más allá, dentro de la interpretación constitucional, indaga por la interpretación iusfundamental o de las normas de derechos fundamentales, en la especialidad del *control interpretativo* que ejerce sobre ellas el Tribunal Constitucional. Esta distinción en el modelo español ha sido destacada por el profesor Enrique ALONSO GARCÍA: <<Sabido es que la interpretación constitucional por sí misma obliga a la creación de técnicas especiales desconocidas en la aplicación de la interpretación de la legalidad ordinaria, para las cuales los criterios jurídicos clásicos europeos continentales de interpretación son totalmente ineficaces. (...) Además, este modo de proceder normalmente la interpretación constitucional da lugar a la utilización de técnicas concretas de uso universalizado por todos los Tribunales

tres cualidades que destacamos: (i). las normas de derechos fundamentales constituyen la justificación de todo el sistema jurídico español. (Artículo 10.1 CE). (ii). Su aplicación directa y preferente por parte del Tribunal Constitucional sobre el universo normativo que integran todas las normas que pertenecen a un sistema jurídico dado. (iii). La irradiación que ejercen sobre las demás normas llevando inclusive al complemento práctico de las mismas en sus ámbitos de aplicación:

De la significación y finalidades de los Derechos Fundamentales dentro del orden constitucional, deduce el Tribunal Constitucional español que la garantía de su vigencia no se puede limitar a la mera <<posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado>>. En consecuencia, a partir de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución es posible estimar <<la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los Derechos fundamentales>>, pero asimismo, <<la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales Derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano>>²²⁶.

En este orden discursivo el papel preponderante de los derechos fundamentales en el sistema jurídico español, está en la labor que ejerce sobre los mismos el Tribunal Constitucional²²⁷, en aras de armonizar los

Constitucionales>>. Alonso GARCÍA, E. (1988). *La jurisprudencia constitucional*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. No 1. pp. 173-209. (p. 186).

²²⁶ VILLACORTA, L. (2011). *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales: aspectos a destacar en el contexto de la discusión española*. Ius et Praxis, vol. 17, No 1, pp. 81-118. (pp. 96-97).

²²⁷ Resulta importante destacar para los fines y objetivos propuestos en este trabajo Doctoral, una breve reseña estructural de lo que comprende el Tribunal Constitucional Español, para este cometido nos apoyamos con especial atención a lo propuesto por el profesor y ex-Letrado del Tribunal Constitucional Pablo PÉREZ TREMPS: <<Una de las novedades más significativas que la Constitución de 1978 introdujo en el panorama jurídico-institucional español fue la creación del Tribunal Constitucional (Título IX). Marcada la ruptura ideológica con el franquismo, la Constitución mantuvo una clara línea de continuidad institucional en muchos aspectos respecto de la historia constitucional española: Monarquía, sistema parlamentario bicameral, Poder Judicial único y Consejo de Estado consultivo son algunas de las manifestaciones más claras de esta continuidad. Y junto a ello, los mayores cambios institucionales son los que derivan de la opción descentralizadora (Estado de las Autonomías)

contenidos abstractos, ambiguos, indeterminados y generales de las dispociónies iusfundamentales logrando establecer en la jurisprudencia, la determinación y alcance a través de la correcta interpretación de sus enunciados jurídicos.

Resulta determinante para la consolidación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional y democrático de derecho, el desarrollo que despliega de los mismos el Tribunal Constitucional, pensar los derechos fundamentales sin la actividad de este órgano constitucional especial, sería dejar *la suerte de los derechos* a un “libre albedrio jurídico”, toda vez que el escenario constitucional²²⁸ de los derechos se lleva a cabo desde su *función pretoriana* como una de las más importante en la comtemporaneidad.

Dicha consolidación de los derechos fundamentales se da, por lo que siguiendo a Manuel GARCIA PELAYO se denomina como el *<<status del Tribunal Constitucional>>*:

Los órganos fundamentales del Estado no pueden ser otros que aquellos que reciben directamente de la Constitución su *status* y competencias esenciales a través de cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico político fundamental proyectado por la misma Constitución. Si bien es cierto que la Constitución española no emplea la denominación «órganos constitucionales» —como

y la decisión de crear el Tribunal Constitucional. Ambas opciones tenían sus precedentes en la Constitución republicana de 1931, pero, por razones históricas obvias, esos precedentes no llegaron a tener una vida suficientemente larga para poder asentarse como “instituciones” consolidadas en nuestra Historia Constitucional». PÉREZ TREMPS, P. (2003). *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Laboratorio de alternativas. Documento de trabajo 28. pp. 1-32. (p. 7).

²²⁸ Por *escenario constitucional de los derechos* entendemos, como el espacio donde se gestan los derechos fundamentales, más allá de la vista normativa de la Constitución, es decir vinculados proceduralmente en la construcción de la praxis judicial de los derechos. Este escenario se caracteriza por las posibilidades reales de concreción de los derechos y las normas que engloban el universo fundamental. El concepto de escenario constitucional en el sistema jurídico colombiano, ha sido construido especialmente por los aportes del profesor Diego López Medina, en su texto capital *El derecho de los jueces*. LÓPEZ MEDINA, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Segunda edición. Editorial Legis. Bogotá, Colombia.

tampoco la Ley Fundamental de la República Federal Alemana o la Constitución de la República Italiana— no es menos cierto que tal denominación es recogida, como acabamos de ver, por la LOTC, que en su artículo 1.1 considera al Tribunal Constitucional como uno de los órganos constitucionales²²⁹.

²²⁹ GARCIA PELAYO, M. (2014). *El «status» del tribunal constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 100, enero-abril. pp. 15-37. (p. 17).

2.3. LA INTERPRETACIÓN DEL <<CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS>>

La *teoría principalista*²³⁰ como una de las tesis contemporáneas aplicadas a la interpretación constitucional especial, mira los derechos fundamentales desde su estructura normativa de principios permitiendo <<la construcción de argumentos y razones de juicio en la interpretación de los mismos>>. La principalista se muestra como una de las características esenciales del Estado constitucional y su alcance, configurando la tesis de los principios a partir de una <<visión iusnaturalista renovada>> o de un <<no positivismo jurídico>>, enunciando la necesidad en el mundo jurídico contemporáneo según la cual, los principios deben ser verdaderos criterios axiológicos²³¹-deónticos de las manifestaciones de las normas y disposiciones fundamentales.

Esto siempre referenciado en la Constitución como norma de normas²³² en todo el sistema jurídico con relación a su conjunto normativo, permitiendo identificar <<los principios como un orden fundamental de los derechos>>, según los criterios de fundamentalidad.

²³⁰ Por teoría principalista se entiende aquella concepción dentro de la teoría constitucional, y en específico en la teoría de los derechos fundamentales, que identifica estructural y normativamente las disposiciones de derecho fundamentales como normas tipo principio.

²³¹ <<Las normas fundamentales reciben esos contenidos axiológicos desentendiéndose de su valencia o de su capacidad legitimadora del ordenamiento constitucional. (...) A esas direcciones lo que les importa no es su valencia, sino la validez de las normas conforme al orden normativo>>. VERDÚ (1997), (pp. 88-89). VERDÚ, p. (1997). *Dimensión Axiológica de la Constitución*. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. N° 74. pp. 85-168.

²³² <<También Kelsen se refería al concepto de Constitución como la norma situada en el lugar superior a todas las demás, y a «la idea de un principio supremo que determina todo el ordenamiento estatal, y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento», pero dentro de un contexto dogmático —el de la *Stufenbau* (construcción piramidal o escalonada) y los criterios conexos para determinar la invalidez de las normas inferiores— algo ignorado completamente al otro lado del océano>>. PEGORARO (2002), (p. 398). PEGORARO, L. (2002). *La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional. N°.6. pp. 393-416.

Los principios constitucionales entendidos como criterios materiales para la determinación de los contenidos de fundamentalidad de los derechos, <<juegan un papel preponderante en el control de constitucionalidad>>, van a delimitar las funciones de juridicidad de la misma Constitución como norma fundamental dentro de un ordenamiento jurídico.

En esta línea argumentativa los derechos fundamentales como normas de principio pueden ser vistos como *cláusulas morales investidas de eficacia jurídica*, estos derechos presentan <<técnicas de garantías reforzadas>> que permiten su cumplimiento en el plano material de los derechos.

Para los fines de abordar en mayor proporción la *principialista* de los derechos, como tesis construida dentro del constitucionalismo interpretativo en el Estado constitucional español, presentamos con especial atención *la principialista española de los derechos* desde las propuestas y perspectivas teóricas de PRIETO SANCHÍS y GARCÍA FIGUEROA, como dos de los principales exponentes del constitucionalismo de principios desde la perspectiva española también conocida como el constitucionalismo de los derechos.

El constitucionalismo de los derechos es una expresión que acuña Luis Fernando PRIETO SANCHÍS en un gran número de sus trabajos, con la que pretende establecer una conceptualización entre la relación de los derechos fundamentales, la idea de Constitución y las conexiones entre ambos en los sistemas jurídicos contemporáneos. A manera de esquema podemos distinguir los principales tópicos con los que el profesor español explica sus tesis fundamentales. (i). Los presupuestos del neoconstitucionalismo. (ii). La relación entre garantismo y constitucionalismo. (iii). Las relaciones entre el derecho y la moral. (iv). La objetividad en la interpretación de los conceptos morales de la Constitución. (v). El constitucionalismo y la globalización.

Como segundo momento de *la principalista de los derechos*, estudiaremos una tesis complementaria al constitucionalismo de los derechos, denominada *como no positivismo principalista* la cual es construida a partir de los aportes teóricos de Alfonso GARCÍA FIGUEROA, como propuesta que conjuga los dos modelos principalistas de mayor difusión en términos globales desde las teorías fundantes de DWORKIN²³³ y ALEXY²³⁴.

La propuesta que presenta PRIETO SANCHÍS sobre las normas jurídicas de principio, se inserta en la misma concepción de los textos constitucionales como normas fundamentales de carácter o de corte *principal*. Con esta postura evidencia en el caso de la Constitución Española de 1978 que la misma se configura como un <<un cuerpo constitutivo de libertades públicas y derechos fundamentales con especial fuerza normativa>>, indicándola como una norma no apartada en su orden de concreción normativo o de su fuerza normativa particular, siendo específicamente una carta de disposiciones iusfundamentales presentada a un <<sistema de fuerte corte principal>>:

[...] la Constitución de 1978, que es un texto claramente <<principal>> [...] la constitucionalización de un amplio catálogo de principios y, en general, su recepción en normas expresas no tiene solo un sentido programático o de manifestación pública del orden de valores en que descansa el sistema, sino que ofrece también una virtualidad práctica indudable que permite

²³³ Los trabajos de DWORKIN que han ejercido más influencia en el pensamiento jurídico de ALFONSO GARCÍA FIGUEROA son: DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*. Primera edición, Traducción de: Marta GUASTAVINO. Editorial Ariel. Barcelona, España. DWORKIN, R. (2012). *El imperio de la justicia*. Segunda edición, Traducción de: Claudia FERRARI. Editorial Gedisa. Barcelona, España.

²³⁴ Los trabajos de ALEXY que han establecido mayor influencia en el pensamiento jurídico de ALFONSO GARCÍA FIGUEROA son: ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Traducción: Jorge M. SEÑA. Barcelona, España. ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. (2º ed.). Trad. y estudio introductorio de Carlos BERNAL PULIDO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

diferenciar los principios expresos de los tradicionales principios generales del derecho²³⁵.

Es claro aquí la distinción entre principios generales del derecho que construyen la noción de la ciencia jurídica desde una fuerza implícita del orden jurídico, y de su objeto preminentemente normativo a los principios como normas jurídicas especiales dentro de los sistemas legales abiertamente constitucionalizados. <<Un principio constitucional, ostenta la fuerza del documento que lo consagra, por tanto, cualquier disposición contrastante ya no será una excepción, sino una *infracción* del mismo, lo que significa que constituyen un límite sustantivo a la producción de normas inferiores>>²³⁶.

Los problemas que <<la principalista>> quiere solucionar desde las concepciones estrictamente positivistas en culturas jurídicas²³⁷ de estirpe estrictamente codificadora, proponer nuevas fuentes del derecho como formas de producción jurídica. Tal distinción permite solucionar principalmente la prohibición de la función creadora del derecho, desde las tesis positivistas radicales para así, desmitificar el rol del legislador racional frente a su papel dentro del sistema jurídico.

²³⁵ PRIETO SANCHÍS, L. (2011). *Apuntes de teoría del derecho*. Sexta edición. Editorial Trotta, Madrid. España. (p. 206).

²³⁶ PRIETO SANCHÍS (2011), (ibíd.). (pp. 206-207).

²³⁷ PRIETO SANCHÍS (2011), (ibíd.). En su teoría del derecho, presenta un análisis de la cultura jurídica europea orientada hacia la codificación y la exegesis extremas de sus formas de producción jurídica. Proponiendo un cambio desde la visión del orden jurídico como un sistema preminentemente fundamentado por una axiología principalista, que puede llegar a llenar los vacíos, frente a los problemas constantes de ordenes normativos influenciados por un positivismo legalista o legicentrista, presentando oscuridad e indeterminaciones en la escogencia de las fuentes del derecho que responden a las vicisitudes de una centralización de la producción jurídica en la conciliación de antinomias y lagunas permeadas a lo largo del mismo sistema.

2.4. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA

Uno de los rasgos distintivos del modelo europeo de aplicación de los derechos fundamentales por parte de los Tribunales Constitucionales, ha sido el conocido principio de proporcionalidad en especial relación a *los límites del juez constitucional*,²³⁸ estudiado con notable interés desde la doctrina alemana como *los márgenes de acción*²³⁹, desde nuevos supuestos normativos que configuren verdaderas fuentes del derecho más allá de la dogmática jurídica del Estado de derecho.

En esta conceptualización el aspecto teórico de los derechos fundamentales, ha tenido una fuerte influencia proveniente de la teoría del derecho, tanto la continental europea representada hegemónicamente por KELSEN y BOBBIO²⁴⁰ como exponentes de la filosofía del derecho construida y dos de sus máximos exponentes del Siglo XX. Por otra parte la filosofía del derecho *no continental europea* a partir de los trabajos de HART y Joseph RAZ, se recepcionan de sus tesis principales la idea de adjudicación judicial como construcción de un *modelo general de jurisprudencia* desde <<la potestad decisional>> reglas que pueden ser aplicadas a la hora de interpretar la Constitución:

²³⁸ BERNAL, C. (2007). *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?* Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho. N.º 30. pp. 273-291.

²³⁹ ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. (2º ed.). Trad. y estudio introductorio de Carlos BERNAL PULIDO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (p. 557).

²⁴⁰ Uno de los textos capitales de Norberto Bobbio es su Teoría general del derecho, en este desarrolla para el derecho moderno la concepción del paso de la teoría de la norma a la teoría del ordenamiento jurídico, quien contribuyera además a la noción contemporánea del concepto de sistema jurídico. BOBBIO, N. (2016). *Teoría general del derecho*. Quita edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. (p. 137).

La interpretación constitucional es fundamental en la adjudicación constitucional dado que los tribunales se enfrentan a consideraciones morales en conflicto, algunas a favor de la continuidad y que velan por dar efecto a la Constitución como es en ese momento, y otras dirigidas a la necesidad de desarrollarla y mejorarla²⁴¹.

La influencia europea no continental está marcada por la aplicación de tal *dispositivo de adjudicación*²⁴², nos referimos a lo que HART llamó *regla de adjudicación*, en su modelo de jurisprudencia. Construida desde y para la actividad judicial frente a su tesis de la discrecionalidad judicial, estableciendo un postulado adicional como solución a los problemas de discrecionalidad recogidas en la <<regla de reconocimiento>>:

En un sistema jurídico moderno donde hay variedad de fuentes de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales. En la mayor parte de los casos se adoptan provisiones para posibles conflictos, clasificando estos criterios en un orden de subordinación y primacía relativas. Así, en nuestro sistema, el *common law* está subordinado a las leyes²⁴³.

A la hora de tomar las decisiones por parte del quien ostenta la *potestad decisoria*²⁴⁴ no solo por el Tribunal Constitucional, sino por los

²⁴¹ RAZ, J. (2013). *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Traducción de Hernán BOUVIER, Pablo NAVARRO y Rodrigo SÁNCHEZ BRIGIDO. Marcial Pons. Madrid, España. (p. 366).

²⁴² Por *dispositivo de adjudicación* entendemos, para los fines de esta investigación doctoral, la unión entre el modelo normativo de la experiencia continental europea, especialmente en los trabajos de KELSEN y BOBBIO, y el modelo normativo de HART en la experiencia teórica europea no continental.

²⁴³ HART, H. (1964). *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. CARRIÓN. Abeledo Perrot. (p. 126).

²⁴⁴ El concepto de potestad decisoria o potestad decisional, es entendido como base de su justificación en la teoría de las normas defendida por BOBBIO, en la relación con los elementos normativos de unidad, coherencia y plenitud del sistema jurídico, como fórmula para entender la aplicación del derecho a partir del escenario del juez, de quien toma la decisión con base en el universo normativo posible.

demás Tribunales Supremos o Superiores de Justicia, <<la perspectiva de la decisión>> juega un papel trascendental, para entender lo que en Iberoamérica se conoce con la acepción: *derecho ordinario*, y en la Europa continental, como causas civiles, penales y sociales.

Lo especial de este estudio doctoral no está en ahondar en la basta y abundante literatura sobre *el principio de proporcionalidad*, en la que destacamos el estudio construido por el profesor colombiano Carlos BERNAL PULIDO, hoy Magistrado de la Corte Constitucional Colombiana. Nuestros fines de estudio se centran más en el modelo de adjudicación de los derechos fundamentales desde la conjunción en la fase interpretativa y argumentativa de los mismos, función que se cumple en el tercer elemento del modelo ponderativo como carga de la argumentación jurídica, complementada en la función de los derecho fundamentales como normas de principio y garantía. A continuación proponemos una breve reconstrucción de los principales aportes de BERNAL PULIDO, sobre la máxima de proporcionalidad y sus alcances en una teoría de la adjudicación fundamental.

El profesor colombiano en sus inicios destaca la utilización del principio de proporcionalidad como máxima construida a partir de la jurisprudencia constitucional, resaltando que la Corte Constitucional integra al concepto de proporcionalidad en sentido general a los tres subprincipios que lo conforman de manera inmediata y sistematizadora.<<Es pertinente enfatizar que desde las primeras sentencias el principio de proporcionalidad ha sido entendido por la Corte Constitucional como el conjunto articulado de los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto>>²⁴⁵.

²⁴⁵ BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. (p. 75).

La obra *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, logra además complementar las tesis fundantes de ALEXY²⁴⁶, sobre el principio de proporcionalidad y en particular sobre los tres-subprincipios de proporcionalidad, los cuales no habían sido ampliamente esbozados y decantados en la obra del profesor de Kiel.

Lo trascendental del trabajo de BERNAL PULIDO²⁴⁷ está en que logra en primer lugar, desarrollar algunos puntos de la *Teoría de los derechos fundamentales de ALEXY*, que el maestro Alemán no había desarrollado en su propio texto, pero que ha venido debatiendo a lo largo de 20 años aproximadamente de discusiones académicas, no solo con las escuelas europeas del derecho público constitucional y de la filosofía del derecho, sino con escuelas del pensamiento jurídico contemporáneo en el sistema no continental europeo y en los países o sistemas de derecho influenciados por el *Common Law*²⁴⁸.

Hoy la propuesta de BERNAL tiene una gran adhesión en el sistema español de *interpretación de derechos fundamentales*, convirtiéndose en un referente obligatorio en la península ibérica y en toda Europa continental,

²⁴⁶ ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. ibíd. (pp. 523-446).

²⁴⁷ BERNAL PULIDO, C. (2006). *La racionalidad de la ponderación*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 51-75. BERNAL PULIDO, C. (2005). *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. en Cáceres, E. et al. (eds.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM.

²⁴⁸ Una de las principales concepciones contemporáneas del derecho a sido la que se ha gestado desde el derecho anglosajón o de tradición de la familia jurídica pertenecientes a los sistemas el *common law*, como *positivismo jurídico inclusivo*, que en palabras de J.J. MORESO & J. M. VILAJOSANA (2004), corresponde a la respuesta positivista a las críticas establecidas por DWORKIN a HART, sobre sus tesis de las fuentes sociales del derecho. <<Dworkin aduce que hay estándares aplicables jurídicamente (i. e. los principios) para los cuales no existe ningún origen en un hecho social (su validez no depende de su *pedigree*). (...) lo cual conlleva, contra la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, que hay estándares jurídicamente válidos porque son moralmente válidos>>. MORESO, J. & VILAJOSANA, J. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons. Colección filosofía y derecho. Barcelona, España. (p. 199).

es por ese motivo, que justificamos la escogencia de este referente teórico colombiano para fundamentar el modelo teórico y práctico de interpretación de los derechos fundamentales, no en exclusividad desde el principio de proporcionalidad, tomando sus bases conceptuales como fundamentación de nuestra tesis concreta aplicada al sistema jurídicos contemporáneos, en lo que denominamos como <<interpretación iusprincipalfundamental²⁴⁹>>.

La propuesta de *interpretación iusprincipalfundamental* se construye en una interpretación propia desde los *escenarios de concreción de los derechos*, a lo que ALEXY denomina las *circunstancias del caso concreto*, generándose frente al modelo de adjudicación una complementariedad, a partir de la inclusión de *los canones de interpretación* como corrección en clave del juez constitucional, y de los canones de la argumentación conocidos en la literatura como *las cargas de la argumentación*, la cual abordada desde la interpretación de los derechos fundamentales en sede jurisdiccional, toma el nombre de <<La carga invertida de los derechos fundamentales>> como nuestro trabajo doctoral.

En particular podríamos sintetizarlo con la expresión modelo de adjudicación del Estado constitucional. Lo diferencial de nuestra propuesta teórica, está en determinar realmente cual es el lugar que tienen las normas iusfundamentales, dentro del gran universo normativo de principios como derechos fundamentales²⁵⁰, para construir el sistema de principios, o lo que

²⁴⁹ Por interpretación iusprincipalfundamental, se entiende aquella interpretación específica para los derechos fundamentales en clave de Estado constitucional de derecho, dese una perspectiva jurisprudencial, por parte del operador o administrador de justicia, particularmente en el escenario constitucional superior, Cortes o Tribunales Constitucionales, adicionalmente la interpretación iusprincipalfundamental hace parte de una concepción del derecho que he llamado *Jurisprudencia de Principios*. El concepto de jurisprudencia de principios así, como sus elementos fundantes, pueden consultarse en el siguiente trabajo:

²⁵⁰ Resulta interesante para los fines de la interpretación especial orientada a los derechos fundamentales, la propuesta del profesor Victor FERRERES, sobre las colisiones entre principios colisiones, en una lectura de *tercera vía* sobre los criterios de indeterminación de las disposiciones iusfundamentales. Destacando que existen <<colisiones en cuanto al consenso>>,

en otras palabras podríamos denominar *la sistemática de los derechos fundamentales*:

El principio de proporcionalidad —como principio jurídicamente exigible— representa una pequeña pieza dentro de un sistema, de un universo más amplio, en el que se enmarca y al que pertenece, como el que encarnan la teoría general de los derechos fundamentales y de los límites frente a la actividad limitadora del legislador y de los demás poderes públicos; las técnicas de control judicial; el canon de constitucionalidad, etc²⁵¹.

En este orden teórico, al igual que en la Europa continental y no continental sobre el fenómeno normativo del derecho, como soporte de justificación conceptual a la dogmática de los derechos fundamentales, va a ocurrir el mismo fenómeno ya en un plano interno en la España de los derechos, gracias precisamente a la gran teorización que al respecto construirían grandes teóricos del derecho en España, con connotaciones igualmente importantes al de sus pares y antecesores de la *Europa global*.

Para la muestra de esta referencia se evidencia un especial interés en uno de los Padres de la Constitución Española, Gregorio PESES-BARBA. PESES-BARBA como gran timonel de la Constitución Española de 1978, distinguido en su obra como uno de los grandes filósofos del derecho, expresa en un estudio publicado en 1984 denominado *los valores superiores*, su sentida atención por una nueva interpretación del derecho, orientada en

sobre el cual las sociedades le otorgan un mayor peso específico, a determinado principio o valor superior instituido en las Constituciones, resulta trascendental esta perspectiva democrática sobre las colisiones de principio: <<Ciertamente, el grado de consenso social en torno a los principios constitucionales es variable. En relación con ciertos temas, el consenso es muy amplio y profundo. Así, casi todos los ciudadanos están de acuerdo en que es valioso proteger tanto la libertad de expresión como el derecho al honor. Las discrepancias surgen cuando descendemos a los detalles y constatamos que no todos asignan el mismo peso a esos principios, aunque incluso en este nivel de mayor concreción, existe acuerdo en muchos supuestos>>. FERRERES, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*. Segunda edición. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España. (p. 37).

²⁵¹ BARNES, J. (1998). *El principio de proporcionalidad*. Cuadernos de derecho público, Vol. 5, pp. 15-49. (p. 15).

particular a las normas de derechos fundamentales. Dicha conceptualización es retomada años más tarde por el profesor Francisco Javier DIAZ REVORIO²⁵².

Toda esa nueva interpretación es recogida normativamente en el Artículo 1-1 de la Constitución, donde la aplicación del derecho establece una apertura constitucional al mundo normativo, <<más allá del escenario de positividad del derecho, para un cambio epistemológico para la gestación de una positivización²⁵³ de los derechos fundamentales>>, este cambio conceptual en la epistemología del derecho en general, y en particular en la epistemología del derecho constitucional, es referenciado por PESES-BARBA:

Hace algunas semanas un notorio jurista y filósofo del Derecho, el americano profesor de Oxford, Ronald Dworkin, durante una visita a España invitado por el Instituto de Derechos Humanos, conoció el artículo 1-1 de nuestra Constitución. En una larga conversación conmigo tuvo ocasión de expresar su sorpresa primero y su interés después por un texto fuera de lo común en el Derecho Constitucional Comparado²⁵⁴.

²⁵² <<La teoría de la interpretación es hoy el núcleo central de la teoría de la Constitución y, en la medida en que el Estado contemporáneo es precisamente un Estado constitucional, el problema de la interpretación es también, en cierto modo tema central de la teoría del Estado y de la teoría del derecho>>. DÍAZ REVORIO, F. (1997). *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España. (p.37).

²⁵³ Las distinciones en los conceptos de positividad del derecho y positivización de los derechos fundamentales, aparecen por primera vez en la España democrática, en los estudios sobre derechos fundamentales elaborados por PESES-BARBA, la relación que encuentra entre estos dos conceptos podemos denominar *la dicotomía entre historia y contexto de los derechos*, para establecer criterios diferenciales a la superación de la dialéctica positivismo jurídico e iusnaturalismo desde la visión de las normas de derechos fundamentales: <<la dimensión histórica es imprescindible para entender el sentido de los derechos fundamentales. (...) en lo que Eusebio Fernández llama fundamentación historicista. Esta caracterización puede inducir a confusión y creo que es más correcto de hablar de fundamentación positivista, puesto que esos derechos variables y relativos son los que el Estado en cada momento reconozca. Es mejor reservar, creo, la referencia a la historia para aquellas teorías que descartando, hoy la fundamentación iusnaturalista, no suponen exclusivamente en materia de derechos humanos, posiciones positivistas>>. PESES-BARBA, G. (1986). *Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales*. Anuario de derechos humanos. N.º 4, pp. 219-258. (p. 220).

²⁵⁴ PESES-BARBA, G. (1984). *Los valores superiores*. (p. 373).

La interpretación constitucional no va a ser la misma luego de la apropiación de dichos conceptos, y la Constitución Española de 1978 recoge precisamente los postulados axiológicos de los valores superiores, como normas jerárquicas en la aplicación normativa, pero a su vez como fuentes normativas directas a la hora de establecer un <<margen de acción operacional>>, para llevar a los planos concretos la ley fundamental de España, desde la intervención judicial. <<Esto es así por la indeterminación y abstracción que caracteriza la formulación de las normas que los reconocen y que, como es obvio, requieren de concreción y, en ocasiones, de dotación de contenido material>>²⁵⁵.

En este sentido el Artículo 1-1 de la Constitución habla en términos de justicia para asegurar la aplicación material de los derechos fundamentales, así; la construcción de las normas jerárquicas en un plano dual o binario, frente a normas secundarias desde la positividad²⁵⁶, muestra en *la España de los derechos* la justicia de los derechos fundamentales, notándose la influencia *Kelseniana* en el sentido de justicia del ordenamiento jurídico español, ahora en la contemporaneidad como verdadero sistema jurídico.

Bajo esta conceptualización la Constitución española se muestra como una norma para aplicarla no el sentido normativista clásico como norma de normas, sino como fuente del derecho en sí misma, lo cual recoge la visión sistemática de la Constitución. <<En otras palabras, si la Constitución tiene

²⁵⁵ ABA, A. (1999). *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del tribunal constitucional español*. Tirant lo Blanch. Valencia, España. (p.241).

²⁵⁶ <<No es menos cierto que en nuestro ordenamiento el positivismo legalista hace años que está superado, de modo que la igualdad real y efectiva que postula el art. 9.2. de la Constitución ha de conseguirse sin subvertir la Constitución, antes al contrario, partiendo de ella, para lo cual hay que traducir en términos de justicia –de justicia sin adjetivos- lo que ella dice y dicen las leyes que la desarrollan>>. LORCA NAVARRETE, J. (1994). *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. EDICIONES PIRÁMIDE. Madrid, España. (p. 30).

eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será solo fuente sobre la producción, sino fuente del derecho sin más>>²⁵⁷.

Precisamente PESES-BARBA va a indicar que esa función exclusiva a la que denominados *justicia de los derechos fundamentales*²⁵⁸, se da con especial atención en el desarrollo del Estado constitucional específicamente en la labor del Tribunal Constitucional.<<Si se conoce la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la garantía de la Constitución, su preservación ante las normas inferiores alcanza a esta función de justicia, puesto que se extiende a sus contenidos materiales, que son, así, plenamente normas jurídicas>>²⁵⁹.

El modelo de adjudicación concreto de los derechos fundamentales en el Estado constitucional español desde la perspectiva de la <<potestad decisional en el Tribunal Constitucional>>, tuvo que enfrentar una primera dicotomía desde lo que PRIETO SANCHIS ha situado en el <<esquema teórico-constitucional>> *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*.

El argumento con el que el profesor emérito de filosofía del derecho abre su argumentación es contundente, en el sentido de establecer un modelo general de interpretación constitucional en el escenario propio del Tribunal Constitucional alejado de las tesis mayoritarias y hegemónicas del positivismo jurídico. <<El género de interpretación que reclaman las

²⁵⁷ DE OTTO, I. (1987). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Editorial Ariel. Barcelona, España. (p. 76).

²⁵⁸ El concepto de justicia de los derechos fundamentales, es entendido en el sentido de una fórmula normativa-jurisprudencial desde, la apropiación de la razón práctica jurídica en el modelo de adjudicación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional y democrático de derecho contemporáneo.

²⁵⁹ PESES-BARBA, G. (1991). *Prólogo [La Constitución española de 1978]*. Centro de Estudios Adams. (pp. 15-16).

Constituciones actuales pone sobre la mesa una serie de técnicas y argumentos ajenos a la tradición positivista>>²⁶⁰.

Lo realmente significativo de la teoría de PRIETO SANCHIS, está en que si bien niega desde un *constitucionalismo de los derechos*, que la justificación propia de esta concepción sobre los límites interpretativos de las normas y disposiciones de derecho fundamental por parte del Tribunal Constitucional²⁶¹ español sean las tesis fuertes del positivismo jurídico, <<establece que la discrecionalidad judicial, es el verdadero tópico acuciante para el alcance del Estado constitucional a partir de lo que denominamos como la potestad decisional>>, como superación y a su vez complementariedad del modelo de la potestad normativa establecida tanto por los modelos continentales europeos como el modelo no continental:

A mi juicio, las tesis más valiosas y que merecen ser conservadas no tienen mucho que ver con la existencia de alguna forma de justicia constitucional: ni la idea de las fuentes sociales del Derecho, ni la que postula la separación conceptual entre el Derecho y la moral, ni, en fin, aquella que vincula el Derecho con la fuerza se resienten o fortalecen por la existencia o no de Tribunales Constitucionales. Mayores problemas presenta la tesis de la discreción judicial que, si bien no es intrínseca a todo positivismo, sí ha sido sostenida en sus versiones más maduras, como las representadas por Kelsen, Hart o Ross. Mi conclusión será también negativa, en el sentido de rechazar

²⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, L. (2000a). *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N.º 23. pp. 161-195. (p. 161).

²⁶¹ Existen otras propuestas sobre la interpretación de los derechos fundamentales, en la que se destaca la del profesor Juan CIANCIARDO. Determinando que existen tres límites a los derechos fundamentales, desde la labor que ejerce el Tribunal Constitucional Español. necesarios, directos e indirectos. Puntualmente en la labor del Tribunal Constitucional Español, sobre los límites materiales de las disposiciones fundamentales, la propuesta de CIANCIARDO, entra en los márgenes de adjudicación del derecho, defendidos en su llamado *conflictivismo* de los derechos fundamentales. CIANCIARDO, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra. Navarra, España. en un plano teórico y filosófico, resalta la concepción de PRIETO SANCHIS, que justifica el mejor modelo de interpretación para la Constitución Española, en tiempos de Estado constitucional.

una implicación necesaria entre la justicia constitucional y la existencia o no de discreción²⁶².

En este orden de argumentos se muestra la Constitución española de 1978 como una *Constitución de principios*²⁶³. Esta vista de principios a su vez debe expresarse con los otros tipos de enunciados jurídicos, configurando una lectura integral de la Constitución del Estado constitucional superando una dogmática formal, por una perspectiva integrada entre las reglas constitucionales, en la discrecionalidad de la potestad normativa desarrollada por el legislador, por una dogmática constitucional construida en la labor interpretativa de los derechos fundamentales.

Una lectura “integrativa de las normas constitucionales”, tanto en la estructura normativa a partir de los criterios clásicos de distinción de normas, reglas y principios, arrojaría respuestas a *la tension formalista y antiformalista de la Constitución*²⁶⁴, como se configura en el sentido de la convivencia y coexistencia de la jurisdicción ordinaria, y en la jurisdicción constitucional en el sistema jurídico español, aplicada a las competencias de los jueces y tribunales en materia constitucional. <<La existencia del Tribunal Constitucional no excluye que los jueces y tribunales ordinarios puedan y deban aplicar la Constitución como consecuencia de la concepción

²⁶² PRIETO SANCHÍS, L. (2000a). *ibid.* (p. 161).

²⁶³ Esta expresión ha sido también entendida en España, y en su cultura jurídica en general como constitucionalismo de principios, al margen de la concepción Alexyana de la expresión, la cual ha sido defendida por el profesor Angel GARRORENA, como sello distinto de las Constituciones de la segunda posguerra en Europa, y además aquellas constituciones que claman la dogmática contemporánea de las normas y disposiciones de derechos fundamentales. GARRORENA, A. (2011). *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España. (p. 71).

²⁶⁴ Por tension formalista y antiformalista de la Constitución, entendemos las relaciones dicotómicas entre el constitucionalismo como función política y forma de organización estatal, y el constitucionalismo como aplicación del sistema jurídico y orden fundamental en sí mismo.

normativa de esta, según se desprende del mandato general del artículo 9.1 CE^{265>>}.

En esta dogmática de los derechos fundamentales “la fórmula del Estado constitucional” es complementada, y por ende lograríamos un verdadero sistema jurídico para el Estado constitucional democrático derecho, esto se da gracias a establecer los aspectos esenciales de la *praxis de los derechos* como *la phronesis de los derechos fundamentales*, una <<razón práctica interpretativa>> dirigida especialmente desde el escenario de las garantías²⁶⁶ como potestad decisional en los márgenes de acción concretos, buscando establecer límites objetivos a la discrecionalidad judicial constitucional que despliega el Tribunal Constitucional. Si admitimos que el tópico fundamental del Tribunal Constitucional Español no se configura por la construcción de un modelo ponderativo y práctico del principio de proporcionalidad²⁶⁷, sino que se gesta por la configuración de un modelo de adjudicación de los derechos, en concreción de los principios como carga de la interpretación fundamental, en conexidad a una argumentación fundamental como argumentación constitucional en aras de reducir la *discrecionalidad judicial especial*²⁶⁸.

²⁶⁵ PÉREZ TREMPS, P. (2016). *Sistema de justicia constitucional*. Segunda edición. Aranzadi Civitas- Thomson Reuters. Pamplona, España. (p. 161).

²⁶⁶ <<Lo decisivo es que una Constitución con un denso contenido material que impregna o irradia sobre el conjunto del orden jurídico y que además se pretende garantizada, solo puede ser hecha valer a través de los procedimientos ordinarios para la defensa de los derechos e intereses; y los jueces necesariamente han de tomarla en consideración en todos los procesos, junto a la ley, pero con preferencia a la ley>>. PRIETO SANCHÍS, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Trotta. Madrid, España. (p. 170).

²⁶⁷ Cabe destacar para los fines de esta tesis doctoral, la propuesta teórica construida por David MARTÍNEZ ZORRILLA, sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto, desde la lectura del Estado constitucional español. MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Marcial Pons. Madrid, España. (p. 245).

²⁶⁸ Más allá de la construcción del concepto general de discrecionalidad judicial elaborado y construido en el *Concepto de derecho de Hart*, desde su lectura positivista de la actividad

2.5. PROPUESTAS PARA UNA TEÓRIA DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA

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

Desde otro escenario normativo se destacan las colisiones de principio, en las que normas de textura abierta presentan <>confrontaciones de igualdad jerárquica>>, desplazándose de la dimensión de validez-jurídica a una dimensión constitucional principal, frente a su rango como normas consagradas en igualdad de condiciones hipotéticas en una Constitución en sentido material-normativo. La colisión de principios puede ser entendida también, como una condición explícita de dos o más derechos fundamentales, que por los medios de solución clásicos de antinomias desbordan la esfera tradicional de aplicación por una constelación propia de los modernos Estados constitucionales:

Son principios también las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan no ya por la nota de la incondicionalidad, sino por la

judicial y por ende de la jurisprudencia, existe un concepto que nace en la jurisprudencia del Estado constitucional, que denomino discrecionalidad judicial especial, esta discrecionalidad judicial se da en la aplicación de la actividad jurisdiccional desarrollada por los Tribunales Constitucionales, cuando tienen que determinar mediante su interpretación el contenido material de las normas y disposiciones de derechos fundamentales. En este modelo especial de discrecionalidad judicial no encuentran ya respuestas, las reglas construidas en la teorización de HART, como (i). la regla de adjudicación, (ii). la regla de validez, (iii). la regla de cambio y (iv). la regla de reconocimiento.

particular fisonomía del deber que incorporan, consistente en seguir una cierta conducta finalista que puede ser realizada en distinta medida, aquí la ponderación es necesaria porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y, en particular, de la presencia de otros principios en pugna²⁶⁹.

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

La mayor o menor medida posible de concreción de los principios contrapuestos seda por la apertura de un *entendido axiológico valorativo*, por la realización de los fines materiales de protección de los derechos fundamentales dentro de un Estado constitucional, y como dichas normas jurídicas de principio atienden la labor orientadora de la garantía en la esfera de decisión de los derechos, más cercana a una propuesta concertada de un neouaturalismo o desde las mismas bases del constitucionalismo. <<La justicia constitucional encierra dos postulados: uno es que el poder debe estar limitado, otro, que esa limitación ha de ser una tarea judicial, y este segundo aspecto requiere una determinada concepción de interpretación y aplicación del derecho>>²⁷⁰.

²⁶⁹ PRIETO SANCHÍS, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Segunda edición, Editorial Trotta, Madrid. España. (pp. 180-183).

²⁷⁰ PRIETO SANCHÍS (2009), Ibíd. (p. 95).

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

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

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

La propuesta representada en PRIETO SANCHÍS, busca entender la teoría de principios en conciliación a su vez con la aplicación de un modelo reglado del derecho, que no excluye por completo un derecho construido por principios, desde la óptica del Estado constitucional. Sobre esta base es

importante la visión sobre los márgenes de acción de la textura de los dos tipos de normas tanto principios como reglas:

Desde esta perspectiva la distinción entre reglas y principios no es anterior, sino posterior a la interpretación, es decir, posterior al encuadramiento de un caso individual en el caso genérico descrito por la norma. Antes de ese momento reglas y principios parecen presentar unos problemas semejantes de textura lingüística o de vaguedad semántica, quizás agravados en el caso de los principios por su generalmente menor concreción²⁷¹.

En el contexto de la aplicación de las normas jurídicas de principio en los modernos sistemas jurídicos²⁷², se da en determinar la interpretación y alcance de las normas constitucionales como derechos fundamentales, en sentido estricto de su estructura normativa frente a la especificidad de la interpretación constitucional. <<El género de interpretación que reclaman las Constituciones actuales pone sobre la mesa una serie de técnicas y argumentos ajenos a la tradición positivista>>²⁷³.

Frente al problema de concreción PRIETO SANCHÍS se muestra partidario de la plausible irracionalidad²⁷⁴ que puede observarse del

²⁷¹ PRIETO SANCHÍS, L. (1993). *Duplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. En: Revista Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N° 20. Alicante. (pp. 317-320).

²⁷² Lo que indica, que la principalista o la teoría principalista de los derechos fundamentales, se aleja de las concepciones del derecho, cerradas solo a un modelo positivista de observancia de la ciencia jurídica. Sobre esta concepción, se centra el debate de la protección constitucional de las normas de principio como verdaderos derechos fundamentales en el papel que juegan los tribunales o cortes constitucionales en la judicabilidad de estos derechos, y la oposición del papel del legislador como fuente del derecho que reclama su papel principal, un poco relegado por el Estado constitucional contemporáneo y la inclusión de los textos constitucionales con normas fuertes como los principios.

²⁷³ PRIETO SANCHÍS (2000a, p. 161). PRIETO SANCHÍS, L. (2000a). *Tribunal constitucional y positivismo jurídico*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 23. pp. 161-195.

²⁷⁴ Sobre esta base teórica, se está abiertamente en oposición a lo que prescribía la Constitución de los Estados de derecho decimonónicos, frente a los grandes márgenes de acción y de gran discrecionalidad que tenía el legislador para llenar de contenido material lo que los mismos cuerpos constitucionales no podían establecer por sus magnos rasgos de formalismo extremo.

intérprete, en los casos concretos donde se pretendan solucionar las colisiones, su control desmedido está en los límites que impone la Constitución sobre los derechos fundamentales y sobre la intención de la interpretación constitucional, siempre en función a que ningún derecho en concreto se vea lesionado por otro específico.

Configurándose una apertura de los textos constitucionales por la desformalización de los contenidos jurídicos, que solo miraban el núcleo político de los textos constitucionales, el “giro teórico” parece extenderse de una postura moderada de lo que puede reflejar un concepto contemporáneo de derecho, en una “lucha por los derechos” en los ámbitos de protección y garantía material. Protegiendo bienes e intereses jurídicos consagrados taxativamente en principios constitucionales²⁷⁵, como normas dúctiles y maleables puestas en función de su interpretación, no solo desde *respuestas únicas y correctas*, para la toma de decisiones justificadas desde lo razonable y proporcional como equilibrio a intereses contrapuestos:

La Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia es esencial: la del legislador ha sido, siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional²⁷⁶.

²⁷⁵ Los principios constitucionales, como normas jurídicas por excelencia dentro de los modernos Estados constitucionales, van a permitir una posible conciliación frente al dualismo positivismo jurídico e iusnaturalismo, es decir, un derecho desde una postura abiertamente positivista, nunca pensó en orientar sus fuentes de producción a propuestas que partieran del reconocimiento más allá de un derecho expresamente consagrado, aunque los mismos principios son normas constitucionales. El debate se expresa en la fuerza axiológica de los principios y en sus postulados de interpretación frente a los casos concretos, nos referimos a una fuerza normativa que supera no solo la aplicación directa de la norma fundamental en el entendido de la aplicación de los derechos fundamentales, sino su criterio de unificación del mismo sistema jurídico.

²⁷⁶ PRIETO SANCHÍS (2000a, p. 173). PRIETO SANCHÍS, L. (2000a). *Tribunal constitucional y positivismo jurídico*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 23. pp. 161-195.

PRIETO SANCHÍS presentará su propuesta sobre una principalista que se apoya fundamentalmente en <<la tesis de la conexidad necesaria entre el derecho y la moral>>, criticando a su vez los desarrollos teóricos de ALEXY en la forma de <<resolver un caso a la luz de los principios entraña siempre un conflicto entre derechos constitucionales y, salvo que entendamos que existen herramientas infalibles para hacer frente a esos conflictos, nada garantiza que nuestro caso reciba una respuesta moralmente correcta>>²⁷⁷.

Buscando la principalista la conexidad en la aplicación de los enunciados normativos, y la utilización de una argumentación jurídica fuerte apoyada en una primera fase de interpretación²⁷⁸ del derecho, abierta al escenario constitucional como construcción de la teoría del neoconstitucionalismo, y su pretensión de ser una teoría general del derecho, que busca consolidar entre sus postulados la idea material²⁷⁹ de la Constitución²⁸⁰, y los derechos fundamentales como sus normas de mayor

²⁷⁷ PRIETO SANCHÍS (2013), *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 118).

²⁷⁸ Tal interpretación presenta inconvenientes o circunstancias de inaplicabilidad material cuando se realiza una interpretación constitucional bajo un precepto legal, como lo plantea DÍAZ REVORIO: <<la interpretación que se considera constitucional, y sobre cuya base se supera el contraste del precepto con la norma suprema, no puede obtenerse forzando la letra de la ley, sino que ha de poder derivar lógicamente del texto del precepto>>. DÍAZ REVORIO, F. (2002). *Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas*. Pensamiento constitucional. Vol. 8. Núm. 8. pp. 177-212. (2002), (p. 199).

²⁷⁹ La Constitución en sentido material desde la perspectiva principalista, permite esencialmente, la aplicación directa de las normas constitucionales, como los derechos fundamentales o disposiciones iusfundamentales, cuya característica estructural, es precisamente la de ser normas de principio, desde el sentido material de la Constitución en tiempos de constitucionalismo: <<Lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo radica, precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda operación y creación del derecho>>. CRUZ, L. (2009). *La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo*. Dikaion. Año 23. N°. 18. (p.16).

²⁸⁰ Sobre la idea de Constitución en PIETRO SANCHÍS (2001): <<La Constitución es así, ante todo, una norma «interna» a la vida del Estado, que garantiza sólo el pluralismo en la formación parlamentaria de la ley, y no una norma «externa» que desde la soberanía popular

relevancia, cobrando un protagonismo especial cuando estos se soportan desde una idea de principios. Como aspectos de nuestra crítica a la teoría de PRIETO SANCHÍS, podemos destacar que no se sustenta desde sus tesis una metateoría del derecho constitucional, que aborde el problema de la vinculación entre el derecho y la moral.

Finalmente destacamos en este último acápite del capítulo segundo, la propuesta del *no positivismo principialista* como concepción del derecho, construida específicamente desde la perspectiva del sistema jurídico español.

El no positivismo principialista surge de la necesidad de afrontar los temas centrales de la crisis del positivismo jurídico y su pérdida de relevancia conceptual en la moderna teoría del derecho. En este sentido, la propuesta del no positivismo principialista, busca afrontar a los principios constitucionales no como un tema exclusivo del derecho natural, sino como un tópico que presenta unos alcances teóricos normativos, que van construyendo su propia definición. Esta tesis presenta una ruptura a la idea de pensar el tópico de los principios constitucionales, como un aporte teórico exclusivo de la corriente del derecho natural, proponiendo Alfonso GARCÍA FIGUEROA con su estudio, una visión terciaria en la tradición filosófico-jurídica española de la teoría de *principios*.

Como primera medida <<esta tesis identifica el sistema de principios y valores²⁸¹ con una lectura contra-mayoritaria al positivismo jurídico>>, la

pretenda dirigir o condicionar de manera decisiva la acción política de ese Estado, es decir, el contenido de sus leyes>>. PIETRO SANCHÍS, L. (2001). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº. 5. pp. 201-228. (pp. 204-205).

²⁸¹ DÍAZ REVORIO (2012). Establece un destacado análisis de la conformación de los valores como normas jurídicas fundantes de la norma constitucional superior, distingue principalmente los alcances teóricos que provienen originariamente de la filosofía del derecho y que luego se “conectan” teóricamente con el derecho constitucional. (p.14). DÍAZ REVORIO,

cual no es totalmente partidaria de su aspecto natural, proponiendo el no positivismo principalista en la iusfilosofía contemporánea como visión moderada *del constitucionalismo de principios*:

La simultaneidad de la crisis del positivismo jurídico y el auge de los principios en el derecho no obedece, así pues, a la curiosidad, en el actual estado de cosas constituiría una exactitud ignorar tanto que los principios deben gran parte de su fortuna a su virtualidad en contra del positivismo jurídico; como que el declive del positivismo o las críticas que recibe apelan a la singularidad de un nuevo derecho formado precisamente por principios²⁸².

Lo que permite abrir paso a una nueva concepción, alejada de la corrientes “duras o fuertes” del positivismo jurídico, en este sentido un derecho pensado desde los escenarios no decimonónicos y sus tesis de fundamentación.

La propuesta del no positivismo de principios de GARCÍA FIGUEROA, plantea un modelo de concreción efectiva de los postulados constitucionales, y en su direccionamiento en sentido de las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos, propendiendo siempre por la protección especial por parte del Estado>>. Veamos entonces cuál es la tesis central que defiende el no positivismo Principalista como lo señala el mismo autor:

El no positivismo Principalista afirma que los principios constituyen un elemento inaprehensible por el positivismo jurídico, lo cual conduce, una vez verificada la presencia de aquellos en el derecho, a una concepción no positivista, a la vinculación conceptual de derecho y moral²⁸³.

Esta concepción de la vinculación conceptual del derecho y moral, blinda en el Estado constitucional los principios fundamentales, dotándolos

F. (2012). *Sobre los valores en la filosofía jurídica y en el derecho constitucional*. Revista Brasileira de Direito Constitucional. Núm. 19. pp. 13-50.

²⁸² GARCÍA FIGUEROA, (1998, p. 29). GARCÍA FIGUEROA, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo Principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España.

²⁸³ GARCÍA FIGUEROA, (1998, p. 22). Ibíd.

de técnicas de garantías tales, que le den una amplitud a la fuerza normativa desde la misma actividad judicial de los derechos. <<La calificación principalista obedece a la centralidad del recurso a los principios para explicar las insuficiencias del modelo positivista del derecho>>²⁸⁴. Esta protección especial de los principios como derechos fundamentales²⁸⁵ constituye <<la razón práctica de los postulados centrales de un Estado constitucional de derecho>>. La concepción no positivista de los principios propone además en perspectiva del estudio del profesor español, una reformulación al argumento de la vinculación conceptual entre el derecho y la moral²⁸⁶, constituyendo un punto conveniente en el modelo del constitucionalismo de principios.

La visión de tercera vía que plantea GARCÍA FIGUEROA tal como lo distinguimos líneas arriba, se encuentra direccionada entre las dos posturas más representativas *del argumento de los principios* abanderadas

²⁸⁴ GARCÍA FIGUEROA, (1996, p. 88). Ibíd.

²⁸⁵ Retomando la idea de mirar a los principios como verdaderos derechos fundamentales, dentro del sistema jurídico, se forma la necesidad de encontrar, cuáles son los rasgos generales de esta condición, tomando como referencia teórica, lo propuesto por CARRILLO y BERNAL: <<debemos mirar los principios, como unas condiciones reales de concreción fáctica, atendiendo a las necesidades del caso concreto y particular, es decir, la concepción de mandatos de posibilidades fácticas en la aplicación judicial del derecho>>. CARRILLO (2009, p.147). CARRILLO, Y. (2009). *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Editorial Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia. <<En la relación principios y derechos, nace la asimilación conceptual de una dualidad normativa, de ambos conceptos, menester de la especial protección por la constitución, esto es así, además, por que las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados facticos en las realizaciones concretas de los derechos>>. BERNAL (2008, p. 97). BERNAL, C. (2008). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

²⁸⁶ El sistema jurídico propuso además de la renovación o renacimiento del derecho natural, la inclusión del principio de justicia, según el cual el derecho será justo de conformidad a sus propios contenidos materiales, y no por su procedimiento, es decir, el derecho justo será el que en su contenido exprese la conformación de un marco general de equidad y equilibrio social, esto amparado en la visión de principios, construye el modelo posmoderno del estado actual, el busca principalmente que la constitución y sus principios, estén a la alcance de todos los individuos de la sociedad.

en los trabajos de DWORKIN y ALEXY. Dirigiéndose el argumento de los principios manifestado en la posición no positivista directamente en una postura teórica formada por las tesis centrales de un constitucionalismo de posguerra, tanto de la influencia por la filosofía del derecho como en la teoría constitucional de las últimas cinco décadas.

La posición de GARCÍA FIGUEROA es clara frente al positivismo jurídico, al afirmar que el argumento de principios incluye elementos flexibles a las normas iusfundamentales cuando existen panoramas jurídicos inmersos de pluralismo, apoyándose del *argumento de la injusticia* desarrollado primariamente en *la formula Radbruch* y reconstruido por ALEXY en tiempos de Estado constitucional.

El no positivismo principalista como tesis que recoge el argumento de los principios, propone más allá que una tensión frente a reglas y principios²⁸⁷ en “los criterios de distinción”, una medida real de concreción en el papel de los últimos frente a sus alcances para el derecho del Estado constitucional:

Según el argumento de los principios, la presencia de principios en el derecho implica la conexión de derecho y moral. Dicho de otro modo, la presencia de principios en el derecho demuestra la inviabilidad del positivismo jurídico. El argumento, empleado por Ronald DWORKIN en la cultura jurídica

²⁸⁷ La posición de GARCÍA FIGUEROA (2001) frente a la distinción de reglas y principios en el Estado constitucional, es determinantemente radical, debido a que el profesor español considera que no existen las reglas en los Estados constitucionalizados, de tal punto que la clásica distinción entre reglas y principios pierde su praxis en el Estado de los derechos fundamentales: Lo que desbarata la virtualidad de la distinción entre reglas y principios en el Estado constitucional consiste en que no puede haber reglas inmunes a revisión constitucional a revisión constitucional (esto me parece profundamente garantista), ya que ninguna norma de un ordenamiento jurídico constitucionalizado puede quedar, por razones conceptuales, desvinculada de la Constitución. Por tanto, no es posible distinguir entre reglas y principios sencillamente porque no existen reglas (*i.e.* normas inmunes a las exigencias constitucionales) en los Estados constitucionales. (p. 133).

angloamericana y por Robert ALEXY en la continental europea, reposa finalmente sobre la noción de principio²⁸⁸.

En este orden de ideas los aportes fundamentales de GARCÍA FIGUEROA al argumento de los principios²⁸⁹ y por ende al no positivismo principalista, están en cuatro distinciones fundamentales que desarrollan su argumento de los principios: (i). La distinción sobre el criterio de la mayor determinación semántica de las reglas y una cierta carga axiológica de los principios. (ii). La distinción de asociación de los juristas a una aplicación subsuntiva de las reglas y a una actividad ponderativa de los principios. (iii). La distinción pragmática en los principios en la exigencia de una mayor carga en la actividad de la argumentación por el aplicador del derecho. (iv). La distinción que asocia a las reglas a los casos fáciles²⁹⁰ y a los principios a los *casos difíciles*.

²⁸⁸ GARCÍA FIGUEROA (2009, p. 105). GARCÍA FIGUEROA, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Editorial Trotta. Madrid, España.

²⁸⁹ El argumento de los principios desarrollado especialmente por ALEXY, determina una crítica a la estructura abierta del positivismo, no a su textura, pues el profesor alemán distingue entre la estructura del derecho y la textura del derecho. Esta estructura del derecho, desde la vista positivista, permite la creación judicial del derecho apoyándose los jueces y los juristas en elementos Extra sistémicos, cuando los casos son dudosos, o se presentan vaguedades en el lenguaje jurídico: <<El argumento de los principios dice que el juez, también en el ámbito de apertura del derecho positivo, es decir, del derecho impuesto y eficaz, está jurídicamente ligado y lo está de una manera que crea una vinculación necesaria entre el derecho y la moral. A ello responde la afirmación del Tribunal Constitucional Federal en el ya mencionado fallo sobre la creación judicial del derecho>>. ALEXY (2004, p.74). ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Traducción: Jorge M. Seña. Barcelona, España.

²⁹⁰ Sobre los casos fáciles y los casos difíciles es importante destacar la postura en la concreción de los mismos desde la mirada de ATIENZA: <<la distinción entre caso fáciles y caos difíciles juega un papel esencial en lo que cabría denominar como “teorías estándar” de la argumentación jurídica y también, más en general, en la teoría del derecho contemporánea>>. ATIENZA (1997, p. 8). ATIENZA, M. (1997). *Los límites de la interpretación constitucional de nuevo sobre los casos trágicos*. Isonomia. Revista de teoría y filosofía del derecho. N°. 6. pp. 7-30.

Las cuatro distinciones que propone GARCÍA FIGUEROA generan la concreción jurisprudencial de los principios expresados como derechos fundamentales en la decisión judicial, su tercer postulado propone la exigencia de complementariedad de la *carga de la argumentación*²⁹¹, en conexidad de una *carga de la interpretación especial para los derechos fundamentales*²⁹².

Tal distinción propone la superación dialéctica al criterio clásico de reglas y principios, <<el cual se dirige en la anquilosada tensión positivismo jurídico e iusnaturalismo, inclusive generando su expansión al debate contemporáneo legalismo versus constitucionalismo>>, el cual GARCÍA FIGUEROA propone que responde más a un neoconstitucionalismo como un tipo de constitucionalismo jurídico y no en estricto sentido político, recogido también en la propuesta del constitucionalismo de los derechos en PRIETO SANCHÍS generando su sutil aproximación al constitucionalismo viviente²⁹³.

²⁹¹ La *carga de la argumentación* defendida por ALEXY (1997) muestra principalmente una importancia práctica, esta busca la estabilidad del principio de seguridad jurídica en los modernos sistemas jurídicos constitucionales, a la hora de apartarse del precedente como la decisión anterior que puede generar la respuesta correcta, quien se aparte se auto impone una carga de argumentación en la suficiencia objetiva, para lograr la razonabilidad de la nueva decisión. ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

²⁹² Es importante destacar la posición puntual de GARCÍA FIGUEROA (2003, p.198), sobre la determinación de los derechos fundamentales como normas de principio en los Estados constitucionales: <<En los Estados constitucionales los derechos fundamentales han trasformado el derecho en sus aspectos estructural, funcional y material. Se trata de una trasformación estructural porque los derechos fundamentales suelen contemplarse como *principios* cuya configuración es diversa, al menos en alguna medida, de la que presentan el resto de las normas del ordenamiento (*reglas*). Estos cambios interesan a la teoría de la norma jurídica, que debe esclarecer cuáles son las características formales de los *principios*>>. GARCÍA FIGUEROA, A. (2003). *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de derecho*. Diritto e questioni pubbliche. N°. 3. pp. 197-227.

²⁹³ Existe una posición similar al menos semánticamente hablando, llamada *constitucionalismo del árbol vivo*, defendida por el profesor Wilfrid WALUCHOW (2015, pp. 231-274). WALUCHOW, W. (2015). *Strauss, democracia y constitucionalismo del árbol vivo*. En:

La tercera distinción sobre la base de una carga especial de interpretación de los principios en el moderno Estado constitucional²⁹⁴, solo es posible gracias a *la derrotabilidad de los principios*, a su grado de concreción material que poseen los mismos a la propia judicabilidad de los derechos fundamentales, postura defendida por GARCÍA FIGUEROA sustentada por las defensas teóricas de la inclusión de los principios en las Constituciones de posguerra especialmente en Europa continental. En este orden el profesor español distingue dos teorías hegemónicas de los derechos fundamentales para el Estado constitucional. (i). La defensa no positivista de ALEXY en su teoría de principios, como una teoría especial de su teoría general del derecho no positivista, y (ii). La propuesta de FERRAJOLI en su teoría del garantismo como tesis especial de su teoría general del derecho positivista:

Alexy sostiene que los derechos fundamentales no solo pueden, sino que deben venir configurados como principios. La derrotabilidad sobre bases éticas de los principios iusfundamentales puede parecer a primera vista un inconveniente, pero en realidad es consecuencia de un rasgo de estos que bajo la ideología del Estado constitucional representa una virtud: su fuerte carga axiológica. (...). El reforzamiento de la corrección material tiene lugar a costa de cierta *imperfección* formal en el derecho del Estado constitucional, por eso como escribe Ferrajoli: la posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito²⁹⁵.

FABRA, J. & GARCÍA JARAMILLO. (Coord). *Filosofía del derecho constitucional*. UNAM. Instituto de investigaciones jurídicas. Mexico.

²⁹⁴ Resulta vital denotar la defensa del Estado constitucional desde su objetivo principal en PERÉZ FRANCESCH (2016, p.1): <<El objetivo central de todo Estado constitucional, es decir, de todo Estado de derecho, es la garantía de la libertad. La libertad con mayúscula, como la estatua de la libertad de Nueva York, en el marco de la cual se pueden desarrollar las diversas libertades concretas (freedom)>>. PERÉZ FRANCESCH, (2016). *En defensa del Estado de derecho. Estudios sobre las tensiones en la seguridad y la libertad en el mundo de hoy*. Editorial Universidad del Norte & Grupo Editorial Ibáñez. Barranquilla, Colombia.

²⁹⁵ GARCÍA FIGUEROA (2006, p. 114). GARCÍA FIGUEROA, A. (2006). *Norma y valor en el neoconstitucionalismo*. Revista Brasileira de Direito Constitucional. N°. 7. Vol. 2. pp. 107-121.

En este orden de ideas desde nuestros fines como investigación doctoral, resulta importante “la carga de la interpretación de los principios”²⁹⁶ en el Estado constitucional de derecho, toda vez que posibilita la correcta interpretación permitiendo una acertada concreción en la decisión judicial como *respuesta correcta*²⁹⁷, no basta solamente *la carga de la argumentación*²⁹⁸ acuñada por ALEXY²⁹⁹ sino; además del contenido mínimo de concreción interpretativa³⁰⁰ para las normas iusfundamentales reflejada en una adecuada *carga de la interpretación*.

²⁹⁶ <<La técnica de los principios es aplicable siempre, y no solo en presencia de enunciados normativos dotados de ciertas características, porque siempre está al alcance del juez transformar en principios las reglas que sustentan la posición de cada parte>>. PRIETO SANCHÍS (1996, p.47). PRIETO SANCHÍS, L. (1996). *Diez argumentos sobre los principios*. Jueces para la Democracia. N°. 26, pp. 41-49.

²⁹⁷ La decisión judicial correcta vista desde múltiples respuestas, ha sido defendida entre otros por el profesor colombiano Rodolfo ARANGO (2016). Existen además posturas y reflexiones teóricas, sobre si es posible que el razonamiento jurídico moderna enfrente una única respuesta correcta, frente a un caso problemático para el derecho. ARANGO, R. (2016). *Hay respuestas correctas en el derecho*. Segunda Edición. Siglo del hombre editores & Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia. Se destacan las de ATIENZA (2009). *Sobre la única respuesta correcta*. Revista Jurídicas, Vol. 6. N°2 pp.13-26. AARNIO (1990). *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 8. pp. 23-38., PECZENIK (1992). *Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 12. pp. 333-352. y COMANDUCCI (1998). COMANDUCCI, P. (1998). *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N°.21. pp.89-104.

²⁹⁸ <<En esta situación aparece como cuestión de principio la exigencia del respeto de los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en la tal caso la carga de la argumentación a quien quiera apartarse>>. ALEXY (1997), p.263. ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

²⁹⁹ ALEXY (1997). (ibid.).

³⁰⁰ <<En un sistema jurídico conviven distintos principios contrastantes entre sí que pueden conducir a resultados contradictorios propiciando así la discrecionalidad o la elección entre alternativas diversas, por lo que no se puede afirmar que haya un criterio seguro para determinar su peso relativo en cada caso>>. GASCÓN (1993, p. 213). GASCÓN, M. (1993). *Igualdad y respeto al precedente*. Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. N°.2. pp. 211-227.

Si el juez³⁰¹ o el operador del derecho a la hora de construir la decisión judicial³⁰², adelantara un procedimiento interpretativo adecuado *ex-ante* y no de forma *ex-post*, que es precisamente el procedimiento que se surte en la adjudicación como construcción argumentativa de la decisión, múltiples problemas de *mala praxis judicial* entre la norma y la decisión posterior se pueden ver resueltos si se adopta esta tesis, como una defensa del alcance material de los fines pretendidos por el derecho, no solo en cumplimiento del principio de justicia, configurando una verdadera corrección material judicial a los problemas del sistema jurídico.

³⁰¹ <<El tipo de razonamiento de un juez ordinario supone concebir la decisión «como si» derivase del legislador, mientras que el modelo de razonamiento del juez constitucional, al tener que definir el ámbito más o menos extenso de la licitud, reclama del intérprete la asunción de una mayor responsabilidad en la decisión>>. PRIETO SANCHÍS (1991, p.177). PRIETO SANCHÍS, L. (1991). *Notas sobre la interpretación constitucional*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 9. Mayo-Agosto. pp. 175-198.

³⁰² <<Cuando se aplican principios, si bien no es fácil sostener que existe una única respuesta correcta, sí que, al menos, existen unos mecanismos para reducir al máximo la discrecionalidad judicial>>. RUIZ (2010, p.127). RUIZ, R. (2010). *Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. N.º. 20. 119-132

2.6 . REFLEXIONES FINALES

La interpretación del Tribunal Constitucional Español, propone en realidad desde nuestra perspectiva teórica una sistemática de los derechos fundamentales, y así la construcción de la fórmula del Estado Constitucional Español, como <<ecuación>> construida por los <<valores aritméticos normativos>>, *principios y garantías*.

Las respuestas de la interpretación del constitucionalismo en sentido general, y por ende del constitucionalismo español en particular, orientado también a determinar las soluciones a los problemas que surgen de la interpretación del Estado constitucional de derecho, van a estar destinadas a discutir más que por las tensiones ya heredadas de la tradición del derecho bajo el imperio de la ley y del principio de legalidad, por las formas de complementariedad del desarrollo material del mismo concepto de Estado constitucional y de la Constitución española.

CAPITULO III

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS EN ITALIA: METAINTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

3. PLANTEAMIENTO

En este capitulo tercero que se presenta a consideracion, pretendemos establecer las respuestas a la siguiente pregunta: ¿Cómo se construye la interpretacion de los derechos en el Estado constitucional italiano, desde el modelo de adjudicacion de las normas fundamentales? para este cometido, y en aras de determinar soluciones a nuestro interrogante, comprenderemos los siguientes topicos:

- (i). La interpretación constitucional en Italia. En este primer topico, identificaremos como ha sido construido el fenome de la hermeneutica constitucional, especialmente desde la jurisdiccion constitucional italiana.
- (ii). Como segundo tópico, se denotaran los rasgos distintivos de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Italia. La argumentación y construcción teórica, gira específicamente sobre las dispociones que integran la noción iusfundamental, y cuales son las implicaciones, para la interpretación de los alcances en sentido teorico y material, en la cultura de la interpretación en la bota itálica.
- (iii). Como tercer postulado, presentamos la interpretación en el constitucionalismo italiano de los derechos. En este acápite en particular, mostramos las tesis que fundamentan y justifican, la relación constitucionalismo y derechos fundamentales, integrando en conjunto la noción amplia de *constitucionalismo de los derechos*.
- (iv). El cuarto acápite, enfrenta las construcciones teóricas, en cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales en el Tribunal Constitucional

Italiano, y cuáles son las tensiones, tanto en sentido formal y material, que enfrentan con el Poder Judicial.

(v). finalmente en el quinto postulado, desarrollaremos una distinción, de las principales propuestas teóricas para la interpretación de los derechos fundamentales en Italia, estableciendo aquellas, que han tenido una influencia especial sobre el sistema constitucional español y colombiano.

3.1. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN ITALIA: CULTURA INTERPRETATIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El modelo italiano de interpretación de la Constitución y por ende de las normas de derechos fundamentales, que integran el texto superior, como todo el sistema judicial y de la cultura jurídica italiana, se enmarca en el constitucionalismo europeo³⁰³ de segunda posguerra³⁰⁴. Dicho constitucionalismo, se basa en primer momento por establecer una Constitución en sentido democrático, como oposición a los regímenes absolutistas que se conformaron especialmente en Alemania, Italia y España.

Bajo esta línea conceptual, teniendo el sistema jurídico italiano dentro de la justicia constitucional, un modelo aparentemente más cercano, a la jurisdicción constitucional del ordenamiento normativo español, y verdaderamente en mayor grado y proporción más lejano, al sistema de justicia constitucional y control de constitucionalidad en Colombia. Lo que

³⁰³ Uno de los primeros países, donde se configuró la formación del sistema europeo de control de constitucionalidad fue Suiza, lo que podemos considerar a la luz de esta investigación, un elemento del constitucionalismo histórico del control jurídico sobre la Constitución en la Europa continental: <<El ordenamiento constitucional suizo es el primero en superar en Europa el estricto enfoque judicial de la cuestión del control de constitucionalidad (*Prüfungsrecht/Prüfungsverbot*), (...) en efecto, tras un primer periodo de *garantía política* de la Constitución, con mínimos elementos de judicialización (1848-1874), la revisión total de la Constitución Federal Helvética producida en el 1874 inauguraría en Europa un modelo de control de constitucionalidad autónomo, concentrado y con efectos generales de la constitucionalidad de las leyes>>. CRUZ VILLALÓN, P. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España. (pp. 49-50).

³⁰⁴ Específicamente la experiencia Italia de segunda posguerra, es motivada para la construcción de la nueva Constitución en ese entonces, por las secuelas que había dejado el fascismo en el pueblo italiano, lo que explica en detalle Alessandro PIZZORUSSO: <<En la Europa occidental, por el contrario, la exigencia de nuevas Constituciones se hizo sentir, ante todo, en los estados que habían caído bajo el dominio fascista, como en el caso italiano y alemán>>. PIZZORUSSO, A. (1984). *Lecciones de derecho constitucional*. Tomo I. Trad. Javier JIMENEZ CAMPO. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España. (p. 44).

si realmente unen a los tres sistemas constitucionales, es que todos cuentan con un Tribunal Constitucional, y es aquí lo realmente interesante para el análisis, y la comparación entre las jurisdicciones.

El modelo italiano de justicia constitucional desde el punto de vista político, ha tenido una particularidad en su gestación y por ende en su construcción o ingeniería³⁰⁵, desde la Constituyente que origino la Constitución Italiana del 27 de diciembre de 1947. Esto se da, precisamente a que uno de sus grandes cultores no fue un constitucionalista, o profesor de derecho constitucional en sentido estricto, sino un procesalista o profesor de derecho procesal.

Nos referimos a Piero CALAMANDREI, quien lideró la Constituyente italiana. Resulta muy interesante para los fines de esta investigación doctoral, las inquietudes y críticas que manifestó en su momento CALAMADREI, en los primeros años de vida de la Constitución italiana, críticas tan pertinentes sobre el desarrollo de los derechos fundamentales, que parecen ser escritas en nuestro tiempo:

Después de siete años de vista institucional republicana, transcurrido un decenio desde la liberación, es preciso reconocer, con dolor pero no con sorpresa, que estos años no solo han sido de <<inmovilismo constitucional>> (en el sentido de que la Constitución, tal como la dejó la Asamblea Constituyente a finales de 1947, en parte cumplida, en parte por cumplir se ha detenido), sino que, también en el campo constitucional, han sido años de retroceso³⁰⁶.

Se destaca que el modelo italiano al igual que otros países de la Europa occidental, sigue las influencias del modelo austriaco. <<Efectivamente, atendiendo al sistema del control de la constitucionalidad se comprueba que

³⁰⁵ SARTORI, G. (1994). *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Trad. Roberto REYES MAZZONI. Fondo de cultura económica. D.F. Mexico. (p. 218).

³⁰⁶ CALAMANDREI, P. (2013). *La constitución inactuada*. Estudio y Trad. Perfecto Andrés IBÁÑEZ. Editoriales Tecnos. Madrid, España. (p. 4).

el sistema italiano –como el sistema austriaco después de su reforma de 1929 –se basa exclusivamente en el doble dispositivo del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad>>³⁰⁷.

Uno de los primeros elementos distintivos, del sistema de justicia constitucional en Italia, es el de los límites jurisdiccionales y de contenido material con los que cuenta el juez ordinario, para aplicar directamente la Constitución, como modelo de control de constitucionalidad difuso, como existe y se prevee en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como principal fundamento al interior del sistema italiano de justicia constitucional, por los cuales se optó en un escenario más restringido para la operacionalidad del juez en sentido general, y así lograr controlar su interpretación excesiva o abiertamente discrecional, está dado por un fundamento histórico³⁰⁸, que abrió una encrucijada entre la lucha política y jurídica por los derechos, en este sentido Riccardo GUASTINI distingue entre los problemas de la interpretación en los sistemas jurídicos con declaratorias de inconstitucionalidad a priori y a posteriori, y de los sistemas jurídicos con control de constitucionalidad difuso y concentrado:

El problema no tiene ninguna importancia práctica en los sistemas jurídicos en los que el control de legitimidad constitucional es difuso (como en los

³⁰⁷ PRADA FERNANDEZ, J. (2008). *Las reformas institucionales italianas*. Editorial Dilex. Madrid, España. (p. 211).

³⁰⁸ El profesor Joaquín URÍAS, explica el fundamento histórico que dio en la génesis de la jurisdicción constitucional italiana, una postura judicial más moderada que al de otros modelos constitucionales, modelos como el norteamericano, orientados a un poder más en el control jurisdiccional de las leyes, y de la aplicación del control de constitucionalidad: <<La experiencia italiana de apoyo judicial al fascismo y, en menor medida, el fracaso el fracaso del Tribunal de Lipsia en Alemania, aconsejaban no dejar en manos de los jueces ordinarios la aplicación directa de la Constitución por encima de la ley y evitar que el Tribunal Constitucional específicamente creado pudiera controlar la oportunidad política de las leyes. (...) adoptándose finalmente la mayor parte de las propuestas y el diseño general de Piero Calamandrei, en el que destacaba el carácter constitutivo de las declaraciones de inconstitucionalidad y el predominio del control incidental>>. URÍAS, J. (2001). *La tutela frente a las leyes*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España. (p.215).

Estados Unidos), o en aquellos en que el control se ejerce solamente a priori (como en Francia). Pero es, por el contrario, un problema muy serio en todos los sistemas en que el control es concentrado y a posteriori (como en Alemania, España, Italia, etcétera), ya que en principio, en estos sistemas jurídicos, la derogación (tácita, por incompatibilidad) de una ley puede ser reconocida por cualquier juez, con efectos *inter partes*, mientras que la ilegitimidad constitucional de una ley puede ser declarada solamente por el juez constitucional, con efectos *erga omnes*³⁰⁹.

En este orden conceptual, la aplicación de la Constitución en el sistema jurídico italiano, (SJI). Debe surtir un procedimiento que puede ser de oficio, o a petición de parte dentro de la misma causa judicial, a la cual se advierte que puede ser objeto de una decisión por parte del Tribunal Constitucional Italiano, (TCI). El Tribunal Constitucional deberá encontrar una motivación infundada, de la decisión adoptada por el juez ordinario *a quo*, para poder pronunciarse *a posteriori* como interprete auténtico de la Constitución Italiana, (CI). <<El juez común puede resolver la cuestión de inconstitucionalidad siempre que sea en sentido afirmativo (constitucionalidad), y en tal caso su decisión vale <<incidenter tantum>>. Pero si no está seguro debe elevar la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC>>³¹⁰.

Lo que evidencia que el modelo de interpretación de la Constitución en Italia, sigue un sistema de justicia constitucional por control de constitucionalidad concentrado, al estar en manos del intérprete superior como lo es su Tribunal Constitucional, que tambien ha sido referenciado por

³⁰⁹ GUASTINI, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Segunda edición. Editorial Trotta. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. Madrid, España. (pp. 98-99).

³¹⁰ DE LA VEGA, A. (2003). *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España. (p. 45).

la doctrina italiana como mixto³¹¹. En relación que puede hacerse un control preventivo de constitucionalidad, por vía interna pero solo de la legitimidad constitucional positiva, es decir nunca declarando la cuestión de inconstitucionalidad, por acceso ordinario preferente.

Dicho sistema jurisdiccional tiene dos mecanismos desde el punto de vista procedural, uno por control incidental³¹² dentro de los procesos que se surten ante la jurisdicción ordinaria, encontrando elementos para la proposición de una excepción de inconstitucionalidad en el campo de la aplicación jurisdiccional de la ley en palabras de Paolo BISCARETTI, y el otro mecanismo *procesal constitucional*, se daría por la vía directa o principal, propuesto por el ejecutivo de manera autónoma, o por la autoridad de la respectiva región, dentro del *regionalismo italiano*. <<Ahora bien, la solución acogida en Italia, en 1947, para el control de constitucionalidad de las leyes formales y de los actos normativos equiparados (...) en cuanto la competencia para actuar el mencionado control intrínseco corresponde solo al Tribunal Constitucional>>³¹³.

Se destaca en particular que el modelo italiano de interpretación de la Constitución, se caracteriza indistintamente por ser un sistema garantista de protección de los derechos, con independencia si la garantía de amparo

³¹¹ PEGORARO, L. (2000). *El tribunal constitucional*. En: Nuevo derecho constitucional comparado. Diego LOPEZ GARRIDO, Marcos MASSÓ & Lucio PEGORARO. Tirant lo Blanch. Valencia, España. (p. 423).

³¹² <<La vía normal para poner a leyes bajo el juicio de la Corte Constitucional es la vía incidental: corresponde a los jueces comunes, en el curso de un juicio, elevar la cuestión de legitimidad constitucional, luego de haber valorado su relevancia y su no manifiesta falta de fundamentación. La Corte Constitucional se aboca por tanto a juzgar normas jurídicas en concreto, en el momento de su aplicación a casos de la vida>> GROPPi, T. (2003) *¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana*. En: FERRER MAC-GREGOR, E. (Coord). Derecho procesal constitucional. Tomo I. Cuarta edición. Editorial Porrúa. D.F, Mexico. (p. 349).

³¹³ BISCARETTI, P. (1987). *Derecho constitucional*. Tercera edición. Editoriales Tecnos. Madrid, España. (pp. 584-585).

se da por vía del control concentrado por su TC³¹⁴, o si esta se da en un control aparentemente difuso por el juez ordinario, controlando la constitucionalidad de las leyes.

A groso modo el garantismo constitucional italiano se ha reflejado no solo en la doctrina constitucional moderna o contemporanea, autores clásicos del derecho constitucional italiano, que convivieron con los inicios³¹⁵ de la Constitución de 1947, ya hacían esta distinción, que de soslayo pudiera ser considerad como un aporte eminentemente moderno o contemporáneo:

El *control jurisdiccional* de constitucionalidad supone, por lo general, una verificación sucesiva al perfeccionamiento del acto, a su promulgación, publicación y entrada en vigor, comprobación que se opera por un órgano muy distinto de los órganos de orientación cuya función consiste en adoptar el acto normativo. Este control se da solo en los ordenamientos garantistas, con separación de poderes, y se diferencia en control confiado, indistintamente a los jueces (control difuso) y en control confiado a un órgano

³¹⁴ Sobre el papel garantista del Tribunal Constitucional italiano, como integrador de las normas que desarrollan la carta política de derechos y la misma esencia de la Constitución, se destacan las perspectivas de derecho constitucional comparado de Jose Luis CASCAJO y Manuel GARCÍA: <<En pocas palabras, se puede decir que la forma de gobierno adoptada por el constituyente italiano, es la de una república parlamentaria, que acentúa el elemento garantizador con el principio de la rigidez salvaguardado por un Tribunal Constitucional>>. CASCAJO, J. & GARCIA, M. (1988). *Constituciones extranjeras contemporáneas*. Editorial Tecnos. Madrid, España. (p. 89).

³¹⁵ Una de las primeras problematizaciones entorno a la Constitución Italiana en sus orígenes, era precisamente la naturaleza misma de las normas constitucionales, como estaban están conformadas y cuáles eran sus elementos fundantes. Dicha representación ha sido referenciada en la cultura jurídica italiana por Giorgio LOMBARDI: <<En un primer momento, el gran tema a discutir sería el de la naturaleza jurídica de las normas constitucionales, o lo que es lo mismo, el problema de la efectividad de la nueva Carta Fundamental y de su prevalencia sobre las leyes ordinarias anteriores a la misma. Sucesivamente la atención de la doctrina va a centrarse en las formas y procedimientos a través de los cuales se consigue esa efectividad de las normas constitucionales en el marco de la Corte Constitucional>>. LOMBARDI, G. (1981). *Derecho constitucional y ciencia política en Italia*. Revista de estudios políticos. (Nueva época). Núm. 22. pp. 79-97. (p. 92).

especializado que tiene (entre otras) la función de pronunciarse sobre la cuestión de constitucionalidad (control concentrado)³¹⁶.

En línea a este orden argumentativo, resulta trascendental como es concebida la impetración constitucional en Italia, y la interpretación de la Constitución en sí misma, vista en palabras de Paolo COMANDUCCI, como el problema la especificidad de la interpretación. <<Comúnmente, quienes se plantean este problema conciben la Constitución como un texto, como un documento normativo, que tiene al menos una característica en común con los otros documentos normativos que son objeto de interpretación>>³¹⁷.

Atendiendo al tenor anterior, la interpretación constitucional en Italia responde a *los problemas analíticos del lenguaje jurídico*³¹⁸, ya no un lenguaje jurídico de carácter general, sino un lenguaje en específico, <<el lenguaje de la Constitución>>, para finalmente construir <<el lenguaje de los derechos>>, como respuesta contemporanea por el debate acerca de que entendemos por derechos fundamentales, puntualmente frente al lenguaje constitucional, las dispociones constitucionales enfrentarías un problema en cuanto a su aplicación, por estar necesariamente vinculadas a un desarrollo legislativo de las mismas:

El «género literario» Constitución presenta una característica estilística peculiar. Nos referimos al hecho de que, en los documentos constitucionales, junto a las disposiciones «completas» (o *self-executing*) —es decir, a las disposiciones inmediatamente capaces de producir todos los efectos en vista de los cuales han sido adoptadas— existen, con muy notable frecuencia, disposiciones no autosuficientes que, para desplegar toda su potencialidad, necesitan de la intermediación del legislador. Las normas de ejecución

³¹⁶ DE VERGOTTINI, G. (1983). *Derecho constitucional comparado*. Trad. Pablo Lucas VERDÚ. Editorial Espasa-Calpe. Madrid, España. (p. 195-196).

³¹⁷ COMANDUCCI, P. (2005). *Modelos e interpretación de la Constitución*. En: FERRER MAC-GREGOR, E. (Coord). Interpretación constitucional. Tomo I. Editorial Porrúa. D.F, Mexico. (p. 470).

³¹⁸ GUASTINI, R. (1997). *Problemas de interpretación*. Revista Isonomia. N°. 7. pp. 121-131. (p. 123).

adoptadas por éste tienen, en efecto, la función de completar su contenido con el fin de alcanzar los objetivos indicados por aquéllas³¹⁹.

Además el concepto de derechos fundamentales en la posmodernidad, le ha otorgado un carácter <<metanormativo>>, a los derechos fundamentales como metanormas del sistema normativo fundamental expresado en la Constitución. Entendiendo este metalenguaje desde el constitucionalismo, como establecimiento de un metalenguaje específico de los derechos fundamentales.

Dicho metalenguaje construye uno de los tópicos fundamentales del mismo Estado constitucional y democrático de derecho. La pregunta esencial al respecto sería: ¿Cuál es el procedimiento de lectura constitucional que realiza el juez constitucional a través del metalenguaje de los derechos? Este concepto en Italia ha sido trabajado por Gianluigi PALOMBELLA. <<Los derechos fundamentales son metanormas sustanciales (reglas de reconocimiento), entonces su *status* «fundamental» es una cuestión de mérito, que incide en el mérito (de las actividades de los poderes)>>³²⁰.

³¹⁹ D'ATENA, A. (2009). *Normas programáticas y pluralismo axiológico en el derecho constitucional*. Revista de Derecho Político. UNED. No. 74, pp. 455-475. (p. 455).

³²⁰ PALOMBELLA, G. (1999). *Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría*. Doxa, cuadernos de filosofía del derecho. N. 22. pp. 525-579. (p. 565).

3.2. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO ESPECIFICIDAD DENTRO DE LA TEORÍA GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL ITALIANA

Una de las importancias prácticas de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en términos de una <<teoría general de la interpretación jurídica>>, no solo en Italia sino en la mayoría de *los sistemas jurídicos contemporáneos*, es la del valor³²¹ de la interpretación para el razonamiento judicial. La forma en la que la interpretación de los enunciados jurídicos³²² juega un papel preponderante para la protección en términos de garantías, pero a su vez en su aplicación en términos de la actividad judicial de los derechos.

Dicha <<interpretación judicial>> no jurídica, utiliza *la distinción* como criterio teórico para determinar sus propiedades diferenciadoras, de otros “elementos normativos” situados en el ámbito de la interpretación jurídica como interpretación en sentido genérico, esta distinción denota

³²¹ La interpretación jurídica entendida como un acto valorativo, específicamente concluyente para el razonamiento jurídico, ha sido defendida y desarrollada teóricamente por Aleksander PECZENIK: <<Todos los juristas conocen la importancia del papel que realmente juega la carga valorativa de las interpretaciones en la práctica del razonamiento jurídico. En pocas palabras, la interpretación jurídica es una actividad creativa y cargada de valor>>. PECZENIK, A. (1990). *Dimensiones morales del derecho*. DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 8. pp. 89-109. (p.96).

³²² Desde el contexto de la cultura jurídica italiana, específicamente en el escenario de la interpretación, existen distinciones entre tres tipos de enunciados en el mundo del derecho. Enunciados jurídicos, enunciados normativos y enunciados interpretativos. <<Por «enunciados jurídicos» entiendo, genéricamente, los enunciados formulados por los juristas en las obras doctrinales, por los teóricos del derecho en sus ensayos teórico-generales, por los abogados en los actos procesales, por los jueces en las sentencias, por los legisladores en las leyes, por los agentes privados en contratos y testamentos, etc. Por «enunciados normativos» (o brevemente: «disposiciones») entiendo la subclase de los enunciados jurídicos que, en un contexto espacio-temporal determinado, (...) los enunciados interpretativos son expresiones lingüísticas gramaticalmente completas, cuya identificación dentro de los discursos jurídicos depende en gran medida de las opciones, teóricas o prácticas, de los estudiosos.>>. CHIASSONI, P. (1997). *Notas para un análisis silogístico del discurso judicial*. DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 20. pp. 53-90. (pp. 55-57).

especialmente un componente semántico en los resultados de la actividad judicial, en el ámbito estrictamente de la interpretación. <<Hablando en general, las teorías de la interpretación (judicial) pueden ser clasificadas según un criterio muy simple: el valor semántico que asignan a los enunciados interpretativos>>³²³.

Tópico que en particular al modelo italiano de interpretación constitucional ha tenido un relieve importante, en los debates que alrededor se generan en la cultura jurídica italiana. Que en palabras de MAZZARESE, son problemas intrínsecos a la misma definición de los derechos fundamentales. <<La segunda cuestión, concerniente a su definición, se refiere al tipo de garantías jurídicas (si es que las hay) que deben acompañar su establecimiento jurídico, tanto en el plano de la creación de Derecho como en el de la decisión judicial>>³²⁴.

En sí misma la interpretación de los derechos fundamentales, ofrece una solución a los problemas de incompatibilidad normativa³²⁵, entendiendo la interpretación como forma de solucionar las incompatibilidades entre normas, que ofrecen respuestas diversas, o controversiales pertenecientes al mismo sistema jurídico. Ya en el marco de las colisiones, entendidas por la doctrina universal de los derechos

³²³ GUASTINI. R. (2008). *Una teoría cognoscitiva de la interpretación*. ISONOMÍA No. 29. pp. 15-31. (p. 16).

³²⁴ MAZZARESE, T. (2004). *¿Está la era de los derechos cambiando?* Anuario de derechos humanos. Nueva época. Vol. 5. pp. 655-688. (p. 661).

³²⁵ <<la identificación de un conflicto presupone la interpretación. Ningún conflicto preexiste la interpretación. Por otra parte, un conflicto normativo supone una relación lógica entre significados, no entre textos, los significados (las “normas” comprendidas como contenido del sentido de los textos normativos) son precisamente el resultado de la interpretación>>. GUASTINI. R. (2007). *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2, N°. 08, pp. 631-637. (p. 634).

fundamentales, como los casos concretos en los que dos normas o más que expresan en cuanto su estructura, y contenido derechos fundamentales.

La teoría de los derechos fundamentales y los criterios interpretativos, como formas de solución a los problemas de aplicación de las disposiciones iusfundamentales, en la tradición italiana, han sido abordados desde su aspecto analítico³²⁶, que en un aspecto estructural, que ha tenido más desarrollo en la tradición de la teoría de los derechos fundamentales en Alemania³²⁷.

A partir de este entendido podemos establecer que existe una filosofía analítica de los derechos fundamentales, en la tradición italiana donde el punto central de su discusión y construcción teórica, es precisamente la interpretación:

³²⁶ En el contexto de la cultura interpretativa italiana, se destacan los siguientes trabajos, entorno a una teoría analítica de los derechos fundamentales: COMANDUCCI, P. (1995). *Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado*. Isonomia. Revista de teoría y filosofía del derecho. N.º. 3. pp. 21-42. POZZOLO, S. (2017). *Robert Alexy, derechos fundamentales, discurso jurídico y racionalidad práctica. ¿Una lectura realista?* Revista Derecho y Sociedad. N.º. 48. pp. 213-223. POZZOLO, S. (2017). *La Justicia en el constitucionalismo de los derechos*. Revista Jurídica Primera Instancia. Número 9, Volumen 5. pp. 31-55. PINO, G. (2017). *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. Revista Derecho y Sociedad. N.º. 48. pp. 211-223. BARBERIS, M. (2016). *Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.º. 39, pp. 265-288.

³²⁷ En el sistema jurídico alemán, y en específico en la teoría de los derechos fundamentales, se destaca en primer orden los estudios desarrollados por Robert ALEXY, que en particular podemos identificar en cuanto al estudio de la estructura de los derechos fundamentales, a groso modo indicamos los siguientes: ALEXY, R. (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 5. pp. 139-151. ALEXY, R. (2000a). *On the Structure of Legal Principles*. Ratio Juris. Vol. 13 No. 3. September. pp. 294-304. ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. Se han destacado además de ALEXY, en la cultura jurídica alemana, los estudios desarrollados por BOROWSKI, algunos de sus trabajos al respecto son: BOROWSKI, M. (2000). *La restricción de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. N.º. 59. pp. 29-56. BOROWSKI, M. (2016). *La ponderación en la estructura jerárquica del derecho*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. pp. 43-69.

La “interpretación jurídica” ha ocupado sistemáticamente las lentes de la filosofía analítica del derecho italiana. Creo que esta preferencia se justifica, entre otras razones, en el hecho de que sin actividad interpretativa, es decir, sin el razonamiento necesario para atribuir un significado a una disposición normativa, no habría norma jurídica que aplicar, o razón jurídica que esgrimir en argumentos para criticar los actos de otros o para justificar o para justificar los propios; no sería posible, dicho en pocas palabras, el razonamiento acerca de cómo se debe actuar con base en el derecho en ciertas ocasiones³²⁸.

En sentido discursivo, las siguientes líneas trabajarán la concepción de la interpretación de los derechos fundamentales, desde la perspectiva de la filosofía del derecho analítica italiana. Para este cometido serán consideradas las principales propuestas, así como aquellas que han tenido una fuerte influencia en el sistema jurídico español y colombiano, en aras de enriquecer nuestro debate y discusión.

Frente a la interpretación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho, han sido abordados distintos problemas desde la óptica de la filosofía del derecho analítica italiana. Podemos distinguir los principales en aras de establecer las diversas respuestas de esta arista teórica en particular. (i). Problemas relativos a las fuentes del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados. (ii). El establecimiento de una diferencia en sentido cuantitativo y cualitativo de la interpretación constitucional y legal. (iii). La aplicación de las técnicas de interpretación de la ley, aplicables a la interpretación constitucional. (iv). La no existencia de diferencias conceptuales y materiales entre la interpretación legal y la interpretación constitucional. (v). Problemas relativos a la indeterminación, incompatibilidad, ambigüedad y vaguedad de las normas constitucionales. (vi). Las técnicas interpretativas y argumentativas como

³²⁸ MORENO CRUZ, D. (2014). *Presentación*. En: PINO, G. (2014). Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional. Universidad Externado. Bogotá, Colombia. (p. II).

balance, proporcionalidad y razonabilidad que se predicen en el Estado constitucional, tambien son aplicables a la interpretación legal o del Estado de derecho legislativo. (vii). La existencia o no de una especificidad en la interpretación constitucional.

El primer problema relativo a las fuentes del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados, establece en la cultura jurídica italiana y en particular desde su idea de constitución y jurisdicción constitucional, *el problema de la interpretación implícita de los derechos fundamentales*, en Italia la acción es realizada en particular por su órgano especial y autónomo, como se consolida el Tribunal Constitucional, el cual presupone un dialogo permanente y constante en la superación de los vacíos constitucionales, frente a la contraposición de intereses en el plano de los derechos consagrados positivamente en la Constitución, pero no en el sentido de un texto o documento normativo, sino entendido en palabras de PINO³²⁹ como un universo normativo, desde un plano axiológico que supera el plano normativo ontológico ya, construido ampliamente desde la interpretación jurídica y legal desde el derecho decimonónico:

La doctrina italiana contemporánea ha llevado hasta sus últimas consecuencias lo que ya latía en el pasado, lustrándonos sobre la trascendencia de la Corte Constitucional en la dinámica de poderes del sistema constitucional que la acoge. La Corte representa —ha dicho el juez Crisafulli— el fin del dogma decimonónico de la *omnipotente de la loi*; ha frenado la soberanía del Parlamento, que no es otra cosa que la soberanía de la mayoría parlamentaria, aunque ésta se esconda tras la fórmula mágica *«volante du peuple»*. Italia ha huido de la *democracia absoluta* y ha construido una *democracia liberal*³³⁰.

³²⁹ PINO, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Universidad Externado. Bogotá, Colombia. (p. 248).

³³⁰ RODRIGUEZ-ZAPATA, J. (1980). *La corte constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?* Revista de Derecho Político. UNED. Núm. 7. pp. 57-79. (p.63).

En este orden conceptual, el segundo problema relativo a la diferencia entre la interpretación constitucional y legal en sentido cualitativo y cuantitativo. Ofrece dos tipos de respuestas a la hora de consolidar una y otra posibilidad, siempre orientada al marco general de la interpretación jurídica. (i). podemos considerar un primer argumento que defienda la idea, de una simple existencia cuantitativa, en torno la interpretación de las disposiciones constitucionales y las disposiciones normativas en sentido reglado.

El argumento se expresa en que existe una diferencia de tipo cuantitativo, en la menor o mayor medida que exista un catálogo amplio o reducido de las declaraciones de derechos, o de los derechos fundamentales que se expresan positivamente en las Constituciones de los Estados constitucionales.

Este argumento para los fines de esta investigación doctoral podríamos denominarlo, como *El argumento cuantitativo de los derechos fundamentales*³³¹. Solo existen diferencias de tipo cuantitativo entorno a las demás normas que integran los sistemas jurídicos, por fuera de la Constitución, y esto se va a dar, en una cantidad mayor o menor, de conformidad a las misma posibilidades de positivización inicial, es decir la consagración en si formal, de los derechos fundamentales que integran la Constitución de un ordenamiento.

Pero a su vez podríamos expresar un contra argumento formulado en una pregunta. ¿Qué ocurre entonces desde los planos materiales de los derechos fundamentales, cuando existe un catálogo abierto de

³³¹ *El argumento cuantitativo de los derechos fundamentales*, se entiende por una característica estructural de grado, de conformidad con la cual pueden ser consideradas las normas, derechos fundamentales o no, si estas se encuentran consagradas en las Constituciones, lo cual denota un aspecto desde un formalismo constitucional. La otra connotación del concepto, refleja el grado en cuanto a un principio de jerarquía normativa en términos *Kelsenianos*, expresamos la existencia o no de una norma de derecho fundamental, cuando en oposición de esta y otro tipo de norma, prevalezca la disposición *iusfundamental*.

positivización de los derechos, cuando el Tribunal Constitucional, expande la interpretación de las normas fundamentales, a nuevos presupuestos facticos, que no habían sido considerados inicialmente en la consagración originaria de los constituyentes?

Así, desde la perspectiva teórica cualitativa (ii). Consideramos que la diferencia existente entre las normas que comprenden estructuralmente, derechos fundamentales en la Constituciones contemporáneas y aquellas normas que jerárquicamente se expresan en planos materiales, como códigos, estatutos o inclusive en la misma Constitución³³², pueden ser determinadas en cuanto a su estructura como reglas, en la medida que expresan *El argumento cualitativo de los derechos fundamentales*³³³.

Dicha tesis defiende la idea que la diferencia esencial, entre las dispociones fundamentales y aquellas que no tienen tal carácter, responde a un escenario cualitativo, son normas que específicamente expresan un rango normativo y factico más amplio, no pueden establecer específicamente un escenario concreto o particular, porque necesariamente

³³² Un concepto eminentemente positivista de derechos fundamentales, va a hacer defendido por FERRAJOLI. Concepto que no solo ha sido acogido en la cultura jurídica italiana, sino que este ha tenido influencia en otros ordenamientos, de la Europa continental, como de Latinoamérica. FERRAJOLI entiende los derechos fundamentales, estructuralmente como regla pero con un carácter de positivización constitucional: <<la positivización de las reglas sobre los *contenidos* de la producción normativa *permite* estipular como normas positivas de rango constitucional, principios y derechos fundamentales que imponen límites y vínculos sustanciales a la actividad legislativa y de gobierno y, por tanto, garantizar las condiciones necesarias (aunque, de nuevo, insuficientes debido a su posible y a veces frecuente ineficacia) de la dimensión sustancial de la democracia constitucional>>. FERRAJOLI, L. (2011). *El constitucionalismo garantista. entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*. DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 34. pp. 311-360. (p. 331).

³³³ Por *Argumento cualitativo de los derechos fundamentales*, entendemos aquella característica estructural de los derechos constitucionales de jerarquía normativa fundamental, que integran su concepto de aplicación a partir del razonamiento judicial, desde los campos materiales para la determinación de los derechos. Su esencia va a estar dada, por sus características y rasgos desde su estructura normativa, por las cualidades especiales que lo integran, y establecen particularidades propias de este tipo de normas en los sistemas jurídicos constitucionalizados.

estas pueden determinarse, no desde <<elementos de la contingencia jurídica o del derecho>>, sino, des el plano de su reconocimiento³³⁴ en cuanto existe una controversia en su aplicación o no.

De conformidad a estas premisas, al igual que al contra argumento dirigido, entorno a la propiedad intrínsecamente cuantitativa de las disposiciones iusfundamentales, como su rango característico, para determinar o no la interpretación de las mismas. Podemos determinar un contra argumento, de las posibilidades materiales de los derechos fundamentales, como una propiedad intrínsecamente cualitativa de este tipo de normas jerárquicamente consagradas en las Constituciones de derechos. En igual sentido lo formulamos con una pregunta.

¿Si la existencia de las normas constitucionales depende de su misma indeterminación, de su aplicación concreta solo por parte de los jueces en sentido ordinario o constitucional, si la vaguedad e incompatibilidad de las normas iusfundamentales, son solamente expresadas en términos de oposición o conflicto, que ocurre en el plano normativo reglado, en el que tambien existen muchos problemas en cuanto a la determinación jurídica y judicial de las normas expresadas, jerárquicamente en sub-sistemas o sistemas específicos del rango no constitucional?

Como tercer problema relativo a la interpretación de los derechos fundamentales y a la interpretación de la Constitución, se presenta el que gira en la aplicación de las técnicas propias de la interpretación de la ley, para interpretar el texto de la norma fundamental. Una de las principales

³³⁴ La expresión <<reconocerse>>, para los fines de esta investigación, debe ser concebida en el entendido del reconocimiento de los derechos, acepción tambien que puede estar conceda, con el concepto de tutela o de amparo. El reconocimiento de los derechos no depende del plano de su positivización o no, que podemos distinguirlo como un problema del ámbito formal de los derechos, su reconocimiento plantea el problema de la materialización de los derechos, es decir, de la actividad jurídica misma en el reconocimiento efectivo de las dispociones consagradas en las Constituciones, como derechos de jerarquía fundamental.

técnicas utilizadas en la gran mayoría de sistemas jurídicos en función de la interpretación del texto normativo legal, es precisamente la interpretación literal y gramatical. Pero cabría preguntar entonces, ¿Si existe una semántica constitucional al igual que al lenguaje jurídico, o si el lenguaje de la Constitución plantea una sintaxis disímil de la sintaxis eminentemente normativa reglada?

Podemos encontrar dos polos de respuesta plausibles a este problema de interpretación, aquella que justifique el texto constitucional con un lenguaje común al texto normativo legal o de la ley, y que por ende asuma como respuesta correcta en aras de una teoría de la interpretación, que no existe ningún tipo de diferencia conceptual o material, en la interpretación del lenguaje de la ley al lenguaje de la norma superior o aquella *solución interpretativa*, que esgrima la idea según la cual la Constitución tiene un lenguaje propio, y un lenguaje de los derechos dados por el universo normativo superior.

En lo que no puede ser nunca entendido con el mismo sentido y alcance, toda vez que la interpretación de la norma en grado y condiciones distintas a las expresadas en los textos constitucionales tendría un universo interpretativo siempre distinto a los universos interpretativos del texto de la ley.

En síntesis los cuatro problemas³³⁵ restantes, relativos a la interpretación constitucional en el contexto italiano de la teoría de la interpretación, serán tratados en el siguiente acápite todo a vez que partir

³³⁵ Se indican los cuatro problemas restantes. (iv). La no existencia de diferencias conceptuales y materiales entre la interpretación legal y la interpretación constitucional. (v). Problemas relativos a la indeterminación, incompatibilidad, ambigüedad y vaguedad de las normas constitucionales. (vi). Las técnicas interpretativas y argumentativas como balanceo, proporcionalidad y razonabilidad que se predicen en el Estado constitucional, también son aplicables a la interpretación legal o del Estado de derecho legislativo. (vii). La existencia o no de una especificidad en la interpretación constitucional.

de dichos problemas, se han generado nuevas perspectivas teóricas que no solo cobijan el escenario de la cultura jurídica italiana, sino todo el contexto europeo de la interpretación de los derechos fundamentales.

3.3. LA INTERPRETACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO ITALIANO COMO SUPERACIÓN A LAS INCOMPATIBILIDADES NORMATIVAS FUNDAMENTALES

La interpretación en el constitucionalismo italiano de los derechos, gira especialmente entorno, a identificar cuáles son los aportes que pueden construir los derechos fundamentales, y cuál es el papel que desempeñan en el sistema jurídico, y por ende en el Estado constitucional, y de ahí sus rasgos interpretativos en términos generales, sobre la tensión entre una interpretación legal y una interpretación constitucional³³⁶, o en términos de problematización, si pueden existir o no, diferencias conceptuales y materiales entre la interpretación legal y la interpretación constitucional.

Sobre este problema en particular, identificado como *el cuarto problema sobre la interpretación de los derechos*, se destaca la idea de identificar siempre una tensión tanto desde el punto de vista formal, como práctico. Tensión que puede considerar, que no solo al identificar las diferencias, conceptuales y materiales que se dirigen sobre la interpretación del texto legal, y la interpretación del texto normativo constitucional, estoy determinando uno y otro tipo de interpretación, sino que dicha distinción,

³³⁶ Las diferencias existentes entre la interpretación legal y la interpretación de la Constitución o constitucional, pueden determinarse además desde el punto de vista estructural, en un punto de vista de la creación de la norma, y de la fase interpretativa creadora que realiza el juez en el acto mismo de interpretación. Punto de vista que ha tenido un fuerte desarrollo en la cultura jurídica italiana, y ha tenido también una especial influencia en la cultura jurídica de lengua castellana, seguida por España y Latinoamérica. Cuestión expresada por Claudia STORINI: <<Las leyes, así como la Constitución, no tienen otro significado que aquel que le atribuyen los intérpretes. En este sentido, si se utiliza el término “Derecho” no para definir el conjunto de disposiciones legislativas o constitucionales, sino para designar el conjunto de normas que dichas disposiciones expresan>>. STORINI, C. (2008). *Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional*. FORO. Revista de Derecho. N°.9. pp. 35-61. (p. 39).

puede dirigirse en el plano interpretativo, viendo cada uno de los escenarios de forma separada o excluyente.

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

Si se tienen en cuenta algunos hechos –que hoy los principios que contienen valores de justicia se han convertido en derecho positivo integrado en la Constitución; que, por consiguiente, la apelación a la justicia, junto o enfrente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), sino que es algo previsto y admitido; que tales principios consisten fundamentalmente en <<noción de contenido variable>> y, por tanto, cumplen una función esencialmente dinámica-, se comprenderá entonces que se ha introducido en el ordenamiento una fuerza permanentemente orientada al cambio³³⁷.

Lo que propende entonces, por una interpretación constitucional diferenciada de la interpretación legal³³⁸, o de la norma en sentido reglado,

³³⁷ ZAGREBELSKY, G. (2009). *El derecho dúctil*. Trad. de Marina Gascón. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 146).

³³⁸ A la propuesta de ZAGREBELSKY en Italia, sobre la incorporación de principios específicos en la Constitución, como el principio de justicia, que desde su propuesta de un derecho o constitucionalismo dúctil, que generaría una *interpretación integradora* en el Estado constitucional de derecho, ha encontrado tal propuesta una fuerte crítica formulada por GUASTINI, que dirige su atención en la teoría de ZAGREBELSKY, como una teoría que desconoce los postulados del derecho positivo, que refleja la interpretación del profesor de Turín, como neoiusnaturalista o abiertamente antipositivista: <<Identificar ley y justicia es, por tanto, confundir derecho y moral. Así pues, contrariamente a la opinión de Zagrebelsky, la identificación de la justicia con la ley -lo que se conoce como legalismo (o formalismo) ético-

ya no desde una fase excluyente, sino más bien, es una interpretación constitucional que complementa en tiempos del Estado constitucional y democrático de derecho, una *verdadera existencia del sistema jurídico*, en todos sus planos normativos. Configurando en palabras de BOBBIO, la adhesión de las normas del ordenamiento jurídico a los valores superiores que lo integran³³⁹, propondría una interpretación valorativa o una interpretación de valores. <<las exigencias de justicia que deben ser aseguradas en el caso concreto no pueden satisfacerse sin eliminar del ordenamiento una determinada disposición o bien una posible interpretación>>³⁴⁰.

La interpretación de la Constitución, reconocida como una *interpretación por valores*³⁴¹, lo que resalta precisamente es el aspecto formal del lenguaje normativo especial, que integra la norma fundamental, dicho aspecto formal, establece una verdadera interpretación dinámica dentro del sistema jurídico que propende el Estado constitucional. Donde el juez, en todos sus sentidos no solo realice un acto de identificación normativo, a la hora de determinar la posible respuesta desde una

es algo ajeno al positivismo jurídico. Es más bien una forma de iusnaturalismo o, en la terminología de Alf Ross, un «cuasi positivismo»: en suma, un falso positivismo». GUASTINI, R. (1996). *Derecho dúctil, Derecho incierto*. Anuario de filosofía del derecho. N.º 13. pp. 111-123. (p. 113).

³³⁹ BOBBIO, N. (2016). *Teoría general del derecho*. Quinta edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. (p.19).

³⁴⁰ ROLLA, G. (2007). *La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. N.º 11, pp. 301-326. (p. 322).

³⁴¹ El método de interpretación valorativa, ha sido desarrollado en Italia por Giorgio PINO, sobre una síntesis del mismo es importante destacar en ese sentido: <<La constitución italiana, como muchas otras constituciones contemporáneas pluralistas, contiene disposiciones formuladas en términos valorativos e indeterminados. Este lenguaje, recurrente sobre todo en las cláusulas constitucionales sobre derechos fundamentales, plante el obvio problema de la selección del método interpretativo más adecuado>>. PINO, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Universidad Externado. Bogotá, Colombia. (p. 277).

multiplicidad de criterios interpretativos, que generaría precisamente una discrecionalidad abiertamente desbordada desde la función judicial, si entendemos el participante que interpreta, como el juez mismo que debe tomar la decisión, en la cual se autorregula su mismo acto de decidir.

Esta impetración, se separa conceptualmente de *la interpretación de los juristas*³⁴². Entendida como aquella que propone un plano metodológico del acto de atribuir un significado o sentido a una norma, institución, dispoción que pertenezca al mundo del derecho.

La interpretación de la Constitución, y en particular la interpretación de los derechos fundamentales, observándola desde los resultados materiales, propendía una libertad interpretativa, generando un dinamismo propio de las normas y dispociónes iusfundamentales, en cuanto a su estructura, y un dinamismo judicial, que plantea una fase material para la consolidación de los derechos fundamentales, por parte de la interpretación judicial.

Frente al *quinto problema de interpretación de los derechos fundamentales*, relativos a la indeterminación, incompatibilidad, ambigüedad y vaguedad de las normas constitucionales. El debate en Italia ha sido desarrollado por dos escuelas del derecho. La primera representada por FERRAJOLI, que recoge el legado de la teoría de Norberto BOBBIO, por ser una teoría eminentemente normativista, y la *Escuela Genovesa*, representada por GUASTINI, COMANDUCCI, CHIASSONI, POZZOLO. Entre

³⁴² La interpretación de los juristas, como metodología de la interpretación jurídica, ha sido ampliamente desarrollado, por la profesora italiana Letizia GIANFORMAGGIO: <<La metodología de la interpretación jurídica es el contexto de la justificación interpretativa del derecho. Y que (la) función de la metodología es la de especificar, o descubrir, o diseñar, o retocar, o solamente examinar el *camino interpretativo* que sigue el jurista; el trayecto interpretativo, el sendero que los juristas recorren al interpretar. O los caminos, los trayectos, los senderos: el método, en suma>>. GIANFORMAGGIO, L. (1987). *Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas interpretes en serio*. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 4. pp. 87-108. (p.92).

otros autores, los cuales toman el legado de Giovanni TARELLO. Establece un concepto de los derechos fundamentales, desde una perspectiva teórica descriptiva.

La primera propuesta sobre la incompatibilidad o indeterminación de los derechos fundamentales, que son acepciones que encuentran elementos en común, pueden ser vistos como sinónimos, en un mismo significado que indicaría los problemas de aplicación de los derechos fundamentales. Estos problemas serían abordados desde una normativismo de los enunciados jurídicos que integran y comprenden derechos fundamentales, tesis desarrollada, como lo referíamos líneas atrás por Luigi FERRAJOLI³⁴³.

La segunda propuesta la descriptiva, mira los problemas de aplicación de los derechos fundamentales desde la realidad jurídica de los mismos, y se centra en determinar los posibles escenarios de su realización, de conformidad con la cultura jurídica en la que estas disposiciones se van a aplicar, recurriendo a una análisis descriptivo de los mismos, representado como indicábamos, con gran fuerza teórica por la *escuela Genovesa del derecho*.

En este orden argumentativo, pueden existir dos tipos de problemas referentes a la interpretación de los derechos fundamentales, en su incompatibilidad normativa con otros derechos del mismo rango o tipo, dentro de la teoría descriptiva de los derechos fundamentales, acogida por la escuela Genovesa. Se dan problemas en cuanto a la *incompatibilidad en abstracto* de los derechos fundamentales, y problemas en cuanto a la *incompatibilidad en concreto* de los derechos inalienables e imprescindibles de todos los seres humanos, en configuración con un derecho positivo

³⁴³ Para los fines de este acápite, y para el objetivo general de nuestra investigación doctoral, no desarrollaremos aquí la perspectiva teórica de FERRAJOLI, sobre los problemas de incompatibilidad e indeterminación de los derechos fundamentales, ya que este punto fue desarrollado en el primer capítulo que integra la presente tesis doctoral.

escrito, de *status superior*, como es en sí misma, la Constitución de un Estado específico.

La incompatibilidad en abstracto, se da en los planos de indeterminación amplia de los derechos, cuando estos se encuentran en una fase positiva constitucional, solo en un lenguaje dado por el texto constitucional superior, en el que se puede encontrar un derecho dado, características similares en las condiciones estructurales de la formulación, en la norma de normas como derecho fundamental, frente a otros derechos estipulados con la misma formulación.

Este tipo de incompatibilidades es bastante excepcional, como lo advierte COMANDUCCI, al explicar que la indeterminación de la norma de derecho fundamental en su fase abstracta, comprende un postulado característico de este tipo de normas, esto se da frente a los sistemas jurídicos que pretenden establecer una relación formalista, como consagración en las cartas de derechos:

La mayoría de las normas que confieren derechos fundamentales (normas que a menudo se llaman hoy en día "principios") en nuestros sistemas jurídicos tienen un ámbito de aplicabilidad "abierto", es decir que sus condiciones de aplicabilidad son ausentes, o bien ampliamente indeterminadas. Esto provoca a menudo que, en el plano abstracto de la interpretación, es muy difícil (pero no imposible) que se presenten casos de incompatibilidad entre principios que confieren derechos fundamentales. Es más probable que casos de incompatibilidad se detecten (y se configuren por parte de los juristas) cuando, en la aplicación de las normas a un caso concreto, se "cierren" sus condiciones de aplicabilidad³⁴⁴.

Por otra parte, *la interpretación en concreto* desde la teoría descriptiva de los derechos fundamentales, enfrenta el problema de incompatibilidad de los derechos cuando estos son interpretados, sea por los juristas y

³⁴⁴ COMANDUCCI, P. (2005). *Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales*. En: Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi FERRAJOLI. (Coord). Miguel CARBONELL & Pedro SALAZAR UGARTE. Editorial Trotta. Madrid, España. (p.362).

abogados en el escenario de la cultura jurídica en términos de generalidad, o cuando estos se interpretan por el operador jurídico o el juez, y además directamente la indeterminación se pueda dar, cuando superan la fase de abstracción, y la autoridad judicial debe de tomar una potestad decisional, entendiéndola como la potestad para tomar la decisión en un caso concreto.

De conformidad al *sexto problema relativo a la interpretación de los derechos fundamentales*, sobre la base de la aplicación de las técnicas interpretativas y argumentativas, como son: el balance, la proporcionalidad y la razonabilidad que se predicen en el Estado constitucional, y si estas también son aplicables a la interpretación legal o del Estado de derecho legislativo propio de un sistema influenciado por una ideología legalista.

Cabe anotar, que desde la perspectiva italiana de la interpretación constitucional, y en especial de la interpretación de las disposiciones y normas iusfundamentales, coexisten posturas que defienden la autonomía interpretativa en el Estado constitucionales, de las técnicas y procedimientos para establecer la determinación en conflicto de normas que tanto, formal como estructuralmente expresan derechos fundamentales.

Existiendo también, sobre esta misma línea argumentativa, teóricos que si bien no niegan, que los métodos como el balance constitucional, la ponderación y el principio de razonabilidad, sean propios del modelo judicial del Estado constitucional y democrático de derecho, plantean fuertes críticas³⁴⁵ en el sentido, de determinar réplicas sobre los

³⁴⁵ COMANDUCCI, orienta su crítica sobre el modelo de ponderación, como respuesta para las colisiones entre principios como un reduccionismo ético en la interpretación de la Constitución, desplegado por parte del juez en su labor de determinar los derechos fundamentales, el cual conecta con el llamado neoconstitucionalismo ideológico: «Al neoconstitucionalismo ideológico se podrían extender todas las críticas, avanzadas por Bobbio y otros autores, como por ejemplo Nino, frente al positivismo ideológico. Me limitaré aquí, sin embargo, a argumentar solamente contra la que me parece una consecuencia peligrosa de tal ideología: la disminución del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de "ponderación" de los principios constitucionales y de la interpretación "moral" de la

criterios con los que los operadores jurídicos, pueden establecer un resultado abiertamente discrecionalidad, que aquellas respuestas que ofrecen los criterios tradicionales de interpretación de la ley y la Constitución.

Se puede establecer en este entendido, dos puntos de <<ruptura argumentativa>> frente a la existencia de una autonomía interpretativa, en el Estado constitucional de derecho. (i). *Un primer punto de ruptura teórica*, aquel que establece que la utilización de la técnica de ponderación, en particular para establecer una respuesta por parte del juez constitucional, a la colisión o colisiones entre derechos fundamentales, parte de la estructuración de una jerarquía axiológica, por fuera de la constitución, y del mismo orden normativo. Esta “jerarquía” es tomada por el juez, solo por el caso concreto, y no podría tenerse como una base de regulación para una posible respuesta.

(ii). *El segundo punto de ruptura procedimental*, se predica de la ponderación, como una solución abierta e incrementalmente discrecional, en la función judicial de interpretación de los derechos fundamentales, no solamente al no poder configurar un núcleo base, o común para una respuesta procedente, ya que solamente la ponderación opera, para el escenario y caso concreto, y no podría establecerse un procedimiento estándar de respuesta para casos futuros. Por lo que el juez constitucional es más discrecional³⁴⁶ que el juez ordinario, proveniente de las tradiciones del derecho decimonono:

constitución». COMANDUCCI, P. (2002). *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. Isonomia. N°. 16. pp. 89-112. (p. 105).

³⁴⁶ Como una contra crítica a la discrecionalidad en sentido constitucional, aquella desplegada por la actividad misma de administrar justicia, por parte del juez constitucional, se evidencia la propuesta de ZAGREBELSKY, desde la perspectiva de la tensión en Italia, entre discrecionalidad judicial desde la órbita de la ley, y discrecionalidad por parte de la aplicación directa de la Constitución. La cual puede ofrecer una respuesta por parte de la interpretación constitucional, si se da un balance entre la autonomía judicial de los tribunales de justicia, y una alineación entre las decisiones que emitan esos altos Tribunales. ZAGREBELSKY, G.

Para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no evalúa el “valor” de los dos principios “en abstracto”, de una vez por todas. No instituye, entre los dos principios, una jerarquía fija y permanente. (...) El juez se limita a valorar la “justicia” de la consecuencia de la aplicación de uno u otro principio en el caso concreto. El conflicto por tanto no es resuelto definitivamente: cada solución vale sólo para una controversia particular, de modo que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otra controversia futura³⁴⁷.

En este orden de ideas, resulta interesante sobre la crítica planteada por GUASTINI, que si se reconoce que el Estado constitucional tiene, técnicas propias y autónomas que no son las mismas, de las que provienen y se configuran en la tradición de la interpretación legal. Lo que demuestra para los fines de esta investigación, que a pesar de existir críticas fuertes sobre los métodos ajustados a la interpretación de los derechos fundamentales, dichos métodos realmente nacen con la noción contemporanea, de sistema jurídico que se integra a la idea de un <<constitucionalismo de los derechos>>.

Finalmente, sobre el *séptimo problema de interpretación de los derechos*, que se configura en determinar, si realmente existe o no una especificidad propia de la interpretación de los derechos fundamentales y por ende de la Constitución, en el escenario del Estado constitucional de derecho.

Cabe anotar en primer lugar, que la interpretación constitucional como especificidad o como una condición especial de la interpretación del derecho en los sistemas constitucionalizados, puede establecer cuatro rangos problemáticos, siguiendo la metodología propuesta por Sussana

(2006). *Jueces constitucionales*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie. Año XXXIX. Núm. 117. pp. 1135-1151. (p.1142).

³⁴⁷ GUASTINI. R. (2007). *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2, N°. 08, pp. 631-637. (p. 637).

POZZOLO³⁴⁸. (i). La peculiaridad del sujeto. (ii). Los efectos particulares de las sentencias de constitucionalidad. (iii). Las técnicas interpretativas³⁴⁹. (iv). La constitución como objeto de interpretación.

El primer problema de la especificidad de la interpretación constitucional, conforme a la peculiaridad del sujeto, presenta las facultades interpretativas, teniendo como punto de referencia el sistema de control de constitucionalidad que utiliza, el ordenamiento jurídico en concreto.

Si se plantea dicha problemática frente a un sistema normativo, con control de constitucionalidad concentrado, la particularidad del sujeto que interpreta, establecerá siempre en su margen de acción, los límites competenciales frente al Tribunal constitucional, que tiene la facultad preferente para interpretar las normas de derecho fundamental que integran la Constitución.

Si por el contrario, el sistema jurídico pertenece a un tipo de control de constitucionalidad difuso, tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales, tendrán un papel preponderante en la determinación de las disposiciones iusfundamentales.

Existiendo así, una tensión constante en los sistemas jurídicos abiertamente positivistas en la interpretación de las normas constitucionales. Extendiendo el debate en el escenario del Estado

³⁴⁸ POZZOLO, distingue cuatro problemas en lo que ella denomina como la especificidad de la interpretación constitucional. A groso modo se puede consultar su desarrollo teórico, presentado en: POZZOLO, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 21. Vol. II. pp. 339-353. (p. 344-ss).

³⁴⁹ Sobre el tercer problema de la especificidad de la interpretación constitucional, relativo a las técnicas interpretativas. Indicamos para los fines de nuestro trabajo doctoral, que no será estudiado a fondo desde la perspectiva de POZZOLO, toda vez que ya fue desarrollado con anterioridad, en este mismo acápite.

constitucional, entre la jerarquía estructural y la jerarquía axiológica de los derechos. <<El argumento se estructura, groso modo, asumiendo una jerarquía estructural entre constitución y ley. Pero aquello que constituye el núcleo de la tesis es provisto por la jerarquía axiológica y material que subsiste entre dichos niveles normativos>>³⁵⁰.

Sobre el segundo problema de la especificidad de la interpretación, los efectos de la sentencias de constitucionalidad, establecen el llamado efecto *erga omnes*, si proviene la decisión del máximo intérprete de la Constitución, como es la función que desempeña el Tribunal Constitucional. Tal particularidad si es propia de los Tribunales Constitucionales, pues en sistemas jurídicos donde no existe Tribunal Constitucional, como órgano autónomo e independiente de los otros órganos jurisdiccionales, las interpretaciones que sobre estos hacen los operadores jurídicos, denotan cuestiones relativas a la interpretación en el ámbito de la ley.

Finalmente sobre el cuarto problema de la especificidad de la interpretación constitucional, determinado por la *Constitución como objeto de interpretación*, en sentido estricto, si configura un aspecto autónomo y propio de la interpretación de la norma fundamental, perteneciente a un sistema jurídico determinado. La justificación a esto, se encuentra que independientemente de que sistema de razonamiento sigamos, si estamos ante un esquema de razonamiento justificativo de la Constitución como un cuerpo normativo positivo, o por el contrario si entendemos la Constitución desde un esquema valorativo o axiológico, nunca la Constitución como objeto en sí misma, va a ser entendida, como se ha entendido la ley, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico:

³⁵⁰ POZZOLO, S. (2015). *Apuntes sobre neoconstitucionalismo*. En: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Volumen 1. (Edit). Jorge FABRA & Álvaro NUÑEZ VAQUERO. UNAM. Distrito Federal, Mexico. (p. 392).

La naturaleza particular de las constituciones de nuestro tiempo, por las que campean principios de carácter universal, enunciados necesariamente con fórmulas no sólo de contenido genérico, sino también abiertas a la acción de “relleno” que corresponde a los intérpretes. (...) Así, los *conceptos* constitucionales acaban remitiéndonos a *concepciones* de conceptos que el Derecho constitucional positivo no proporciona, ni puede proporcionar³⁵¹.

³⁵¹ ZAGREBELSKY, G. (2013). *Constitucionalismo. Derechos y Libertades*. N. 29, Época II. Junio. pp. 19-38. (pp. 29-30).

3.4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL ITALIANO EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS: PREMISAS NORMATIVAS DECISIONALES

Una de las primeras premisas que integra, la relación entre la interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional, y sus relaciones en el poder judicial, es el concepto mismo del Estado constitucional de derecho, desde sus postulados políticos y democráticos. <<De esta manera, el rol de la Constitución resulta eminentemente práctico en la relación entre norma jurídica y política como sistemas decisionales>>³⁵².

Buscando especialmente, llevar a cabo la materialización del Estado constitucional de derecho, por parte del intérprete autónomo de la Constitución, como se plantea eminentemente en términos de *deber ser jurídico*, por parte del Tribunal constitucional, buscando realmente trasladar, al plano de la ciencia jurídica de nuestros días, la interacción constante entre la esfera política, democrática³⁵³ y jurídica³⁵⁴ de los

³⁵² CARDUCCI, M. & D'ONGHIA, M. (2006). «*Derecho viviente*» y «*entrenchment*». entre *constitucionalismo democrático y conservador*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 10. pp. 51-72. (p. 53).

³⁵³ Frente a los efectos de la democracia que producen por su parte el Tribunal Constitucional italiano, resulta vital destacar la propuesta planteada por Mauro CAPPELLETTI, sobre la interacción democrática de las decisiones adoptadas por la jurisdicción constitucional. <<El proceso jurisdiccional es así, al mismo tiempo, concreto y participativo. Constituye el modo de participación directa de los sujetos interesados en la decisión, que proviene de un tercero imparcial, de sus problemas de la vida práctica. Esta es la gran potencialidad democrática—en cuanto que es *la potencialidad de participación directa*—que se encierra en el fenómeno del proceso jurisdiccional>>. CAPPELLETTI, M. (1982). *El tribunal constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año. 2. N°. 4. pp. 9-33. (p.17).

³⁵⁴ Desde la esfera jurídica de los derechos, los Tribunales Constitucionales y en particular la experiencia Italia de jurisdicción constitucional, realizan una labor de remodelación de los textos constitucionales, en palabras de PEGORARO. <<A pesar del *self-restraint* que caracteriza a menudo su jurisprudencia, los tribunales constitucionales contribuyen, por tanto, a remodelar los textos constitucionales, no solo actualizando la axiología de los valores, sino

derechos. <<Los Estados constitucionales de Derecho representan un paso adelante para la democracia, porque refuerzan jurídicamente las condiciones para la vida democrática; estas condiciones, también procedimentales, pueden situarse más allá de la disponibilidad de las mayorías contingentes>>³⁵⁵.

El caso particular del Tribunal Constitucional Italiano, enfrenta dos relaciones problemáticas, al respecto de sus funciones jurídicas y de tensión con el escenario político de construcción de los derechos. El primero se refiere a la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional, en cuanto a los magistrados que toman la decisión en representación, de la salvaguarda e integridad de la Constitución, siempre en aras de establecer una reciprocidad de dicha decisión con los destinarios de la misma. El poder constituyente primario, el pueblo como referente de la <<decisión constitucional superior>>.

El segundo problema, se dirige en los efectos que producen sus decisiones, lo cual plantea, un interrogante más en el ámbito del derecho procesal constitucional, o en la aplicación procedimental de la Constitución. Si las decisiones obedecen al rango de los efectos *erga omnes* o a los efectos *inter pares*:

La Corte Constitucional italiana al dar vida a nuevos tipos de decisiones, que van más allá de las prefiguradas por la normativa de la materia, se explica por la exigencia de reducir el impacto de los pronunciamientos de inconstitucionalidad sobre el sistema: por la exigencia de hacer *soft*, podríamos decir, o “dúctiles” las propias decisiones. O bien, utilizando

llevando a cabo también auténticas y propias revisiones del significado de disposiciones concretas y de palabras concretas>>. PEGORARO, L. (2008). *Revisión constitucional. El caso italiano en el contexto de la teoría general y del derecho comparado*. Boletín mexicano de derecho comparado. UNAM. número conmemorativo, sexagésimo aniversario. pp. 895-931. (pp. 908-909).

³⁵⁵ PALOMBELLA, G. (1999). *Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría*. Doxa, cuadernos de filosofía del derecho. N. 22. pp. 525-579. (p. 579).

expresiones más comunes en los estudios sobre la justicia constitucional: por la exigencia de atenuar la eficacia *erga omnes* de las sentencias, en favor de una eficacia *inter partes*³⁵⁶.

Las respuestas pueden estar orientadas a una característica de *especialidad*, del Tribunal Constitucional Italiano, como juez constitucional dentro del sistema jurídico, orientado al cumplimiento del Estado constitucional de derecho. La connotación de especial del Tribunal Constitucional, establece unas simbiosis mismas, dentro del control de constitucionalidad de las leyes, y de más normas inferiores, donde *el criterio de la jerarquía normativa*³⁵⁷, no es ya referente para la respuesta correcta, en aras de la potestad decisional que despliega el Tribunal Constitucional, en su función de interpretar normas del mismo nivel jerárquico. <<Asiste a ello, comúnmente, el llamado criterio de la jerarquía, o sea de diferenciación de fuerza o eficacia de las diversas fuentes y por consiguiente de las normas respectivamente producidas>>³⁵⁸

En este orden de argumentos, el Tribunal Constitucional Italiano, despliega unas funciones de garantía, frente al mismo poder judicial, establecidas en una <<dimensión jurisdiccional de los derechos>>, esta dimensión, permite la defensa procedural de la Constitución, y por ende

³⁵⁶ GROPPi, T. (2003). *¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"? tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, UNAM. pp. 481-504. (p. 482).

³⁵⁷ Sobre el principio de jerarquía normativa en el sistema constitucional italiano, observar la propuesta de Antonio D'ATENA, sobre el paso de la Constitución flexible a la Constitución rígida: <<En el constitucionalismo contemporáneo, la supremacía de la Constitución se configura como una garantía frente a la misma ley ordinaria; a tal punto que- como ha puesto de manifiesto, entre otros, Vezio Crisafulli en referencia a la experiencia italiana- el tránsito de la Constitución flexible (tal como era considerado el Estatuto albertino) a la Constitución rígida ha transfigurado la posición del legislador ordinario>>. D'ATENA, A. (2004). *La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. n° 1. pp. 293-306. (p. 301).

³⁵⁸ CRISAFULLI, V. (2004). *Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. n° 1. pp. 323-353. (p. 325).

de los derechos fundamentales que se encuentran en una fase positiva abstracta, para establecer su escenario de concreción judicial. Este concepto ha sido desarrollado en Italia por GUASTINI. <<Es el poder jurisdiccional aquello que funciona como garantía de los derechos frente a los demás poderes; pero no plantea ningún problema la garantía de los derechos frente al propio poder jurisdiccional>>³⁵⁹. Frente a la garantía jurisdiccional de protección, el Tribunal Constitucional Italiano ejercer un papel autónomo, frente al ejercicio de la supremacía normativa de la norma fundamental, desde la expresión alemana de la acepción jurídica, el establecimiento de una verdadera garantía independiente del texto normativo superior, solo pasa por las manos del órgano que concentra en sí, mismo la *jurisdicción constitucional*³⁶⁰, a diferencia de otros sistemas constitucionales, como el español, o el alemán, inclusive el mismo sistema constitucional colombiano. <<Se configura así como el supremo órgano de garantía del ordenamiento republicano, al que le esta atribuido en exclusiva y con efectos definitivos, hacer valer el imperio de la Constitución en las relaciones entre todos los operadores constitucionales (Sentencia n.º 15/1969)>>³⁶¹.

³⁵⁹ GUASTINI, R. (1993). *La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana*. Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. N.º 1. Año. 1. pp. 237-250. (p. 250).

³⁶⁰ El concepto de jurisdicción constitucional se nutre especialmente, del principio de supremacía normativa de la Constitución, dando paso así, a la construcción misma de la justicia constitucional, como referente en Italia, sobre dicha conceptualización observar a ROLLA: <<Se afirma la primacía de la Constitución y su respeto se convierte en parte necesaria del principio de legalidad, de lo que deriva una progresiva jurisdiccionalización del derecho constitucional que marcará el cambio definitivo del Derecho político al Derecho constitucional: es decir, de la idea de garantía política de la Constitución a la de justicia constitucional>>. ROLLA, G. (2012). *La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. N.º 16, pp. 329-351. (p. 335).

³⁶¹ PRESNO, M. & CAMPIONE, R. (2010). *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional Italiano. Estudio de una libertad*. Presentación de Alessandro PIZZORUSSO. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (p. 67).

3.5. INTERPRETACIÓN NEOCONSTITUCIONALISTA DE LOS DERECHOS: EL SISTEMA JURÍDICO ITALIANO COMO GENESIS DEL DEBATE GLOBAL

Dentro de las principales propuestas teóricas, para la interpretación de los derechos fundamentales en Italia. Se destacan especialmente dos desarrollos teóricos. Los cuales enunciamos para fines metodológicos. (i). *la interpretación neoconstitucionalista de los derechos fundamentales*. Y (ii). *La meta interpretación de los derechos fundamentales*.

Frente al primer tópico. (i). la interpretación neoconstitucionalista de los derechos fundamentales. Evidenciaremos especialmente, las propuestas que al particular, han establecido sus dos principales cultores: Sussana POZZOLO y Paolo COMANDUCCI.

En un primer plano discursivo, el neoconstitucionalismo interpretativo o neoconstitucionalismo para la interpretación de los derechos fundamentales, se muestra como un proceso construido con posterioridad al fenómeno de la *constitucionalización del derecho*³⁶². Centrando como tópico dentro de las constituciones normativas, como <<constituciones necesariamente interpretativas por un lenguaje constitucional³⁶³>>. así, los derechos fundamentales, al ser normas esencialmente abiertas deben ser interpretadas, por parte del juez o funcionario que ostenta la potestad decisional, la particularidad de la

³⁶² <<El lenguaje constitucional no es interpretable con los instrumentos comúnmente utilizados para la interpretación del derecho infraconstitucional, o sea, no basta con la referencia al sentido común de las palabras empleadas en la disposición>>. POZZOLO, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 21. Vol. II. pp. 339-353. (pp. 346-347).

³⁶³ <<Esta última tiene por objeto aquel modelo institucional, y se caracteriza por una concepción de la validez de las leyes como dependiente no sólo de requisitos procedimentales sino más bien sustanciales, es decir, de la conformidad de los contenidos de las leyes al contenido de la constitución>>. COMANDUCCI, P. (2011). «*Constitucionalismo*: problemas de definición y tipología. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 95-100. (p. 96).

interpretación de la Constitución, propondrá una especial atención a las normas y disposiciones que integran el concepto de derechos fundamentales. <<El neoconstitucionalismo forma parte de este proceso histórico y teórico y, aunque apareció de manera posterior al propio proceso de constitucionalización, se encuentra hoy en pleno florecimiento>>³⁶⁴.

La particularidad de la interpretación expresa, los contenidos de determinación mínima de los derechos fundamentales, como disposiciones normativas cuya naturaleza, es precisamente de ser normas, que expresan una <<proyección fáctica de concreción>>³⁶⁵, siendo vital así, para los fines de la decisión judicial en términos de derechos fundamentales, establecer los márgenes de determinación de la norma:

El problema de la determinación/indeterminación del derecho es el problema epistemológico relativo a la cognosibilidad/incognosibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones. El contenido del derecho está determinado frente a una acción si son cognocibles las consecuencias jurídicas de cada acción³⁶⁶.

³⁶⁴ POZZOLO, S. (2016). *Neoconstitucionalismo*. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. N. 11. pp. 142-151. (p. 143).

³⁶⁵ La proyección fáctica de concreción, es entendida como el escenario donde se establece la determinación de la norma de derecho fundamental, en conexidad material con los hechos o supuestos facticos, que predican la aplicación, reconocimiento y garantía de la disposición iusfundamental.

³⁶⁶ COMANDUCCI, P. (1998). *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 21. pp. 89-104. (p. 101).

3.6. LA NOCIÓN AMPLIA DE LA METAINTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La meta interpretación de los derechos fundamentales, en el contexto italiano, pone de presente dos problemas que convergen en dicho marco conceptual, (ii,a). La interpretación constitucional implícita en el sistema de fuentes. Y, (ii,b). La justificación de los derechos fundamentales; ambos problemas constituyen la noción de <>meta interpretación>.

Frente al primer problema, relativo a la interpretación constitucional de los derechos fundamentales entorno a las fuentes del derecho, en los sistemas jurídicos constitucionales, la cultura jurídica italiana de la interpretación, ha denotado específicamente, que los derechos fundamentales construyen una <>interpretación implícita>, dicha interpretación, se entiende en la medida, que la Constitución italiana³⁶⁷, al igual que otros sistemas jurídicos europeos, sobre todo de la Europa continental, es entendida en sí misma como fuente del derecho, no solo desde el aspecto general de la constitucionalización del derecho, que propone la fuerza normativa de la Constitución para que esta pueda aplicarse, directamente por todos los jueces y operadores jurídicos.

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

<>la distinción entre derechos legales y derechos constitucionales posee una importancia fundamental en los sistemas jurídicos con constitución rígida. Puesto que, si la constitución es rígida, la ley ordinaria está jerárquicamente subordinada a ella, y por lo tanto no está autorizada a modificar o derogar

³⁶⁷ Desde el punto de vista de la Constitución italiana, y desde el mismo ordenamiento italiano, el debate en torno a la interpretación de los derechos fundamentales como normas constitucionales tanto en lo formal como material, y las normas que jerárquicamente no expresan, un nivel constitucional de prelación frente a sus contenidos normativos de aplicación, ha girado por el tópico de la rigidez constitucional.

normas constitucionales. En dichas circunstancias, un derecho subjetivo constitucional no puede ser limitado, modificado o suprimido por las leyes ordinarias (las cuales pueden en cambio suprimir un derecho legal)>>³⁶⁸.

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

Desde el punto de vista del resultado de la actividad de justificación del juez, podría afirmarse que sigue en pie la tesis de acuerdo con la cual una decisión (entendida como acto de decidir) está justificada si está fundamentada en una norma N1 aplicable, es decir, si tal norma N1 debe ser aplicada basándose en otra norma existente N2, que a su vez, no debe ser necesariamente aplicable³⁶⁹.

³⁶⁸ GUASTINI, R. (1993). *La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana*. Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. N°. 1. Año. 1. pp. 237-250. (p.238).

³⁶⁹ COMANDUCCI, P. (2009). *Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del derecho*. (p.24). En: COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. & GONZÁLEZ LAGIER, D. (2009). Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo. Fundación coloquio jurídico europeo. Madrid, España.

3.7. REFLEXIONES FINALES

La interpretación constitucional en Italia, ofrece unas particularidades propias de su cultura jurídica en particular. Podemos destacar en especial, la propia estructura de su jurisdicción constitucional, al ser una jurisdicción de carácter eminentemente concentrada, donde el Tribunal Constitucional, ejercerse la funciones de intérprete máximo y garante de las dispociones iusfundamentales, por vía directa.

Existe una fuerte tensión sobre la construcción de la idea de Estado constitucional de derecho, específicamente por tres fuertes nociones, una primera distinción, es la de corte normativista, que va a plantear la necesidad de ver al Estado constitucional como una construcción normativa de jerarquía superior, para controlar con la norma fundamental, los demás poderes públicos, en especial el poder legislativo, de creación y formación del derecho.

Una segunda noción, que defiende la idea descriptiva del Estado constitucional de derecho, como propuesta para construir una dualidad y relación entre lo político y jurídico, representado por unas categorías formuladas por un lenguaje constitucional, desde la realidad de las premisas fácticas, en aplicación a disposiciones de carácter rígido en la positividad de la misma Constitución.

Y una tercera distinción, que converge con la idea de Estado constitucional, y juez constitucional, desde los aportes que construye el Tribunal Constitucional, no como un *contralegalizador*, sino específicamente, observando desde la decisión, el alcance mismo de la norma, desde una potestad decisional, de la controversia, conflicto, indeterminación, incompatibilidad, o colisión en la aplicación de la norma.

CAPITULO IV

EL MODELO INTERPRETATIVO DE LAS NORMAS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO: LA INTERPRETACIÓN JERARQUIZADA

4. PLANTEAMIENTO

En este cuarto capítulo comprendido por seis acápite a saber, (i). La interpretación constitucional en Colombia. (ii). Rasgos distintivos de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Colombia. (iii). La interpretación de los derechos fundamentales en la Corte Constitucional colombiana y la jurisdicción ordinaria. (iv). Insuficiencias de los modelos de interpretación en Colombia. (v). El problema de los precedentes en la interpretación constitucional: la jurisprudencia jerarquizada. (vi). la jurisprudencia de principios: metodología de la interpretación jurisprudencial en Colombia.

En el primero mostramos los planteamientos generales de la interpretación constitucional en Colombia, como ha sido su evolución y concepto, a partir de los nuevos desarrollos, provenientes de la cultura constitucional europea, especialmente en su adaptación en la justicia constitucional Colombia. Las nuevas perspectivas teóricas, de nuestros cultores, en la generación de teorías de la interpretación constitucional, aplicadas y conectadas con nuestro contexto.

En el segundo evidenciamos aquellos rasgos particulares de nuestra interpretación constitucional, enfocada en la interpretación de los derechos fundamentales, para así, entender de qué hablamos cuando nos referimos a interpretación de la Constitución, y cuando nos referimos a interpretación de los derechos fundamentales, si bien la propuesta es desde dos escenarios distintos, la relación teórica es de complementariedad.

El tercero denotamos la interpretación que realiza la Corte Constitucional colombiana, como desarrollo de su jurisprudencia, en expandir los alcances interpretativos provenientes, de la misma Carta de Derechos, en toda la construcción doctrinal que ha generado su vasta producción judicial. Y cuales han sido los problemas relacionados, con la interpretación por parte del poder judicial, integrado por los demás Tribunales y órganos de cierre de las jurisdicciones que integran todo el aparto jurisdiccional del Estado colombino, como integralidad.

En el cuarto relacionamos las principales insuficiencias, como problemas de interpretación constitucional, a partir de lo que ha sido construido, en la doctrina interna, y como respondemos a las debilidades conceptuales y pragmáticas de dichos modelos. En el quinto enfrentamos el problema de los precedentes en Colombia, en lo que denominamos como jurisprudencia jerarquizada, para distinguir como se ha gestado la teoría judicial de los precedentes, en exclusión del modelo ampliado de jurisprudencia, como generación de un *formalismo constitucional jurisprudencial*, generándose una ruptura en el sistema de fuentes, y en el sistema jurídico en el control constitucional.

En el sexto presentamos una respuesta concreta, en Colombia como nueva metodología para la interpretación constitucional y de los derechos fundamentales, a la que denominamos jurisprudencia de principios, aquí establecemos una crítica puntual, al modelo hegemónico en Colombia, el cual ha desvirtuado nuestro modelo, desconociendo la esencia de nuestro sistema jurídico constitucional.

La jurisprudencia de principios, establece la lectura horizontal y vertical del desarrollo jurisprudencial de los derechos fundamentales, como tesis, que fundamenta, una teoría judicial en Colombia aplicada a la interpretación de los derechos fundamentales, ofreciendo las respuestas a las tensiones en la construcción adjudicativa de la norma y disposición iusfundamental.

4.1. LA INTERPRETACION EN EL SISTEMA JURIDICO COLOMBIANO: ENTRE LA DUALIDAD INTERPRETIVA Y EL FORMALISMO INTERPRETATIVO

En Colombia la interpretación constitucional en general y la interpretación de la Constitución en particular, viven un proceso muy <<sui generis>> propio del sistema jurídico colombiano, a lo que denominamos como *dualidad interpretativa*³⁷⁰, generado un formalismo³⁷¹ interpretativo³⁷².

Por dualidad interpretativa entendemos el proceso de interpretación de la Constitución, y por ende de las normas constitucionales y disposiciones iusfundamentales, que siguen unos parámetros normativos de una interpretación específica de la ley, o en sentido estructural normativo propia de las reglas³⁷³ o de las normas que pueden comprender

³⁷⁰ El concepto de *dualidad interpretativa*, infiere un tipo de razonamiento hermenéutico, dirigido a determinar el significado de una norma de orden constitucional o inclusive una norma de derecho fundamental, utilizando criterios propios del modelo de interpretación legal u ordinaria.

³⁷¹ Este tipo de interpretación en el contexto jurídico colombiano, ha sido desarrollado por Aquiles ARRIETA. En: ARRIETA, A. (2003). *Justo formalismo. La aplicación formal del derecho, casos y límites*. Precedente. Anuario Jurídico. pp. 163-184.

³⁷² MORESO, J. (2003b). *Comanducci sobre neoconstitucionalismo*. Isonomía. No. 19, pp. 267-282. (p.269).

³⁷³ En Colombia la interpretación constitucional, por parte de nuestro Tribunal Constitucional, ha tenido un fuerte debate desde la dogmática jurídica colombiana, y en la influencia de la interpretación de los textos normativos desde y hacia la hermenéutica de corte legalista, esta novedad interpretativa específicamente, a lo que hemos denominada como *la interpretación especial* a las normas de derechos fundamentales, le ha generado el apelativo en la tradición formalista de la cultura jurídica colombiana, como un ejercicio por parte de la Corte Constitucional como *gobierno de los jueces*. Fenómeno jurídico que en sí, no es propio ni exclusivo de nuestro sistema y ordenamiento, en Colombia este tópico ha sido abordado rigurosamente por el profesor LOPEZ DAZA: <<Dentro del concepto tradicional de Estado de derecho, los jueces entendían que su misión consistía en aplicar las reglas y principios enunciados por los códigos y las leyes; la Constitución se expresaba mediante la ley, suprimiendo así la necesidad de interpretar directamente el texto superior>>. LOPEZ DAZA, G. (2011). *El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?*

su estructura normativa del orden legal u ordinario, como se le llaman comúnmente en el lenguaje del derecho en la cultura jurídica colombiana. <<Desde sus inicios, el sistema jurídico colombiano acogió la visión europea continental sobre la supremacía de la ley frente a la Constitución, a la que se consideró la fuente primordial de validez del derecho en Colombia>>³⁷⁴.

Dicho fenómeno se estructura principalmente, porque en Colombia a partir de la consagración de la Constitución de 1991, el sistema jurídico busca desde el punto de vista material darle un alcance mayor a los derechos del *escenario estrictamente político* de las normas constitucionales, propendiendo por una “nueva conceptualización” por las normas que comprenden derechos fundamentales en sentido estricto. Planteando en el escenario de la interpretación de los derechos fundamentales, la generación de <<nuevos problemas interpretativos>> como superación de la tensión entre política y Constitución como un acto político en sí mismo:

La problematización se refiere, más bien, a una palpable tensión política de dos aristas: la primera alude a la tensión entre el tribunal o corte constitucional y los demás órganos del poder público, principalmente frente –aunque no exclusivamente- al Parlamento. La segunda es la tensión entre la propia Constitución y –ya aterrizándolo al caso colombiano– la Corte Constitucional³⁷⁵.

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

Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional. Núm. 24. pp. 169-193, (p. 170).

³⁷⁴ CARRILLO, Y. (2012). *El problema de la validez y del actual sistema de fuentes en el derecho colombiano*. Editorial Universitaria. Cartagena, Colombia. (p. 83).

³⁷⁵ MORA RESTREPO, G. (2014). *El drama y la gloria de la interpretación constitucional*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 44. N°. 121. pp. 527-550. (p. 532).

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

La interpretación que propuso la Carta de derechos del 91 y por ende uno de sus postulados que se siguen consolidando en la actualidad, es la interpretación de los derechos fundamentales, como especialización en el campo de la teoría y dogmática del derecho constitucional, a partir del desarrollo de estudios subespecializados por construir una teoría de los derechos fundamentales para el contexto del sistema jurídico colombiano. Este va hacer en términos teóricos uno de los grandes avances de nuestra norma fundamental, en la idea de centrar gran parte de su contenido por la consagración en sentido formal y material, de las normas que integran la noción amplia de derechos fundamentales.

Esta dualidad interpretativa *Constitución y métodos propios de la hermenéutica clásica*³⁷⁶ de los sistemas tradicionales³⁷⁷, establecen una <<concurrencia material normativa>>, cobrando un valor preponderante la interpretación constitucional como marco de referencia para el sistema jurídico colombiano. Así, cuando una norma de orden legal no llena las *expectativas materiales de la decisión*, el juez para su aplicación a los casos

³⁷⁶ <<Esto se evidencia, ciertamente, en el derecho civil y el penal, pues la aplicación de los cuatro métodos clásicos de interpretación depende del ámbito y el objeto jurídico correspondiente y de sus especiales principios de justicia. Así, el principio de «*nulla poena sine lege*» como expresión del derecho constitucional común europeo en cuanto al derecho penal, determina que no se admita ninguna analogía que perjudique al acusado; por el contrario, el derecho privado se ha enriquecido y desarrollado por medio de la técnica de la integración analógica>>. (p. 387). HÄBERLE, P. (2010). *Métodos y principios de interpretación constitucional. un catálogo de problemas*. Revista de derecho constitucional europeo. Año 7. Núm. 13. pp. 379-411.

³⁷⁷ LÓPEZ LÓPEZ, A. (2013). *En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)*. Derecho privado y Constitución. N°. 27, pp. 173-208. (p. 188).

concretos debe darle una preponderancia mayor a la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes colombiano, expresado por orden y mandato del artículo 230. Constitucional:

Actualmente la atribución del control constitucional a los Tribunales Constitucionales les ha otorgado un auténtico poder normativo por lo cual las sentencias de tales tribunales han sido consideradas como fuentes del derecho dado que son intérpretes auténticos de la Constitución. (...) El sistema tradicional de fuentes consideraba la jurisprudencia como fuente auxiliar y no contemplaba el valor del precedente judicial y especialmente del precedente constitucional³⁷⁸.

En este orden conceptual los problemas relativos a la interpretación constitucional en Colombia, han querido ser respondidos con la función creadora de los jueces³⁷⁹ o en concreto con la función creadora del juez constitucional, cobrando un peso concreto mayor en palabras de la *fórmula del peso Alexyana*, la jurisprudencia como fuente principal en el Estado constitucional de derecho a la hora de interpretar derechos fundamentales:

La inactividad del legislador, además, se traduce en la asunción de un papel mucho más activo de la Corte, mucho más creador positivo, no en beneficio del propio Tribunal, ni con el ánimo o pretensión de colocarse por encima de los demás poderes del Estado, sino, sobre todo, para garantizar a todos los ciudadanos la supremacía de la Constitución y sus derechos constitucionales³⁸⁰.

³⁷⁸ MONROY CABRA, M. (2013). *La interpretación constitucional*. Tercera Edición. Librería ediciones del profesional. Bogotá, Colombia. P. 156.

³⁷⁹ La función creadora o creativa del juez constitucional, no puede ser entendida como función modificatoria de los postulados constitucionales superiores, es así, como explican SALAZAR & NARANJO (2012): <<Los jueces constitucionales llevan a cabo el cumplimiento de sus funciones con base en un sistema normativo precario cuyo alcance pueden modificar por vía de interpretación, dejando abierta la posibilidad de utilizar la Constitución como una herramienta para la consecución de beneficios y la satisfacción de intereses particulares.>> (p. 278). SALAZAR, F. & NARANJO, K. (2012). *Disertaciones sobre la fundamentación de las decisiones constitucionales*. Bajo Palabra. Revista de Filosofía. II Época, N° 7, pp. 270-279.

³⁸⁰ VARGAS HERNÁNDEZ, C. (2011). *La función creadora del Tribunal Constitucional*. Revista Derecho Penal y Criminología. V. 32- N°. 92. pp. 13-33. (p. 28).

En esta línea argumentativa como una visión sistemática de las normas de derecho fundamental que integran en sentido unitario la Constitución, se orienta la interpretación constitucional. Estableciendo los derechos fundamentales en sí mismos como un sistema axiológico interno, dentro de un sistema de valores superiores como establece la idea de la Constitución para la garantía de los principios fundamentales. <<La idea de la interpretación sistemática según la cual las normas de un nivel, aquí el constitucional, pueden delimitarse mutuamente, lo cual se corresponde así mismo con la idea de unidad de la Constitución>>³⁸¹.

Desde nuestra perspectiva y como critica a la interpretación constitucional en Colombia, respondiendo a los fines de nuestra investigación doctoral, consideramos que realmente “la función creadora de la jurisprudencia”³⁸² solo mira un aspecto de la interpretación en sentido global o universal que es el resultado de la potestad normativa, y no mira la funcionalidad del juez como potestad decisional normativa, es decir que con su decisión el juez no solo crea derecho, sino que responde con la nueva decisión a resolver un problema jurídico más allá del caso concreto o *sub iudice*.

La potestad decisional normativa, operaría en mejor sentido en un sistema híbrido o mixto, no solo desde el punto de vista del control de constitucionalidad dentro del modelo kelseniano, y del sistema

³⁸¹ ALEXY, R. (2000b). *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín*. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 23. pp. 197-230. (p. 217).

³⁸² <<la posibilidad instruida por la jurisprudencia constitucional de intervención judicial como mecanismo de realización de la Constitución y del ambicioso proyecto social que encarna, máxime en un país como el nuestro en cuyo sistema jurídico-político la protección de los derechos ha dependido tradicionalmente de su consagración legal, no constitucional>>. (p. 300). GARCÍA JARAMILLO, L. (2008). *El “nuevo derecho” en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?* Revista de Derecho. N°. 29. pp. 289-330.

constitucional construido sobre todo en el derecho del *common law* en la experiencia particular norteamericana.

Estableciéndose como un problema de la realidad social del derecho y de la disciplina jurídica. <<La interpretación de la norma es un instrumento de gestión colectiva, un recurso político de realización de los intereses particulares y públicos, permaneciendo el espíritu del derecho no solo en la norma>>³⁸³.

Estos problemas relativos a la interpretación tanto legal como constitucional han sido, ampliamente construidos por la doctrina universal de la interpretación jurídica, representada por uno de sus más grandes exponentes, el profesor italiano Riccardo GUASTINI³⁸⁴. El representante de la escuela genovesa, relaciona los problemas relativos a la interpretación constitucional, perfectamente aplicables obviamente con consideraciones contextuales, al modelo de interpretación y al sistema jurídico colombiano. Centrándose en un aspecto central de toda la actividad interpretativa, que ha sido relegada en la experiencia colombiana, y es precisamente la

³⁸³ SIERRA CADENA, G. (2009). *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas: El caso de la descentralización en Colombia*. Colección textos de jurisprudencia. Serie Maestría. Sello editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. (p. 69).

³⁸⁴ GUASTINI, distingue un tipo de investigación que solo se construye en la decisión judicial, una interpretación decisional o de la decisión, dirigida en específico al funcionario que construye la respuesta, como causa de una actividad que pretende administrar intereses y bienes contrapuestos, la misma facultad de administrar justicia. Relación que en el derecho y sistema jurídico colombiano, se establece como derecho fundamental superior, consagrado en Artículo 229. Constitucional: <<La interpretación decisoria y la interpretación creativa, en cambio, son operaciones “políticas”, que pueden ser llevadas a cabo tanto por un órgano de aplicación como por un jurista. La única diferencia importante reside en el hecho de que la interpretación realizada por un órgano de aplicación es, en sentido kelseniano, “auténtica”, es decir, es vinculante en cuanto está provista de consecuencias jurídicas (de las que, por el contrario, la interpretación ofrecida por los juristas, carece)>>. GUASTINI, R. (2012b). *El escepticismo ante las reglas replanteado*. Revista Discusiones. N°. 11. pp. 27-57. (pp. 32-33).

interpretación que realiza el abogado o el jurista del derecho. A lo que podríamos denominar <<la interpretación de los juristas>>.

GUASTINI, establece una distinción especial, que aporta y construye desde una teoría de la interpretación jurídica, estableciendo límites interpretativos, entre el juez y el abogado, que se apega estrictamente a la ley o el que no está en los márgenes de la legalidad normativa, sino que presupone otros criterios más allá de los normativos en estricto sentido:

Desde el punto de vista del “hombre malo” –o, más sencillamente, del abogado, o incluso, del juez no ligado a la ley sino a su propia orientación política- la interpretación se presenta no como la “averiguación”, sino como valoración, elección, y decisión: interpretar es individualizar los diversos posibles significados de un texto, valorar de cada uno los posibles resultados prácticos, y escoger el más oportuno en vista a un fin preestablecido³⁸⁵.

Las particularidades de la interpretación constitucional en la cultura jurídica colombiana, pasan por el establecimiento de los rasgos estructurales de las normas que integran la Constitución en sí misma, no solo desde una *Teoría de las normas de derecho fundamental*, orientadas desde una perspectiva general, sino, desde el contexto normativo de aplicación de estos enunciados, a lo que podríamos llamar una *Teoría de la interpretación de los derechos fundamentales*. Que en gran medida, a partir de lo peculiar, del sistema de interpretación y justicia constitucional colombiano, ha sido construido *pretorianamente* por vía de desarrollo jurisprudencial, en la Corte Constitucional Colombia.

Además de su identificación, por una *especialidad en sentido constitucional*³⁸⁶, superadora da la especialidad de la norma en sentido

³⁸⁵ GUASTINI, R. (1997). *Problemas de interpretación*. Revista Isonomia. N°. 7. pp. 121-131. (p. 121).

³⁸⁶ El profesor colombiano, Javier TOBO realiza una distinción sobre la especialidad de las normas que integran la Carta Política:<<Las normas de la Carta Política son especiales por los siguientes cinco puntos: 1°. Dan cuerpo al fundamento material y organizativo de la vida del Estado y de la sociedad; 2°. Están formuladas, con frecuencia, de modo amplio, indeterminado

legislativo en la *decisión judicial discrecional*³⁸⁷, prevaleciendo los márgenes de interpretación, de un formalismo dogmático sobre la actividad del intérprete del derecho. El formalismo dogmático proveniente de los sistemas de interpretación desarrollados normativamente, en el orden jurídico colombiano en el Código Civil.

Siguen generando tensiones interpretativas, a pesar de configurarse en tiempos de la antigua Constitución de 1886, y no existiendo además, la doctrina constitucional desarrollada por nuestra Corte Constitucional, que ha generado nuevas conceptualizaciones en pro de otorgarle mayores herramientas interpretativas al interprete. <<El punto de vista del formalismo dogmático, si es desafortunado al discurrir sobre el papel del intérprete, carece también de la aptitud descriptiva del ser real de la ley que le atribuyen sus defensores. Y, por consiguiente, también de eficacia explicativa (...)>>³⁸⁸.

Lo que representa una insuficiencia de los modelos de interpretación y en la *actividad interpretativa*³⁸⁹ en sentido estricto legal, a la hora de ser

e incompleto; 3º. Determinan los acontecimientos políticos; 4º. Conllevan consecuencias para la totalidad del orden jurídico, y 5º. Son confiadas para su interpretación última y obligatoria a una jurisdicción específica>. TOBO, J. (2012). *La corte constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Cuarta edición. Editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia. (p. 199).

³⁸⁷ <<Entendemos la decisión judicial discrecional como una decisión voluntaria que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades justificadas de actuación y entre las cuales el derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras>>. ETCHEVERRY, J. (2017). *Rule of Law y discrecionalidad judicial: compatibilidad y recíproca limitación*. Revista Derecho del Estado. N°. 38, pp. 3-21. (p. 11).

³⁸⁸ IBÁÑEZ, P. A. (1994). *¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho?: interpretación judicial e insuficiencia del formalismo*. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 15-16. pp. 861-882. (p. 870).

³⁸⁹ <<El término interpretación puede usarse tanto para indicar la actividad interpretativa como para indicar el resultado de esa actividad. El producto de la interpretación (actividad) es el significado del objeto interpretado. La actividad interpretativa se puede clasificar de distintos modos, según cuales sean los criterios utilizados. Entre estos revisten una importancia particular los criterios subjetivo y objetivo. En relación con el objeto es posible

utilizados o empleados para la interpretación de la Constitución, y de las normas y disposiciones de derechos fundamentales. La insuficiencia material, se presenta cuando se le quiere dar un alcance interpretativo, a una norma de derecho fundamental o de raigambre constitucional, estableciendo criterios propios de la interpretación reglada.

Generándose con esto un interrogante fundamental, si realmente los métodos de interpretación³⁹⁰ de la ley pueden responder a las necesidades propias, de la especialidad³⁹¹ de la interpretación constitucional. El profesor Diego YOUNES MORENO, ha manifestado esta inquietud. <<Creemos que los métodos tradicionales prestan un concurso importante para desentrañar el

distinguir la interpretación de la ley, la interpretación del contrato, del acto administrativo, de la constitución, ect. Conforme al criterio subjetivo se puede distinguir entre la interpretación del juez, del abogado, del jurista>>. VELLUZZI, V. (1998). <<Interpretación sistemática>>: ¿un concepto realmente útil? *Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación*. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 21. pp. 65-82. (p.68).

³⁹⁰ <<Con el surgimiento del Estado Constitucional, el paradigma de interpretación se transforma y el material preteórico para la decisión judicial se vuelve complejo, por ello es posible afirmar que desde el aspecto ontológico, se concibe el Derecho como integridad, lo que implica que la fuente de aplicación ya no solo es la ley sino además los tratados internacionales, las subreglas constitucionales, entre otros, exigiendo que surjan herramientas de interpretación más elaboradas que pretenden dar solución a los casos que también cada día se vuelven más complejos. Lo anterior hace que la función del juez cambie y este sea más propositivo, para algunos hasta creador de Derecho>>. REYES SÁNCHEZ, A. (2014). *Efecto vinculante de las posturas hermenéuticas en las sentencias de la corte constitucional colombiana: reflexiones iniciales*. Advocatus. Vol. 11. N°. 22. pp. 13-24. (p. 16).

³⁹¹ <<La interpretación de las normas constitucionales, sin duda, es una interpretación especial, muy diferente a la interpretación de las reglas contenidas en las leyes. El problema que hoy tiene que plantearse el abogado, pero sobre todo el juez, es si los métodos de interpretación contenidos en el Código Civil son suficientes para la interpretación del texto constitucional, y la respuesta a todas luces debe ser negativa (...)>>. GÓMEZ MARTÍNEZ, D. (2010). *Ánálisis de la interpretación del artículo 230 de la Constitución Nacional, en las providencias de tutela de la Corte Suprema de Justicia (2007-2009)*. Criterio Jurídico. Vol. 10. N°.2. pp. 209-234. (p. 229).

sentido de las normas constitucionales, pero no bastan por si solos para ese efecto, por la naturaleza peculiar de la Constitución>>³⁹².

³⁹² YOUNES MORENO, D. (2007). *Derecho constitucional colombiano*. Novena edición. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia. (p.118).

4.2. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO GESTACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA

Uno de los rasgos distintivos de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Colombia, a partir de la construcción de la nueva carta política de 1991 especialmente desde su influencia alemana³⁹³, española³⁹⁴ e italiana³⁹⁵, se orienta en determinar la doble dimensión o naturaleza de las normas y disposiciones iusfundamentales³⁹⁶, y cuáles son sus rasgos estructurales y normativos. Gestando una *dogmática de los derechos fundamentales*³⁹⁷ en Colombia, que consolida las bases para la aplicación material de las normas superiores, en tiempos de Estado constitucional y democrático de derecho, generando los espacios propicios para su materialización. <<Las normas jurídicas fundamentales, en principio, también constituyen obligaciones jurídicas objetivas del Estado>>³⁹⁸.

³⁹³ Uno de los teóricos alemanes, que han generado mayor influencia en Colombia a partir de sus construcciones sobre los derechos fundamentales, ha sido Robert ALEXY, en especial en cuanto a la doble dimensión estructural de la norma y disposición de derecho fundamental. Aquí referenciamos algunos de sus trabajos al respecto: ALEXY, R. (2000d). *La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático. Derechos y libertades*. Revista del instituto Bartolomé de las casas. Vol. 5, No 8, pp. 21-42. ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

³⁹⁴ CIFUENTES MUÑOZ, E. (1995). *El constitucionalismo de la pobreza*. Revista Dereito. Vol. IV. N°.2. pp. 53-77. (p. 64).

³⁹⁵ FERRAJOLI, L. (2006c). *Sobre los derechos fundamentales*. Cuestiones constitucionales. N. 15. pp. 113-136. (p. 117).

³⁹⁶ ALEXY, R. (2011). *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 91. enero-abril. pp. 11-29. (p. 24).

³⁹⁷ BECHARA, A. (2011a). *Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy*. Revista Saber Ciencia y Libertad. V. 6, N°. 2: 63-76. (p.72).

³⁹⁸ ARANGO, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Editorial Legis. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia. (p.42).

Estos atributos específicos de los derechos fundamentales, se identifican por la dimensión subjetiva y la dimensión objetiva³⁹⁹. La dimensión subjetiva⁴⁰⁰ que plantea la existencia de derechos fundamentales, como normas orientadas a la protección individual del titular de los derechos, frente a los bienes jurídicos superiormente garantizados, estableciendo márgenes de acción y límites de amparo estrictamente en la relación, del destinario y *titular de la norma fundamental*⁴⁰¹ con los poderes públicos y frente a los particulares, conocida tambien como eficacia mediata, proveniente de la doctrina alemana de la *Drittewirkung*:

La eficacia mediata exige para la realización de la *Drittewirkung* que existan en el ordenamiento jurídico privado “cláusulas o conceptos generales del derecho capaces y necesitados de ser colmados valorativamente”. Esto

³⁹⁹ La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, constituye a su vez un “orden de valores”, expresión que emana de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en especial del caso Lüth: <<La dimensión objetiva de los derechos fundamentales tiene una magnitud que trasciende el ámbito de su eficacia en las relaciones entre particulares, no hay que olvidar que el mismo Tribunal en el fallo Lüth empleó el tópico del “orden de valores” para explicar la misión que estos han de cumplir en el conjunto del ordenamiento jurídico>>. JULIO ESTRADA, A. (2002). *Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*. En: Miguel CARBONELL (Comp.) *Teoría constitucional y derechos fundamentales*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Mexico. D.F. (p.216).

⁴⁰⁰ La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales ha sido desarrollada, especialmente desde el sistema jurídico constitucional Alemán. Para una referencia conceptual se orienta la propuesta de Klaus STERN, a partir de su concepto de derechos fundamentales como derechos subjetivos: <<En cuanto derechos subjetivos, los derechos fundamentales garantizan al individuo y a sus asociaciones protecciones jurídicas que resultan fundamentales tanto para el hombre como para los ciudadanos. Garantizan un estatuto jurídico-constitucional frente al Estado. Este carácter jurídico-subjetivo y otorgador de un estatuto jurídico propio de los derechos fundamentales resulta indiscutible>>. (p. 263). STERN, K. (1988). *El sistema de los derechos fundamentales en la república federal de Alemania*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 1. pp. 261-277.

⁴⁰¹ GAVARA DE CARA, J. (2007). *La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales*. Teoría y Realidad Constitucional. UNED. N°. 20. pp. 277-320. (p. 308).

supone precisamente un marco normativo en el derecho ordinario que sirva como punto de irrupción de los derechos fundamentales⁴⁰².

Esta dimensión subjetiva, es ampliada y complementada en tiempos de Estado constitucional y democrático de derecho, por la *dimensión objetiva*⁴⁰³, que expande su protección y garantía, no solo a los poderes públicos tradicionales del Estado, sino a todos los poderes privados, y a la defensa de intereses particulares, conocido también como el efecto y eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, que amplían los márgenes de acción material de las normas especialmente tuteladas. <<En sentido objetivo, los derechos fundamentales se concretan como “directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa” (y de los poderes públicos en general) de las que se desprende la obligación de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal>>⁴⁰⁴.

Tal relación en Colombia, frente al carácter estructural subjetivo y objetivo de las normas de derecho fundamental, propició un nuevo concepto al interior de nuestra cultura jurídica, esta conceptualización desarrollo en particular las dispociones iusfundamentales, desde la relación misma, del Estado⁴⁰⁵ constitucional colombiano y el juez constitucional. El postulado

⁴⁰² JULIO ESTRADA, A. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. (pp. 210-211).

⁴⁰³ MORA SIFUENTES, F. (2017). *La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año. XLIX. N°. 150. pp. 1215-1258. (p. 1221).

⁴⁰⁴ TOLE, J. (2006). *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. el estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*. Cuestiones Constitucionales, N°. 15. pp. 253-316. (p. 259).

⁴⁰⁵ Frente a la relación de la identidad de la Constitución, con el sistema de Estado constitucional, existen dicotomías conceptuales en la afirmación de no depender de los principios y valores, sino específicamente del modelo de Estado. Sobre este postulado GUASTINI, se ha referido particularmente al modelo de justicia constitucional colombiana: <<La identidad de la constitución parece resucitar aquí no en sus principios y valores (inaplazables), sino en la forma de Estado>>. (p. 84). GUASTINI, R. (2017). *Identità della costituzione e limiti alla revisione costituzionale (il caso colombiano)*. En: ESTUPIÑÁN, L.,

de la relación del Estado constitucional y el juez constitucional⁴⁰⁶, es vital no solo para entenderá la teoria constitucional contemporanea, sino además comprende un desarrollo en sí mismo, de la noción amplio o extendida de los derechos fundamentales. <<Se debe tener presente que todo juez que desarrolla una actividad jurisdiccional no desempeña un acto individual asilado de su Constitución y sus principios, y su resolución debe ir apegada a los mismos>>⁴⁰⁷.

La dimensión subjetiva-objetiva construye además, en el ordenamiento jurídico colombiano, lo que la doctrina global y especializada ha referenciado, como *fuerza expansiva de los derechos fundamentales*⁴⁰⁸ con particular atención, a la actividad judicial de los derechos. Lo que plantea esencialmente, una dimensión judicial de los derechos fundamentales, para la satisfacción de los mismos. <<Para satisfacer el derecho fundamental siempre habrá de enmarcarse dentro de los límites que impone la naturaleza de la actividad judicial>>⁴⁰⁹.

La actividad judicial de los derechos en Colombia, plantea irrestrictamente un <<escenario de distinción hermenéutico>>, al establecer la separación conceptual entre los criterios interpretativos⁴¹⁰ propios de las

HERNANDEZ, C. & JIMENEZ, W. (Edit). Tribunales y justicia constitucional. Universidad Libre, Universidad de Bolonia. Bogotá, Colombia.

⁴⁰⁶ HÄBERLE, P. (2001b). *La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional. N° 5, pp. 169-182. (p.176).

⁴⁰⁷ SANTACRUZ, R. & LUNA, S. (2016). *La Constitución y su justificación en la construcción del Estado constitucional*. En: Hernandez, C. & Fajardo, J. (Edit). Justicia constitucional. Editorial Universidad Libre. Bogotá, Colombia. (p. 181).

⁴⁰⁸ HIERRO, L. (1996). *El imperio de la ley y la crisis de la ley*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 19. pp. 287-308. (p.302).

⁴⁰⁹ CHINCHILLA, T. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Segunda edición. Temis. Bogotá, Colombia. (p 71).

⁴¹⁰<<estas técnicas eran todas concebidas como recetas, como indicaciones, como instrumentos adecuados para que los interpretes (reitero generalmente iban destinadas a los jueces) pudieran elegir la mejor de todas para llegar a buenas soluciones y se desarrollaron de

normas no constitucionales, tal como lo relaciona Manuel CEPEDA. <<Las normas de la carta de derechos no se prestan a la interpretación silogística ni a las reglas de hermenéutica tradicionales. Por eso el juez inevitablemente tiene que asumir un nuevo papel, para resolver un caso a la luz de los derechos constitucionales>>⁴¹¹.

En este orden de argumentos, el *escenario de distinción hermenéutico* en Colombia ha establecido los límites y alcances interpretativos, entre los modelos de interpretación constitucional⁴¹² y los modelos de interpretación de la ley, más aun, nuestra propuesta va mucho más allá, y está en determinar si al igual, que el modelo europeo⁴¹³ de control de constitucionalidad y de interpretación de los derechos fundamentales, existe métodos, técnicas y procedimientos propios para determinar, el contenido normativo de este tipo de enunciados jurídicos, si dicho fenómeno, es recepcionado por la justicia constitucional colombiana⁴¹⁴, en cuanto a la

consumo con la evolución histórica de los sistemas jurídicos continentales a partir de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, coetáneamente a la aparición del fenómeno que terminó en las grandes codificaciones europeas, especialmente del derecho privado>>. (pp. 225-226). PORTELA, M. (2014). *Interpretación y aplicación del derecho*. En: HERNANDEZ, C. & ORTEGA, S. (Dir). Constitución y democracia. Editorial Universidad Libre. Bogotá, Colombia.

⁴¹¹ CEPEDA, M. (1997). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Segunda edición. Temis. Bogotá, Colombia. (p. 13).

⁴¹² <<En la ciencia del derecho constitucional, la interpretación adquiere importancia decisiva; y no se exagera si se afirma que la Constitución más perfecta ha de fracasar lamentablemente a través de una defectuosa o errónea interpretación>>. (p.30). OLANO, H. (2005). *Interpretación y dogmática constitucional*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia.

⁴¹³ <<La tendencia general en la Europa occidental se mueve en la dirección de un sistema en que el control de constitucionalidad se suele efectuar en el contexto de casos concretos (a través de cuestiones de inconstitucionalidad, recursos de amparo o recursos del tipo portugués). El control abstracto promovido a través de recursos de inconstitucionalidad es menos frecuente en la práctica>>. FERRERES, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons. Barcelona, España. (p. 35).

⁴¹⁴ La recepción en Colombia además de los métodos interpretativos para los derechos fundamentales, ha tenido una fuerte vinculación con la interpretación por principios, ligada a las normas de derecho fundamental. Tal recepción ha sido referenciada en Colombia, entre otros autores por VELASCO & LLANO: <<La interpretación e incorporación de los principios

interpretación iusfundamental, como forma propia dentro del Estado constitucional colombiano:

Los principios que orientan la interpretación constitucional, tales como unidad de la constitución, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora, fuerza normativa de la Constitución, generaron para el desarrollo de una hermenéutica constitucional específica (...) la diferenciación entre la hermenéutica ordinaria y la hermenéutica constitucional ha ocupado un importante lugar tratándose de la justificación de nuevos métodos de interpretación, argumentación y aplicación referidos a la aproximación a la Carta Constitucional⁴¹⁵.

Estos principios formales⁴¹⁶ de *orientación interpretativa*, constituyen un verdadero sistema mixto⁴¹⁷ de control de constitucionalidad, ya que se integran elementos del control concentrado de constitucionalidad con el

en el Derecho Constitucional ha sido referenciada por los jueces constitucionales en sus decisiones. Ejemplo de ello es el Tribunal Constitucional Federal alemán que, en sus pronunciamientos y decisiones jurisprudenciales, ha subrayado la importancia de los principios para resolver los complejos asuntos jurídicos de los Estados contemporáneos». (pp. 44-45). VELASCO, N. & LLANO, V. (2016). *Derechos fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo*. NOVUM JUS. V. 10, No. 2. pp. 35-55.

⁴¹⁵ QUIROGA, E. (2016). *Interpretación constitucional. el modelo de equilibrio integral para la decisión judicial constitucional*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia. (pp. 44-45).

⁴¹⁶ «los principios formales exigen la validez prima facie de las decisiones provenientes de un procedimiento decisorio efectuado por una autoridad competente para hacerlo, arribamos a la conclusión de que toda autoridad con capacidad decisoria, basada en su norma de competencia, puede pretender para sí la validez prima facie de sus decisiones». PORTOCARRERO, A. (2011). *El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad*. Revista Derecho del Estado. N°. 27. pp. 75-102. (p. 87).

⁴¹⁷ «El sistema de control de constitucionalidad en Colombia es mixto, porque la Corte Constitucional lo ostenta por excelencia en los eventos consagrados en el artículo 241 de la Constitución Política. Sin embargo, no es un control concentrado porque no lo ejerce exclusivamente. Residualmente lo efectúa el Consejo de Estado en los casos no consagrados expresamente para aquella corporación (artículo 237). Además, todos los jueces y servidores públicos en general están obligados a la aplicación directa de la Carta sobre normas infraconstitucionales y actos administrativos (artículo 4), conforme con la excepción de inconstitucionalidad y a instituciones como el control de convencionalidad». ECHEVERRI QUINTANA, E. (2016). *La interpretación constitucional: ¿eclipse del control al poder?* IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. vol. X, núm. 37, pp. 59-83. (p. 62).

control difuso⁴¹⁸, al existir un máximo tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional, como es el caso de la Corte Constitucional, que también realiza la llamada interpretación auténtica de la Constitución, como interprete autorizado de la Carta Fundamental. <<Su aplicación directa pasa por el tamiz de la interpretación que de ella hace su intérprete autorizado (la Corte Constitucional). Esta interpretación cualifica adicionalmente la norma constitucional interpretada, estableciendo el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia>>⁴¹⁹.

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

Desde los primeros años de funcionamiento de la Corte Constitucional ha quedado en claro que la acción pública de inconstitucionalidad tiene una naturaleza y una esencia políticas que la convierten en una herramienta estratégica para la participación ciudadana y la protección de derechos, que no se limita a un control de la función del legislador a modo de contrapeso constitucional. Se trata, además, de una instancia que ha sido el resultado de luchas y conflictos por la posibilidad para reconocer y reivindicar los derechos ciudadanos en Colombia⁴²⁰.

⁴¹⁸ <<El control difuso de constitucionalidad de las leyes es el modelo norteamericano. Se caracteriza porque el control judicial de la ley no se asigna a ningún órgano de la jurisdicción ordinaria, sino a la totalidad de los jueces. Las sentencias solo tienen efectos *inter partes*, es decir, entre las partes en el proceso>>. MONROY CABRA, M. (2006). *El control de constitucionalidad*. En: Ideas políticas, filosofía y derecho. Libro homenaje a Alirio Gómez Lobo. Oscar Delgado. (Comp.). Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. (p.66).

⁴¹⁹ CAMPO, K. (2002). *La jurisprudencia constitucional colombiana en el sistema de fuentes de derecho*. Revista Derecho del Estado. N°. 13. pp. 85-103. (p.90).

⁴²⁰ GÓMEZ PINTO, L. (2011). *El control constitucional en Colombia: sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública*. Vniversitas, núm. 122, enero-junio, pp. 169-211. (p.183).

Estos problemas de interpretación, son cubiertos argumentativamente, con la generación de nuevos postulados normativos. <<El problema de existir más de un intérprete de la Constitución lleva a lo siguiente: qué hacer con las interpretaciones contradictorias, que eventualmente pueden darse, o dicho de otra manera, qué hacer cuando exista colisión entre dos tipos de interpretación>>⁴²¹.

Comprendiendo además un control difuso de constitucionalidad, ya que todos los jueces ordinarios, pueden dejar de aplicar una norma que valla en contravía de la norma constitucional superior. <<En caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, todos los jueces deben preferir las disposiciones constitucionales, lo que en la práctica supone la obligación de reconocer para el caso concreto una excepción de inconstitucionalidad>>⁴²².

El control difuso también se configura a partir del juez constitucional de tutela, en la que todos los jueces de las jurisdicciones en Colombia, para conocer asuntos de tutela⁴²³ o amparo, se intuyen como jueces constitucionales. La dificultad en particular del juez de tutela, se da frente a la aplicación del precedente tanto horizontal⁴²⁴ como vertical, entre las

⁴²¹ GARCÍA BELAUNDE, D. (1994). *La interpretación constitucional como problema*. Revista de Estudios Políticos. Nueva época. Núm. 86. pp. 9-37. (p. 34).

⁴²² LANCHEROS, J. (2012). *El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa. Síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional*. Díkaion: revista de actualidad jurídica, vol. 21, no 1, pp. 159-186. (p. 165).

⁴²³ <<La acción de tutela tiene la naturaleza de una acción judicial expedita, preferente y sumaria, que puede ser interpuesta ante cualquier juez por la persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por un particular –en los casos en que determine la ley–, con el objeto de reclamar protección, la que consiste en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo (C.P. art. 86)>>. CIFUENTES MUÑOZ, E. (2000). *Informe sobre la jurisdicción constitucional en Colombia*. Ius et Praxis, Vol. 6, Núm. 2, pp. 63-81. (p.75).

⁴²⁴ <<Alrededor de la acción de tutela también se han generado distintos conflictos. Dentro de la Rama Judicial, estas disputas se han concentrado fundamentalmente en la obligación de

demás jurisdicciones, sobre todo en materia de derechos fundamentales, que puedan ser recurridos por vía judicial ordinaria.

Estableciéndose una complejidad mayor, y es que la Corte Constitucional, es discrecional en la recepción y selección⁴²⁵ de tutelas que estudiará en la llamada revisión eventual⁴²⁶, lo cual no dispone de un mecanismo que garantice que serán revisadas todas las tutelas que llegan a la Corte por vía de acción de amparo, generando dicotomías conceptuales y materiales, si realmente existe un *control judicial efectivo*⁴²⁷, con el mecanismo por medio del cual la Corte Constitucional, revisa las decisiones de tutela:

la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de conocer sobre las acciones de tutela y en la existencia de la tutela contra providencias judiciales. (...) El conflicto existente entre las altas cortes en torno a la tutela contra sentencias, conocido como el "choque de trenes". Este litigio surgió desde el primer momento de actuación de la Corte Constitucional y reaparece cada cierto tiempo en los debates públicos del país, en ocasiones con mucha rudeza». BOTERO MARINO, C., & JARAMILLO, J. (2006). *El conflicto de las altas Cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias*. Foro Constitucional Iberoamericano. N°. 12. pp. 42-81. (p. 43).

⁴²⁵ «La Constitución colombiana establece que todas las tutelas que resuelven los jueces del país deben enviarse a la Corte Constitucional para que ella se pronuncie sobre las que discrecionalmente seleccione. La selección de tutelas ha sido vista por la Corte como un acto discrecional, en el sentido de que no necesita motivación ni puede ser interrogada mediante recurso alguno, pero también como un acto guiado por unas finalidades constitucionales claras que deben ser garantizadas a través de la consideración de cada expediente de tutela». JARAMILLO, I., & BARRETO, A. (2010). *El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención al papel de las insistencias*. Colombia Internacional, No. 72, pp. 53-86. (p.66).

⁴²⁶ «La Corte en el ejercicio de su competencia de revisión, finalmente se limita a *revocar* o a *confirmar* los fallos que han sido objeto de revisión por parte de ella. Se trata propiamente de un control posterior, que se ejerce sobre providencias judiciales, es decir, los fallos de tutela proferidos por los distintos despachos judiciales del país, y por vía activa, en el sentido que es necesario el despliegue de una gran actividad ciudadana e institucional, para que un fallo de tutela sea finalmente revisado por la Corte Constitucional». QUINCHE, M. (2014). *El control de constitucionalidad*. Segunda edición. Editorial Ibáñez. Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. (p. 327).

⁴²⁷ ARAUJO OÑATE, R. (2011). *Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado*. Estudios Socio-Jurídicos, vol. 13, no 1, pp. 247-291. (p. 260).

Las sentencias de tutela pronunciadas en las diferentes instancias se envían a la Corte Constitucional para su revisión, la que es discrecional por parte de este último órgano. Sobre las sentencias unilateralmente seleccionadas por la Corte, se debe producir el fallo de revisión dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que se realizó su selección⁴²⁸.

⁴²⁸ CIFUENTES MUÑOZ, E. (2002). *Jurisdicción constitucional en Colombia*. Ius et Praxis, vol. 8, núm. 1, 2002, pp. 283-317. (p. 298).

4.3. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y JURISDICCIÓN ORDINARIA: DECISIONISMO INTERPRETATIVO REGLADO

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, ha generado un gran universo interpretativo, a partir de la construcción pretoriana de las normas y disposiciones de derechos fundamentales, sobre todo en una verdadera función creadora de nuevas normas, que pertenecen e integran la noción de ordenamiento y sistema jurídico colombiano. Entendiéndose la sentencia, en términos de Estado constitucional como una *decisión interpretativa*⁴²⁹. Esta decisión interpretativa, determina las providencias judiciales que provienen del máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional en Colombia, como *insumos normativos decisionales*, generando una fuerza material vinculante, a todo el orden y sistema jurídico.

Si bien, el sistema colombiano de justicia constitucional se identifica, con el *modelo Kelseniano*⁴³⁰ de Tribunal Constitucional, en cuanto a su fase inicial, como legislador preferentemente negativo, el concepto moderno de

⁴²⁹ <<El instrumento de la decisión interpretativa de desestimación tiende a realizar una forma de colaboración entre Corte constitucional y jueces en su actividad interpretativa del derecho (incluso si no faltan momentos de fricción precisamente con respecto a tal tipo de resoluciones) y por esto no se emplea cuando existe una orientación jurisprudencial consolidada (el así llamado derecho vivo) en la interpretación de una ley, en cuyo caso la Corte actúa normalmente a través de las decisiones de simple desestimación o de estimación>>. ROMBOLI, R. (1996). *La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental*. Revista española de derecho constitucional, vol. 16, no 48, pp. 35-80. (p. 63).

⁴³⁰ <<La defensa de la Constitución se liga así, en nuestro sistema institucional, a la justicia constitucional que recoge como fuente la concepción kelsiana, justificada por razones históricas, sociales y culturales: el apego a la normatividad jurídica, la ausencia de un criterio casuístico que ampare la tendencia del “judicial review”, la seguridad jurídica que emana del texto conocido por presunción legal, tras su publicación oficial>>. RAMÍREZ ARRAYÁS, J. (2006). *Control de constitucionalidad: Elementos para el análisis de los precedentes en la actuación administrativa y la jurisdicción especial*. Estudios Constitucionales, vol. 4, núm. 1, pp. 195-205. (p.197).

la interpretación, que realizan los Tribunales Constitucionales, no en la exclusividad de una teoría constitucional clásica, en el sentido de proveer con sus decisiones verdaderos límites, al uso del poder político⁴³¹, se conectan a una visión contemporánea, como Tribunales Constitucionales, que generan una interpretación de la Constitución, como creadores de derechos, configurándose la noción de legislador positivo, especialmente a partir de la doctrina constitucional:

Ello supone que la doctrina constitucional creada, es decir, las subreglas creadas extrayendo de las normas implícitas de la Constitución o integrando normas del bloque de constitucionalidad, tienen que ser aplicadas obligatoriamente, por el propio Tribunal Constitucional, por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del Poder Judicial, en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos⁴³².

En este orden conceptual, la configuración del Tribunal Constitucional como legislador positivo, pone de presente un debate que si bien, puede pensarse que tiene un gran contexto de actualidad, desde el inicio, surgimiento y gestación de los Tribunales y Cortes Constitucionales, en los distintos Estados y ordenamientos, este se pensó desde el principio. Y es precisamente si el Tribunal Constitucional como legislador positivo⁴³³, y

⁴³¹ <<La sentencia de un Tribunal Constitucional más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho>>. NOGUEIRA, H. (2004). *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur*. Revista Ius et Praxis Año 10 N° 1, pp. 113–158. (p. 114).

⁴³² RIVERA SANTIVÁEZ, J. (2006). *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno*. Estudios Constitucionales, vol. 4, núm. 2, noviembre, pp. 585-609. (p.590).

⁴³³ <<La Corte constitucional ostenta un sitio privilegiado dentro el ordenamiento jurídico, gracias no simplemente al derecho formal que lo sitúa por encima de las demás normas, sino además al derecho sustancial, por los principios y valores que manifiesta. Sin embargo, ante los cuestionamientos hechos en el derecho comparado con relación a la subrogación o a la sustitución del legislador positivo, la Corte Constitucional colombiana ha venido modulando sus fallos en las sentencias en el control constitucional>>. ESPITIA ALMANZA, H. (2016). *Del*

generador de nuevos derechos más alla de misma Carta, y de la intención del constituyente, desborda sus límites competenciales, y entra en la esfera de los márgenes del legislador.

Frente al rol de la Corte Constitucional como legislador positivo, se encuentran determinados los límites sobre los cuales la misma Corte debe respetar para no “insubordinarse a la Constitución”. (i). La competencia material del legislador. (ii). La intención del constituyente en la gestación de la Carta de Derechos. (iii). El respeto por el principio democrático. (iv). Observar la garantía política de la división de poderes. (iv). El deber de no otorgarle otros entendidos normativos a nuevas normas por fuera de la misma Constitución. <<Los jueces constitucionales pueden ayudar al legislador a llevar a cabo sus funciones; sin embargo, no pueden sustituirlo ni promulgar leyes, ni poseen base política discrecional alguna para crear normas legales o disposiciones que no pueden ser deducidas de la Constitución misma>>⁴³⁴.

Sobre este tópico en particular, algunos teóricos que han tenido la valiosa oportunidad de fungir como Magistrados del Tribunal Constitucional *in situ*, han justificado la necesidad de una forma de creación pretoriana o jurisprudencial de los derechos, sobre todo si trata de derechos fundamentales, a partir de la experiencia misma, y desde los contextos de las culturas jurídicas donde se aplican, modelos de jurisdicción constitucional, más abiertos a generar auténticas creaciones de derechos. <<Los magistrados de la Corte Constitucional al redactar sus fallos emplean unas operaciones intelectivas que conducen al producto hermenéutico

juez constitucional positivo y negativo en Colombia: el debate sobre la eutanasia. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. (p.18).

⁴³⁴ BREWER-CARÍAS, A. (2014). *Los jueces constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa*. En: GOZAÍNI, O. (Dir.). Proceso y constitución. Las sentencias constitucionales. Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, Colombia. (p.160).

constitucional, esto es, todos aquellos métodos de interpretación de los que se vale la Corte cuando crea la doctrina constitucional>>⁴³⁵.

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

La modulación de los efectos de la sentencia no es manera alguna una arbitraría invención de la Corte Constitucional colombiana, sino que es una consecuencia de la función de la Corte como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta. Además, la necesidad de esa modulación de las sentencias resulta de las tensiones valorativas implícitas en todo texto constitucional y de la dinámica misma del control judicial de la constitucionalidad de las leyes⁴³⁶.

El establecimiento de una *modulación interpretativa*⁴³⁷, instaura una ruptura a la declaratoria de inconstitucionalidad absoluta, por medio de la cual una sentencia de inconstitucionalidad, puede dirigir sus efectos sobre una norma jurídica, en torno al ordenamiento donde tiene una pretensión

⁴³⁵ CERRA NOLASCO, E. (2001). *El control de constitucionalidad. Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia constitucional*. Revista de Derecho. N°. 16. Vol. 2. pp. 162-179. (pp. 176-177).

⁴³⁶ MARTÍNEZ CABALLERO, A. (2000). *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*. Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 2, no 1, pp. 9-32. (pp. 16-17).

⁴³⁷ <<La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una teoría de control constitucional que se concreta en las llamadas “sentencias moduladoras” o “modulación de los efectos de las sentencias”, teoría que responde al mencionado déficit de la teoría original kelseniana, permitiendo dar solución a los problemas generados por la declaración pura de in/constitucionalidad, e impulsando el ejercicio de una verdadera justicia constitucional>>. PORTILLA CONSTAIN, S. (2002). *Corte Constitucional Colombiana y Tribunal Constitucional Ecuatoriano en el control abstracto de constitucionalidad: ¿legisladores positivos?* Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador. (p. 28).

de ser aplicada, generando una *adjudicación constitucional*⁴³⁸ en sentido especial.

Así, de conformidad con el entendido y alcance interpretativo de los fallos constitucionales los cuales generan una emancipación social⁴³⁹, otorgada por la Corte a ese enunciado en específico. Por lo que el juicio constitucional pretende evitar la falta de eficacia de su disposición, debido a que su falta de eficacia, en términos de teoría de la norma, origina la declaratoria de la pérdida relativa o parcial de validez que establece esa disposición. <<Un tribunal constitucional puede ir incluso más allá y determinar un periodo de transición para evitar serios inconvenientes a la estabilidad económica y política de la sociedad, lo que no resulta ilógico, siempre y cuando, en aplicación del principio de razonabilidad>>⁴⁴⁰.

Como elementos teóricos de interpretación de los derechos fundamentales, construidos de forma original por la Corte Constitucional, se estable el denominado como *Juicio o Test de Igualdad*. El test de igualdad desarrollado por la jurisprudencia de la Corte, busca establecer el alcance material de la dimensión subjetiva del principio de igualdad consagrado en la Constitución de Colombia, en su art. 13. Y la dimensión

⁴³⁸ LIZARAZO RODRÍGUEZ, L. (2011). *Constitutional adjudication in Colombia: Avant-garde or case law transplant? A literature review*. Estudios sociojurídicos. N°. 13. Vol. 1. pp. 145-182. (p. 171).

⁴³⁹ <<Este fenómeno consiste en la infusión del lenguaje constitucional articulado por los fallos de la Corte Constitucional a los ámbitos donde se desenvuelve la vida cotidiana de los colombianos. Esta infusión tiende a despertar y activar las energías emancipatorias durmientes en lo cotidiano y a sentar las bases de procesos de organización y movilización colectivas tendentes a la contestación de los discursos y estructuras sociales que causan subordinación social>>. RESTREPO, E. (2002). "Reforma Constitucional y Progreso Social: La "Constitucionalización de la Vida Cotidiana" en Colombia". Yale Law School. SELA. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Papers. Paper 14. pp. 1-14. (p.7).

⁴⁴⁰ RUEDA LEAL, P. (2004). *Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad*. Estudios Constitucionales, vol. 2, núm. 1, pp. 323-335. (p. 332).

objetiva del derecho a la igualdad, cuando concurran violaciones en el marco de la toma de decisiones⁴⁴¹.

La originalidad de este juicio se predica, en cuanto la Corte Constitucional, configura una *conexidad interpretativa-argumentativa*, cuando vincula el origen europeo del test de igualdad, cuando se le relaciona más con la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad especialmente en las construcciones jurisprudenciales, provenientes del Tribunal Constitucional Federal Alemán⁴⁴², en cuanto al modelo de interpretación de los derechos fundamentales, y el juicio de igualdad⁴⁴³ que emana de los desarrollos establecidos por la Suprema Corte⁴⁴⁴ de los Estados Unidos de América:

⁴⁴¹ El termino decisiones utilizado, aquí debe ser entendido en forma amplia, tanto las decisiones tomadas en vía administrativa por poderes públicos, como decisiones judiciales en vía de las jurisdicciones que integran la rama judicial en Colombia. E inclusive en una tercera distinción, sobre decisiones tomadas por particulares que puedan afectar derechos fundamentales de terceros.

⁴⁴² <<En el campo de los derechos fundamentales, la jurisprudencia alemana logro “constitucionalizar” muchos aspectos del derecho civil. El instrumento más poderoso que se forjo el Tribunal alemán es la función de derechos fundamentales como *valores constitucionales*, los que el legislador, el poder ejecutivo y el juez tienen que proteger y alimentar, incluso en relaciones entre particulares>>. HERDEGEN, M. (2006). *Interpretación constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 843-852. (p. 846).

⁴⁴³ <<No es un secreto que la labor de revisión constitucional de la Corte se ha expandido a un proceso de revisión complejo por la fragmentación del Estado colombiano y por la alta corrupción que históricamente ha caracterizado al poder legislativo en el país; por esta razón el juicio integrado de constitucionalidad constituye de manera evidente una metodología que blinda a la Corte de posibles ataques basados en rasgos de arbitrariedad en la toma de sus decisiones que efectivamente han reorientado el desarrollo constitucional del país>>. INSIGNARES, S. & MOLINARES, V. (2012). *Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana*. Vniversitas, núm. 124, pp. 91-118. (p. 96).

⁴⁴⁴ <<El derecho anglosajón también dispone de un método para el análisis constitucional de los textos legales. Así, en Estados Unidos desde 1920 el Tribunal Supremo había venido aplicando dos conceptos coincidentes en parte con el principio de proporcionalidad: el *balancing test* y el principio de la alternativa menos restrictiva. Estos métodos han sido en

La Corte Constitucional colombiana ha establecido y ha aplicado diversos criterios para determinar el principio de igualdad. Esos criterios han sido expuestos en tres diversas versiones del llamado test o juicio de igualdad: (1) un juicio de la igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; (2) un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad; y (3) un original juicio integrado de igualdad, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas⁴⁴⁵.

alguna medida incorporados por la Corte Constitucional en sus sentencia, aunque han adquirido cierto tinte diferenciador». VALBUENA, I. (2006). *El juicio de igualdad como procedimiento para delimitar el alcance del principio de igualdad. El caso concreto de la distribución de competencias judiciales*. Revista Derecho del Estado. N°. 19. pp. 87-103. (p.93).

⁴⁴⁵ BERNAL PULIDO, C. (2002). *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. En: Vega, J. & Corzo, E. (coord.). *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. UNAM. Mexico, DF. pp. 51-74. (p. 57).

4.4. INSUFICIENCIAS DE LOS MODELOS DE INTERPRETACIÓN EN COLOMBIA

Colombia como sistema jurídico, no es ajeno al influjo global o universal del debate teórico, sobre los modelos de interpretación y aplicación del derecho en el siglo XXI. Sobre todo, si realmente nuestro sistema de interpretación del derecho, responde a las necesidades propias⁴⁴⁶ de un Estado constitucional de derecho, necesidades en cuanto a la interpretación (i), necesidades en cuanto a la aplicación (ii), necesidades en cuanto a la justificación (iii), necesidades en cuanto a la determinación (iv), y necesidades en cuanto a los modelos de adjudicación (v).

Todas estas necesidades conceptuales y teóricas, que realmente responden a los problemas e insuficiencias del sistema jurídico colombiano, como un sistema que no establece los postulados necesarios, para entender la actividad de la aplicación del derecho, como una actividad completa que necesaria y conceptualmente, debe comprender un escenario hermenéutico-argumentativo. Uno de los teóricos y constitucionalistas colombianos, que ha dado cuenta de la importancia de ver los problemas de la interpretación y de la argumentación jurídica, como complementarios y correlacionales, es el profesor Rodrigo UPRIMNY:

Desde hace varias décadas se abre un terreno intermedio (...) son las tentativas por construir una lógica de lo razonable o una hermenéutica

⁴⁴⁶ <<La verificación de la presencia o no de las mencionadas transformaciones se puede dar a partir de una observación de la práctica jurídica, en especial, del estudio de una teoría de los casos difíciles que son los que reflejan el conocimiento de esa teoría jurídica en el Estado constitucional y su uso a través de la interpretación y la argumentación. (...) Uno de los principales problemas de la teoría jurídica en Colombia radica precisamente en la incorporación de teorías sin atender a nuestras especiales circunstancias jurídicas, políticas y sociales. En consecuencia, el problema no es la recepción, sino la asimilación acrítica de modelos foráneos en función de los cuales se tejen nuestras reflexiones teóricas>>. ESTRADA, S. & GARCÍA, J. (2009). *Algunas reflexiones en torno a la necesidad de una teoría del derecho y de los casos difíciles acorde al contexto del Estado constitucional colombiano*. Opinión Jurídica, Vol. 8, No. 15, pp. 97-114. (p. 103-104).

argumentativa, que muestran las trascendencia que tiene una fundamentación adecuada de las decisiones judiciales, como legitimación democrática de la actividad del juez y del derecho⁴⁴⁷.

Los problemas de interpretación constitucional y legal en Colombia, pueden ser comprendidos en tres momentos históricos, un primer momento, como aplicación de las técnicas interpretativas y métodos provenientes del derecho decimonónico del siglo XIX, podemos expresarlos para fines metodológicos como *problemas de la tradición formalista de la interpretación jurídica*. (a). Luego existe una línea histórica en sentido epistemológico jurídico, que se pregunta por la tradición judicial en la interpretación del derecho, generando los ámbitos judiciales del derecho, como los escenarios propicios para determinar⁴⁴⁸ y establecer las disposiciones, normas, enunciados jurídicos y enunciados interpretativos⁴⁴⁹, estrictamente en el quehacer decisional de la ciencia del derecho, desde el participante de la potestad decisional, a estos problemas los llamamos, *problemas de interpretación relativos a la potestad decisional y discrecional del juez*. (b). Esta línea se justifica en la primera e inicios de la segunda mitad del siglo XX.

⁴⁴⁷ UPRIMNY, R. (1995). *La motivación de las sentencias y el papel del juez en el estado social y democrático de derecho*. Pensamiento Jurídico. Núm. 4. Justicia y jueces. pp. 131-139. (pp. 131-132).

⁴⁴⁸ <<las normas como regulación previa de conductas son indeterminadas pues por dificultades lógicas, lingüísticas, políticas, económicas y fenomenológicas no son capaces de determinar respuestas univocas. En otras palabras, En los casos de indeterminación no es posible señalar de antemano una sola respuesta. De allí que en los casos difíciles necesariamente los jueces deben recurrir a consideraciones normativas que los sistemas jurídicos no han previsto>>. PULIDO, F. & SUÁREZ, I. (2011). *Explorando los modelos de juez y ética judicial*. Estudios en Derecho y Gobierno. Vol.4. N°.1. pp. 103-121. (p. 113).

⁴⁴⁹ <<Los enunciados interpretativos, generalmente implícitos en las decisiones judiciales tienen la forma “X significa Y”⁴. En este esquema, “X” e “Y” son variables metalingüísticas que están en lugar del nombre del enunciado interpretado y del enunciado interpretante, respectivamente. El juez menciona ambos enunciados para afirmar la existencia de una relación de sinonimia entre ambos>>. RAMÍREZ LUDEÑA, L. (2015). *Verdad y corrección en la interpretación jurídica*. Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXVIII. N°.1. pp. 9-31. (p.11).

Luego en una tercera línea histórica, se centran los problemas por abordar la práctica jurídica desde un entendido normativo, más integral y amplio, justificando que el escenario de la decisión judicial en cuanto a la interpretación y aplicación del derecho⁴⁵⁰, solo puede verse complementado como un verdadero modelo de adjudicación, que comprende tres momentos esenciales para su cometido, un primer *escenario interpretativo*, un segundo *escenario argumentativo*, y un tercer *escenario adjudicativo*.

Este momento del derecho, tiene su hegemonía a finales del siglo XX, pero encuentra un gran auge mundial a principios del siglo XXI. A estos problemas los denominamos, *los problemas interpretativos del modelo de adjudicación del derecho*. (c).

En este orden conceptual, en Colombia con la implementación y puesta en marcha de la Constitución de 1991, a pesar de lo que la gran mayoría de constitucionalistas y teóricos del derecho en nuestra cultura jurídica consideran, los problemas interpretativos se acentúan en gran medida, ya que se da una *tension adjudicativa*, en la reconceptualización de los modelos, técnicas e instrumentos provenientes de la interpretación formalista, recogida normativamente en nuestro Código Civil de 1887.

Esto se da al no establecerse una separación⁴⁵¹ conceptual y material en la interpretación en sentido legal y la interpretación constitucional. Que

⁴⁵⁰ <<En el momento de la aplicación del derecho se torna esencial la determinación del sentido de las proposiciones normativas. El intérprete postula un proyecto de significado del texto interpretado, el cual entra a competir con proyectos propuestos por otros participantes de la práctica jurídica. De esta forma, ambos pretender apropiarse temporalmente del sentido de una tradición jurídica en la que viven y reconocen el sentido de las normas>>. ARANGO, R. (2016). *Hay respuestas correctas en el derecho*. Segunda Edición. Siglo del hombre editores & Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia. (p. 123).

⁴⁵¹ <<La diferencia entre la ley y la Constitución, reside en que la primera tiene por objeto hacer justicia en el caso particular, en cambio, la interpretación constitucional tiene por objeto determinar la vivencia real de la norma fundamental, vivencia que explica la actualización de la misma al confrontar una cultura a lo que los interpretes nunca pueden ser ajenos por el mero hecho de que son criaturas de esa sociedad. A la luz de lo anterior, podemos concluir que para

introduce en el ordenamiento nacional, precisamente todos los desarrollos de la escuela francesa y alemana, de principios del siglo XIX. <<El derecho se presenta pues como un organismo o maquina lógica, de manera tal que solo puede ser estudiado desde parámetros igualmente lógicos, de un lado, y que esta misma esencia ordenada da lugar, por medio de la deducción (...)>>⁴⁵².

Configuradas en las escuelas de la exegesis, jurisprudencia de conceptos, la escuela libre del derecho, y la escuela histórica del derecho, resulta importante para los fines de la interpretación en el ordenamiento jurídico colombiano, la propuesta del profesor Yezid CARRILLO:

Influenciada por el positivismo, la racionalidad jurídica en el siglo XIX oscilará entre una visión *formalista* que defiende un concepción deductiva de la racionalidad y una concepción *anti-formalista* que, influenciadas por las ciencias sociales apela a la racionalidad inductiva, culminando con un giro hacia el voluntarismo o decisionismo que niega que el proceso de decisión judicial pueda ser gobernado por la razón. Dos corrientes serán paradigmas del modelo de racionalidad formalista: la *Escuela de la exégesis* y la *Jurisprudencia de conceptos*⁴⁵³.

Por otra parte, la “supuesta” “apertura constitucional”, que pretende establecer la Carta de Derechos del 91, generara como ya lo hemos mencionado, una traslación de un formalismo legal o legalista, a una conformación de un formalismo constitucionalista de la lectura de la Constitución, en lo que denominamos como *jurisprudencia jerarquizada*.

lograr interpretar la Constitución de una manera que le otorgue su verdadero sentido y alcance, debemos recurrir a métodos y principios de carácter especial aplicables solo a este tipo de disposiciones>>. CONTRERAS MATUS, P. (2005). *Interpretación constitucional: un régimen especial*. Revista Derecho y Humanidades. N°. 11. pp. 311-321. (p. 314).

⁴⁵² BOTERO, A. (2014). *El positivismo jurídico en la historia*. Sello editorial Universidad de Medellín. Colombia. (pp. 44-45).

⁴⁵³ CARRILLO, Y. (2009b). *Acerca de la razón práctica en el derecho y de sus límites en la justificación de las decisiones judiciales*. Revista Jurídicas. N°. 6. Vol. 1. pp. 52-68. (p.56).

La “sintomatología” propia del déficit de interpretación de la ley, en los sistemas jurídicos constitucionalizados, se le “trasmite” por vía jurisprudencial, generando déficit interpretativo en las Constituciones de derechos. Esto se debe que si bien existen modelos y técnicas propias orientadas a resolver los problemas de la interpretación de los derechos fundamentales, eminentemente en el ámbito constitucional, los operadores judiciales, persisten en la aplicación de los modelos tradicionales formados en las escuelas del derecho en Colombia, antes del establecimiento de la Constitución de 1991.

En términos estrictamente de interpretación constitucional, tambien resulta eminentemente necesario, la apropiación del escenario interpretativo acompañado del escenario argumentativo, los dos constituyen y nutren especialmente en el escenario de la adjudicación constitucional. Esto se explica porque el proceso mismo de interpretar, cuando queremos otorgarle un significado específico a un artículo o disposición en particular, del texto de la constitución, aunque sus alcances decisionales, seria para el caso concreto, más alla de la tesis de los efectos *erga omnes*, de las sentencias que emite nuestra Corte Constitucional, la interpretación del Estado constitucional como “objeto de la Constitución”. Es y debe ser una interpretación que integra la noción amplia del sistema jurídico.

Esta conceptualización en Colombia es ilustrada con el siguiente ejemplo. Si el juez a la hora de aplicar la Constitución en un caso concreto, se rige particularmente por lo que dispone el art. 230. Constitucional. En el entendido que su actividad judicial, está guiada y “sometida” al imperio de la ley. Independientemente si se tratara de un decisión sometida a las competencias y facultades otorgadas como juez de tutela⁴⁵⁴, o si la actividad

⁴⁵⁴ <<En el caso de la acción de tutela, si bien se trata de un enjuiciamiento concreto, el juez constitucional revisa el sentido otorgado por el juez del proceso a una determinada norma o

que ejerce es en el desarrollo de un control de constitucionalidad difuso, aplicando la excepción de inconstitucionalidad⁴⁵⁵, no debe de proceder única y exclusivamente para tomar su decisión, solo si encuentra una decisión *ex ante*, para que en el caso presente pueda configurar su nueva decisión, esto permite dotar de sentido de la norma al sistema jurídico que pertenece⁴⁵⁶. En el Estado constitucional, la norma debe tener un sentido constitucional, el cual solo puede ser identificado mediante la labor de interpretación establecida por el juez.

Si el juez entiende que su labor interpretativa, realmente es una labor de adjudicación, y no simplemente de una hermenéutica *monoestática*, entendería que la misma Constitución, en su art. 4. Le da plenos poderes y facultades regladas, del orden superior. Configurándose el principio de supremacía constitucional⁴⁵⁷, para aplicar en forma preferente las

premisa normativa debiendo realizar el juicio relacional normativo entre las normas infraconstitucionales con las constitucionales, en el cual necesariamente acude a los diferentes métodos de interpretación e inclusive pudiéndolos integrar, sin embargo, como media el principio del margen de interpretación admisible reconocido por la jurisprudencia constitucional, en dicha contrastación debe mediar la conclusión de que la discrepancia interpretativa es el resultado de la violación superlativa y notoria de los criterios interpretativos expuestos como fundamentos interpretativos(...)>. CHAVES BRAVO, J. (2011). *Fundamentos de la vía de hecho judicial por error interpretativo en la jurisprudencia constitucional de tutela en Colombia una perspectiva desde los métodos de interpretación*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia. (p. 118).

⁴⁵⁵ <<En el Estado colombiano dicha posibilidad se ha formalizado a partir de la figura de la excepción de inconstitucionalidad en donde el juez, sin recurrir a la Corte Constitucional, puede dejar de aplicar una norma dentro de un proceso concreto por considerar que afecta derechos fundamentales o vulnera el texto constitucional, y , así, él mismo hace un control excepcional difuso al no aplicar la norma en ese caso sin incurrir en prevaricato, pues se obliga a soportar la carga de la argumentación en torno al porqué no debe aplicarse la norma en ese caso>>. AGUIRRE, J., GARCÍA, P., & PABÓN, A. (2009). *¿Argumentación o demostración en la decisión judicial? una mirada en el estado constitucional*. Revista de Derecho. N°.32. pp. 1-29. (p. 19).

⁴⁵⁶ CUERVO CRIALES, B. (2010). *La identidad de los sistemas jurídicos*. Revista Vínculos. Vol. 7. Núm. 2. pp. 116-124. (p. 118).

⁴⁵⁷ El principio de supremacía constitucional, que adopta la Constitución de Colombia en su artículo 4. Es el proveniente de la definición del principio de supremacía normativa

dispociones constitucionales, que pueden ser lesionadas y vulneradas por normas que obedezcan a la voz “imperio de la ley”. Y esto solo se da en el plano decisional, porque el juez debe entender que su labor es realmente una labor interpretativa, *ex ante*, más una labor argumentativa *ex post*. En el Estado constitucional tal función ha sido ampliamente desarrollada por el profesor Josep AGUILÓ:

No hay gran diferencia entre hablar de criterios interpretativos y argumentos en favor de una interpretación. Los primeros ponen el acento en lo que es la guía de la interpretación, es decir, en la actividad de interpretar y, por tanto, parecen operar *ex ante*; mientras que los segundos, lo ponen en la justificación de la interpretación y, por tanto, parecen operar *ex post*. Por ejemplo, la “literalidad”, vista como criterio interpretativo, invita a la restricción en la actividad interpretativa; pero vista como un argumento, permite justificar y/o criticar ciertas interpretaciones ya realizadas. En este sentido, puede decirse que lo que opera *ex ante* como un criterio interpretativo correcto, opera *ex post* como un argumento interpretativo válido⁴⁵⁸.

defendido por el modelo de KELSEN. Véase: KELSEN, H. (2011). *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*. Traducción: Rolando Tamayo y Salmorán. Revisión: Domingo García Belaunde. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 15. Madrid. pp. 249-300.

⁴⁵⁸ AGUILÓ, J. (2013). *Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Año 6. N.º 1. pp. 1-28. (p.6).

4.5. EL PROBLEMA DE LOS PRECEDENTES EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: <<LA JURISPRUDENCIA JERARQUIZADA>>

Los precedentes se han convertido en verdaderas herramientas interpretativas, para todo la actividad judicial, en especial para la aplicación de la jurisprudencia que le otorga una verdadera *coherencia*⁴⁵⁹ al *sistema jurídico*. Este *deber de coherencia* de los precedentes, establece una <<armonía interpretativa>> propia en el alcance de la efectividad material del Estado constitucional⁴⁶⁰ de derecho.

Uno de los principales problemas frente a la aplicación del precedente en nuestra cultura jurídica, ha sido si realmente constituyen elementos de obligatoriedad, o vinculatoriedad⁴⁶¹ respecto a los criterios hermenéuticos o interpretativos, y a los contenidos argumentativos que actúan directamente sobre el ordenamiento jurídico⁴⁶², sirviendo de *insumo normativo* para nuevas y futuras decisiones. <<Al hablar del precedente, la doctrina y la jurisprudencia suelen aludir a *un conjunto de decisiones uniformes* respecto

⁴⁵⁹ El papel de la coherencia del sistema jurídico frente al uso de los precedentes en Colombia, ha sido reafirmado en los desarrollos teóricos del profesor Carlos BERNAL PULIDO:<<la atribución del carácter de precedente a las sentencias judiciales es imprescindible para garantizar 1. la coherencia del sistema jurídico –si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar–; 2. su estabilidad –la estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y la uniformidad de su aplicación–; y 3. el respeto del principio de igualdad –el derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros>>. BERNAL PULIDO, C. (2008). *El precedente en Colombia*. Revista Derecho del Estado N. 21. Diciembre. pp. 81-94. (p. 86).

⁴⁶⁰ BECHARA, A. (2011a). *Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy*. Revista Saber Ciencia y Libertad. V. 6, N°. 2: 63-76. (p.64).

⁴⁶¹ IGARTUA, J. (2006). *La fuerza vinculante del precedente judicial*. ISEGORÍA, N° 35. pp. 193-205. (p.195).

⁴⁶² GASCÓN ABELLÁN, M. (1994). *La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 14. Núm. 41. pp. 63-87. (p.75).

a un mismo punto de derecho, lo que equivale a decir que éste nace cuando *la ratio decidendi se reitera en varias providencias*⁴⁶³.

En este primer problema específico del modelo de precedentes en Colombia, surge precisamente a lo que denominamos <<jurisprudencia jerarquizada>>. Ya que en el ordenamiento normativo colombiano, a diferencia del modelo del *stare decisis*⁴⁶⁴ o del *case law* anglosajón, para que una decisión judicial pueda llegar a ser considerada como precedente, y constituya valor normativo como producción jurisdiccional de las normas⁴⁶⁵, esta debe provenir de una corte o tribunal de cierre de una jurisdicción. <<En el *common law*, bajo ciertas condiciones, el precedente obliga; en el *civil law*, la jurisprudencia tiene poder persuasivo pero, en general, no es reconocida como fuente de derecho, es decir como generadora de obligación jurídica>>⁴⁶⁶.

Solo confieren precedentes las decisiones de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado⁴⁶⁷, como tribunales

⁴⁶³ CONTRERAS CALDERÓN, J. (2011). *El precedente judicial en Colombia un análisis desde la teoría del derecho*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 41. N°. 115. pp. 331-361. (p. 342).

⁴⁶⁴ <<El sistema del common law, mediante el instituto del *stare decisis*, posee plena capacidad de garantizar la previsibilidad, demostrado gran preocupación con la seguridad de las relaciones sociales, para el que la certeza del derecho es imprescindible. Constituye un lugar común, en la literatura inglesa y estadounidense, la afirmación de que la previsibilidad constituye razón para seguir los precedentes. El *stare decisis* es visto como instituto disciplinado para garantizar la seguridad jurídica>>. MARINONI, L. (2012). *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*. Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 1, pp. 249 – 266. (p. 255).

⁴⁶⁵ REQUEJO PAGES, J. (1990). *Juridicidad, precedente y jurisprudencia*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año. 10. Núm. 29. pp. 223-240. (p. 238).

⁴⁶⁶ LEGARRE, S. & RIVERA, J. (2006). *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 33. N°1. pp. 109-124. (p.112).

⁴⁶⁷ <<Según el artículo 230 constitucional, los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley y la jurisprudencia es sólo un criterio auxiliar de la actividad judicial. Para el Consejo de Estado la interpretación de la ley hecha en la sentencia de constitucionalidad no tiene carácter obligatorio, so pena de invadir competencias del legislador. Sólo obliga la parte resolutiva o interpretaciones de la Carta>>. LÓPEZ CUÉLLAR, N. & OLARTE OLARTE, M. (2007).

de cierre, de las jurisdicciones constitucional, ordinaria y contencioso administrativa. <<La obligatoriedad del precedente en materia administrativa tiene su origen, fundamentalmente, en la consolidación del precedente constitucional, desarrollado principalmente por el tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional>>⁴⁶⁸.

Esta jerarquización vertical de la jurisprudencia y del precedente, no permite tener en cuenta, la creación⁴⁶⁹ de precedentes por Tribunales Superiores de Distritos Judiciales, o de Jueces del Circuito, y mucho menos por Jueces Municipales y Promiscuos:

El llamado *precedente vertical*; principio que exigiría que los tribunales inferiores resolvieran siempre según el criterio sentado o establecido por tribunales jerárquicamente superiores. En definitiva, los jueces y tribunales deben seguir en su razonamiento jurídico los precedentes sentados por órganos jurisdiccionales superiores, cuando la situación de la que estén conociendo sea similar a otra ya tratada con anterioridad⁴⁷⁰.

Incumplimiento de sentencias de la corte constitucional colombiana: aparentes garantías, silenciosos incumplimientos. Vniversitas, núm. 113, pp. 71-112. (p. 86).

⁴⁶⁸ BECHARA, A. (2015). *Análisis del precedente judicial y sentencia de unificación jurisprudencial en la ley 1437 de 2011: del precedente constitucional al precedente contencioso administrativo*. Revista Saber Ciencia y Libertad. V. 10, N°. 1, pp. 61-69. (p.62).

⁴⁶⁹ RUIZ MIGUEL, A. (2000). *Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 23. pp.145-160. (p.146).

⁴⁷⁰ GARCÍA BERRIO, T. (2007). *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación*. FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época. N. 4. pp. 127-152. (p.135).

4.6. <<LA JURISPRUDENCIA DE PRINCIPIOS>>: METODOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA

La jurisprudencia de principios, nace en primer lugar como critica al modelo de jurisprudencia colombiano, específicamente como respuesta a la insuficiencia, de los métodos de interpretación judicial defendidos desde el sistema judicial del *common law*, alejados del derecho pretoriano⁴⁷¹, y en particular desde las propuestas teóricas construidas por Diego LÓPEZ MEDINA, en su concepción *del derecho de los jueces*. <<El verdadero derecho de los jueces no es nuevo, su nombre real fue denominado como el derecho de los juristas donde existen antecedentes históricos que demuestran, que concurrió un derecho de la actividad judicial en Roma aproximadamente en el 149 a.c>>⁴⁷².

La representación del modelo de jurisprudencia del derecho de los jueces de LÓPEZ MEDINA, centra su aspecto sobre el sistema de precedentes, lo cual establece un nivel interpretativo en cuanto al *análisis horizontal de la jurisprudencia*, no teniendo en cuenta un nivel de *análisis vertical de la jurisprudencia*, este nivel de interpretación en el aspecto horizontal de la jurisprudencia, crea un gran universo de *pos interpretaciones*, y *reinterpretaciones* sobre derechos, que están en constante disputa y determinación, así, que *la fórmula del precedente* crea inclusive, interpretaciones más alla del mismo texto que se interpreta, configurando

⁴⁷¹ <<En el mundo jurídico hispanoamericano se presenta una polivalencia del término “jurisprudencia” que hace llegar a conclusiones erradas para quien no es consciente de dicho aspecto. El concepto antiguo de jurisprudencia (prudentia iuris), fruto de una interpretación casi del *ius respondendi* del que gozaban los jurisconsultos romanos, se reconfiguro en pleno siglo XIX como el derecho a una disciplina científico-jurídica autónoma, de manera tal con el nombre de “jurisprudencia” se designó al naciente discurso científico-universitario del derecho>>. BOTERO, A. (2014). *El positivismo jurídico en la historia*. Sello editorial Universidad de Medellín. Colombia. (p.44).

⁴⁷² BECHARA, A. (2017). *Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: el escenario de la Corte Constitucional colombiana*. Justicia, N°. 32, pp. 15-37. (p. 16).

la doctrina constitucional, que emana de la Corte Constitucional, y la cual es recogida en el precedente, como una gran acumulación de sentencias, en su fase de construcción inicial, un contexto de erudición, alejado de la realidad jurídica misma.

Este uso excesivo de la jurisprudencia como precedente, a encontrados fuertes críticos, desde el mismo sistema de jurisprudencia construido en *el common law*, uno de los principales autores en la esfera norteamericana, que se han preocupado por el uso excesivo de la jurisprudencia como análisis y construcción horizontal, es el profesor Paul W. KAHN:

El movimiento horizontal representará la interpretación como una forma de navegar en la creciente compleja red de sentencias. Los argumentos horizontales son característicamente eruditos: el experto jurídico conoce todos los casos relevantes y tiene un punto de vista sobre cómo se relacionan. Esta erudición puede alejarse mucho de las palabras del texto original. La erudición puede estar –pero no necesariamente está– conectada con el desarrollo de estándares y exámenes jurídicos complejos⁴⁷³.

El *modelo horizontal* resulta insuficiente en Colombia, toda vez, que la aplicación de este modelo, se emplea de manera efectiva en los sistemas jurídicos donde la jurisprudencia⁴⁷⁴ como fuente del derecho, tiene la misma

⁴⁷³ KHAN, P. (2017). *construir el caso. El arte de la jurisprudencia*. Traducción y estudio introductorio. Daniel BONILLA MALDONADO. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, Colombia. (p. 179).

⁴⁷⁴ <<Lo que hoy denominamos ciencia del derecho o jurisprudencia tienen su origen en Roma. Ello no quiere decir que el derecho y las ideas que sobre él tenemos sean exclusivamente originarias del mundo romano, ni que no haya existido en otras culturas ciertas ideas o un saber específico sobre el Derecho. Los estudios históricos nos muestran todo lo contrario. (...) La palabra “jurisprudencia” surge de la unión de las expresiones iuris y prudentia. Para algunos puede interpretarse como el arte que nos lleva a alcanzar algunas cosas y a huir de otras. En todo caso, es evidente que el término prudentia guarda relación con la *phrónesis* griega, ya que prudentia fue el término con el que los romanos tradujeron la noción de *phrónesis* o saber práctico: una especie de arte que se ejerce sobre un conjunto de reglas y criterios con el propósito de resolver problemas sociales y humanos>>. (pp. 73-74). CARRILLO, Y. (2007). *Derecho y argumentación: el modelo de adjudicación del derecho en la antigüedad y el medievo*. Revista de Derecho, núm. 28, pp. 71-87.

jerarquía normativa de las demás fuentes, inclusive que la fuente clásica y tradicional para el derecho, como lo ha sido la ley. Lo cual es totalmente contrario, a lo que determina nuestro sistema de fuentes expresado, en el artículo 230. Constitucional. Generando lo que expresamos en el acápite anterior como *jurisprudencia jerarquizada*.

La insuficiencia del modelo de LÓPEZ MEDINA resulta adicional, debido a que no le da un valor al precedente desde su fuerza argumentativa, solo centra su discurso en el modelo que plantea, desde una fuerza interpretativa del precedente, estableciéndose como una técnica soportada en la voluntariedad del operador jurídico, que escoge o no tal modelo.

Como déficit final del modelo *del derecho de los jueces*, la interpretación judicial por precedentes, que se considerada con efectos generales en cuanto al ámbito de aplicación en el sistema jurídico colombiano, desconoce el modelo de adjudicación completo, donde es necesario vincular un procedimiento interpretativo, más otro argumentativo, para construir una decisión judicial en términos de respuesta justa y correcta, bajo esta premisa, la jurisprudencia como precedente en Colombia, no explica los problemas propios de la teoría del discurso, orientados en concreto a la argumentación judicial, el precedente como jurisprudencia observa solo el aspecto interpretativo de la decisión judicial:

La sentencia judicial no sólo está formada por la parte resolutiva, sino también por los considerandos –segmento en el que el juez da las razones que justifican su decisión. De esta manera, una sentencia puede ser reconstruida como un argumento, en el que la resolución ocupa el lugar de la conclusión y cuyas premisas se formulan en los considerandos. Allí se podrán demostrar con facilidad las pretensiones de validez de la teoría⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ ESCOBAR MARTÍNEZ, L. (2008). *El uso del precedente extranjero por parte de la Corte Constitucional colombiana*. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 13, pp. 391- 409. (p.397).

En dicha línea conceptual, a la hora de aplicar la jurisprudencia como precedente como modelo de *adjudicación del derecho*⁴⁷⁶, nuestro sistema jurídico colombiano, inmediatamente le impone la observación al operador judicial, de unos requisitos formales, para que este aplique la técnica del precedente, llevando consigo un excesivo <<formalismo jurisprudencial>>, configurados en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.

Fenómenos similares han sido interpretados desde otros sistemas jurídicos al colombiano, inclusive desde la tradición continental europea, uno de ellos en el contexto español de la justicia constitucional denominado pro el profesor Pedro DE VEGA como <<positivismo jurisprudencial>>⁴⁷⁷.

En este orden de ideas, otra de las grandes críticas que se han construido, a partir de la idea de la jurisprudencia como precedente, desde la justicia constitucional en estricto sentido, en el mismo sistema del *common law*. Son las expresadas por Ronald DWORKIN, en el sentido de constituir la técnica del precedente una limitante misma del poder judicial y de la labor interpretativa del juez. Estableciendo la distinción en los alcances del precedente en el ámbito constitucional, y la diferencia en otros ámbitos de aplicación de esta técnica como en la jurisdicción que ejerce el derecho privado:

Los precedentes son un determinante de crucial importancia en una decisión judicial y limitan la libertad del juez para formar un concepto constitucional a partir de su propia teoría del concepto moral del cual se deriva. Pero los casos que requieren nuevos juicios son más frecuentes en el derecho constitucional. En las decisiones judiciales que se toman en el derecho

⁴⁷⁶ UPEGUI, J. (2004). *Critica sobre un modelo de adjudicación. Análisis de algunos presupuestos acríticos de la función judicial*. Revista Derecho del Estado. N°. 16. pp. 145-163. (p.147).

⁴⁷⁷ DE VEGA. P. (1998). *El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional*. Teoría y realidad constitucional. N°. 1, pp. 65-88. (p. 86).

privado, los casos nuevos son difíciles debido a que, generalmente, se encuentran en las fronteras de lo que se está decidiendo⁴⁷⁸.

En segundo lugar, la jurisprudencia de principios es una metodología para la aplicación jurisprudencial del derecho, enfocada puntualmente en determinar, el *valor hermenéutico-argumentativo de la subregla*, como enlace normativo de conexión material, entre las normas tipo regla y las normas tipo principio.

⁴⁷⁸ DWORKIN, R. (2010). *¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?* Isonomía. No. 32, pp. 7-29. (p. 13).

4.7. REFLEXIONES FINALES

La interpretación de la Constitución en Colombia, está regida en la actualidad por varios fenómenos teóricos y pragmáticos, uno de los principales, se destaca en lo referente a las normas de derechos fundamentales, que integran con sus postulados básicos todo el ordenamiento jurídico. En este entendido, los derechos fundamentales en la cultura jurídica colombiana, han construido en cuanto a lo pragmático, una construcción propia de nuestra justicia constitucional, estos escenarios interpretativos, pertenecen a la esfera interpretación judicial de los derechos, donde la potestad decisional del juez, opera como una potestad interpretativa, para la adjudicación de las normas y disposiciones iusfundamentales.

Estos fenómenos, han sido denominados como: (i). Jurisprudencia jerarquizada. (ii). Jurisprudencia de principios. (iii). Interpretación adjudicativa. (iv). principio de adjudicación interpretativa. (v). principio adjudicación argumentativa.

La influencia europea, sigue siendo mucho más marcada en tiempos del Estado constitucional colombiano, a pesar que han nacido propuestas teóricas colombianas estableciendo, un influjo de las teorías del sistema constitucional del *common law*, estas pierden sentido en el contexto de aplicación, toda vez que el ordenamiento jurídico colombiano, como sistema de derecho, siempre ha estado más conectado con el sistema continental europeo, ya no desde el *civil law*, de tradición decimonónica, sino con el constitucionalismo de los Tribunales Constitucionales de segunda posguerra.

CAPITULO. V

DIALOGO COMPARATIVO EN LOS MODELOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA, ESPAÑA E ITALIA: EL DEBATE DE LAS GARANTÍAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

5. PLANTEAMIENTO

En esta quinto capítulo presentamos, un dialogo comparativo en los modelos de interpretación constitucional en Colombia, España e Italia, a partir del debate de las garantías y los derechos fundamentales. Para este cometido, hemos subdividido este epígrafe, en seis acápite a saber:

En el primero de ellos, planteamos un panorama comparado del constitucionalismo como metateoría del derecho constitucional, en los escenarios teóricos en España, Italia y Colombia. Aquí puntualmente desarrollamos la noción de constitucionalismo, desde las distintas corrientes epistemológicas que muestran, estas tres culturas jurídicas en particular, determinando las categorías e instituciones, propias de una y otra jurisdicción, con el objetivo de establecer integraciones conceptuales, tanto de carácter dogmático como empírico, que nos permite mostrar los rasgos comunes, entre dos sistemas de derecho continental europeo, como España e Italia, y la afluencia, recepción y confrontación en el sistema colombiano.

En el segundo acápite, la discusión se centra sobre la categoría de garantía secundaria de los derechos fundamentales, identificando elementos esenciales, de la noción estructural de garantía jurisdiccional de las normas y disposiciones iusfundamentales.

En el tercer acápite, trabajamos y desarrollamos la conceptualización, de la interpretación supraestatal de los derechos fundamentales, aquí defendemos la hipótesis, sobre la existencia contemporanea, del fenómeno de la interpretación global de los derechos fundamentales, como una

especificidad del constitucionalismo global, y de los mismos sistemas jurisdiccionales de protección y garantía de los derechos humanos.

Como cuarto acápite, exploramos los postulados construidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a la interpretación común para el escenario europeo de los derechos, identificando cuales han sido los aportes construidos, en aras de un dialogo interno-externo y de cooperación judicial, con los Tribunales de Justicia y Tribunales Constitucionales de los Estados miembros.

En el quinto acápite, miramos todos los desarrollos interpretativos, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto al sistema latinoamericano de protección de derechos, identificando fenómenos locales y contexto en cuanto a la recepción, de algunos postulados interpretativos provenientes del sistema europeo.

Finalmente en el sexto acápite, establecemos la distinción de los condicionamientos y alcances interpretativos internacionales de los derechos fundamentales, como formulación de la *interpretación constitucional global*, puntualmente miramos como dos principios de interpretación internacional de los derechos humanos, al establecer una contextualización interna desde la protección de los derechos fundamentales, integran el concepto de interpretación global.

5.1. PANORAMA COMPARADO DEL CONSTITUCIONALISMO COMO METATEORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: EL ESCENARIO TEORICO EN ESPAÑA, ITALIA Y COLOMBIA

El constitucionalismo como escenario metateorico ha sido abordado principalmente por autores relacionados con la cultura jurídica europea, especialmente las distinciones establecidas por la *escuela genovesa*. En este sentido, en este sentido, evidenciamos que no existe una exclusividad en el estudio metateorico del derecho y por ende del derecho constitucional como como recepción de la filosofía jurídica en la teoria constitucional contemporánea.

Dicha recepción se muestra también en los estudios realizados por teóricos pertenecientes al ámbito español, precisamente dado a la evolución constante de la metateoria como estudio de lo conceptual y lo pragmático en el ámbito de aplicación de la Constitución y el desarrollo de los contenidos concretos, de las normas y dispociones iusfundamentales. Posibilitando aún más su aceptación en la cultura jurídica latinoamericana. Presentando concretamente dos de los tópicos que engloban el concepto amplio de constitucionalismo, como son: el constitucionalismo de los derechos y el no positivismo principalista como gestación de una metateoria constitucional.

El Estado constitucional⁴⁷⁹ de derecho como paradigma superador del Estado liberal de derecho dentro de sus múltiples rasgos distintivos, pone

⁴⁷⁹ Sobre la propuesta del Estado constitucional y su integración desde los márgenes de aplicación del derecho en una construcción de principios, encuentra total recepción la perspectiva de Giorgio PINO en la materialización de los derechos fundamentales: <<La adhesión ideológica al Estado constitucional es una consecuencia del hecho de que tal forma de organización ius-política es considerada particularmente adecuada para realizar y tutelar valores determinados, como la democracia en sentido sustancial, la igualdad, los derechos fundamentales, etc.>> PINO (2011), (p. 205). PINO, G. (2011). *Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 34. pp. 201-228.

de presente la incidencia de las *normas jurídicas de principio*⁴⁸⁰ en el desarrollo de la teoría del derecho contemporánea, como un modelo que plantea su construcción en la teoría del constitucionalismo⁴⁸¹.

En este sentido, la trascendencia del uso de la *teoría de principios* en los planos concretos de aplicación del derecho, han girado en torno a los *derechos fundamentales* y como estos a través de una *estructura distintiva* dentro del modelo del Estado constitucional, posibilitan los *márgenes de acción* para la Constitución, y esta, no solo sea vista desde su fuerza normativa, sino desde los escenarios reales para la construcción de la *decisión judicial*.

Bajo esta perspectiva, los estudios contemporáneos de *teoría del derecho constitucional* giran en torno a la concepción de la Constitución y de los derechos fundamentales, algunos estudios como los que se han cuestionado por la idea de los modelos de interpretación y adjudicación del derecho en el Estado constitucional contemporáneo como la ponderación⁴⁸²

⁴⁸⁰ Desde la perspectiva de SIECKMANN (2011) los principios se estructuran como <<argumentos normativos de razones>>, como otro modelo que distingue los principios, apartándose de forma crítica de la propuesta de Alexy como mandatos de optimización. Sieckmann propone una principalista orientada hacia una argumentación abierta a criterios iusfundamentales. SIECKMANN, J. (2011). *La teoría principalista de los derechos fundamentales*. Marcial Pons. Madrid, España.

⁴⁸¹ Sobre el neoconstitucionalismo se ha escrito mucho, y sobre diversos puntos de vista, desde un análisis estrictamente teórico, nos apoyamos en la lectura que al respecto hace Paolo COMANDUCCI: <<El neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que esta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos>>. COMANDUCCI (2002), (p. 97). Ibíd.

⁴⁸² <<En la ponderación se han de cumplir exigencias opuestas que no pueden realizarse integralmente a la vez. Pero también debe realizarse un resultado óptimo, es decir, un resultado que realice los principios en conflicto en la mejor medida posible>>. SIECKMANN (2014), (p. 256). SIECKMANN, J. (2014). *La teoría del derecho de Robert Alexy, análisis y crítica*. Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y Filosofía del derecho. N°. 67. Bogotá, Colombia.

y el principio de proporcionalidad⁴⁸³, mientras que otros trabajos desarrollados han conducido a la elaboración de las modernas tesis que han formado en la ciencia del derecho el actual constitucionalismo. El estudio que aquí proponemos muestra una coherencia, en el estudio del derecho a través de los principios constitucionales, asimilando el derecho del Estado constitucional⁴⁸⁴ moderno con el mismo concepto de derecho fundamentales y de la normas de principio.

Bajo esta concepción podemos comprender cómo se dio el paso del Estado de derecho legalista y de tradición legislativa⁴⁸⁵, para mirar a un

⁴⁸³ <<Resulta muy interesante constatar que la ubicación del fundamento constitucional del principio de proporcionalidad en diversos textos constitucionales es poco clara y muy debatida. En la Constitución española, por ejemplo, se discute su adscripción a los artículos 1.1, 9.1 y 10.2, este último en conexión con la convención europea de derechos humanos y su interpretación en la jurisprudencia de la corte europea de derechos humanos>>. BOROWSKI (2003), (pp. 128-129). BOROWSKI, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 25. Bogotá, Colombia.

⁴⁸⁴ La visión del Estado constitucional, va a estar representada desde la teoría del derecho y la filosofía jurídica para defender el establecimiento de los derechos fundamentales como normas de especial interés y jerarquía, no solo vinculantes para el legislador, y todos los poderes públicos si no su extensión a los particulares y sus efectos de <<irradiación normativa>> de todo el sistema jurídico. En este sentido GARCÍA PELAYO destaca las diferencias del establecimiento del Estado constitucional sobre el Estado de derecho: <<El primero se caracteriza por el principio de legalidad, es decir, por la afirmación de la primacía sobre los restantes actos del Estado hecha efectiva por el funcionamiento de unos tribunales destinados a garantizar la legalidad de la acción de la administración estatal. El segundo se caracteriza por el principio de constitucionalidad, es decir, por la primicia de la Constitución sobre la ley y por el funcionamiento de una jurisdicción que entienda de la constitucionalidad de los actos del Estado, incluida la propia ley>>. (1991), (p. 33). GARCÍA PELAYO, M. (1991). *Estado legal y estado constitucional de derecho*. Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas. N°. 82. Universidad Central de Venezuela. pp.32-45.

⁴⁸⁵ Antes del nacimiento de las Constituciones de posguerra, especialmente las Constituciones que siguen históricamente al escenario de la segunda guerra mundial, la idea de derecho o aquello que podía ser considerado como derecho era construida desde el escenario específico de la ley, y del reconocimiento del principio de legalidad en sentido estricto. Con esto, el argumento imperante y protagonista era el de la autoridad del legislador, el cual era concebido como un ente sabio donde solo el derecho escrito o positivo tenía relevancia para la construcción de su derecho valido.

Estado donde se desmitifica la ley como única fuente del derecho, con apoyo a la propuesta de *los principios*⁴⁸⁶ y *los derechos fundamentales* pensada para la construcción del derecho no solo constitucional sino en su sentido general, posibilitando reflexiones que construyen el derecho⁴⁸⁷ de nuestros días.

En este orden de ideas, como posición contraria a la defendida por la *corriente del positivismo jurídico*, se pensó que el derecho debía contener como modelo de validación contenidos y estándares de justicia, siendo el *principio de justicia en el derecho* el que integrara un modelo para la ciencia jurídica contemporánea. La no observancia de la justicia en el derecho era el sustento que permitía considerar al derecho como tal, es decir, un derecho extremadamente injusto no podía ser considerado derecho, estructurándose el argumento de que la justicia extrema no es ni puede ser considerada derecho, lo que ALEXY ha denominado como *la tesis de la injusticia extrema*. <<Lo que tiene de particular esta fórmula es que deja que el Derecho positivo sea válido aun cuando sea injusto. Tan sólo si se traspasa el umbral de la extrema injusticia pierden las normas establecidas validez jurídica>>⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Dentro de la noción que al respecto se tiene hoy sobre ellos como conceptos que integran la visión del Estado constitucional en su teoría de principios. apoyándonos especialmente como elemento fundamental de este estudio, a una reconstrucción de los puntos más relevantes desarrollados por Robert ALEXY, en lo que respecta a su teoría de los principios, como teoría que posibilita la *comprensión estructural* de los derechos fundamentales, y su construcción *dogmática en el Estado constitucional* democrático de derecho.

⁴⁸⁷ <<Para comprender el Derecho tal como es en las democracias constitucionales, debemos comprender el Derecho tal como debe ser según la filosofía política ilustrada. No se trata, es obvio, de una relación necesaria; pero para comprender cabalmente los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales debemos conocer aquello que estos ordenamientos jurídicos aspiran a ser>>. MORESO (2008), (p. 285). MORESO, J. (2008). *Ferrajoli o el constitucionalismo optimista*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 31. pp. 279-287.

⁴⁸⁸ ALEXY (2009, p. 77). ALEXY, R. (2009). *Los principales elementos de mi filosofía del Derecho*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°.32. pp. 67-84.

Todo esto se dio gracias a la *crisis del discurso jurídico positivista*, que trae consigo el final de la segunda guerra mundial en el periodo de posguerra⁴⁸⁹, gestándose una nueva concepción del derecho y a una reconstrucción del modelo positivista en cuanto a su idea de derecho valido.

La idea del derecho valido cambia totalmente en la Europa⁴⁹⁰ de posguerra, ya que solo el derecho escrito-positivo que emanaba del sentido y la voluntad general de la ley no era suficiente para explicar los acontecimientos que la sociedad de ese entonces discutía. <<Esta concepción negaba en la práctica cualquier conexidad entre el derecho y la moral>>⁴⁹¹.

Como acontecimiento histórico lo ocurrido en los campos de concentración principalmente en *Auschwitz* y los posteriores juicios⁴⁹² de *Núremberg*⁴⁹³ (Desarrollados entre el 20 de Noviembre de 1945 al 1 de

⁴⁸⁹ <<El rasgo característico de las constituciones de la segunda mitad del siglo xx es su connotación manifiestamente pluralística: reconocen derechos provenientes de tradiciones ideológicas diferentes (por ejemplo, reconocen tanto los tradicionales derechos civiles y políticos de libertad, así como los derechos sociales), y reconocen también ulteriores bienes e intereses colectivos merecedores de ser perseguidos por los poderes públicos, todo ello sin establecer claras y definitivas relaciones de prioridad entre los derechos reconocidos>>. PINO (2009), (p. 649). PINO, G. (2009). *Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 32. pp. 647-664.

⁴⁹⁰ Sobre este aspecto en particular Revenga establece una distinción en lo que él denomina el constitucionalismo de la libertad, en el desarrollo de los derechos fundamentales en Europa a través de las técnicas jurídicas empleadas por los tribunales constitucionales: español, francés, alemán e italiano. REVENGA (2002), (p. 106). REVENGA, M. (2002). *Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. Núm. 64. Enero-Abril. pp. 99-110.

⁴⁹¹ CARRILLO (2009), (p. 97). Ibíd.

⁴⁹² Estos juicios interpretados desde la teoría del derecho presentaron el debate entre el *iusnaturalismo* y el *positivismo jurídico*, en torno a la concepción del derecho en la aceptación de principios morales universales, como argumentos de justicia por parte del tribunal aliado en contra de los jerarcas Nazi.

⁴⁹³ Cabe destacar que los juicios si desconocieron el *principio de legalidad* al no existir un procedimiento establecido desde el punto de vista criminal que los obligara a actuar en dicha forma: <<Estos procesos ofrecieron la particularidad de reavivar el debate entre el positivismo y el *iusnaturalismo* y de llamar la atención sobre el hecho de que la posición que se adoptara en ese debate podría tener consecuencias prácticas muy significativas. (...) los jueces deben

Octubre de 1946) permitieron una reformulación sobre el concepto del derecho llevándolo a *un plano moral y de justicia supraestatal*, buscando así la superación de un *estatismo*⁴⁹⁴ desmedido. En este sentido, el derecho que empieza a construirse en tiempos de posguerra se estructura con un fuerte valor axiológico, reclamado en su integridad un derecho constitucional para la aplicación de constituciones normativas:

El derecho constitucional es en su integridad un ordenamiento fundamentalmente axiológico y por tanto orientado a la garantía de determinados valores, señaladamente la separación de poderes, los derechos fundamentales y la democracia⁴⁹⁵.

El constitucionalismo puede ser definido como un paradigma del pensamiento jurídico-filosófico en el cual se anteponen elementos comunes de discusión acerca del fenómeno del derecho, y de sus implicaciones para la compresión de puntos de tensión teórico-constitucional de la ciencia jurídica en tiempos de Constituciones normativas.

Especialmente uno de los puntos centrales del análisis teórico del constitucionalismo está en establecer las posibles respuestas a los problemas de la consolidación del Estado constitucional de derecho. Poniendo también de presente debates puntuales y diálogos tensionantes con corrientes del pensamiento jurídico de larga tradición como el

negarse a aplicar aquellas normas jurídicas que contradigan principios morales; de que toda norma jurídica, cualquiera que sea su origen y contenido, tiene fuerza obligatoria y debe ser obedecida, y de que la identificación de un sistema jurídico requiere formular juicios de valor acerca de la justicia y moralidad de sus disposiciones». NINO (1980), (pp.18-27). NINO, C. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Segunda edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.

⁴⁹⁴ Sobre la superación del nacionalismo HABERMAS (2001) plantea la búsqueda de una «voluntad general» por una inclinación ética hacia el cosmopolitismo, implantando una idea de ciudadanía universal o global. HABERMAS, J. (2001). *Más allá del estado nacional*. Traducción y presentación de Manuel Jiménez Redondo. Editorial Trotta. Tercera edición. Madrid, España.

⁴⁹⁵ DÍAZ REVORIO (2009b), (p. 225). DÍAZ REVORIO, F. (2009). *Justicia constitucional y justicia electoral: un examen comparado Mexico-España*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional. Núm. 13, Madrid. pp. 223-266.

*positivismo*⁴⁹⁶ en cuanto a sus puntos de ruptura especialmente frente a la *tesis de la conexidad necesaria y conceptual entre el derecho y la moral*⁴⁹⁷.

En este orden, el constitucionalismo tiene su influjo principalmente desde una *metateoría del derecho* así como lo defiende y trabaja inicialmente Ricardo GUASTINÍ. Indicando que *los problemas de la ciencia jurídica moderna* pueden ser tratados en un primer plano desde la metateoría del derecho.

Así también, PRIETO SANCHÍS indica que los desarrollos del constitucionalismo se establecerán en los presupuestos <<metateoricos sobre la función de la ciencia jurídica y el enfoque más adecuado para la comprensión del derecho>>⁴⁹⁸. Lo que genera una mirada de los elementos comunes para la construcción de una idea de derecho acertada en tiempos del Estado constitucional democrático. <<El neoconstitucionalismo teórico

⁴⁹⁶ Para una lectura más detallada del debate del positivismo jurídico observar al menos la propuesta de: BOTERO (2014). BOTERO, A. (2014). *El positivismo jurídico en la historia*. Sello editorial Universidad de Medellín. Colombia.

⁴⁹⁷ La *tesis de la conexidad necesaria y conceptual entre derecho y moral* ha sido desarrollada por el profesor alemán ROBERT ALEXY, específicamente al identificar que la consolidación de la tesis solo puede darse cuando se presentan *cinco distinciones de fundamentación*, (i). La distinción de conceptos de derechos libre de validez y no libres de validez. (ii). La distinción de sistemas jurídicos como sistemas de normas y como sistemas de procedimientos. (iii). La distinción de la perspectiva del observador y la del participante. (iv). La distinción de conexiones clasificantes y cualificantes. (v). La distinción entre un contexto conceptualmente necesario y uno normativamente necesario: <<la fundamentación de la tesis según la cual existen conexiones conceptuales y normativas entre derecho y moral habrá de llevarse a cabo dentro de un marco conceptual constituido por cinco distinciones>>. ALEXY (2004), (p. 29). Para una revisión más exhaustiva de la tesis de la conexidad ver: ALEXY & BULYGIN (2001). ALEXY, R. Y BULYGIN, E. (2001) *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Trad. de Paula Gaido. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 18. Bogotá, Colombia. ALEXY (2003). ALEXY, R. (2003). *Justicia como corrección*. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26, pp. 161-173.

⁴⁹⁸ PRIETO SANCHÍS (2013), (p. 24). PRIETO SANCHÍS, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Editorial Trotta. Madrid, España.

reconoce la insuficiencia del modelo de las reglas para dar cuenta de los estándares normativos del derecho contemporáneo>>⁴⁹⁹.

Frente a la filosofía jurídica o del derecho y a la teoría constitucional el constitucionalismo toma herramientas de ambas para fortalecer su teorización, en especial sentido a una axiología de los principios que emana también de los desarrollos de una *teoría iusfundamental* de las normas constitucionales de especial interés y jerarquía. <<La comprensión del neoconstitucionalismo debe reflejar, desde un punto de vista teórico, un conocimiento de las transformaciones del valor político, jurídico y axiológico de la Constitución>>⁵⁰⁰.

En este sentido en el desarrollo de una verdadera *filosofía jurídica constitucional*, esta corriente *superá las tensiones entre positivismo e iusnaturalismo* frente al modelo de adjudicación⁵⁰¹ del derecho, puntualmente por mencionar uno de los múltiples debates entre la vista positivista del derecho y la perspectiva naturalista de la ciencia del derecho. Esta también el que se propone desde *los métodos subsuntivo y*

⁴⁹⁹ CARRILLO (2010), (pp. 45-46). CARRILLO, Y. (2010). *Aproximación a los conceptos de neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. En: Revista Saber, Ciencia y Liberta. Vol. 5 N°. 1. Enero-Julio. pp. 39-47.

⁵⁰⁰ ESTRADA (2012), (p. 530). ESTRADA, S. (2012). *Filosofía del derecho y neoconstitucionalismo*. En: Botero, A. (coord.). *Filosofía del derecho*. Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia.

⁵⁰¹ El modelo de adjudicación del derecho en tiempos de constitucionalismo va a hacer el modelo ponderativo, el cual es defendido y presentado por Alexy en la *Teoria de los derechos fundamentales* la cual es publicada en alemán en 1985. En un texto más reciente y publicado en castellano Alexy desarrolla un poco más su modelo ponderativo con lo que él ha denominado *la fórmula del peso*: <<La ley de la ponderación expresa el aspecto más significativo de la compleja estructura de la ponderación. Puede encontrarse en una descripción completa de lo que significa la ponderación de dos principios en la llamada formula del peso>>. ALEXY (2010), (pp. 58-59). ALEXY, R. (2010). *Derechos sociales y ponderación*. Fundación coloquio jurídico europeo. Editorial Fontamara. Madrid-D.F. España-Mexico.

ponderativo⁵⁰², el primero como resolución de los conflictos entre normas tipo reglas y el segundo como soluciones a la colisiones entre normas tipo principio:

Hay partidarios y enemigos de la ponderación. Los primeros suelen vincularse con la defensa del llamado constitucionalismo (o neoconstitucionalismo), tienen una concepción principalista del derecho (entendiendo por tal una que considera que el derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios) y subrayan el papel de la razón (de la razón práctica) en el derecho. Los segundos suelen proclamarse partidarios del positivismo jurídico, alzapriman la importancia del imperio de la ley y el peligro que para ese valor central de nuestros ordenamientos supone la concepción principalista del derecho⁵⁰³.

Esta confrontación teórica pero que ha seguido debates puntuales por lo menos desde la razón práctica, fundamenta la idea que aquí desarrollamos como el *derecho más allá de la ley*, superando la idea de un control estricto de legalidad desde la concepción del Estado liberal de derecho hasta las más recientes construcciones del control de constitucionalidad⁵⁰⁴ reconociendo el carácter superior del texto

⁵⁰² Frente al debate puntual entre subsunción y ponderación quien acuñara el término neoconstitucionalismo la profesora italiana Sussana Pozzolo, indica que dentro de los puntos centrales de la teoría del constitucionalismo solo el debate de la ponderación comprendería su segundo tópico fundamental, además de integrarlo el debate de los principios versus normas, la Constitución versus la independencia del legislador, los jueces versus la libertad del legislador, y la interpretación moral del derecho. POZZOLO (1998). POZZOLO, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 21. pp. 339-353.

⁵⁰³ ATIENZA (2012), (p. 159). ATIENZA, M. (2012). *Interpretación constitucional*. Segunda edición. Departamento de publicaciones Universidad Libre. Bogotá, Colombia.

⁵⁰⁴ <<En el centro de esta idea subyace el sentido del control de constitucionalidad que también evolucionó de su forma política (control político) a su expresión judicial (control judicial) y que se ejerce sobre todos los actos de los poderes públicos, entre ellos, aquellos actos que de modo más visible sirven para expresar legalidad: las leyes. Se avanza entonces en el despliegue y fortalecimiento de mecanismos de control de constitucionalidad de todos los actos de los poderes públicos, entre ellos, aquellos actos emanados del poder legislativo cuando actúa como legislador>>. ROSALES (2006), (p. 432). ROSALES, E. (2006). *Control judicial*

constitucional. <<La superioridad reconocida a la Constitución traduce en la necesidad de seguir procedimientos especiales para su reforma, como también la creación de mecanismos de control destinados a impedir la expedición o la aplicación de normas inferiores que le sean contrarias>>⁵⁰⁵.

La superación por parte del constitucionalismo del positivismo jurídico el cual tiene sus inicios más recientes en las escuelas del derecho positivo de tradición decimonónica, donde la apertura a la construcción de un nuevo paradigma de origen pos-positivista⁵⁰⁶ deja a algunos autores en la costumbre que defiende al Estado bajo el imperio irrestricto de la ley, como uno de los pilares de los principios rectores de dicha corriente de pensamiento jurídica, bajo la figura del legislador racional:

A los que afirman la continuidad del paradigma, se les puede llamar positivistas o partidarios del paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como «imperio de la ley»; y a los segundos, a los que afirman la necesidad de la revisión de dicho paradigma, postpositivistas, neoconstitucionalistas o partidarios de un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como Estado constitucional⁵⁰⁷.

de constitucionalidad de las leyes penales. Capítulo criminológico. Revista de las disciplinas del Control Social, N°. 34. Vol. 4, pp. 429-493.

⁵⁰⁵ TOBO (2012), (p. 172). TOBO, J. (2012). *La corte constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia.* Cuarta edición. Editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia.

⁵⁰⁶ FERRAJOLI desde la defensa del constitucionalismo *como reivindicación del positivismo jurídico*, encuentra una de las propuestas más importantes al considerar el *constitucionalismo* como paradigma del Estado constitucional en términos de democracia constitucional, gracias a la evolución del positivismo como garantismo constitucional o jurídico. Dichos desarrollos teóricos pueden ser consultados en: FERRAJOLI (2002). FERRAJOLI (2011). FERRAJOLI, L. (2011). *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista.* Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 15-53. FERRAJOLI & MANERO (2012). FERRAJOLI, L. & MANERO, J. R. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación.* Editorial Trotta. Madrid, España.

⁵⁰⁷ AGUILÓ (2007), (p. 668). AGUILÓ, J. (2007). *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras.* Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 30. pp. 665-675.

Bajo esta línea argumentativa, el constitucionalismo como metateoría del derecho propone a la Constitución como un orden de valores⁵⁰⁸ no solo permeando en todo el sistema jurídico general, sino realizando el efecto de *irradiación normativa* en las normas de inferior jerarquía. Lo que indica es que desde los planteamientos del positivismo jurídico nunca se había podido pensar en que aquel derecho que estuviera por fuera de la ley pudiese ser considerado como tal.

Pero realmente esta afirmación debe ser entendida desde un sentido más amplio y es precisamente que gracias a la conformación de los derechos humanos como derechos fundamentales positivos⁵⁰⁹ consagrados en los estatutos o cuerpos de derechos es decir, puntualmente en la Constituciones es donde el flujo del constitucionalismo cobra más fuerza; es pensar precisamente que la tensión dialéctica entre positivismo jurídico e iusnaturalismo es resuelta por el neoconstitucionalismo, pero no como un paradigma exclusivo de su propia cuenta teórica, sino que gracias a que toma elementos de una y otra corriente del pensamiento jurídico (iuspositivismo e iusnaturalismo) que logra resolver con tal confrontación desde la metateoría del derecho posibilitando una *jerarquía axiológica*⁵¹⁰ de

⁵⁰⁸ La propuesta de la Constitución como orden de valores, según el neoconstitucionalismo presenta especiales herramientas no solo desde la Teoría jurídica o la filosofía del derecho, sino desde la materialización como superación a las fuentes formales del derecho, que en el caso colombiano, es propuesto el debate desde la lectura del Art. 230 constitucional. Sobre esta base: <<Lo decisivo y novedoso del neoconstitucionalismo radica, precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda operación de creación y aplicación del derecho>>. CRUZ (2009), (p.16). CRUZ, L. (2009). *La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo*. Dikaion. Año 23. Nº. 18. pp. 11-31.

⁵⁰⁹ BECHARA (2011a). BECHARA, A. (2011a). *Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy*. Saber Ciencia y Libertad. v. 6, n°. 2. pp. 63-76. BECHARA (2011b). BECHARA, A. (2011b). *En torno a la discusión natural y positivista de los derechos: los derechos humanos como derechos fundamentales positivos*. Revista Saber, Ciencia y Libertad en Germinación. Vol. 4. pp. 15-30.

⁵¹⁰ Sobre el concepto de jerarquía axiológica es profundamente desarrollado por GUASTINI, en el uso de los contenidos normativos del sistema jurídico: <<una jerarquía axiológica es una

los contenidos normativos de todo el sistema jurídico orientado hacia la Constitución, este debate puede ser entendido de manera más profunda orientado a los argumentos de FERRAJOLI:

Por otro lado, más allá de este tratamiento común, el constitucionalismo puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento. La primera concepción, etiquetada comúnmente de «neoconstitucionalista», es, con toda seguridad, la más difundida. La finalidad de esta intervención es sostener, por el contrario, una concepción del constitucionalismo estrictamente «iuspositivista», entendiendo por «positivismo jurídico» una concepción y/o un modelo de Derecho que reconozcan como «derecho» a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia⁵¹¹.

Esta es la tensión que parece conciliarse en el constitucionalismo, que podría plantear una nueva teoría del derecho o una concepción ideológica novedosa para atender a las cuestiones de la ciencia jurídica vistas bajo la óptica de los Estados constitucionales, pero dicha propuesta teórica confronta postulados defendidos y rechazados por las dos fuertes ideologías o teorías que se han mantenido en la dialéctica histórica por la respuesta a lo que puede considerarse derecho (iuspositivismo-iusnaturalismo).

Según PRIETO SANCHÍS el *constitucionalismo* debe verse no como una teoría o ideología sino como una filosofía del derecho, pues existen varias concepciones o posturas defendidas desde el constitucionalismo pero que a veces no construyen en el mismo sentido desde el estadio de teorización o argumentación, es decir algunos debates desde la filosofía política, otras

relación de valor creada (no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes, sino) por el juez constitucional, por medio de un juicio comparativo de valor, es decir, por un enunciado que tiene la forma lógica: “el principio P1 tiene más valor que el principio P2». GUASTINI (2012). GUASTINI, R. (2012). *La interpretación de la Constitución*. Carlos Hernández & Santiago Ortega. (Edit.). Hermenéutica y raciocinio jurídico. Colección tendencias contemporáneas del derecho. Universidad Libre. Bogotá, Colombia.

⁵¹¹ FERRAJOLI (2011), (p. 16). Ibíd.

desde la filosofía moral y en ultimas desde una teoría del derecho y metateoría del derecho, por eso encuadrarlas desde una filosofía del derecho permitiría al menos metodológicamente unificar posiciones de fundamentación de dicha concepción de ver el derecho desde los modernos sistemas jurídicos.

Sobre este aspecto concretamente PIETRO SANCHÍS relaciona aquellos postulados con los cuales el constitucionalismo concilia o supera la confrontación iusnaturalismo-positivismo:

No es extraño por ello que haya querido verse en el neoconstitucionalismo no ya una <<tercera vía>> entre las dos que tradicionalmente se han disputado el predominio en la cultura jurídica, sino incluso la cancelación de la dialéctica que las ha enfrentado: el positivismo no tiene razón porque tampoco la tiene el iusnaturalismo, podría ser el lema. [...] la diferencia, sin duda muy importante, es que los derechos antes estaban fuera del derecho positivo y representaban el parámetro de su justicia, mientras que ahora forman parte o están dentro del sistema y representan el parámetro de la validez de las normas. Pero no creo que sea forzar el significado de las palabras afirmar que el constitucionalismo y sobre todo el <<neo>> resultan ideológica y funcionalmente iusnaturalistas⁵¹².

En este tópico en particular apoyándonos en la *tesis de la pretensión de corrección del sistema jurídico* propuesta por ALEXY, aplicada a los principios constitucionales. Permitiendo su consolidación como las normas jurídicas de mayor importancia en los sistemas de derecho de hoy, su labor busca superar <<los índices concretos de adjudicación del derecho>>, corrigiendo el sistema de manera intra-sistémica pues el valor axiológico de estas normas supera la pretensiones personales o particulares de aplicación del derecho, y se integran en la pretensiones universales de materialización de la justicia en sentido unificador del mismo sistema de justicia, con el que se busca la operación del Estado constitucional a su máximo nivel de ejecución.

⁵¹² PRIETO SANCHÍS (2013), (pp. 58-59). Ibíd.

La especial pretensión que van a tener los principios en los sistemas de derecho altamente constitucionalizados, es otorgarle un entendido de justicia al mismo derecho donde se apliquen los postulados normativos. Con esto se pone en evidencia que los principios como normas jurídicas de una estructura de textura abierta siempre presentaran conflictos normativos a las llamadas colisiones de principios, pues el derecho fundamental que resguarda tal aplicación en los mismos límites de integración y unidad del sistema normativo propenden, por una justificación o una fundamentación razonada de las normas jurídicas de principio en los campos de aplicación concretos.

En este entendido además de la idea de constitucionalización⁵¹³ del derecho o del ordenamiento jurídico, surge en apoyo a una teoría *principalista de los derechos fundamentales* el postulado de la fuerza normativa de la Constitución, que para algunos autores como PIETRO SANCHIS, GUASTINI⁵¹⁴, o COMANDUCCI es una elaboración propia como postulado-rector del constitucionalismo que busca consolidar a la Constitución⁵¹⁵ no solo como una norma más dentro del ordenamiento

⁵¹³ <<El fenómeno de la constitucionalización puede partir de la idea de que la Ley Fundamental no tiene por objeto solo limitar el poder público, sino orientar su actuación a través del resto del ordenamiento jurídico hacia la realización de sus valores>>. CARBONELL & SÁNCHEZ (2011), (p.39). CARBONELL, M. & SÁNCHEZ, R. (2011). *¿Qué es la constitucionalización del derecho?* Revista Quid Iuris. N°. 15. pp. 35-55.

⁵¹⁴ La tesis que defiende GUASTINI (2010), sobre el concepto de principios, va a estar orientada a la fundamentación axiológica de ellos como derechos fundamentales frente a todo el ordenamiento jurídico: <<En primer lugar, los principios son normas fundamentales que dan fundamento y/o justificación axiológica a otras normas (en general todo principio constituye fundamento de una multiplicidad de normas...) en segundo lugar los principios son normas fundamentales en el sentido que no tienen o no requieren a su vez ningún fundamento o justificación axiológica, porque son percibidos como obvios, auto-evidentes o intrínsecamente justos>>. (pp. 215-216). GUASTINI, R. (2010). *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Trad. de Diego Moreno. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 55. Bogotá, Colombia.

⁵¹⁵ VERDÚ, P. Entiende sus alcances desde el plano eminentemente político: <<Ante todo hay que subrayar que la constitucionalización es un proceso político. Entendemos por tal la

jurídico como sistema-normativo complejo, sino desde un plano material-eficaz como un aspecto general que posibilita la Constitución como fuerza normativa, indicando precisamente que es la norma principal de nuestro orden o sistema ya que se posiciona como norma fundante de nuestro marco dispositivo. Por medio de la cual los derechos fundamentales-entendiendo principios- puedan aplicarse de manera concreta e inmediata debiéndose esto a *la Constitución axiológica como práctica*.

Debido a que en el Estado de derecho legislativo solo la Constitución era vista como un *orden marco* que trazaba la forma de organización política y el modelo de Estado como algunos de sus rasgos más característicos, pero en cuanto a la judicabilidad de los derechos fundamentales se quedaba escasa en su aplicación. El Estado constitucional ve y presenta la Constitución como un *orden fundamental* en el que los derechos inalienables de las personas juegan un papel preponderante en la vida del Estado y de la misma sociedad.

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

La Constitución es el fundamento del Estado, sobre ella se desarrolla todo el sistema jurídico que le imprime orden a la comunidad política (...) la supremacía constitucional abarca tanto el aspecto formal orientado a la manera como se expide la norma de acuerdo a su carácter rígido, y el aspecto material orientado al contenido mismo; en Colombia esta supremacía se ha elevado a principio constitucional (...) ⁵¹⁶.

concreción periódiforme del dinamismo político dentro, entre y entorno a estructuras políticas». VERDÚ (1997), (p. 98). VERDÚ, p. (1997). *Dimensión Axiológica de la Constitución*. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. N° 74. pp. 85-168.

⁵¹⁶ MOLINARES, V. (2011). *Notas sobre constitución, organización del estado y derechos humanos*. Segunda edición. Editorial Universidad del Norte. Barranquilla, Colombia. (p.256).

El constitucionalismo como teoría y práctica del Estado constitucional presupone la superación de la teoría política que establece al Estado constitucional como una forma de Estado, cuya exigencia se basa en la *supremacía del principio democrático y por el respeto de los poderes públicos* a los *límites materiales de los derechos fundamentales* consagrados en la misma Constitución, pero que desde el punto de vista participativo de todos los destinatarios de las disposiciones y normas de la Carta fundamental se fundamenta en la responsabilidad del Estado en el respeto y en el cumplimiento de las garantías establecidas a principios que se enmarcan en el principio del pluralismo, los principios de igualdad y libertad, y de cómo el derecho en el escenario constitucional está constantemente abierto a los cambios sociales⁵¹⁷ y a la lectura de la realidad cotidiana, que podemos presentar como el postulado de *la igualdad en las diferencias*.

Precisamente se soporta en aceptar que no todos pensamos iguales que somos diferentes desde el mismo sentido humano elemental, pero que así como cambia y se transforma la sociedad hacia nuevos fenómenos y cambios culturales el hombre como ser social en su máxima expresión construye nuevos escenarios y nuevos contextos en su actuar. <<Esa transformación traduce en reconocimiento de derechos de participación y de igualdad. La armonización de todos esos derechos de las exigencias normativas

⁵¹⁷ DUVERGER, M. (1980) establecía la relación del derecho en el escenario social como expresión de la cultura, impregnado en el desarrollo del derecho constitucional moderno, como superación a los planos estrictamente políticos de la ciencia constitucional: << (...) la noción de derecho es inseparable de la noción de cultura, tal como la utilizan los antropólogos contemporáneos. La cultura es para ellos el conjunto de los modelos de comportamiento de un grupo social. Todo grupo, toda colectividad reposa si sobre un conjunto complejo de modelos de comportamiento – o “roles”- a los que se adecuan más o menos los miembros del grupo cuando se encuentran en una situación dada. (...) en esta perspectiva la Constitución es una forma de pacto social que ella prolonga y precisa>>. (pp. 24-27). DUVERGER, M. (1980). *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Sexta edición. Editorial Ariel. Barcelona, España.

derivadas de esos ideales no es algo que surja inmediatamente; su funcionamiento requiere de teorías de la Constitución>>⁵¹⁸.

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

El Estado constitucional establece no solo una Constitución normativa o en sentido normativo⁵¹⁹, que pueda ser vista como <<la fuerza jurídica a la más elevada expresión del texto constitucional>>, de la juridificación de Las expresiones meramente formales del poder público y de sus distintas ramas (ejecutiva, legislativa y judicial) a la *apertura al contexto constitucional* entendido como el escenario donde se gestan los acuerdos y desacuerdos del derecho constitucional fundamental de nuestros días, donde el concepto de Estado constitucional cobra vida:

El Estado constitucional no es, pues, una forma de Estado tan solo. Las formas del Estado, como las de gobierno, se contienen en la Constitución,

⁵¹⁸ AGUILÓ (2004), (p. 109). AGUILÓ, J. (2004). *La Constitución del Estado constitucional*. Colección pensamiento jurídico contemporáneo. Palestra Editores, Editorial Temis. Lima, Perú. Bogotá, Colombia.

⁵¹⁹ La Constitución en sentido normativo es entendida en su concepción formal, es decir desde los contenidos de sometimiento del poder supremo u absoluto, por unos límites al ejercicio del mismo impuesto en la misma Constitución, como forma para legitimar el poder político tal como lo evidencia GRIMM (2006): <<La constitución en sentido normativo es un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII que, tras derribar el poder estatal monárquico, tradicional y auto legitimado, se hallaban ante la tarea de erigir un poder nuevo y legítimo. Con todo, más factores apuntaban en la dirección de la constitución: en la filosofía social de la época>>. (p.28). GRIMM, D. (2006). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Traducción de Antonio López Pina. Editorial Trotta, Madrid, España.

como se verá; representan una opción por la que se decide el poder constituyente que, lógicamente, comporta efectos en la propia vida del Estado concreto. El Estado constitucional es el Estado en sí, el Estado como ordenamiento jurídico que no solo rige la comunidad política sino que la “constituye”. De ello se derivan, obviamente, una serie de consecuencias sin las cuales la idea del Estado constitucional se deteriora y acaba por construir una ficción⁵²⁰.

En este entendido lo trascendental del establecimiento del constitucionalismo como teoría y práctica del Estado constitucional es la maleabilidad del derecho público fundamental, frente al ejercicio de la cultura jurídica⁵²¹ y de la política sustentada y soportada desde el texto mismo de la Constitución.

Proponiendo una cabida de cambio y evolución constante que supera los mecanismos tradicionales de reforma a la Constitución, pues su debate no se centra exclusivamente en discusiones jurídico- políticas sino en empoderar en <<verdaderas herramientas de interpretación y construcción constitucional a partir de la misma actividad judicial>>, no solo en *la judiciabilidad de los derechos fundamentales* sino en la preponderancia de sus garantías⁵²² de protección entregadas al mismo ciudadano o destinario

⁵²⁰ SÁNCHEZ, (1993), (p. 230). SÁNCHEZ, R. (1993). *Introducción al Estado constitucional*. Editorial Ariel. Barcelona, España.

⁵²¹ Es importante destacar al respecto de un constitucionalismo en la concreción de una <<cultura jurídica>> abierto a la misma sociedad, frente a los posibles problemas que las diferencias al reconocimiento de derechos y libertades pueden ocasionar, las reflexiones presentadas por DENNINGER & GRIMM (2007): <<Una diferenciación social entre grupos de personas puede afectar a las libertades tuteladas por la Constitución cuando provoca la distribución desigual de las condiciones que hacen posible el disfrute efectivo de la libertad. (...) en el espacio en el que se construye la personalidad y respecto del cual esta toma posición. La pérdida del contexto cultural, incluso cuando el individuo se ha situado en confrontación con él, puede causar graves daños, que pueden luego procesarse de modo constructivo o destructivo>>. (pp. 57-58). DENNINGER, E. & GRIMM, D. (2007). *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Traducción de Ignacio Gutiérrez. Editorial Trotta. Madrid, España.

⁵²² Desde la concepción de FERRAJOLI (2006), en la determinación de unas técnicas de garantía y procedimiento para el derecho en el Estado constitucional, al indicar que los derechos fundamentales operan como medios para una fin específico: <<En efecto, el derecho

de los derechos constitucionales de primer orden. <<todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si éstas no han sido producidas (...) —es decir, en ausencia de garantías fuertes, tanto primarias como secundarias— tales derechos son destinados a permanecer en el papel. >>⁵²³

La superación por un modelo fuerte de protección de los derechos fundamentales desde el establecimiento de las garantías de los derechos pone de presente en el Estado constitucional, un paso hacia adelante del denominado Estado social de derecho que en la vista colombiana parece apenas a llegar a una etapa de <<juventud>>, según muestra el desarrollo de la Constitución Nacional de Colombia de 1991: <<la aplicación de la Constitución de 1991, y al jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha conducido a la constitucionalización de las diversas ramas del derecho. Las reglas, valores y principios constitucionales han irradiado todo el ordenamiento jurídico colombiano>>⁵²⁴.

En el desarrollo de un verdadero *Estado constitucional de derecho* las disposiciones iusfundamentales han cobrado un papel predominante en la determinación de esta forma de entender todo el sistema jurídico, y la importancia radica no solo en la extensa consagración de los derechos en los catálogos normativos de la Constitución, sino como el juez a través de las

es solo una forma y una técnica de garantía, a la que se pueden atribuir los contenidos más dispares, y del que la teoría diseña únicamente la sintaxis. El derecho no es un fin en sí, al ser sus fundamentos axiológicos siempre externos o hetero-poieticos respecto de sí mismo y los valores por el tutelado —justos o injustos, compartidos o no compartidos— algo diferente de la forma jurídica por medio de la cual se produce la tutela». (p.43). FERRAJOLI, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Traducción de Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid, España.

⁵²³ FERRAJOLI, L. (2006), (p. 30). Ibíd.

⁵²⁴ MONROY CABRA (2007), (p. 243). MONROY CABRA, M. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Colección textos de jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.

herramientas de la interpretación y argumentación jurídica construye escenarios para una real y concreta *interpretación y argumentación iusfundamental principalista*, en el escenario judicial de los derechos en serio haciendo alusión a DWORKIN con el título del texto que abriría el debate contemporáneo sobre la idea misma del derecho y del derecho de raigambre constitucional.

De conformidad a lo anterior, entendiendo que el Estado constitucional dentro de la teoría del constitucionalismo, nuevo constitucionalismo⁵²⁵ o más popularmente conocido como neoconstitucionalismo, si bien su papel protagónico está en mostrar una teoría jurídica del Estado constitucional no renuncia en sentar las bases de su teoría política, esta es en determinar los cimientos para el establecimiento de la *democracia constitucional* en el ejercicio dinámico, medido y controlado del poder constituyente. Apoyando frente a los límites en la aplicación de los derechos fundamentales⁵²⁶ no solo en la actividad

⁵²⁵ Lo constante en las tres acepciones de la moderna concepción del paradigma constitucional, constitucionalismo, nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo, es la de encontrar las respuestas a los problemas acuciantes del derecho y la democracia, en el ámbito social, así lo deja demostrado, el profesor RODRÍGUEZ (2002), frente al nuevo constitucionalismo: <<El nuevo constitucionalismo, en su caracterización social, pretende consolidar un nuevo sistema de Estado, aunque este solo sea posible a largo plazo, mediante un cambio en los valores y actividades o la institucionalización de patrones de comportamientos más democráticos. En esta forma la elección de los gobernantes constituye el núcleo fundamental de la democracia, cuya viabilidad no conlleva en forma alguna la democratización económica y política, pues sigue siendo eminentemente formal teórica>>. (p.220). RODRÍGUEZ, J. (2002). *El nuevo constitucionalismo frente al Estado y frente a los ciudadanos*. Universidad Autónoma de Colombia. Sistema Universitario de Investigaciones. Bogotá, Colombia.

⁵²⁶ Como reivindicación de un derecho que se piensa y se construye a partir de la Constitución la idea de mirar a los derechos fundamentales como principios en su construcción estructural de normas en el Estado constitucional, va a ser validada por JAN SIECKMANN (2011). Para él la posición dogmática de los derechos fundamentales⁵²⁶ va a cobrar un papel fundamental en el Estado constitucional con apoyo material de concreción a una teoría principalista dentro del paradigma del constitucionalismo: <<Los derechos fundamentales constituyen un elemento central del El Estado constitucional democrático. Su garantía y

jurisdiccional que es uno de los aspectos más relevantes del constitucionalismo como teoría y práctica del Estado constitucional, sino en la observancia de los demás poderes públicos:

Como consecuencia de que el Estado constitucional —esto es, el Estado que surge de la democracia constitucional— implica la juridificación de la democracia, aparece la necesidad de concebir jurídicamente —y, por ello, limitadamente— a la propia soberanía ³⁶ en su ejercicio constitucionalizado, sin por ello contradecir el carácter absoluto de la soberanía en su ejercicio constituyente sin el cual, desde luego, se rompería la tensión entre democracia y constitucionalismo a favor del control del poder sin legitimidad del pueblo. De esta forma, como se ha hecho referencia, se produce la síntesis entre democracia y soberanía, ambas consagradas en la norma jurídica fundamentadora del pacto social, la Constitución, aunque ninguna de ellas dependiente de esta consagración, puesto que corresponden a hechos políticos y, por lo tanto, preconstitucionales⁵²⁷.

aplicación judicial, sobre todo por el Tribunal Constitucional Federal, ha modificado la estructura y el contenido del ordenamiento jurídico Alemán, y ha suscitado a si mismo problemas metodológicos específicos y conflictos latentes o abiertos entre el legislador respaldado por una legitimación democrática directa, y la jurisdicción constitucional. Esos problemas no aparecen solo en el derecho alemán, sino que surgen en todos los Estados constitucionales donde los derechos fundamentales pueden hacerse valer judicialmente y existen derechos revestidos de la primacía de la Constitución>>. (p.17). Ibíd.

⁵²⁷ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). *El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo*. En: Revista General de Derecho Público Comparado. N°. 11. pp.1-15. (p.13).

5.2. DIÁLOGOS JURISDICCIONALES EN LA GARANTÍA SECUNDARIA DE PROTECCIÓN DE LAS NORMAS IUSFUNDAMENTALES: MARCO ESPAÑA, COLOMBIA E ITALIA

La garantía secundaria de protección es aquella que se ejerce directamente en el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, se configura en *la tutela judicial efectiva* en el sistema jurídico de España y en *el derecho de acceso a la administración justicia* en el sistema jurídico colombiano. La Constitución de España en su artículo 24.1 establece: <<todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión>>.

Por su parte la Constitución de Colombia en su artículo 229. Dispone: <<Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado>>.

En este orden conceptual, una lectura exegética y literalista no llevaría a mayores problemas de interpretación, solo con la exclusiva aplicación del derecho en términos eminentemente subsuntivos, o silogísticos. La complejidad en la interpretación de las normas iusfundamentales cambia a una intensidad alta a grave, o más bien en palabras de ATIENZA de ser una caso fácil a convertirse en un caso difícil⁵²⁸, o como particularmente el profesor español llama caso trágico⁵²⁹, por la inevitable interpretación de la

⁵²⁸ ATIENZA (2012, p. 24). Considera un caso difícil cuando, la resolución de una controversia jurídica particular, lleva al juez a una valoración más allá de la simple inferencia lógica de las premisas, o de los argumentos a favor o en contra de determinada norma a aplicar. ATIENZA, M. (2012). *Tras la justicia*. Editorial Ariel. Barcelona, España.

⁵²⁹ Además de la existencia de los casos fáciles y casos difíciles, Atienza establece una nueva conceptualización sobre ellos, que denomina caso trágico que se configura en los planos de la aplicación de los mandatos constitucionales y las normas de la Constitución, en particular los derechos fundamentales. Estos desarrollos teóricos pueden ser consultados en: ATIENZA, M.

norma a concretizar desde una lógica creadora de la misma función judicial, el derecho como creación judicial o la creación judicial de los derechos.

La creación judicial del derecho, se justifica primero conceptualmente desde una <*teoría de la interpretación*> como procedimiento o método creador de la misma norma que busca interpretar el juez como actor participante>, para finalmente, desde la práctica judicial, tutela judicial efectiva en España y jurisdiccional, del ámbito de protección del juez de amparo o constitucional de tutela en Colombia⁵³⁰ en la garantía del derecho, cuando resulte insuficiente tanto los ámbitos de protección positivos o normativos del tipo reglado y de la consagración de cláusulas o garantías en los textos constitucionales:

Si la interpretación nunca tiene como resultado proposiciones susceptibles de verdad o falsedad y dado que las proposiciones jurídicas presuponen la actividad interpretativa –la atribución de significado a determinadas formulaciones normativas–, entonces la tesis lógica del escepticismo es adecuada y ello conlleva la tesis jurídica: nunca hay respuesta correcta para ningún caso, esto es, los jueces siempre crean y nunca aplican el derecho a los casos concretos⁵³¹.

En los planos judiciales la creación judicial se torna en la posibilidad no única y exclusivamente creadora de la norma y del derecho a aplicar por parte del juez, sino de las particularidades de la incorrecta aplicación de las técnicas y de los precedentes por parte de los operadores jurídicos. Tanto en España como en Colombia, existe un tópico que une los dos sistemas

(1997). *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*. Isonomia. N. 6. pp. 7-30.

⁵³⁰ Desde el escenario del Estado constitucional colombiano, hemos realizado un trabajo tendiente a la recepción de las teorías del constitucionalismo europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Colombia, en: BECHARA, A. (2011). *Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy*. En: Revista Saber Ciencia y Libertad. V. 6, N°. 2: 63-76.

⁵³¹ MORESO, J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. España. (p. 212).

jurídicos, en cuanto a la necesidad de *judicialización creadora del derecho* por parte de los Tribunales Constitucionales, nos referimos a la suficiencia en la motivación de la decisión judicial, la justificación argumentativa del juez, que lleva a inclinar la balanza de su sentencia en uno u otro sentido.

En el sistema jurídico colombiano en general, y en el sistema constitucional en particular, el desconocimiento del precedente por parte del juez o el operador jurídico configura una causal de procedibilidad o procedimiento para impetrar ante el juez constitucional de tutela en primera instancia, una acción de tutela especial que en Colombia se ha estructurado como la tutela contra sentencia judicial o tutela por vía de hecho. <<Esta causal de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales es muy importante, pues en últimas, además de la violación del debido proceso, involucra el derecho a la igualdad de trato jurídico, un derecho sucesivamente pisoteado en Colombia>>⁵³².

En este orden de ideas, la jurisprudencia juega un papel preponderante especialmente la jurisprudencia constitucional, desarrollada por los Tribunales Constitucionales cuando de amparar un derecho fundamental se trata. La idea de la jurisprudencia como enlace entre las normas tipo regla y las normas tipo principio, o más bien como conector material entre la Constitución y la ley. Cobra un especial sentido en el Estado constitucional⁵³³ contemporáneo.

⁵³² QUINCHE, M. (2013). *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. Octava edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. (p. 204).

⁵³³ <<Interpretar la Constitución no puede entenderse jamás como la tarea consistente en interpretar una norma en el sentido de una formulación normativa (este concepto de constitución es compatible con el de constitución formal, pero no lo presupone), sino más bien la de interpretar una práctica social con el fin de llegar a determinar la norma o normas que permitan dar cuenta de la misma>>. (p.439). AGUILÓ, J. (2001). *Sobre la constitución del estado constitucional*. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N. 24. pp. 429-458.

La jurisprudencia permite así, que la aplicación de los derechos fundamentales que encuentren algún tipo de conflicto⁵³⁴ o tensión con la aplicación de un régimen o estatuto legal concreto, posibilite al juez o tercero autorizado para dirimir los conflictos que se generen en las relaciones entre los particulares y la obligación de administrar justicia en el caso particular, establezca los márgenes válidos para tomar la decisión jurídica correcta.

Ilustraremos con dos ejemplos. En España, la Sentencia 101 de 1990 del Tribunal Constitucional, citada y mencionada por la doctrina española,⁵³⁵ lleva a pronunciarse sobre el recurso de amparo, derogando decisiones anteriores y declarando el derecho al accionante, peticionario o recurrente ante el juez constitucional, en declarar la vulneración y afectación del derecho al honor, ya que los derechos fundamentales nunca pueden entenderse de manera absoluta, solo puede limitarse en su aplicación cuando vulneran o lesionan otros derechos fundamentales. Siendo realmente lo ocurrido en la Sentencia 101 de 1990 del Tribunal Constitucional. Ya que la lesión se dio por los comentarios expresados por un periodista, que reivindicaba la persecución nazi hacia los judíos, en contra de una mujer cuyos familiares, habían fallecido en un campo de concentración en Auschwitz. Los derechos fundamentales en los que el periodista soportaba sus dichos, eran los consagrados el 16 CE. Libertad ideológica y el 20.1 CE. Libertad de expresión.

⁵³⁴ Sobre los conflictos constitucionales se destaca la propuesta de MARTÍNEZ ZORRILLA en el contexto de la cultura jurídica de España, su trabajo se centra en distinguir tres tesis sobre la conceptualización de los conflictos constitucionales y las formas de su abordaje teórico, en aras de establecer respuestas a la problemática en la solución por parte del Tribunal Constitucional. (pp. 68-69). MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Editorial Marcial Pons. Madrid, España.

⁵³⁵ La Sentencia 101 de 1990 del Tribunal Constitucional Español, es analizada con mayor rigurosidad y amplitud conceptual por Atienza (2012), (p. 41). En: ATIENZA, M. (2012). *Tras la justicia*. Editorial Ariel. Barcelona, España.

La Constitución de Colombia en su artículo. 13. <<Consagra una protección especial, a aquellas personas que por su condición mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta>>. Es el caso de LUCIA, recurrente de un amparo constitucional que busca, que se le declare su derecho a la sustitución pensional de su madre, por su condición especial de debilidad manifiesta, contendida en una enfermedad mental de carácter permanente. A diferencia del caso español, el juez no actúa como Tribunal Constitucional, sino como juez unipersonal de tutela.

La complejidad en el proceso de resolución del caso, y de la posterior decisión judicial de primera instancia, se da; porque la *falla argumentativa del juez*, configura la incorrecta aplicación de los precedentes o sub-reglas constitucionales, que integran el sistema de fuentes en Colombia en virtud del artículo. 230. Constitucional. El error principal de fundamentación está en la aplicación de la *Sentencia T-471 de 2014*. El juez de primera instancia, confunde las instituciones jurídicas-procesales, de procedibilidad o requisito de procedibilidad de la acción de tutela, para conceder el amparo, por sustitución pensional a hijo invalido. Cuando la verdadera institución mencionada en el precedente de Tutela de la Honorable Corte Constitucional, configura son los requisitos para declarar y conceder de manera plena la pensión de sobrevivientes a favor de hijo inválido. Donde no se requiere recurrir ante otra instancia judicial. Imponiendo finalmente el juez constitucional de amparo, *cargas adicionales* que invierten las garantías secundarias de protección de los derechos fundamentales, prolongando el déficit de tutela judicial efectiva. Dilatan el cumplimiento del derecho de acceder a la correcta y veraz administración de justicia en Colombia. 229. Constitutional.

5.3. LA INTERPRETACIÓN SUPRAESTATAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el escenario de la contemporaneidad de los derechos, entendido este marco como aquel donde los derechos fundamentales, buscan alcanzar un refuerzo adicional de garantía y protección, más allá de los ordenamientos internos, y de los Estados mismos donde se ejerce jurisdicción y competencia, sobre la efectividad de los mismos.

Este ámbito de aplicación, plantea una <<interpretación supraestatal de los derechos fundamentales>>, a partir precisamente de las jurisdicciones internacionales, que construyen una doctrina global para la construcción normativa, de los enunciados jurídicos. Este contexto de interpretación, permite de identificar problemas en los márgenes internos de los derechos, y así, con la influencia internacional, presentar un universo más nutrido, en cuanto a posibles respuestas, a dificultades en la determinación de las disposiciones jurídicas. <<En este sentido, considerar las fuentes del Derecho Internacional significará conocerlas, invocarlas y aplicarlas correctamente. Esto último implicará para el juez nacional seguir una serie de criterios, pautas de reflexión y líneas argumentativas>>⁵³⁶.

La concepción clásica sobre las relaciones entre la jurisdicción internacional, y sus implicaciones con el derecho interno era planteada desde la teoría dualista y monista⁵³⁷. Sobre las cuales podría existir una

⁵³⁶ AGUILAR CAVALLO, G. (2007). *La internacionalización del Derecho Constitucional*. Estudios Constitucionales. Vol. 5, núm. 1, pp. 223-281. (p.225).

⁵³⁷ <<La concepción clásica plantea el derecho internacional como una pirámide normativa yuxtapuesta a la estatal: es, por tanto, una teoría dualista. En cambio la teoría pura del derecho - partiendo de sus presupuestos filosóficos neokantianos – sostiene que todo el ordenamiento jurídico debe culminar en una única norma fundamental. No admite, pues, dos ordenamientos yuxtapuestos, dado que cada uno de ellos tendría que culminar en una norma fundamental diferente>>. LOSANO, M. (2005). *Derecho turbulento. En busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 28. pp. 159-182. (166-167).

interdependencia entre las normas de derecho internacional, sobre las disposiciones de los Estados parte, o desde una visión monista la interacción se daba precisamente, con la inclusión de las Constituciones⁵³⁸, como expansión precisamente del ordenamiento nacional. <<La práctica y la jurisprudencia se niegan a admitir que el Derecho Interno y el Derecho Internacional sean sistemas jurídicos separados, (...) A su vez, hay una tendencia generalizada en el Derecho Constitucional comparado a admitir la incorporación automática>>⁵³⁹.

En este orden de argumentos, la interpretación supraestatal de los derechos fundamentales, plantea la idea de Constitución en un sentido no territorial, no circunscrita geográficamente a un territorio o Estado⁵⁴⁰ en particular, lo que establece una reconceptualización del entendido y alcance contemporáneo de la misma constitucionalización de los derechos:

La idea de Constitución alarga el paso cada vez más hacia el ámbito internacional; por otro lado, no, porque la idea de Constitución sigue siendo necesaria, precisamente también bajo circunstancias modificadas, en su forma que se nos confía hoy como *idee directrice*. Dicho de forma simplista: una nueva orientación espacial aflora, pero no una nueva orientación básica material. ¡Hoy, por el contrario, hay que traer al mundo la idea de Constitución, esto es, las exigencias fundamentales en que se basan las

⁵³⁸ <<El hecho de que un determinado Estado se regule por un sistema dualista o monista no dependen de lo que establezcan las normas internacionales o el derecho internacional de los derechos humanos; es el derecho constitucional de cada país, como norma máxima de un ordenamiento jurídico interno, el que finalmente adopta una opción por uno u otro sistema>>. HENDERSON, H. (2004). *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*. Revista IIDH, vol. 39, pp. 71-99. (p. 74).

⁵³⁹ NOGUEIRA, H. (1993). *Constitución y derecho internacional de los derechos humanos*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 20. pp. 881-895. (p. 882).

⁵⁴⁰ <<Si bien la soberanía es delimitada en el propio ámbito constitucional estatal, no es menos cierto que las relaciones internacionales limitan y clasifican a los estados, otorgando su *status* y reconocimiento internacionales como tales en los respectivos organismos mundiales y regionales como la ONU>>. DUEÑAS MUÑOZ, J. (2007). *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 20. Universidad de Valencia. pp. 1-31. (pp. 5-6).

actuales Constituciones del Estado constitucional y también darles validez a escala supraestatal!⁵⁴¹

Esta nueva concepción además, de interpretar los alcances de la Constitución por fuera de la territorialidad del Estado, ha llevado consigo tambien, al cambio de postulados y principios rectores del derecho constitucional, que son extendidos en cuanto a sus alcances, no solo en los planos dogmáticos y conceptuales, sino, en sus esferas de aplicación material y efectividad plena. <<La efectividad de las normas sobre derechos humanos consagradas en los instrumentos internacionales es un estándar normativo sobre derechos individuales que fijan un cierto patrón de conducta al Estado, que debe ser concretizado en cada caso concreto>>⁵⁴².

Nos referimos en particular al alcance del principio de supremacía normativa de la Constitución, o supremacía constitucional. Dicho principio, establece un margen amplio en la constitucionalización internacional, y en la influencia de las jurisdicciones internacionales, sobre el derecho interno⁵⁴³ de los derechos fundamentales. Este fenómeno ha sido referenciado por Ricardo HARO:<<El principio de la supremacía constitucional, ha dejado de pertenecer originaria y exclusivamente a la

⁵⁴¹ BIAGGINI, G. (2003). *La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización?* Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 7, pp. 43-75. (pp. 74-75).

⁵⁴² NASH, C. & NÚÑEZ, C. (2017). *Recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencias comparadas y el caso chileno.* Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XLX, Núm. 148, pp. 185-231. (p. 201).

⁵⁴³ En el escenario colombiano son tres las formas de integrar las normas internacionales a la jurisdicción interna. Esta forma de supra interpretación, ha sido referenciada en nuestra cultura jurídica, por Maria Angelica PRADA: <<Las normas de derecho internacional pueden ser integradas al sistema jurídico colombiano de tres maneras: (i) con rango constitucional; (ii) con rango supralegal; o (iii) con rango de ley. La regla general es que el derecho internacional adquiere el rango de ley en el sistema jurídico colombiano, a menos de que la Constitución disponga lo contrario>>. PRADA, M. (2013). *La integración del derecho internacional en el sistema colombiano, Protección multinivel de derechos humanos.* Manual, Madrid, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, pp. 365-391. (365-366).

Constitución, (...) Por lo tanto, ya no se puede seguir identificando el mencionado principio solamente con la Constitución de un Estado>>⁵⁴⁴.

El rompimiento del principio de la supremacía normativa de la Constitución, en el entendido que existe un ordenamiento jurídico que está por encima jerárquicamente hablando que la misma Norma Fundamental de un Estado soberano, propone el debate en cuanto a las fuentes del derecho pensadas, para los Estados nacionales del siglo XIX y XX, de la Europa occidental, que han presentado sus influencias y recepciones en el ámbito latinoamericano.

La identificación de nuevas fuentes y nuevas jurisdicciones, establece unas consecuencias materiales, en cuanto a los ámbitos de aplicación interno de los derechos fundamentales, dando una ruptura simbólica al esquema piramidal del derecho, de origen *Kelseniano*.

Construyendo además, dicha relación una conceptualización por el derecho de las grandes codificaciones, que precisamente es hegemónico en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX, por el derecho de las organizaciones internacionales, las cuales adoptaron sus órganos jurisdiccionales supraestatales.

Este modelo supraestatal busca generar un espacio de construcción armónica, desde una configuración supranORMATIVA, como generadora de nuevas dispociones jurídicas para el beneficio de sus destinatarios reales. La conformación de dicha “supranORMATIVIDAD” nunca podría entenderse como excluyente de los escenarios internos de producción normativa, desde la misma génesis del derecho legislativo de los Estados.

⁵⁴⁴ HARO, R. (2006). *Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales*. Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina (Edición especial) N°.6. pp. 173 – 187. (p.178).

Desde el escenario eminentemente internacional, la interpretación⁵⁴⁵ supraestatal permite la vinculación interna⁵⁴⁶, de los principios del *ius cogens*⁵⁴⁷, lo cual es relevante desde el destinario mismo de las normas, debido a que son reforzadas con criterios jurídicos, provenientes de tratados sobre derechos humanos. <<La supremacía de la Constitución no se desvirtúa por la existencia del Derecho Internacional o del Derecho comunitario porque los tratados sólo son válidos si se sujetan a lo que la Constitución dispone>>⁵⁴⁸.

La misma Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948, la cual no es vinculante jurídicamente solo a través de los Pactos Internacionales, dando una apertura en el sentido “desterritorial”, con quienes deben adherirse a la potestad de vinculación

⁵⁴⁵ <<la interpretación de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución de conformidad con los tratados internacionales puede tener como resultado la incorporación a su contenido de dimensiones novedosas no expresamente contempladas en el texto constitucional que pueden articularse como “nuevos” derechos>>. CUENCA, P. (2012). *La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la constitución española*. Revista de Estudios Jurídicos nº 12. (Segunda Época). Universidad de Jaén (España). pp. 1-24. (p. 8).

⁵⁴⁶ <<La efectividad doméstica de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos depende crucialmente de la recepción de sus fuentes en el derecho interno. Las condiciones de esta recepción son definidas autónomamente por los Estados, en donde cada uno determina el mecanismo a través del cual implementa a nivel local sus compromisos internacionales y la jerarquía que les otorga en el sistema de fuentes del derecho>>. LÓPEZ MEDINA, D. & SÁNCHEZ MEJÍA, A. (2008). *La armonización del derecho internacional de los Derechos Humanos con el derecho penal Colombiano*. Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 12, pp. 317- 351. (p.320).

⁵⁴⁷ <<El gran salto cualitativo que conoció el derecho internacional público a lo largo del siglo XX, fue haber pasado de un derecho exclusivamente interestatal a uno cuyo protagonista, cada vez más, es el individuo>>. RAMELLI, A. (2004). *Sistema de fuentes del derecho internacional público y bloque de constitucionalidad en Colombia*. Cuestiones Constitucionales, núm. 11, pp. 157-175. (p. 171).

⁵⁴⁸ MONROY CABRA, M. (2008). *El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional*. Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Vol. 1. pp. 107-138. (110-111).

normativa, más alla de la noción de vinculación entre ciudadano y el estatus de ciudadanía:

El hombre, la persona humana, es desde hace cincuenta años, exactamente, un ciudadano del mundo, un sujeto que es y debe ser reconocido internacionalmente y que, como tal, goza del derecho de acceso a jurisdicciones supraestatales. Tiene acceso a Cortes, Comisiones, a organismos interamericanos, regionales, mundiales o universales⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹ CEA EGAÑA, J. (1997). *Los tratados de derechos humanos y la Constitución política de la República*. Ius et Praxis, Vol. 2, Núm. 2, 81-92. (p. 85).

5.4. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: UN SISTEMA JURÍDICO PARA LA INTEGRACIÓN Y UNIDAD NORMATIVA

La Unión Europea como *sistema integrado de justicia supranacional* y supraestatal converge en la idea, de una verdadera integración de los Estados miembros, una integración que no sea en estricto sentido económica, o comercial. Una convergencia que transcienda al sentido jurídico clásico de *unidad normativa* desde la *perspectiva kelseniana*, o desde la propuestas de los teóricos normativistas que la Europa continental, gesto como teorías que fueron concebidas con grandeza para la “humanidad jurídica”. “Aun siendo inexistente en la actualidad un acabado sistema jurídico de articulación global de estos ordenamientos, todas las Constituciones poseen fundamentos jurídicos suficientes para permitir su coexistencia con los ordenamientos europeos constituidos mediante Tratados internacionales”⁵⁵⁰.

Una norma que integrara todas las normas, la Constitución misma de la comunidad de naciones, donde múltiples y plurales culturas se adecuaran a un margen de acción especial para configurar sus normas fundamentales. En palabras de GARCÍA de ENTERRÍA esta propuesta *integrativa constitucional*, tiene un origen netamente occidental. <<El sistema que hace dos siglos asumieron todos los Estados occidentales para formar unidades políticas capaces de servir de manera efectiva a los valores de la libertad, la igualdad y la solidaridad, el sistema de una Constitución>>⁵⁵¹.

⁵⁵⁰ RODRÍGUEZ, C. & VALLE, A. (1997). *El derecho comunitario y las relaciones entre el tribunal de justicia de las comunidades europeas, el tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales*. Revista de Derecho Comunitario Europeo. Año. 1. N°. 2. pp. 239-376. (p. 330).

⁵⁵¹ GARCÍA de ENTERRÍA, E. (1995). *El proyecto de Constitución Europea*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 15. Núm. 45. Septiembre-Diciembre. pp. 9-29. (p. 11).

La integración como *organización*⁵⁵² tambien constituye un punto de partida importante, para la configuración y éxito de sistemas supranacionales o supraestatales, término acuñado por FERRAJOLI, como *el constitucionalismo más alla del Estado*⁵⁵³. Y que ha sido ampliamente explicado por el profesor italiano a través de un paradigma del constitucionalismo contemporáneo igualmente concebido, como *constitucionalismo global* o tambien denominado *constitucionalismo de derecho internacional*:

La primera indicación es la hipótesis del *totus orbis* –de la humanidad como punto de referencia unificador en lugar de los viejos Estados –que hoy puede realizarse a través de la elaboración de un constitucionalismo mundial capaz de atribuir a las diferentes cartas de derechos fundamentales, de las que dispone ya la humanidad internacional, aquellas garantías jurídicas cuya ausencia genera ineffectividad⁵⁵⁴.

La organización resulta vital para la coexistencia con múltiples *subsistemas jurídicos* que son integrados por la jurisprudencia, directrices, resoluciones y opiniones consultivas que emanan de los órganos supraestatales de justicia a partir del contexto normativo de normas con pretensión de universalidad, o en palabras de BOBBIO como un *universalismo jurídico*. <<El universalismo jurídico resurge hoy, no ya como creencia en un eterno derecho natural, promulgado de una vez para

⁵⁵² <<Los principios de organización son guía y directiva para ordenar un subsistema jurídico, una institución o una función estatal. Así, el principio de las mayorías, el de separación de poderes, el de independencia del poder judicial o el de eficacia y neutralidad de la Administración. Suelen constituirse como norma básica de los diversos subsistemas jurídicos o ser elemento decisivo para la aplicación e interpretación en varios de ellos, al mismo tiempo>>. PESES-BARBA, G. (1995). *Desacuerdos y acuerdos con una obra importante: epílogo [El derecho dúctil: ley, derechos, justicia]*. Trotta. Madrid, España. (p. 171).

⁵⁵³ FERRAJOLI, L. (2018). *El constitucionalismo más alla del Estado*. Editorial Trotta. Madrid, España.

⁵⁵⁴ FERRAJOLI, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Séptima edición. Madrid, España. (p. 152).

siempre, sino como voluntad dirigida a constituir un único derecho positivo, que reúna todos los derechos positivos existentes>>⁵⁵⁵.

En este orden conceptual, es transcendental distinguir entre cooperación e integración, ya que se suele relacionar el término cooperación para calificar sistemas de justicia supraestatales que convergen en la generalidad y coexistencia de unos Estados miembros que confieren competencia y jurisdicción a un Tribunal o Corte para que administre la justicia de esas “naciones y pueblos” con alcances internacionales.

Así, el término concreto para determinar el sentido real de la *integración jurídica*, no debe justificarse en una cooperación mancomunada y de coexistencia, sino más bien, en unos fines y objetivos “de todos y para todos” a construirse en el tiempo, lo que según la profesora española María ALCOCEBA puede relacionarse más con el procedimiento de integración supraestatal y supranacional de Europa. <<El modelo europeo se ha articulado tradicionalmente sobre un modelo diferente del de las organizaciones internacionales clásicas: un modelo de integración. Ese principio ha sido su axioma fundador, el punto de partida de todo su ordenamiento jurídico>>⁵⁵⁶.

Esa articulación del modelo europeo como escenario para la construcción de la igualdad⁵⁵⁷, ha sido posible por la existencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea El TJUE. Dicho Tribunal supera el

⁵⁵⁵ BOBBIO, N. (2016). *Teoría general del derecho*. Quinta edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. (p. 235).

⁵⁵⁶ ALCOCEBA, M. (2008). *La reorientación estatalista del proceso de integración europea*. Revista de Derecho, No. 29, pp. 267-288. (p.271).

⁵⁵⁷ <<Las numerosas limitaciones que presentaba el enfoque de la igualdad de trato fomentaron en los años ochenta y noventa, el uso de mecanismos poco utilizados en Europa hasta entonces como las acciones positivas y las cuotas, así como la aparición de políticas públicas de género en el ámbito de la Unión Europea>>. (p.14). BODELÓN, E. (2010). *Leyes de igualdad en Europa y transformaciones de la ciudadanía*. Derecho, Género e Igualdad. Vol. 1. pp. 9-26.

concepto de *justicia convencional*⁵⁵⁸, ya que no es simplemente la aplicación interna en los ordenamientos nacionales de un tratado o una convención, realmente es una construcción originaria, referida así, en palabras del profesor italiano Antonio LA PERGOLA pues logra aplicar la “disposición externa” al interior del ordenamiento concreto.<<El ordenamiento comunitario que el Tribunal europeo configura se integra en los ordenamientos de los Estados miembros, y al mismo tiempo es, respecto de éstos, autónomo, en cuanto no encuentra su fundamento en ninguna fuente jurídica estatal>>⁵⁵⁹.

El escenario del TJUE en la práctica de todos los tratados y acuerdos que le dan aplicabilidad desde los inicios⁵⁶⁰ de su configuración, puede desarrollar su convergencia supranacionalidad y nacionalidad/ supraestatalidad y estatalidad. Gracias a dos principios. (i). El primero de ellos el principio de supremacía comunitaria, y (ii). El segundo el principio

⁵⁵⁸ <<El control de convencionalidad permite a los órganos internacionales interpretar los actos internos de los Estados parte a la luz de la convención. Este fenómeno permite hablar desde la perspectiva internacional de la “constitucionalización del derecho internacional”, entendido como la construcción de un orden jurídico constitucional fundado en el respeto por los Derechos Humanos consagrados en el Derecho Internacional>>. TOBO, J. (2012). *La corte constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Editorial Ibáñez. Cuarta Edición. Bogotá, Colombia. (p. 161).

⁵⁵⁹ LA PERGOLA, A. (1999). *Constitución e integración europea: la contribución de la jurisprudencia constitucional*. Cuadernos de Derecho Público. Núm. 6, pp. 11-36. (p. 13).

⁵⁶⁰ <<Desde el Tratado de París (1951) la construcción de Europa ha sido concebida en términos de realización de objetivos (Preámbulo del Tratado CECA). La paulatina y necesariamente pragmática traducción de tales metas en Derecho y políticas comunitarias no ha discurrido linealmente y sin controversia; ello se explica, dado que la conformación de un orden supranacional debía ser conciliada con la preservación de los Estados. La integración dirigida a los fines establecidos en los Tratados, primero, de crear un mercado común, y, a renglón seguido, de realizar la Unión Monetaria ha llevado la expansión comunitaria al campo de acción histórico de los Estados, dando lugar, de un lado, a consiguientes conflictos de competencia entre los mismos y la Comunidad Europea, y, de otro, simultáneamente, a la difuminación competencial de la responsabilidad pública por el bienestar de los ciudadanos>>. LÓPEZ PINA, A. (1998). *Las tareas públicas en la unión europea*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, vol. 2, no 4, pp. 353-388. (p. 355).

de la eficacia directa de las decisiones del TJUE. El principio de la supremacía del derecho común europeo, demuestra en la realidad la aplicabilidad de la jurisprudencia construida en Tribunal de justicia más alla de las naciones mismas, donde se va a aplicar con la integración dualista al sistema jurídico que pertenece a ese sistema comunitario jerárquico.

Estas formas de integración normativa, tambien pueden construirse desde una *metodología pedagógica*, en la misma función de integrar la nueva redacción y gestación de las Constituciones y Normas Fundamentales, así como las leyes internas a partir de la congruencia, coherencia e integración supra-jerárquica, con los ordenamientos y sistemas jurídicos internos. Esta forma de integración normativa, ha sido ampliamente referenciada por Lucio PEGORARO en el contexto del derecho comunitario europeo.

Naturalmente, redactar Constituciones y legislaciones no puede ser más realizado sin tomar en cuenta la normativa supraestatal (tratados y legislaciones secundarias, donde existe, como en la UE), o el contexto de la cual deriva ella. Un ejemplo reciente es constituido de la obligación del presupuesto equilibrado, que se va imponiendo en Europa⁵⁶¹.

En referencia al caso de la Constitución de España⁵⁶² su Artículo 93, establece el mecanismo normativo para poder articular los dos principios

⁵⁶¹ PEGORARO, L. (2013). *Derecho nacional, derecho internacional, derecho europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes*. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Núm. 17. pp. 257-286. (pp. 267-268).

⁵⁶² lo reseñable es que el Tribunal Constitucional confirma que el artículo 93 constituye el fundamento de la vinculación de España a las Comunidades Europeas; luego, no es un precepto irrelevante a la hora de analizar o determinar si los actos de las Instituciones nacionales(una Ley de Cortes, un Decreto del Gobierno, ...) han respetado la distribución de competencia entre el Estado y las Comunidades europeas ejerciendo derechos de soberanía que ya no competen más el legislador español sino a las Instituciones comunitarias. MANGAS MARTIN, A. (1991). *La Constitución y la ley ante el derecho comunitario*. (Comentario a la STC 28/1991). *Revista de Instituciones Europeas* (18) Revista de Instituciones Europeas. Núm 18. pp. 587-623. (p. 598).

irradiadores del sistema de justicia de la Unión Europea. <<El artículo 93 señala el elemento formal que debe revestir el instrumento de conclusión del tratado de integración del Estado Español en una organización supranacional a la que se atribuya el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución>>⁵⁶³.

El segundo principio de *la eficacia directa de las decisiones del TJUE*, opera en el sentido que dicha jurisprudencia no debe tener un desarrollo interno, tanto en el nivel legislativo como en el poder judicial, para que esta pueda ser reflejada en *el sub-sistema jerarquizado* a partir del sistema superior del cual emana la providencia. En este orden, uno de los casos más recientes en España, en concreto sobre la aplicación de tal principio se evidencio en la doctrina del TCE, y las directivas provenientes del TJUE, sobre la *protección de datos*⁵⁶⁴ en los Estados miembros de la unión. Lo que pone de presente una *cuestión de inconstitucionalidad sobreviniente*⁵⁶⁵ de

⁵⁶³ BALLESTER, M. (1999). *Relación entre derecho comunitario y Constitución*. Revista de Derecho Político. Núm. 46. Pp. 105-148. (p. 117).

⁵⁶⁴ <<aunque el repertorio casuístico no se cierra con esto, me gusta especialmente el tema de la protección de datos de carácter personal, donde creo que se constata con claridad que es el TJUE el que ostenta la condición de garante objetivo, y por autonomía, del derecho fundamental. El TJUE tiene una sólida jurisprudencia basada en la Directiva y ahora también en los derechos de los arts. 7 y 8 de la Carta, una jurisprudencia que yo calificaría como de vanguardia y que contrasta con el esquemático tratamiento que el TC le ha dado a este derecho>>. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, M. (2016). *Pluralidad de jurisdicciones y tutela de derechos: los efectos de la integración europea sobre la relación entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 107, 117-150. (p. 141).

⁵⁶⁵ <<Los órganos judiciales podrán así aplicar en los procesos ante ellos planteados las disposiciones de los tratados internacionales que contengan derechos u obligaciones directas para los particulares, pudiendo plantear una cuestión de inconstitucionalidad si dudan de la constitucionalidad del tratado, bien por motivos intrínsecos bien extrínsecos, y su validez es relevante para la decisión del proceso>>. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M. (2001). *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*. Tesis Doctoral. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, España. (p. 64).

las normas que integran decisiones internacionales promulgadas por tribunales en uso de competencia y jurisdicción supralegal a los ordenamientos legales internos.

Estos dos principios logran establecer en la práctica de los Países que integran la comunidad europea, en una verdadera *sistemática jurídica de orden metajerárquico estatal*, esta perspectiva ha sido referenciada en el sistema jurídico español, a través de las propuestas teóricas de Ricardo ALONSO GARCIA:

Las actuales modulaciones teóricas al principio de primacía, ubicándolas en el texto, además, sistemáticamente, en lo que entiendo que es una operación de consolidación de la naturaleza constitucional múltiple y dialéctica del entramado constitucional europeo integrado por la Constitución Europea y las Constituciones nacionales y completado, en el terreno de los derechos fundamentales, por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁵⁶⁶.

⁵⁶⁶ ALONSO GARCIA, R. (2005). *Constitución española y constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 73, pp. 339-364. (pp. 347-348).

5.5. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EUROPA COMO SISTEMA JURIDICO SUPRAESTATAL DE PRINCIPIOS Y GARANTIAS

Europa como *sistema juridico supraestatal*, enfrenta varias encrucijadas, todas estas, específicamente tendientes a identificar los alcances constitucionales en el desarrollo de los derechos fundamentales, y en la misma Constitución como límite y orden al poder político de los Estados. «Aun siendo inexistente en la actualidad un acabado sistema jurídico de articulación global de estos ordenamientos, todas las Constituciones poseen fundamentos jurídicos suficientes para permitir su coexistencia con los ordenamientos europeos constituidos mediante Tratados internacionales»⁵⁶⁷.

Toda esa gran construcción del constitucionalismo de la segunda posguerra, ha germinado a lo largo de más de siete décadas, en la que la vasta producción jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales europeos, ha podido permear e irradiar los ordenamientos internos a tal punto, que sus desarrollos superaron las fronteras de los Estados miembros de la Unión, reclamando una constitucionalización común en la Europa de los derechos, *como un instrumento del orden constitucional europeo*⁵⁶⁸, conceptualización que ha sido referenciada desde la cultura jurídica española por Jose Luis CASCAJO:

No resultaba coherente seguir sosteniendo que los esquemas del constitucionalismo, tan benéficos en el orden interno, eran inaplicables justamente allí dónde empieza el mundo del derecho internacional, o no se

⁵⁶⁷ RODRIGUEZ, G. & VALLE, A. (1997). *El derecho comunitario y las relaciones entre el tribunal de justicia de las comunidades europeas, el tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales*. Revista de Derecho Comunitario Europeo. V. 1, N. 2, pp. 239-376. (p. 330).

⁵⁶⁸ GARCÍA ROCA, J. (2007). *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional. Núm. 20, pp. 117-143. (p.129).

podían extender al ámbito de emergentes organizaciones supranacionales. La aplicación de lo que podríamos llamar el enfoque constitucional al análisis del proceso de integración europea⁵⁶⁹.

Ese orden constitucional común, planteado también como *ius constitucionale commune*⁵⁷⁰, debe responder *prima facie* a una verdadera integración normativa, desde los estatutos autonómicos de las comunidades que colman territorialmente los Estados. Hasta lograr una verdadera coherencia⁵⁷¹ entre normas. Logrando como resultado final una verdadera eficacia de los derechos fundamentales en el plano europeo⁵⁷².

En el marco europeo de los derechos fundamentales, se presenta una crisis denominada por FERRAJOLI, como *crisis del Estado nacional*⁵⁷³, este fenómeno lo que plantea precisamente, es la apertura de un constitucionalismo nacional, llevado a los márgenes de un constitucionalismo internacional, o lo que el mismo profesor italiano ha denominado *constitucionalismo global*. Que puede ser entendido también, como constitucionalismo en la esfera global.

⁵⁶⁹ CASCAJO, J. (2004). *Constitución y derecho constitucional en la unión europea*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional. Núm. 15. pp. 89-106. (p.90).

⁵⁷⁰ VON BOGDANDY, A. (2004). *Constitución Europea e identidad europea. Potencialidades y peligros del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. Revista Española de Derecho Constitucional. N.º 72, pp. 25-50.

⁵⁷¹ GÜNTHER, K. (1995). *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.º 17-18. pp. 271-302. (p. 275).

⁵⁷² FREIXES SANJUÁN, T. (2005). *Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales*. Revista de derecho constitucional europeo. N.º 4, pp. 43-86. (p.64).

⁵⁷³ FERRAJOLI, L. (1999). *El derecho como sistema de garantías*. Nuevo Foro Penal. N.º 60. pp. 59-74. (p. 60).

Este constitucionalismo de la esfera global⁵⁷⁴, busca precisamente integrar no solo el concepto de soberanía⁵⁷⁵ con un *status supranacional*⁵⁷⁶, sino que se le otorguen garantías institucionales y materiales a los derechos, dentro de una *comunidad de derecho*⁵⁷⁷, más allá, si el sujeto destinatario de la protección y del bien jurídico, es nacional de un Estado en particular, llevando a un nuevo plano las disposiciones constitucionales, así, el paradigma:

Hizo de ellos no solo derechos constitucionales sino supra-estatales, transformándolos en límites externos y no simplemente internos de los poderes de los estados. Se ha producido un cambio de paradigma en el derecho internacional, transformando un sistema contractual basado en relaciones bilaterales e iguales entre estados soberanos en un verdadero orden jurídico de carácter supra estatal⁵⁷⁸.

En este orden de argumentos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora TEDH), recoge el constitucionalismo común de las diversas jurisdicciones internas, de los Estados miembros de la unión, estableciendo un verdadero diálogo judicial, desde criterios interpretativos análogos, en aras precisamente de una lectura, sistemática de orden supra estatal. Tal como lo ha señalado Javier GARCÍA ROCA: «La existencia de una análoga interpretación constitucional de unos derechos complementarios entraña un código común desde el que edificar un espacio

⁵⁷⁴ BAYÓN, J. (2013). *El constitucionalismo en la esfera pública global*. pp. 57-99. Anuario de filosofía del derecho. N°. 29. pp. 57-99. (p.71).

⁵⁷⁵ ESTÉVEZ, J. (2006). *Crisis de la soberanía estatal y Constitución multinivel*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. N°. 40. pp. 43-57. (p.44).

⁵⁷⁶ GARCIA DE ENTERRIA, E. (1995). *El proyecto de Constitución europea*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 15. Núm. 45. pp. 9-29. (p.12).

⁵⁷⁷ DE CARRERAS SERRA, F. (1995). *Por una Constitución europea*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm.90. pp. 193-220. (p. 207).

⁵⁷⁸ FERRAJOLI, L. (1998b). *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*. ISONOMÍA. N°. 9. pp. 173-184. (p.177).

de diálogo entre altos tribunales que está contribuyendo a crear un orden público europeo>>⁵⁷⁹.

Precisamente se ha logrado, una real *integración interpretativa*, por parte del TEDH, en la aplicación sobre todo, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, (CEDH). Su dialogo constante y permanente con las jurisdicciones constitucionales nacionales, y la aplicación de los postulados superiores que recoge la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Lo que establecería una interpretación constitucional para los derechos humanos, extensiva más allá del derecho de los tratados⁵⁸⁰, configurando específicamente, un constitucionalismo de los derechos en la esfera global-continental.<<La jerarquía de los diversos instrumentos internacionales en general, y sobre derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico estatal en particular, es una materia a ser determinada fundamentalmente por la propia Constitución>>⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ GARCÍA ROCA, F. (2012). *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo*. Teoría y realidad constitucional. N°. 30, pp. 183-224. (p.187).

⁵⁸⁰ <<Los Tratados sobre derechos fundamentales y libertades se diferencian, pues, radicalmente de las leyes en cuanto que éstas carecen de fuerza para participar en la interpretación sistemática de la Constitución en tanto que aquéllos tienen plena trascendencia hermenéutica en este campo. Así, nuestro Tribunal Constitucional que reiteradamente proclama el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico enuncia también paralelamente «el principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales ratificados por España»>. DELGADO BARRIO, J. (1989). *Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española*. Revista de administración pública. N°. 119, pp. 233-254. (p.240).

⁵⁸¹ AYALA CORRAO, C. (2002). *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*. En: Ricardo MÉNDEZ SILVA (comp.), Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM. (p.41).

La interacción del sistema europeo de derechos humanos en sentido general, con sistemas internos⁵⁸² como el sistema de derechos fundamentales español, construyen una nueva *conjunción jurisprudencial de doble enlace*, primero se establece la interpretación genérica que configura el TEDH, como órgano autorizado para la interpretación sistemática del mismo CEDH, estableciendo criterios <<hermenéuticos armónicos>>, que recogen el *estándar mínimo*⁵⁸³ de interpretación aplicable, a la construcción normativa de las normas y disposiciones iusfundamentales, que engloban las jurisdicciones constitucionales nacionales:

La integración del sistema europeo de derechos en el sistema de derechos de la Constitución española se realiza desde un doble nivel. Por una parte, el sistema europeo pasa a ser un subsistema dentro del sistema español que toma un carácter interactivo con respecto a los derechos constitucionales⁵⁸⁴.

De conformidad a lo anterior, el sistema de interpretación de los derechos fundamentales en el constitucionalismo europeo común, desde *la*

⁵⁸² <<El permitir un margen de apreciación estatal en la interpretación y por tanto en la aplicación de las normas de derechos humanos en el orden interno, implica no sólo un adecuado equilibrio entre la soberanía estatal y el control jurisdiccional internacional, sino también el potenciar la democracia alcanzada por los estados mediante la implementación>>. BENAVIDES, M. (2009). *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*. Ius et praxis. Vol. 15, no 1, pp. 295-310. (p. 298).

⁵⁸³ <<El sistema europeo de protección de derechos fundamentales supone una compleja interrelación entre el Tribunal de Estrasburgo y los tribunales nacionales. El efecto de «cosa interpretada» no implica necesariamente una aplicación mecánica de la doctrina del Tribunal. Por una parte, el Convenio representa un standard común, pero un standard común de mínimos, que puede ser complementado por protecciones adicionales a los derechos fundamentales en cada Estado miembro>>. LÓPEZ GUERRA, L. (2013). *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias*. Teoría y realidad constitucional. N°32. pp. 139-158. (p.140).

⁵⁸⁴ FREIXES SANJUÁN, T. (1995). *Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa*. Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol. N°. 11, pp. 97-115. (p. 98).

apertura de la jurisdicción constitucional, en palabras de HÄBERLE⁵⁸⁵, seguido por la interpretación preveniente del TEDH, presenta una <<relación dialógica de interpretación supra jurisdiccional>> a partir del Tribunal de Justicia de Unión Europea, (TJUE) en cuanto al mecanismo procesal jurisdiccional conocido como, *la cuestión prejudicial*, resultando ser un mecanismo procesal de integración, el cual busca resaltar la aplicación de las normas comunes o de *derecho comunitario*⁵⁸⁶, a partir de bloques de Estados que en principio desde lo económico tienen elementos en conexidad. <<El diálogo entre TJ y TEDH es particularmente claro desde el año 2000, en que los dos sistemas están plenamente formados>>⁵⁸⁷.

Frente al dialogo entre las dos jurisdicciones supraestatales, TJUE y TEDH la profesora catalana, Maria Argelia QUERALT, ha realizado una distinción como criterio integrativo, a partir de la función de armonización interpretativa del TEDH en Estrasburgo:

La principal relación entre Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los Tribunales internos, incluidos los Tribunales Constitucionales, en materia de derechos fundamentales se produce a través de los efectos interpretativos de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Estos efectos interpretativos, pro futuro, de las sentencias del TEDH permiten afirmar que esta jurisdicción es la responsable de un proceso de

⁵⁸⁵ HÄBERLE, P. (2008). *La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta*. En: E. F. MacGregor y A. Z. Lelo de Larrea (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. Unam, D.F. Mexico. (p. 783-784).

⁵⁸⁶ <<El Tribunal de Justicia, como veíamos al inicio del presente trabajo, ha declarado la obligación de los Estados miembros de depurar el ordenamiento interno incompatible con el Derecho comunitario, depuración que, como mínimo, debe traducirse en la aclaración, dotada de la debida publicidad y fuerza vinculante, de que las normas internas que contradigan el ordenamiento europeo no son de aplicación en los sectores con él conectados>>. ALONSO GARCÍA, R. (1990). *La ejecución normativa del derecho comunitario europeo en el ordenamiento español*. Revista de Administración Pública. Núm. 121. pp. 213-243. (p. 222).

⁵⁸⁷ TENORIO SÁNCHEZ, P. (2013). *Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo*. Revista General de Derecho Europeo. N°. 31. pp. 1- 35. (p.5).

armonización de los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo⁵⁸⁸.

Así, la herramienta de la prejudicialidad en escenarios como el de la Unión Europea, a partir del dialogo judicial constante e integrativo, entre el TEDH y TJUE busca en principio, la aplicación de criterios o estándares de interpretación a posibles controversias que resulten, de la puesta en marcha o no de los instrumentos internacionales o fuentes del derecho internacional público como son los tratados, tal distinción se encuentra taxativamente establecida en el Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (Lisboa 13 de Diciembre de 2007):

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a. sobre la interpretación de los Tratados; b. sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantea una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantea una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

Del texto normativo anterior pueden extraerse los siguientes criterios de distinción en la cuestión prejudicial, vitales para poder comprender no solo su concepto sino su campo de adjudicación y concreción, en primer lugar se muestra claro que la Unión Europea desde el régimen jurídico, se preocupa por la interpretación de los tratados, problema recurrente en los

⁵⁸⁸ QUERALT JIMÉNEZ, A. (2017). *El efecto de cosa interpretada y la función de armonización de estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Querétaro, México. pp. 695-717. (p. 696).

ordenamientos internos, y en las fuentes del derecho nacional de los Estados miembros e integrante del Bloque. <<La cuestión prejudicial de la UE constituye, pues, un instrumento de colaboración judicial para garantizar la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario en los países miembros (puntos 1, 2 y 5 de las RTJ)>>⁵⁸⁹.

Como segundo criterio de distinción la cuestión prejudicial europea, se muestra como un mecanismo procesal, con rango comunitario aplicable a todos los funcionarios y operadores del derecho y por ende de las normas comunitarias⁵⁹⁰, lo cual es una empresa a groso modo, bastante compleja, si se tienen como base aquellos problemas surgidos en los escenarios de derecho interno, en lo atinente a la aplicación por parte de funcionarios o servidores del Estado cuando desarrollan funciones o competencias, que puedan lesionar normas superiores internas. <<Esta orientación del proceso de integración ha generado una inevitable confrontación entre esa actividad supranacional del Estado y la Constitución nacional. Puesto que esta situación de debilidad constitucional del ordenamiento europeo ha sido funcional al Estado>>⁵⁹¹.

Como elemento crítico desde nuestra perspectiva, considero que pueden existir colisiones interpretativas, es decir más allá de una colisión concreta entre normas comunitarias y normas europeas, pueden existir

⁵⁸⁹ CIENFUEGOS MATEO, M. (2014). *La cuestión prejudicial comunitaria (Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)*. Miami-Florida European Unión Center of Excellence. Vol. 14 No. 1. (p. 5).

⁵⁹⁰ <<se trata de renovar el proceso político europeo, sin abandonar por ello dicho método comunitario, con el fin de preservar el principio fundacional y tradicional del entero proceso de integración, en tanto que integración de los pueblos de Europa respetando las identidades nacionales. Y ello, procediendo al análisis crítico de los términos del ejercicio de los poderes atribuidos para conseguir precisamente el reforzamiento del método comunitario en cuestión>>. PAREJO ALFONSO, L. (2004). *Los principios de la «gobernanza europea»*. Revista de Derecho de la Unión Europea. N°. 6. pp. 27-56. (p. 32).

⁵⁹¹ BALAGUER CALLEJÓN, F. (2007). *Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea*. Revista de derecho constitucional europeo. N°. 7, pp. 327-378. (p.340).

ambigüedades en la formación de los criterios de interpretación, que no son recogidos por el artículo 267, sino que pueden ser desarrollados por la jurisprudencia, que en concreto conoce de los conflictos al régimen jurídico aplicable.

Desde la interpretación de los derechos fundamentales, nos apoyamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 58/2004, DE AMPARO. Como escenario de controversia a la cuestión prejudicial europea, en el punto arquimedico de las normas y disposiciones de derechos fundamentales:

En una decisión histórica, no tanto por el razonamiento que exterioriza sino por el contenido del fallo, la Sala segunda del Tribunal Constitucional ha otorgado por vez primera amparo frente a una sentencia que inaplicó la Ley española, aduciendo su incompatibilidad con el Derecho Comunitario, sin previo planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Aunque la sentencia también estima el amparo, por no haber planteado la Sala de instancia, cuestión de constitucionalidad⁵⁹².

Finalmente como tercer elemento de distinción, de suma importancia para entender la cuestión prejudicial europea, está el criterio de cooperación jurisdiccional interna y comunitaria⁵⁹³, en el sentido de la aceptación por parte del Estado miembro de la unión, sobre el cual recae la sentencia prejudicial.

En este aspecto hay un elemento todavía más particular y *sui generis*, desde la jurisprudencia común europea, y es precisamente la no

⁵⁹² BAÑO LEÓN, J. M. (2004). *El Tribunal Constitucional, Juez comunitario: amparo frente al no planeamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, 8 (18), 465-481. (pp. 465-466).

⁵⁹³ <<Desde el punto de vista práctico, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha seguido los postulados de la ciencia del Derecho comparado. Esta solución, además, permitía a la alta instancia de Luxemburgo reafirmar la autonomía del Derecho comunitario al tiempo que apuntalaba su autoridad como máximo intérprete de este ordenamiento>>. CANEDO, J. & GORDILLO, L. (2008). *Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa*. Cuadernos Europeos de Deusto. N°. 39, pp. 27-60. (p.40).

jerarquización de la jurisprudencia del bloque expresada a través de su órgano jurisdiccional superior o supremo, dependiendo a la causa judicial objeto de la decisión, es decir, no existe un criterio jerárquico en la jurisprudencia europea, frente al mecanismo de la prejudicialidad, sino un elemento de <<aceptación cooperante>>, si se valida tal expresión.

En este orden de argumentos desde la vinculatoriedad de la jurisprudencia europea, como mecanismo de aplicación interna en la sentencia de prejudicialidad, evidenciamos que si existen rasgos distintivos de tal dispositivo pretoriano, ya que dentro del mismo régimen legal del tratado marco, el TFUE se dan las pautas para la aplicación vinculante de lo dispuesto en Artículo 267, como fuente de derecho común europeo:

La sentencia prejudicial de interpretación no tiene autoridad de cosa juzgada material sino de cosa interpretada (*interpretación semiauténtica*) y cualquier juez nacional puede suscitar al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre una interpretación previa con vistas a precisar su alcance o, en su caso, su revisión (*facultas remonstratio*). Cooperación directa entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia en un plano de igualdad, ya que el Tribunal de Justicia no revisa lo enjuiciado por las jurisdicciones internas ni mantiene relaciones de jerarquía con ellas⁵⁹⁴.

⁵⁹⁴ CIENFUEGOS MATEO, M. (2014). Ibíd. (p. 6).

5.6. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: METAINTERPRETACION CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

La interpretación de los derechos fundamentales, que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante CIDH), establece unos criterios propios de la hermenéutica supraestatal de los derechos, toda vez que la CIDH, se encarga en primera medida de determinar si los Estados miembros de la jurisdicción, cumplen con las convenciones, tratados y protocolos que priorizan por el respeto, cumplimiento y garantía efectiva de las normas que integran el universo amplio de los derechos humanos, activándose su competencia jurisdiccional.«Esta competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana en los casos contenciosos, cuando decide que ha habido violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana»⁵⁹⁵.

En este entendido argumentativo, la CIDH genera un acompañamiento preventivo, en cuanto a su jurisprudencia, irradiando los ordenamientos internos o domésticos, evitando la declaratoria de responsabilidad internacional de un «Estado Interamericano», por violar las normas facultativas, donde la Corte ejerce control jurisdiccional, entendido técnicamente como «control de convencionalidad»⁵⁹⁶. «Surge de

⁵⁹⁵ AYALA CORAO, C. (2007). *La ejecución de sentencias de la corte interamericana de derechos humanos*. Estudios Constitucionales, Año 5, N° 1, pp. 127-201. (p. 129).

⁵⁹⁶ «Una de las modalidades se desarrolla en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque solo en época reciente la ha bautizado como *control de convencionalidad*. Tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia, v. gr., la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo». BAZÁN, V. (2012). *El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*. En: Bazán, Víctor y Nash, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Control de Convencionalidad*, (Bogotá, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), pp. 17- 55. (p. 24).

lo antedicho que la misión prística de la Corte IDH está en llevar a cabo una inspección de convencionalidad ‘comparando’ la norma del derecho interno en relación a la convención y desentrañar si aquélla violenta a ésta>>⁵⁹⁷.

Este ejercicio de convencionalidad establece una <<interpretación convencional>> en el mismo sentido, de la activación de la Carta Democrática en todos los Países, miembros de la Organización de Estados Americanos, (OEA). Resulta vital, no solo para la interpretación constitucional y de los derechos fundamentales en general, sino, preponderante para la aplicación de una verdadera justicia material, que en sentido estricto desde el derecho interno de los Estados, vincula al poder judicial, para un *margin de amplitud normativa*, para configuración en sede jurisdiccional de la norma que comprende el derecho fundamental, presuntamente afectado o trasgredido.

En cuanto a la creación del sistema interamericano de protección y garantía de los derechos humanos, más alla de los propios elementos característicos establecidos, en el *rango suprajurisdiccional* de la CIDH⁵⁹⁸, La influencia europea⁵⁹⁹, ha sido constante en la aplicación de postulados protecciónistas de derechos fundamentales, que se encontraban integrados a los cuerpos constitucionales, y positivizaciones internas, destacando el

⁵⁹⁷ HITTERS, J. (2009). *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. comparación (criterios fijados por la corte interamericana de derechos humanos)*. Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, pp. 109-128. (p.112).

⁵⁹⁸ LONDONO LÁZARO, M. (2010). *El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la corte interamericana de derechos humanos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie. Año XLIII, Núm. 128, pp. 761-814. (p.797).

⁵⁹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, S. (2003). *Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. En: Memoria del Seminario <<El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI>>. Segunda edición. CIDH, San José, Costa Rica. pp.129-158.

desarrollo europeo de las normas y disposiciones inalienables, comprendidas en los Tribunales Constitucionales, (TC) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). Tal fenómeno de recepción ha sido, ampliamente referenciado por uno de los más grandes constitucionalistas latinoamericanos, el profesor Héctor FIX-SAMUDIO:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye la culminación del sistema americano de protección de los propios derechos, el cual se inspiró en los lineamientos fundamentales del modelo europeo, en cuanto a los órganos encargados de la tutela judicial de los propios derechos fundamentales, ya que se encomienda dicha tutela a la Comisión y a la propia Corte Interamericana, la primera como un órgano de instrucción de las reclamaciones individuales, que no pueden plantearse directamente ante la Corte⁶⁰⁰.

Esto ha permitido notablemente, recepcionar en la América de los derechos, más de siete décadas de construcción y perfeccionamiento, del sistema supraestatal europeo⁶⁰¹, con todas las implicaciones internas, domésticas, de derecho comunitario, de la constitucionalización internacional, desde los fenómenos teóricos puros, como el neoconstitucionalismo, y el más constitucionalismo global, propios de la cultura jurídica continental, del <<viejo continente>>. Apuntando todo a la

⁶⁰⁰ FIX-SAMUDIO, H. (2004). *El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista Latinoamericana de Derecho. Año I. N°. 1. pp. 141-180. (151-152).

⁶⁰¹ <<Entre el modelo europeo de control de constitucionalidad, en esencia dominado por Tribunales Constitucionales que ejercen jurisdicción concentrada, genérica y en abstracto; y el control americano dividido en el sistema de la judicial review y la jurisdicción difusa, hay diferencias que influencian la interpretación judicial. (...)En cambio, en sistemas polifacéticos donde conviven procesos especiales y poderes propios afincados en un órgano particular (Tribunal Supremo que ejerce la fiscalización; Sala de una Corte Suprema; Tribunal de apelación, etc.), la diversidad lleva a ocuparse de los principios y presupuestos que regulan el proceso constitucional>>. GOZAÍNI, O. (2006). *Incidencia de la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno*. Estudios Constitucionales. Vol. 4, núm. 2, pp. 335-362. (p. 339).

protección de los derechos humanos, como derechos fundamentales en los sistemas jurisdiccionales de protección internacional., desarrollándose el concepto de *garantía internacional*. <<En el ámbito de los mecanismos de garantía internacional, los instrumentos de derechos humanos crean órganos para la protección de los derechos, señalan cuál será su integración y las funciones que desarrollarán>>⁶⁰².

Posibilitando escenarios en toda la construcción interamericana, por un *ius constitucionale commune latinoamericano*⁶⁰³, en pro de la *tutela jurisdiccional de los derechos*⁶⁰⁴, desde los vínculos externos-internos, llevando consigo un *avance jurisprudencial interamericano*⁶⁰⁵.<<El avance jurisprudencial también ha involucrado la condena por la violación del derecho internacional humanitario en países miembros del sistema y sometidos a su jurisdicción, éstos son, entre otros, logros del SIDH reconocidos en el mundo académico y judicial de los derechos humanos>>⁶⁰⁶.

El sistema interamericano de protección de derechos humanos, particularmente desde la cultura jurídica colombiana, se configura a partir de una interpretación y adhesión normativa interna, de doble relación,

⁶⁰² NASH, C. (2008). *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. tendencias jurisprudenciales*. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Programa de Doctorado en Derecho. pp. 1-367. (p.233).

⁶⁰³ GÓNGORA, M. (2014). *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitucionale commune latinoamericano*. pp. 301-328. In: A.V. Bogdandy, (Coords), *Ius Constitucionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. UNAM. México, D.F. (p. 323).

⁶⁰⁴ DE OLIVEIRA, C. (2009). *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Revista de Derecho. Vol. XXII. N°. 1. pp. 185-201. (p. 191).

⁶⁰⁵ <<Los Estados latinoamericanos, por su parte, han introducido en sus constituciones un vasto complejo normativo que hace referencia al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), dándole de esa forma un estatus constitucional especial>>. ZEBALLOS, A. (2018). *Supremacía constitucional y bloque de constitucionalidad: el ejercicio de armonización de dos sistemas de derecho en Colombia*. Pensamiento Jurídico. No. 47, p. 13-42. (p. 27).

⁶⁰⁶ VIVAS, T. & CUBIDES, J. (2012). *Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana*. Entramado. Vol. 8 No. 2, pp. 184-204. (p.185).

entre el concepto de bloque de constitucionalidad como criterio interpretativo, tanto en su sentido dogmático, como material-procedimental, y el concepto de control de convencionalidad, proveniente de la CIDH. <<La jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales>>⁶⁰⁷.

Los estándares⁶⁰⁸ interpretativos, que han sido fruto de la <<interpretación convencional>> de la CIDH como interpretación internacional⁶⁰⁹ conforme a la convención⁶¹⁰, para la integración jurisdiccional en el sistema de protección constitucional, han girado específico sobre el derecho de acceso a la justicia, consagrado normativamente en la Constitución de Colombia, en su artículo. 229. Estableciendo un refuerzo supraestatal, de este derecho fundamental, vital para el establecimiento del Estado constitucional y su alcance como servicio público en sentido interno. <<La administración de justicia como servicio público es la actividad –entendida ésta como un todo– en cabeza del Estado –función pública de administrar justicia– que tiene como cometido proveer

⁶⁰⁷ ARANGO OLAYA, M. (2004). *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Precedente. Anuario jurídico. N°. 4. pp. 79-102. (p. 100).

⁶⁰⁸ ESCOBAR, L; BENÍTEZ, & CÁRDENAS, M. (2011). *La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano*. Estudios constitucionales. Vol. 9, No 2, pp. 165-190. (p. 169).

⁶⁰⁹ BAZÁN, V. (2014). *Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial*. Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Vol. 20, pp. 385-429. (p. 389).

⁶¹⁰ OLANO, H. (2016). *Teoría del control de convencionalidad*. Estudios Constitucionales. Año 14, N° 1, pp. 61-94. (p. 68).

justicia, es decir, la actividad encargada de asegurar el derecho fundamental>⁶¹¹.

Al respecto, uno de los profesores colombianos, que más ha construido la noción de convencionalidad, Manuel Fernando QUINCHE se ha referido, sobre este aspecto en particular:

El ejercicio del control de convencionalidad aparece como una actividad que el Estado colombiano difícilmente podrá evadir, salvo que se arriesgue voluntariamente a una nueva declaratoria de responsabilidad internacional por violación de la Convención. (...) Sobre el punto la Corte reiteró la regla general según la cual, es necesario que se cumpla el deber de investigar, juzgar, sancionar y reparar las graves violaciones de los derechos humanos. No obstante, la Corte precisó que para cumplir dicho fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar entre otros los siguientes principios: “el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena; los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia”⁶¹².

En este orden conceptual y argumentativo, la interpretación de los derechos fundamentales en el sistema interamericano de protección, utiliza herramientas propias, de una interpretación supraestatal con *fuerza orientadora*⁶¹³, como se había indicado en el acápite del sistema de protección de derechos humanos de la unión europea. Lo particular del modelo latinoamericano⁶¹⁴ de justicia constitucional, es que a diferencia de Europa, no existen Tribunales de Justicia de comunidades, regiones o

⁶¹¹ ACOSTA ALVARADO, P. (2010). *Administración de justicia y acceso a la justicia: el actual plan sectorial de la Rama Judicial en Colombia*. Rev. Derecho del Estado, vol. 24, pp. 185-205. (p. 190).

⁶¹² QUINCHE, M. (2009). *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Núm. 12, pp. 163-190. (p. 186-187).

⁶¹³ GARCÍA RAMÍREZ, S. (2011). *El control judicial interno de convencionalidad*. Revista Ius. Vol. 5. N°. 28. 123-159. (p.138).

⁶¹⁴ AYALA CORAO, C. (2000). *El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos*. Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. N°. 8. pp. 43-59. (p. 48).

provincias al interior de los Estado, tal como existe por ejemplo en España, con Tribunales de Justicia de las comunidades autónomas.

5.7. CONDICIONAMIENTOS Y ALCANCES INTERPRETATIVOS INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: <<INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL GLOBAL>>

Uno de los condicionamientos y alcances interpretativos de carácter internacional, sobre la aplicación de las disposiciones y normas que comprenden la noción normativa y material de la expresión amplia, derechos fundamentales, que engloban el concepto de *interpretación constitucional global*⁶¹⁵, ha sido el desarrollado tanto en la justicia supraestatal europea de protección de los derechos humanos, tanto en la justicia supraestatal interamericana, configurándose así, un *escenario metaconstitucional*⁶¹⁶, como el intercambio, dialogo e interacción de ambos sistemas continentales.

En el modelo europeo, se conoce como, *interpretación por margen de apreciación nacional* o *interpretación conforme*⁶¹⁷, <<Consecuencia del proceso de armonización es que la exigencia derivada del art. 1 CEDH de conformidad de los ordenamientos jurídicos internos con el *aquis conventionnel*, constituido por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, deba entenderse en términos de compatibilidad>>⁶¹⁸, y en el modelo latinoamericano como *interpretación por vía de compatibilización*. Sobre este condicionamiento interpretativo, resulta importante la referencia del profesor Néstor SAGÜÉS:

⁶¹⁵ Por *interpretación constitucional global*, entendemos aquella que denota instrumentos jurisdiccionales de aplicación supraestatal, de las normas y dispiciones fundamentales, con una sistematización tanto interna como externa de sus desarrollos jurisprudenciales.

⁶¹⁶ GISBERT, R. (2014). *Elementos constitucionales en la red global*. Estudios de Deusto. Vol. 60, No. 2, pp. 21-43. (p.28).

⁶¹⁷ MARÍN AÍS, J. R. (2010). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en España con el Tratado de Lisboa*. UNED. Revista digital Facultad de Derecho, N°. 2. pp.1-34. (p.20).

⁶¹⁸ QUERALT, A. (2007). *Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales*. Teoría y realidad constitucional. No. 20, pp. 435-470. (p. 438).

Vía de compatibilización consiste en que los órganos de la jurisdicción internacional, cuando interpretan un derecho humano declarado en un tratado o convenio, no lo hagan con criterios puramente generales o abstractos, sino teniendo en cuenta las particularidades (normativas y fácticas) del país donde se presenta el problema, y respetando asimismo la interpretación que de esos derechos hagan los tribunales locales⁶¹⁹.

El condicionamiento interpretativo de compatibilidad e interpretación conforme, plantea en segunda medida desde el punto de vista procedural, un respeto por la jurisdicción interna a partir de los mismos desarrollos hermenéuticos-normativos, identificando los rasgos característicos y elementos estructurales, de una dogmática nacional de los derechos fundamentales, lo que establece, un contexto de aplicación en una *apertura constitucional*⁶²⁰ con mayor factibilidad de resultados, en la administración de los bines jurídicos protegidos, amparados y tutelados por el juez como intérprete de los derechos, en el control preferente de constitucionalidad. <<valer decir, realiza control de convencionalidad, en virtud del principio de competencia que el propio Tribunal Constitucional les atribuye>>⁶²¹.

Otro de los condicionamientos interpretativos que ha tenido un fuerte auge en la doctrina mundial, en el cual tambien se conjuga la interpretación supraestatal de los derechos fundamentales, es el denominado como *principio de interpretación pro homine o interpretación favorable*. <<La aplicación del principio pro homine como norma de interpretación de los

⁶¹⁹ SAGÜÉS, N. (2003). *Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: experiencias en Latinoamérica*. Ius et Práxis. Vol. 9. No. 1, pp. 205-221. (p. 217).

⁶²⁰ BECERRA, J. & MIRANDA, A. (2013). *El uso del canon internacional de los derechos humanos*. Opinión Jurídica. Vol. 12, No 24. pp. 17-33. (p. 22).

⁶²¹ NOGUEIRA, H. (2014). *El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el período 2006-2013*. Revista chilena de derecho. Vol. 41. N°. 2, pp. 409-435. (p.429).

tratados de derechos humanos, es una garantía para la protección y promoción de los derechos protegidos en estos instrumentos>>⁶²².

La aplicación ha permitido establecer una integración interpretativa, entre la interpretación clásica del derecho de los tratados, hasta la superación de los métodos literalista y exegéticos provenientes de la escuela francesa. En Europa la aplicación del principio más favorable en la interpretación, de normas convencionales y supraestatales, ha llevado a una consolidación de los postulados de sistematización⁶²³ de los principios internacionales que irradian los ordenamientos positivos internos. <<En el seno del TEDH, valoriza el principio pro-homine. Éste consiste en proveer una interpretación que pueda otorgar a los individuos una protección máxima, es decir, pronta a privilegiar la interpretación más favorable a los individuos>>⁶²⁴.

⁶²² AMAYA, A. (2005). *El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado*. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional. N°. 5. pp. 337-380. (p. 375).

⁶²³ PÉREZ VERA, E. (1993). *El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos*. Revista de Instituciones Europeas. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pp. 459-484. (p. 466).

⁶²⁴ BURGORGUE-LARSEN, L. (2014). *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos*. Estudios constitucionales. Vol. 12, No 1, pp. 105-162. (p. 108).

5.8. REFLEXIONES FINALES

Como consideraciones y reflexiones finales para este quinto capítulo, expresamos en primer lugar, que existe una gran recepción de los postulados del constitucionalismo en general, y en particular sobre la teoría de la interpretación de los derechos fundamentales, en la cultura jurídica colombiana, y Latinoamérica.

Esto se debe en primer lugar, a que los tres sistemas jurídicos, el español, italiano y colombiano poseen Tribunales Constitucionales, y cuentan con un sistema de control de constitucionalidad concentrado, al establecer un procedimiento especial para la presentación de la acción de amparo en España e Italia, y la acción de tutela como su par en Colombia. Lo que permite establecer más elementos comunes, a la hora de la interpretación de las normas y disposiciones que integran la noción de los enunciados jurídicos fundamentales en las tres culturas constitucionales.

En el mismo sentido, de pertenecer las culturas jurídicas no solo en cuanto a lo constitucional, a sistemas supraestatales de protección, con la particularidad europea, que tienen dos jurisdiccionales internacionales comunes, que trabajan de forma integrada, nos referimos al TJUE, y al TEDH. En el caso de América al vincularse sistemáticamente a un sistema, como lo es la interpretación que emana de la CIDH, denota rasgos puntuales en cuanto al sistema interamericano se refiere.

CAPITULO. VI

TEORIA DE LA CARGA INVERTIDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO UNIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y GARANTÍAS

6. PLANTEAMIENTO

La carga invertida de los derechos fundamentales se evidencia como un fenómeno jurídico-constitucional, estructurado en los modernos Estados constitucionales. Se hará una especial referencia al modelo europeo de justicia constitucional como establecimiento del garantismo secundario, a partir ya no solo y exclusivamente desde la protección judicial de los derechos fundamentales por parte de los Tribunales Constitucionales, sino como creación judicial de las mismas disposiciones iusfundamentales, por parte del Juez Constitucional.

Estableceremos para nuestro cometido, una lectura del modelo colombiano de justicia constitucional configurándose como nuestra estructura teórica y un desarrollo práctico-procedimental. La estructura práctica-procedimental se erige en torno al modelo de adjudicación ampliado o extensivo de aplicación del derecho, a partir de la interpretación⁶²⁵ de los derechos fundamentales, sumada a la argumentación⁶²⁶ iusfundamental constitucional, escenario construido principalmente en el marco europeo.

⁶²⁵ <<La técnica de los principios es aplicable siempre, y no solo en presencia de enunciados normativos dotados de ciertas características, porque siempre está al alcance del juez transformar en principios las reglas que sustentan la posición de cada parte>>. (p.47). PRIETO SANCHÍS, L. (1996). *Diez argumentos sobre los principios*. Jueces para la Democracia. N°. 26. pp. 41-49.

⁶²⁶ *La carga de la argumentación* defendida por ALEXY muestra principalmente una importancia práctica, esta busca la estabilidad del principio de seguridad jurídica en los modernos sistemas jurídicos constitucionales, a la hora de apartarse del precedente como la

Finalmente presentaremos toda nuestra propuesta teórica. A partir de siete tópicos centrales, a saber: (i). La carga invertida de los derechos fundamentales como fenómeno jurídico-constitucional. (ii). La carga invertida de los derechos fundamentales en Colombia. (iii). La carga de la argumentación jurídica como precedente: de la carga de la argumentación a la carga de la interpretación iusfundamental. (iv). La carga de la argumentación de Alexy en la Corte Constitucional de Colombia. (v). La carga invertida de los derechos fundamentales en las garantías primarias de protección: el desarrollo legislativo de los derechos. (vi). La carga invertida de los derechos fundamentales como modelo de adjudicación judicial de los derechos. (vii). El esquema práctico de la carga invertida.

decisión anterior que puede generar la respuesta correcta, quien se aparte se auto impone una carga de argumentación en la suficiencia objetiva, para lograr la razonabilidad de la nueva decisión. ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

6.1. LA CARGA INVERTIDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ESCENARIOS DE CONCRECIÓN DEL GARANTISMO Y EL CONSTITUCIONALISMO

El garantismo y el constitucionalismo, como <<formulas teóricas>> se han mostrado particularmente desde la doctrina mayoritaria, generalmente mostrándolas como ejemplo de dos posiciones teóricas, con una alcance jurídico-constitucional totalmente opuesto⁶²⁷, en el sentido epistemológico de ser estas, contrarias, disimiles o excluyentes. Especialmente se han visto des la teoría del derecho y la filosofía jurídica como la continuidad o reconceptualización de los discursos decimonónicos, por un lado del positivismo jurídico y por otro del iusnaturalismo, los cuales centraron su debate en una reflexión dicotómica, entre dos formas de ver el derecho:

Un rasgo central de la cultura jurídica presente en dichas democracias es lo que se denominado <<constitucionalismo>>. Algunos autores piensan que el positivismo jurídico es una doctrina inadecuada para dar cuenta de los ordenamientos jurídicos en los Estados constitucionales contemporáneos y que, por esta razón, debe ser abandonado. Otros autores creen, en cambio, que el positivismo jurídico puede dar cuenta de dichos ordenamientos jurídicos, aunque haya menos acuerdo sobre los ajustes que es preciso realizar para tal fin⁶²⁸.

Podríamos establecer que el garantismo en tiempos modernos, ya hablando en clave de la teoría que se ha construido a lo largo, de las casi dos décadas que van del siglo XXI. Propuesto entre algunos teóricos, como

⁶²⁷ <<Al interior de la teoría neoconstitucionalista, por otro lado, se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entienden que aquella no es más que la continuación, con el mismo método pero con un objeto (parcialmente) modificado, del iuspositivismo, otros sostienen por el contrario que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico>>. (p.98). COMANDUCCI, P. (2002). *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. Isonomia. N°. 16. pp. 89-112.

⁶²⁸ MORESO, J. (2009). *La constitución: modelo para armar*. Marcial Pons. Barcelona, España. (p. 183).

un positivismo del Estado constitucional, que da cuenta que los derechos fundamentales deben tener un fuerte anclaje democrático, a partir de las instituciones Estatales, las cuales tienen el deber de garantizarlos. <<Este nexo entre democracia y positivismo jurídico resulta generalmente ignorado. Sin embargo, es preciso reconocer que sólo la rígida disciplina positiva de la producción jurídica está en condiciones de democratizar sus formas y sus contenidos>>⁶²⁹.

En este orden conceptual, los derechos fundamentales estructuralmente son normas que se orientan a partir de la teoría de las normas entendidas como reglas⁶³⁰, o entendidas como principios y valores. Pero ya no en un plano general y formal en el sentido de la ley, sino, que están investidas formalmente en las Constituciones, donde *el principio de legalidad*, las reviste en un Estado constitucional de derecho, de unos límites y márgenes dados, que posibilitan que los jueces no les otorguen otros entendidos ni muchos menos otros alcances normativos. <<Las normas de derecho fundamental son normas. Por lo tanto, todos los problemas del concepto de norma son comunes al concepto de norma de derecho

⁶²⁹ FERRAJOLI, L. (2011a). *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 34. pp. 15-53. (p. 24).

⁶³⁰ Sobre la clásica distinción de los derechos fundamentales como enunciados jurídicos que giran en torno al debate entre principios y reglas, como dos tipos de normas estructuralmente distintas, orientadas en la también clásica definición de principios de ALEXY, como mandatos de optimización donde las normas de derechos fundamentales, van a considerarse en estricto sentido como normas de principio, se propone en el debate de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, la definición de FERRAJOLI desde el punto de vista de su estructura, al concebir a los derechos fundamentales como *reglas deónticas*: <<(...) Los derechos fundamentales son reglas deónticas 18, es decir, figuras deónticas de carácter universal cuyos temas-objeto consisten en posibles actos o comportamientos que son su observancia o su inobservancia. (...) Es en esta su naturaleza de reglas deónticas donde reside la normatividad de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, tanto en relación con la legislación como con la jurisdicción: vinculada la primera a su respeto y a su actuación, y la segunda a su aplicación sustancial a los actos inválidos que son sus violaciones>>. (pp.802-803). FERRAJOLI, L. (2012). *Constitucionalismo. Entre principios y reglas*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 35. pp. 791-817.

fundamental. El concepto de norma es uno de los conceptos básicos de la teoría del derecho>>⁶³¹.

La visión <<iusnaturalista>> mostrará por el contrario un constitucionalismo abierto, y menos formalista que el constitucionalismo, o la idea defendida por la visión postpositivista del constitucionalismo en tiempos de Estado constitucional, aquí, en la defensa de los derechos fundamentales, su estructura se regirá más que por un *deber ser* de protección por la esfera institucional, su tutela y preservación estarán establecidos, principalmente y casi en exclusiva, por el poder judicial.

El juez es quien tendrá la última palabra sobre los derechos, generará los márgenes para la adecuación sustantiva de los mismos, con plenas facultades para determinar las fórmulas en cuanto su materialización y concretización, y siempre irradiando todo el sistema jurídico, a partir de sus construcciones orientadas en la decisión judicial:

La suposición de que, además de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores que, en tanto valores de rango constitucional, ejercen un <<efecto de irradiación>> en todo el derecho ordinario tiene amplias consecuencias. La Constitución no es ya solo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido sustancial al sistema jurídico⁶³².

La representación del juez de los derechos, como pretensión de corrección del sistema jurídico, y de los mismos derechos, va a estar dictada, por generar una desformalización⁶³³ de la Constitución, y así, poder llevar

⁶³¹ ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (p.32).

⁶³² ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España. (p. 159).

⁶³³ <<El reto del constitucionalismo está en su totalidad aquí: en la capacidad de la Constitución, planteada como *lex*, de convertirse en *ius*; fuera de formalismos, en la capacidad

a los planos de la decisión, y de la justicia material las normas y dispociones de derechos fundamentales. <<El argumento de la corrección enuncia que tanto las normas jurídicas individuales así como las decisiones judiciales individuales, al igual que los sistemas jurídicos como un todo necesariamente formulan una pretensión de corrección>>⁶³⁴.

Los derechos fundamentales, entrarán en tensión desde las dos teorías, por un lado el garantismo se esforzará en demostrar que no pueden ser vistos como normas axiológicas, porque su *status normativo*, no puede establecerse a partir de una axiología⁶³⁵ jurídica, de principios y valores. <<Los principios, y la contraposición entre principios y reglas, constituyen un ingrediente fundamental para comprender nuestros Derechos (los del

de salir del área del poder y de las frías palabras de un texto escrito para dejarse atraer a la esfera vital de las convicciones y de las ideas queridas, sin las cuales no se puede vivir y a las que se adhiere con calor>>. (pp. 22-23). ZAGREBELSKY, G. (2004). *La ley, el derecho y la constitución*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 24. Núm. 72. Septiembre-Diciembre. pp. 11-24.

⁶³⁴ ALEXY, R. (2013a). *El no positivismo incluyente*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 36: 15-23. (p.18).

⁶³⁵ Si bien la defensa de FERRAJOLI sobre el positivismo del Estado constitucional, como un garantismo que se basa en la protección de la idea de la rigidez de la Constitución, como seguridad institucional provista a las normas de garantía, admite el valor ético-político de las normas constitucionales, pero este rechaza una *postura axiológica* de los derechos fundamentales, como parte estructural y conceptual de su entendido en los Estados constitucionales: <<los sistemas normativos y esto vale también para conceptos a menudo connotados en sentido axiológico, como los conceptos de derechos fundamentales de los que la teoría define la estructura sin decirnos ni cuáles son ni cuáles es justo que sean, ni cómo de hecho son garantizados o vulnerados. Por esto rechazo la connotación axiológica de tales derechos sugerida, por ejemplo, por T. Mazzarese y retomada en nuestra discusión por M. Atienza (At., 81). Obviamente, todos nosotros estamos de acuerdo sobre el valor ético-político del principio de igualdad, de las libertades fundamentales y de los derechos sociales. Pero este valor moral no puede formar parte de la definición del concepto teórico-jurídico de «derechos fundamentales»>>. FERRAJOLI, L. (2011b). *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 311-360. (p.328).

Estado constitucional); y que la jurisdicción juega un papel dinámico (y en parte creativo) en el desarrollo del Derecho>>⁶³⁶.

Y por otro la lectura *constitucionalista*, denotara que los derechos fundamentales, no pueden ser garantizados principalmente por el rol institucional, en cabeza del ejecutivo o el legislador, especialmente por el legislador, debido a que este pierde su condición de racionalidad, aquella que lo hacía casi un <<ser omnipotente>>, representada en *el mito del legislador* en palabras de FIORAVANTI en tiempos del derecho del siglo XIX:

El gran mito del legislador que encarna la voluntad general, que habla la lengua nueva de la generalidad y de la atracción. A su máxima autoridad corresponde la máxima garantía de que ningún hombre podrá ser limitado en sus derechos por otro hombre si no es sobre la base de la ley, ahora única autoridad legítima⁶³⁷.

Lo que propondrá una racionalidad práctica para la aplicación del derecho, y por ende para la aplicación de los derechos fundamentales. <<La aplicación del derecho, tal como usualmente la comprendemos, es una instancia de esta concepción general de la racionalidad práctica. Aplicar el derecho consiste en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado>>⁶³⁸.

La lucha ya no será por el derecho, retomando el gran postulado defendido por Rudolf Von IHERING⁶³⁹ en tiempos en los que las escuelas de

⁶³⁶ ATIENZA, M. (2011). *Dos versiones del constitucionalismo*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 73-88. (p. 81).

⁶³⁷ FIORAVANTI, M. (2009). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Sexta edición. Presentación de Clara Álvarez Alonso. Traducción de Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta. Madrid, España. (p.62).

⁶³⁸ MORESO, J. (2006). *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*. Revista Direito GV. Vol. 2 Núm. 2. pp. 13-30. (p. 16).

⁶³⁹ <<El paradigma dogmático-legalista se constituyó en Europa continental en el siglo XIX básicamente a instancias de la escuela exegética, la escuela histórica y el primer Ihering, (...) Para ese paradigma no había espacio ni necesidad de razonamiento justificatorio, pues la decisión creadora del legislativo se justificaba en sí misma y era incontrolable, y luego venía el

la interpretación jurídica, se preguntaban por el sentido de las normas, el que hacer del legislador como cultor de la potestad normativa, y por entender un sentido holístico de los enunciados jurídicos. El postulado contemporáneo como <<transformación>>, propone una lucha por los derechos, en sentido plural, pero más que querer ser visto como un problema del lenguaje jurídico, la distinción recaerá por lo derechos, y el alcance de los mismos. Por los derechos fundamentales. <<De entre estas profundas transformaciones, sobresale la exigencia del constitucionalismo actual de que los derechos fundamentales sean tomados en serio por los órganos de aplicación y creación del derecho. Esta pretensión sitúa en el primer plano de los problemas jurídicos>>⁶⁴⁰.

irrelevante silogismo formal judicial de rigurosidad teórica. De ahí la rudimentaria teoría interpretativa circunscripta a «reconstruir con fidelidad la voluntad del legislador», y la igualmente simple y rígida teoría de la fuente del derecho, centrada en la norma jurídica general, y más específicamente en la creada por el poder legislativo. Consecuentemente, aparecían las resistencias para confeccionar un listado de las fuentes del derecho complementarias de la ley, y así, por ejemplo, se llegaba dificultosamente a reconocer tal carácter a la costumbre, sólo en la medida que aclaraba la ley o suplía su silencio, pero nunca en oposición a la misma, y por el lado de la jurisprudencia, sólo para el supuesto que fuera reiterada y proveniente del tribunal de la máxima jerarquía». (p. 483). VIGO, R. (1998). *Razonamiento justificatorio judicial*. DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho. N°.21. pp. 483-499.

⁶⁴⁰ RÓDENAS, Á. (2017). *Desafíos para la filosofía del derecho del Siglo XXI*. Derecho PUCP. No 79, pp. 33-46. (p.78).

6.2. LA CARGA INVERTIDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO FENÓMENO JURÍDICO-POLÍTICO CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

La carga invertida de los derechos fundamentales muestra las bases de una propuesta teórica, que presenta una lectura de la realidad de las disposiciones iusfundamentales en el sistema jurídico colombiano, en su tratamiento como normas jurídicas de principio y desde su trato y desarrollo en el paradigma del Estado constitucional⁶⁴¹ en una visión garantista o presentada como garantismo. Esto se debe, a que la carga invertida de los derechos fundamentales hace posible una “conciliación teórica” entre el *constitucionalismo*⁶⁴² defendido por ALEXY y el

⁶⁴¹ Al respecto en una defensa *antipositivista* del establecimiento del Estado constitucional en los sistemas jurídicos contemporáneos, cabe resaltar los desarrollos de la profesora Mónica LOPERA: <<la lección dejada por la experiencia del nacionalsocialismo será determinante para que a partir de la segunda posguerra se asista a una rehabilitación del derecho en el afán de consumar la ruptura con el pasado reciente y suplir el déficit de legitimidad que a partir de entonces se instala y croniciza en los ordenamientos jurídicos. Esta recuperación de la razón jurídica se caracterizará por un marcado acento *antipositivista*, predominando en algunos autores una vuelta al iusnaturalismo o, cuando menos, el rechazo a la tradición formalista forjada por el positivismo para en su lugar conceder mayor importancia a la vinculación del derecho a contenidos axiológicos como fundamento de su validez>>. (p.28). LOPERA, M. (2004). *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*. Área de teorías del derecho escuela de derecho – Universidad Eafit. Medellín, Colombia.

⁶⁴² El constitucionalismo *Alexyan* se centra en la aplicación de las modernas constituciones democráticas, específicamente las normas que contienen derechos constitucionales, y en un sentido más concreto las normas de derechos fundamentales. ALEXY (2003) destaca que todas las Constituciones modernas que apelan al carácter *democrático*, contienen principalmente esos dos tipos de normas, las que tienen una función en la adjudicación del derecho, y las segundas que se identifican en el escenario de lo público o lo político: <<Modern democratic constitutions comprise two classes or categories of norms. The first class contains norms that constitute and organize legislation, adjudication, and administration. The central theme of these norms is empowerment. The second class contains norms that constrain and direct public power. Norms conferring constitutional rights are most prominent here. This dichotomy seems to be universally valid, at least in the universe of democratic constitutions>>. (p. 131). ALEXY, R. (2003). *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. Ratio Juris. Vol. 16 No. 2 June. pp.131–40.

*garantismo*⁶⁴³ construido por FERRAJOLI, el constitucionalismo moderno, como unión entre el concepto y la estructura de los derechos fundamentales, más sus garantías institucionales y jurisdiccionales, propone una superación del constitucionalismo del siglo XIX, tal como lo referencia el profesor Joan Luis PÉREZ FRANCESCH:

El constitucionalismo del siglo XIX es un movimiento que persigue configurar a lo sumo, un Estado constitucional que es realmente un Estado legislativo. El objeto ultimo de esta construcción es intentar es sujetar el poder del Monarca a la voluntad del pueblo expresada a través de la ley, como obra del parlamento⁶⁴⁴.

Es importante empezar estas líneas indicando que nos apoyamos para construir esta tesis en dos teóricos del derecho contemporáneo de suma importancia, en un primer lugar en los trabajos de Luigi FERRAJOLI en su *teoría del garantismo* dentro del *paradigma del Estado constitucional* y en un segundo momento en Robert ALEXY en su *tesis de la injusticia legal* como crítica a la propuesta del *legalismo* frente a los desarrollos del *constitucionalismo* y su concepción del modelo de sistema jurídico formado

⁶⁴³ El garantismo Ferrajoliano parte de la premisa iusfilosoficas de la tesis de la separación entre el derecho y la moral, como muestra de la defensa de FERRAJOLI (2006, p. 29). de un positivismo jurídico en el constitucionalismo de corte garantista que propone, sobre este primer punto tanto ALEXY como FERRAJOLI son antagónicos en la defensa de uno y otro modelo, dado que la conexidad teórica va a estar dada no en la fase Metateórica de sus postulados centrales en el Garantismo de FERRAJOLI y el Constitucionalismo de ALEXY. sino en la tercera fase de análisis de sus postulados fundamentales, nos referimos a la de teoría constitucional y teoría de los derechos fundamentales. las técnicas de garantía de FERRAJOLI siempre apuntaran a la aplicación correcta de los derechos fundamentales por la tríadica del ejercicio del poder público, ejecutivo, legislativo y judicial. Y ALEXY propenderá por un constitucionalismo de los derechos fundamentales donde el juez constitucional y los Tribunales Constitucionales tendrán la defensa y judicabilidad práctica de esta categoría esencial, para el establecimiento de las democracias modernas. FERRAJOLI, L. (2006a). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Traducción de Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid, España.

⁶⁴⁴ PÉREZ FRANCESCH, J. (1998). *El gobierno*. Temas clave de la Constitución española. Tercera edición. Colección dirigida por PEDRO DE VEGA. Tecnos. Madrid, España. (p.32).

por *reglas, principios y procedimientos*⁶⁴⁵. A esta concepción ALEXY, la denomina *el sistema jurídico de tres niveles*, donde pone de presente la necesidad de establecer una teoría del sistema jurídico, superadora y complementaria tanto de la teoría de la norma en KELSEN⁶⁴⁶, y de la teoría del ordenamiento jurídico en BOBBIO.

La idea de *sistema jurídico* en ALEXY, representa en particular una crítica a las tesis defendidas por el positivismo jurídico, en cuanto a los problemas de aplicación y determinación del derecho. Para él, una noción de derecho y por ende de sistema jurídico, debe de determinar su forma de corregir⁶⁴⁷ los errores del legislador, a la hora de la construcción normativa

⁶⁴⁵ ALEXY (2004) presenta un modelo de sistema jurídico de reglas, principios y procedimientos. Donde identifica que los procedimientos dentro del concepto de razón práctica, permitirán asegurar la racionalidad en la aplicación del derecho y por ende la racionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales: <<los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser solo el de un procedimiento que asegure la racionalidad. De esta manera, surge un modelo de sistema jurídico de tres niveles que puede ser llamado <<modelo reglas/principios/procedimiento>>. (pp. 173-174). En: ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España.

⁶⁴⁶ <<Kelsen distingue entre sistemas nomo-estáticos y sistemas nomo-dinámicos. En los primeros, en los que incluye el iusnaturalismo, la validez de la norma viene dado por el contenido de éstas, que puede subsumirse o deducirse de otras normas hasta llegar a la norma básica que fundamenta todo el sistema ; por el contrario, en los sistemas normativos dinámicos, como el derecho, las normas pueden tener el contenido moral que quieran pero valen si han sido autorizadas o promulgadas por el órgano competente conforme a un procedimiento prescrito por una norma superior y anterior>>. (p. 215). CARRILLO, Y. (2009c). *La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico*. Revista Dialogo de Saberes. N°. 31. pp. 213-229.

⁶⁴⁷ <<El argumento de la corrección consiste en dos partes. Su primera parte dice que tanto las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas, como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo, necesariamente formulan una pretensión de corrección. La segunda parte se refiere a las consecuencias de la no formulación y de la no satisfacción de esta pretensión>>. (p.54). ALEXY & BULYGIN (2001). *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Trad. de Paula Gaido. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 18. Bogotá, Colombia.

de los derechos, y de la misma construcción del derecho positivo como derecho valido a aplicar por parte de los operadores jurídicos:

Los sistemas normativos que no formulan ni explicita ni implícitamente una pretensión de corrección, por menos justificada que ella puede ser. Problemas prácticos importantes surgen solo cuando esta pretensión es formulada pero no satisfecha. El argumento de la injusticia extrema interviene cuando, al no satisfacerse esta pretensión, se traspasa el umbral de la injusticia extrema⁶⁴⁸.

Proponemos la tesis de la *carga invertida de los derechos fundamentales*, ¿porque la llamamos así? La denominamos como carga invertida de los derechos fundamentales porque en el *constitucionalismo colombiano* los derechos fundamentales soportan un fenómeno de protección y amparo invertido desde las garantías secundarias⁶⁴⁹ de los derechos, esto es desde las garantías que proporciona el poder judicial o la rama judicial del poder público en Colombia.

El poder judicial, en especial la jurisdicción constitucional en el sistema jurídico colombiano, ha establecido un fuerte garantismo judicial, desde el nacimiento de la acción de tutela con la Carta de derechos de 1991.

⁶⁴⁸ ALEXY, R. (2004). Ibíd. (p.68).

⁶⁴⁹ FERRAJOLI (2006) destaca que el control concentrado de constitucionalidad cumple un papel más importante que el control de constitucionalidad difuso, sobre el establecimiento del garantismo secundario, primero como garantía negativa secundaria, y luego como garantía secundaria en estricto sentido: <<las garantías constitucionales negativas secundarias, consistentes en el control jurisdiccional de constitucionalidad, pueden ser más o menos incisivas. Históricamente, se han desarrollado dos tipos de control judicial sobre la legitimidad de las leyes: a) el control difuso, implantado en los Estados Unidos y en otros ordenamientos americanos, consistente en la inaplicación en el caso decidido —pero no en la anulación— de la norma inconstitucional, (...) b) el control concentrado, implantado en Italia y en muchos otros países europeos en la segunda posguerra sobre la base del modelo kelseniano adoptado por la Constitución austriaca de 1920, consistente en la anulación de las normas de ley inconstitucionales, reservada a una Corte constitucional —investida para resolver controversias como lo hace un juez en el curso de un juicio— cuando se trate de una cuestión relevante y no manifiestamente infundada>>. (pp. 26-27). FERRAJOLI, L. (2006b). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 29. pp. 15-31.

Este garantismo judicial, ha cobrado un protagonismo principal, porque a la hora de proteger los derechos fundamentales, ha entrado inclusive en los márgenes del legislador, como garantismo primario, garantismo que ha quedado en un segundo plano, toda vez que ha cedido gran parte de terreno, a la gestación judicial de los derechos por parte del juez de tutela.

En Colombia la subsidiariedad de la tutela, ha generado una *mutación constitucional*, otorgándosele en temas concretos y específicos una función principal y preferente ante otros mecanismos de tutela y protección judicial, pertenecientes al mismo sistema jurisdiccional colombiano:

La mutación significa una transformación intensa o radical en el contenido normativo de un derecho, sin que se advierta ninguna alteración en su tenor literal, donde normalmente dichos cambios son ocasionados o motivados por la evolución histórica de la sociedad donde las disposiciones despliegan sus efectos normativos, o también por la variación del criterio jurisprudencial por parte del juez en relación con unos hechos prácticos existentes, siempre dentro de los límites constitucionales⁶⁵⁰.

Luigi FERRAJOLI en su teoría del *garantismo*⁶⁵¹ dentro del *paradigma del Estado constitucional* indica que existen dos tipos de garantías a las que él llama *garantías primarias* o de primer orden y *garantías secundarias* o de segundo nivel. Así, en este orden conceptual, la idea de

⁶⁵⁰ LÓPEZ CADENA, C. (2009). *Aproximación a un concepto normativo de mutación de los derechos*. Revista Derecho del Estado. N.º. 22. pp. 129-158. (p. 144).

⁶⁵¹ El modelo garantista no solo va estar sujeto a la defensa del positivismo jurídico en tiempos de posguerra como reivindicación teórica de dicha corriente del pensamiento iusfilosófico, sino más bien a lo que en palabra de FERRAJOLI (2010) y defendido en su propuesta del paradigma garantista dentro del concepto amplio de Estado constitucional, precisamente a la sujeción del derecho a la Constitución y en la defensa misma de los derechos fundamentales: <<Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no solo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del Estado constitucional de derecho>>. (p. 19). FERRAJOLI, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés IBÁÑEZ & Andrea GREPPI. Séptima edición. Editorial Trotta. Madrid, España.

constitucionalismo defendida en el paradigma garantista de FERRAJOLI, es una teoría defendida desde un constitucionalismo normativista, a diferencia de la concepción de ALEXY, que podríamos denominar como un constitucionalismo judicialista, en el sentido de dejar la construcción de las normas de derechos fundamentales, especialmente a la vinculación del poder judicial en los Estados constitucionales democráticos. <<Lo que importa para que el paradigma llegue a funcionar como técnica de tutela de los principios y de los derechos fundamentales que a él se vayan incorporando, es su modelo normativo>>⁶⁵².

Así las cosas, para mostrar que el desconocimiento de las garantías de los derechos fundamentales dentro de disposiciones iusconstitucionales de superior jerarquía, sería como afirmar que no existen los derechos aunque estos, estén consagrados en la Constitución, que para fines de este estudio podemos traer a colación los principios constitucionales, su desconocimiento no solo configuraría el no reconocimiento material de los mismos por medio de cualquier acción de amparo o tutela, sino la desconfiguración o desregulación formal en términos de garantismo desde la misma Constitución o cuerpo normativo fundamental.

En este orden argumentativo, el papel de las garantías constitucionales, es de suma importancia, no solo para comprender su alcance desde el constitucionalismo moderno, independientemente de la justificación teórica que se asuma, para defenderlo. Su relevancia esta, tal como lo indica el profesor Javier PÉREZ ROYO, en que las garantías constitucionales posibilitaron el transito del derecho político al derecho constitucional contemporáneo:

El ordenamiento jurídico ya no empieza en la Ley, sino que empieza en la Constitución. El Derecho Político se convierte en Derecho Constitucional. La

⁶⁵² FERRAJOLI, L. (2006a). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid, España. (p.30).

línea divisoria entre ambas fases está definida por las garantías constitucionales, ya que sin ellas el tránsito de la política al derecho en el texto constitucional resulta de todo punto imposible. Únicamente las garantías constitucionales permiten asegurar eficazmente la supremacía de la Constitución sobre todas las demás normas del ordenamiento, posibilitando que ésta empiece con la Constitución y no con la Ley⁶⁵³.

En este orden teórico-conceptual nuestra *teoría de la carga invertida* se configura de la siguiente manera: (i). En un primer plano los derechos fundamentales de los ciudadanos dentro del *constitucionalismo* como superación del *legalismo*⁶⁵⁴ se deben posicionar por el reconocimiento de las *garantías primarias* en el desarrollo de políticas públicas tendientes a la promoción, socialización y abierta participación de la concreción de las disposiciones iusfundamentales por parte de la rama ejecutiva del poder público. (ii). Como *desarrollo legislativo de los derechos* por parte del Congreso de la República en la superación del *paradigma legalista* del Estado de derecho liberal y de tradición decimonónica. Y en tercer lugar (iii). Como herramienta especial en la consolidación del Estado constitucional colombiano proponiendo el funcionamiento de los *límites competenciales del legislador*⁶⁵⁵ en favor de los márgenes de acción para el

⁶⁵³ PÉREZ ROYO, J. (1992). *Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 12. pp. 233-249. (p. 234).

⁶⁵⁴ ALEXY (2004) critica el modelo del *legalismo* como un modelo de sistema jurídico puro de reglas, es decir; donde única y exclusivamente en la configuración normativa existan normas tipo regla, para la adjudicación del derecho y para la concreción inclusiva de las normas constitucionales. <<Alexy presenta cuatro fórmulas del modelo legalista del derecho, que se opone o rechaza al modelo del constitucionalismo: (1) norma en vez de valor; (2) subsunción en vez de ponderación; (3) independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución; (4) autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional Federal>>. (p. 160). ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España.

⁶⁵⁵ <<Debe reconocerse que en las Constituciones que fundan Estados democráticos, tienen validez también ciertos principios formales –sobre todo el principio de la competencia para decidir que está atribuida al legislador legitimado democráticamente –que contienen y restringen las competencias de control que tiene la jurisdicción. Mediante la observancia de

juez supremo constitucional en Colombia como lo es nuestra Corte Constitucional.

En este orden conceptual, *la carga de los derechos* cobra una especial importancia en temas donde se demuestra que el debate no es solo estrictamente en términos jurídicos sino que <<integra elementos morales⁶⁵⁶ a la discusión del derecho>> como ejemplo de esto, tenemos la forma en cómo se configuran los derechos de la comunidad (i). LGBTI, en torno a las uniones entre parejas del mismo sexo y los derechos de adopción sobre menores. (ii). Los procedimientos para practicar la eutanasia, el aborto. (iii). Temas como la ablación femenina en comunidades indígenas y ancestrales, la respuesta del Estado y la administración ante la violencia sistemática contra las mujeres, (iv) el trato diferencial de los consumidores de sustancias estupefacientes, o que generen algún reproche moral-social como la marihuana y su aplicación en condiciones medicinales, referentes de base solo para tocar algunos tópicos centrales de la discusión y dilemas constitucionales en Colombia.

Sobre esta misma base podríamos pensar que la idea de *Estado constitucional* es de novísima construcción en Colombia, así, como en los modelos de sistemas jurídicos donde se gestaron estas concepciones principalmente en el contexto de la Europa continental y en el derecho

ambas clases de principios es posible evitar la tan temida trasformación del Estado constitucional democrático en un “Estado de la jurisdicción constitucional”, que estaría en contradicción en el principio democrático>>. (p.38). ALEXY, R. (2003e). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Traducción Carlos BERNAL PULIDO. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 28. Bogotá, Colombia.

⁶⁵⁶ Sobre la relación entre el derecho y la moral, concretamente sobre la tesis de la conexidad aplicada a la función judicial de los derechos fundamentales, y a su interpretación, observar nuestro trabajo: BECHARA, A. (2017). *La carga invertida de los derechos fundamentales como procedimiento de creación judicial: diálogo jurisdiccional en la garantía de protección secundaria*. La Creación judicial del derecho y el diálogo entre jueces. Universitat Autònoma de Barcelona. Bellaterra, España.

anglosajón. Siguiendo además la apreciación de poder considerar que el Estado constitucional nace después de la segunda posguerra especialmente gracias a los desarrollos de los Tribunales Constitucionales. Los cuales interpretan el lenguaje de la Constitución, un lenguaje característico y especial, por eso es entregada por el constituyente, la función preferente de interpretación del lenguaje normativo de la Constitución y de los derechos fundamentales. Esta preferencia interpretativa ha sido referenciada por Lucio PEGORARO. <<Habitualmente, los enunciados de la Constitución son indeterminados, vagos, ambiguos, así que, en estas operaciones de reescritura de los textos, los Tribunales constitucionales están influenciados además por el lenguaje de las Constituciones>>⁶⁵⁷.

Pero bien, no es del todo cierta tal compresión del establecimiento verdadero del Estado constitucional en el derecho⁶⁵⁸ de nuestros tiempos. Esto se debe a que el Estado constitucional puede ser entendido, desde un carácter *histórico-constitucional* en la consolidación de los derechos y libertades públicas, algunos autores de referencia mundial, sitúan tal connotación a una génesis en las revoluciones liberales, como la Norte Americana y la Francesa, esta postura es defendida por uno de los más grandes precursores a nivel global por el estudio histórico del derecho constitucional, Maurizio FIORAVANTI:

⁶⁵⁷ PEGORARO, L. (1999). *Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución*. Pensamiento constitucional, vol. 6, No 6, pp. 221-241. (p.228).

⁶⁵⁸ En este sentido cabe resaltar la propuesta de la profesora colombiana Viridiana MOLINARES en cuanto a las primeras manifestaciones por la materialización del Estado constitucional especialmente en el siglo XVIII cuando el *legalismo* estaba en su plena hegemonía: <<La idea del Estado constitucional no es reciente. En el marco de las revoluciones liberales burguesas del siglo XVIII se expedieron, bajo el influjo de la ilustración, las primeras constituciones en Europa; pero estas se encontraron limitadas por un poder más fuerte que ellas: la omnipotencia, omnisciencia y exactitud del legislador>>. (p. 246). MOLINARES, V. (2013). *Guerra irregular y Constitución: garantismo judicial de la Corte Constitucional Colombiana*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Núm. 29. UNAM. Df. México.

Está presente también la convicción de que los modernos derechos individuales hayan sido declarados de forma asombrosa por la revolución francesa, en el año 1789, pero que en realidad tengan su más sólido y verdadero fundamento en los *Bill of Rights* inglés y americano, para a continuación volver la vista atrás, regresando por esta vía a los pactos medievales y a la propia *Magna Charta*. De esta forma el modelo elegido por Jellinek ya no es, ciertamente, exclusivamente «germano», sino que se vincula al menos con las experiencias de *common law* angloamericanas. Este es el modelo de *Rechtsstaat*, o de *rule of law*, que se presenta como modelo «jurídico», en el cual las libertades se fundamentan con solidez en la historia, y se garantizan con la misma firmeza por el Estado⁶⁵⁹.

Siguiendo a FERRAJOLI, nos indicará que las garantías de segundo orden o secundarias son aquellas que desarrolla el poder judicial tendiente al reconocimiento en *vías de judicabilidad de los derechos* inalienables del ser humano como condición subsidiaria-complementaria del primer proceso de garantías en su primera etapa. <<Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si éstas no han sido producidas —como sí sucede con los derechos patrimoniales—, en correspondencia con los derechos garantizados>>⁶⁶⁰.

Estas garantías pueden configurarse en el sentido protecciónista de su expresión, es decir desde la concepción *Ferrajoliana*, solo cumplen un deber de protección o de tutela jurisdiccional, estas nunca pueden establecerse como una vía institucional para la consolidación de los derechos, toda vez, que la garantía institucional para los derechos fundamentales, son proveídas en la función del garantismo primario, que a su vez se subdivide en un garantismo primario representado en el legislativo, y un garantismo

⁶⁵⁹ FIORAVANTI, M. (2010). *Las doctrinas de la constitución en sentido material*. Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, No. 6, pp. 427-438. (p. 429).

⁶⁶⁰ FERRAJOLI, L. (2006b). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 29. pp. 15-31. (p.30).

primaria representado en el ejecutivo. <<Llamaré *garantías primarias* o *sustanciales* a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados. Llamaré *garantías secundarias* o *jurisdiccionales* a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales>>⁶⁶¹.

En Colombia las garantías⁶⁶² primarias y secundarias se invierten, en el sentido que las secundarias o judiciales se convierten por excelencia en las primarias ya que, gracias a los plenos poderes de protección y reconocimiento que tiene el juez de tutela, el ciudadano puede verse amparado bajo la judicabilidad en algunos casos, efectiva de los derechos fundamentales. Cobrando una especial atención, en la cultura jurídica colombiana, el garantismo jurisdiccional secundario, especialmente por la aceptación omisiva⁶⁶³, de la función legislativa restrictiva⁶⁶⁴ los derechos,

⁶⁶¹ FERRAJOLI, L. (2000b). *Garantías*. Jueces para la democracia. No. 38, pp. 39-46. (p.40).

⁶⁶² << (...) La función garantista que podría desempeñar en el futuro una Carta de bienes fundamentales o comunes, sustraídos al mercado y protegidos por adecuadas garantías de inviolabilidad. En efecto, el derecho es solo una forma y una técnica de garantía, a la que se pueden atribuir los contenidos más dispares, y del que la teoría diseña únicamente la sintaxis>>. (p. 43). FERRAJOLI, L. (2006a). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid, España.

⁶⁶³ <<La Constitución puede establecer principios y preceptos que impongan al legislador la obligación de establecer normas que los desarrollen. Esta obligación puede estar señalada en forma expresa o puede resultar de su propia naturaleza. Para que se origine la omisión legislativa se requiere que el silencio del legislador produzca una situación contraria a la Constitución, sea que exista o no la obligación de legislar una determinada materia. La omisión se caracteriza siempre por el incumplimiento de una obligación, expresa o implícita, de desarrollar una disposición o precepto constitucional>>. BULNES, L. (2006). *La inconstitucionalidad por omisión*. Estudios constitucionales, vol. 4, No 1. (p. 252).

⁶⁶⁴ <<Las Constituciones que tipifican un catálogo de derechos fundamentales representan un intento de organizar la acción colectiva y, a la vez, de asegurar los derechos individuales. Este doble carácter se ve reflejado en la posibilidad que se atribuye al Legislador de restringir los derechos fundamentales. Esta posibilidad de restringir los derechos fundamentales establecidos por la Constitución es un elemento esencial de lo que estos derechos son>>. (p. 64). ALEXY, R. (2002). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año. 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre. pp. 13-64.

configurando un garantismo primario por defecto, circunscrito en gran parte por el ejercicio político y democrático de los derechos:

Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantía de la democracia. Varias veces he desagregado la noción de democracia constitucional vinculándola con las cuatro clases de derechos en las cuales he dividido la categoría de derechos fundamentales. La democracia política, asegurada por la garantía de los derechos políticos; la democracia civil, asegurada por la garantía de los derechos civiles; la democracia liberal, asegurada por la garantía de los derechos de libertad; la democracia social, asegurada por la garantía de los derechos sociales⁶⁶⁵.

Los derechos fundamentales en Colombia, debido a su estructura normativa, deben ser siempre justificados, para poder llevarse a los planos concretos de aplicación material. La justificación de los derechos fundamentales, se entiende como el plano de justicia que reclaman las normas y dispociones iusfundamentales. En este orden, la problemática de la interpretación de los derechos fundamentales en Colombia se ha querido asociar, especialmente desde el debate intrínsecamente normativo, en el sentido si los derechos fundamentales son o no normas de principios, o estos pueden configurarse como verdaderas reglas. Su importancia esta mas alla, de los términos de un teoria de la norma, en como los derechos fundamentales, son configurados como elementos de la esencia del sistema juridico, en términos de Estado constitucional y democrático de derecho. <<Los derechos fundamentales como categoría especial de derechos constitucionales, a partir de la Carta de 1991, han proyectado su desarrollo desde el punto de vista de sus garantías de protección>>⁶⁶⁶.

El plano de justificación se integra en la decisión judicial fundamental, como decisión especial, en el campo general de la decisión judicial. La

⁶⁶⁵ FERRAJOLI, L. (2006b). *ibid.* (p. 22).

⁶⁶⁶ BECHARA, A. (2011a). *Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy*. Revista Saber Ciencia y Libertad. V. 6, N°. 2: 63-76. (p.72).

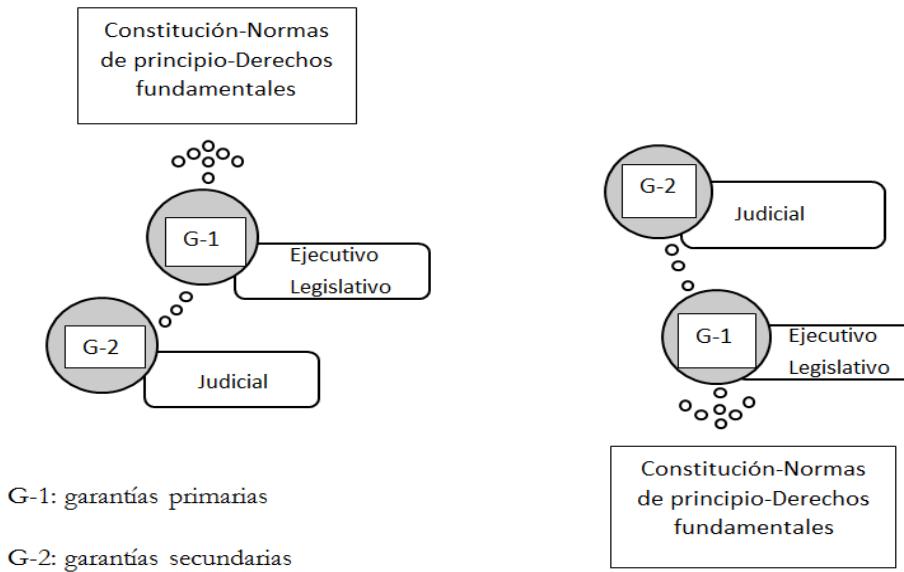
concreción⁶⁶⁷ de los derechos fundamentales, se da en el ámbito de la argumentación jurídica, pero esta argumentación es si, es una argumentación constitucional, en el sentido de proveer elementos distintivos, que convergen en una argumentación iusfundamental. Esta conceptualización pone de presente la idea de complementariedad, mas no de exclusión entre las teorías constitucionales de FERRAJOLI y ALEXY. El primero otorgándole un fuerte carácter político y democrático al valor institucional de la garantía de los derechos fundamentales, y el segundo estableciendo una prevalencia en cuanto al carácter práctico de un constitucionalismo del juez constitucional y de la decisión judicial en sentido iusfundamental. Esta tesis es validada por ALEXY:

No basta con que un proceso constitucional concluya con la adopción de un catálogo de derechos fundamentales; éstos tienen que ser interpretados e implementados. Esto puede ser llevado a cabo, en parte, por la legislatura; pero si el propio legislador está sometido a los derechos fundamentales, deberá existir un tipo de argumentos sobre si un acto u omisión legislativa viola o no los derechos fundamentales. Los argumentos que interpretan los derechos fundamentales de una determinada constitución son argumentos jurídicos, de manera que existe una relación necesaria entre los derechos fundamentales, que vinculan a todos los poderes del Estado, y la argumentación jurídica⁶⁶⁸.

A continuación proponemos una gráfica que ilustra *la tesis de la carga invertida de los derechos fundamentales en Colombia*

⁶⁶⁷<<Los problemas sobre la interpretación de las normas jurídicas como enunciados normativos, tendrían soluciones concretas a los casos en los que sería necesario una aplicación directa de la Constitución, ya que si solo los jueces están sometidos al imperio del ordenamiento jurídico, tomarían en sus decisiones en la construcción de su valoración judicial, todas las normas que componen nuestro orden jurídico como gran sistema de normas>>. (p.31). BECHARA, A. (2016). *Nuevos sujetos de especial protección constitucional: defensa desde la teoría principalista de los derechos fundamentales*. Revista Justicia. Vol. 21, No 29. pp. 28-44.

⁶⁶⁸ ALEXY, R. (1999). *La tesis del caso especial*. Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política. N. 21. pp. 23-35. (p. 23-24).

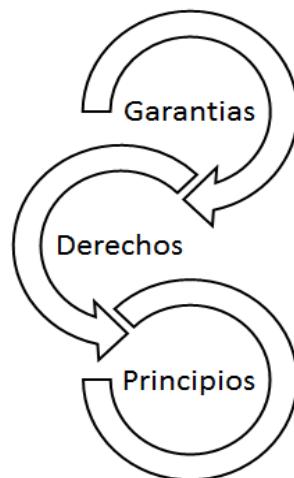


Grafica 4: fuente propia.

La grafica de la carga invertida de los derechos fundamentales describe las *normas de principio* como normas de superior jerarquía emanadas directamente de la Constitución, no son normas extra-sistémicas como se pensó en algún momento y desde los *críticos positivistas* a la vista de los principios en clave de iusnaturalismo o neokusnaturalismo, los derechos fundamentales invierten su carga perdiendo su *ingeniería constitucional* e invierten el sentido estructural sistémico dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En lo que configura una *falla sistémica de garantía funcional de los derechos*. Entendiéndola como la imposibilidad de reconocimiento pleno, uso, goce y disfrute de los derechos más esenciales con los que un ciudadano dentro de un orden dado debe contar.

También presentamos la gráfica que responde a lo que denominamos *falla sistémica de garantía funcional de los derechos*:



Grafica 5: fuente propia.

Lo que genera esta <<falla sistémica>>, es la *lectura equivoca de la realidad* de la actividad judicial, en el desarrollo de los principios como mandatos constitucionales de especial jerarquía esto es, que la idea de reducir la *discrecionalidad judicial del fallador*⁶⁶⁹ como una propuesta en su labor de administrar justicia en los *planos concretos* sea aún más difícil, tendiendo a confundirse con un *garantismo-herculiano*⁶⁷⁰, un

⁶⁶⁹ <<El planteamiento originario deriva de la solución a ese choque que se está presentando entre una y otra norma, claro está la pretensión de aislamiento debe estar en manos del fallador y no del legislador para apartarse de esta, siempre y cuando este considere que se está violando un derecho fundamental, es decir si se considera que se está actuando contrario a la norma y con ello viola la carta política, la razón de ser es que el fallador goza de la facultad de buscar el camino que lleve a una justa decisión equilibrada, entendiendo que no puede actuar con pasiones, sino con decisiones ajustadas a derecho, valiéndose de la norma indicada, de la doctrina y de la jurisprudencia>>. (p. 60). BECHARA, A. (2011c). *La ponderación y los derechos fundamentales*. Editorial Universidad Libre. Cartagena, Colombia.

⁶⁷⁰ Sobre los excesos del discurso principialístico es importante destacar la crítica del profesor BOTERO respecto a la actividad de los valores y principios en el sistema jurídico colombiano: <<la jurisprudencia de valores y el discurso principialístico han pretendido (con diferentes matices, dependiendo de cada autor) dar una solución tan radical como el formalismo: la mitificación o la sobredimensionalidad del juez (quien se asume como un Hércules) y la desconfianza al derecho escrito, siendo puesto este último en un segundo plano frente a unos principios y/o valores, indeterminados en cuanto su contenido, a pesar de que afirman los seguidores de tales teorías que no hay tal recelo, en tanto son, según ellos, entidades objetivas que pueden ser aprehendidas por los operadores jurídicos de manera más

activismo judicial o una plena identificación de la *fuerza efectiva* del *neoconstitucionalismo*⁶⁷¹.

Aun con la construcción de la *sub-regla* de la Corte Constitucional la idea de llevar, de una *abstracción sobre-dimensionada* de las normas de principio a una concreción material efectiva de los mismos, frente a colisiones entre derechos fundamentales desde la *técnica del precedente judicial*, resulta también quimérica toda vez que mediante el *control difuso de constitucionalidad* todos los jueces de la república en *sede de tutela* realizan control constitucional, un control que llamamos *especialísimo de constitucionalidad* o que desde la filosofía y teoría del derecho podemos denominar *casos trágicos de constitucionalidad*.

Este fenómeno se presenta cuando existen controversias jurídicas, en las que a la hora de construir la norma, resulta innecesario acudir al precedente constitucional de la Corte, toda vez que ni la misma doctrina constitucional indica el reconocimiento pleno del derecho o los derechos a los que el *actor de tutela* aspira a lograr su reconocimiento de amparo por

o menos igual». (p. 37). BOTERO, A. (2006). *Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: (formalismo versus principios y/o valores)*. Opinión Jurídica, V. 5, No. 9 - Enero-junio - Medellín, Colombia. pp. 33-61.

⁶⁷¹ La fuerza efectiva del neoconstitucionalismo, puede ser definida para los fines de esta investigación doctoral, en el *Giro interpretativo* que le imprimió tal doctrina al establecer los postulados en el desarrollo de una corriente de pensamiento jurídico, que explicara e indagara con los principales problemas de la aplicación de la Constitución, y por ende de sus normas características como los derechos fundamentales: <<El tema de la interpretación jurídica y el estudio del razonamiento jurídico han sido dos elementos centrales en la doctrina y en la teoría del derecho desde siglo XX hasta la actualidad, tanto así que se ha hablado de un *giro interpretativo*. Aunque no sean, en absoluto, temas completamente nuevos, la necesidad de evidenciar el rol y las posibilidades ofrecidas por la interpretación jurídica han emergido casi naturalmente acompañando el moderno proceso de constitucionalización –debido a la introducción de constituciones en los sistemas jurídicos, primero como meras declaraciones y después como normas jurídicas-. El neoconstitucionalismo forma parte de este proceso histórico y teórico y, aunque apareció de manera posterior al propio proceso de constitucionalización, se encuentra hoy en pleno florecimiento>>. (p. 143). POZZOLO, S. (2016). *Neoconstitucionalismo*. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. N. 11. pp. 142-151.

vía de protección tutelar. Lo que resulta en el campo de la decisión constitucional, como una decisión sin respuesta correcta, que ha llevado a la generación de toda una doctrina *del error de protección judicial*, por configurarse la misma sentencia de tutela como un nuevo error judicial, imponiéndole unas cargas negativas elevadas, al destinatario del fallo, que en este caso, acude ante el juez para lograr judicialmente la protección de sus derechos fundamentales. Esta falla se produce, en los sistemas jurídicos donde se le da una prevalencia subsidiaria al derecho de creación jurisprudencial⁶⁷², como ocurre puntualmente en el sistema jurídico colombiano.

Los errores reiterados de la administración de justicia y del mismo modelo decisional como un modelo débil, para la construcción argumentativa de la norma que se gesta en el caso a decidir, impone una *carga negativa colectiva*⁶⁷³, en el sentido que la administración de justicia como derecho fundamental, puede tener un alcance general y colectivo, cuando afecte la decisión a intereses comunes del Estado constitucional

⁶⁷² Desde la creación jurisprudencial del derecho, y en especial sentido de los derechos fundamentales, se ha referenciado el fenómeno de la exegesis interpretativa, a la hora de la interpretación de la Constitución, por parte de los Tribunales Constitucionales. El profesor Thomas WÜRTENBERGER, en el contexto del sistema constitucional alemán. <<Si se parte de modo realista de que la Ley Fundamental está vigente tal y como se fija su contenido por más de cien tomos de sentencias del Tribunal Constitucional, no es entonces posible la exégesis de la Ley Fundamental sin recurrir a su concretización en los precedentes de la jurisprudencia constitucional. Debido a la igualmente obligada vinculación de la interpretación constitucional al texto de la Constitución sigue siendo de importancia la cuestión de los métodos de interpretación constitucional y el desarrollo de Derecho constitucional de creación jurisprudencial. (p.603). WÜRTENBERGER. T. (2002). *Interpretación del derecho constitucional (Desde una perspectiva realista)*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. N°.6. pp. 601-620.

⁶⁷³ Por *carga negativa colectiva*, para los fines de esta investigación doctoral. Entendemos como aquella que se produce, cuando los errores judiciales individuales desde los derechos fundamentales desbordan los límites subjetivos, y se da una lesión o vulneración de intereses que pueden llegar a afectar valores superiores desde el sentido generar, como es el caso del principio de justicia.

democrático, como se representa al principio de justicia. <<Según este entendimiento, los bienes colectivos tienen sólo una capacidad reducida de imponerse en colisiones con la libertad negativa. Existe así una carga de la argumentación del lado de los bienes colectivos>>⁶⁷⁴.

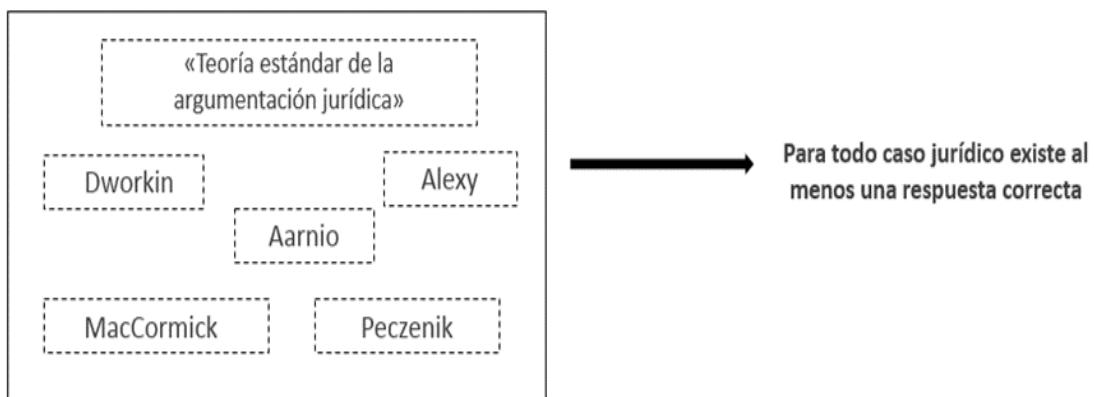
El concepto de caso trágico en el derecho en una perspectiva europea, ha sido construido por Manuel ATIENZA, en el sentido de establecer que *los casos trágicos* como <<casos difíciles especiales>>, involucran siempre tensiones, colisiones, o conflictos de normas que tienen como característica esencial, la de pertenecer a *la esfera axiológica* de la Constitución. Además, de distinguir que existen dos tipos de casos trágicos, que reflejan los sistemas jurídicos contemporáneos:

Cabe hablar de dos tipos de casos trágicos o, dicho de otra manera, el juez puede vivir como trágica: a) una situación en que su ordenamiento jurídico le provee al menos una solución correcta (de acuerdo con los valores de ese sistema) pero que choca con su moral; b) una situación en que el ordenamiento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ BOROWSKI, M. (2000). *La restricción de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 59. pp. 29-56. (p. 49).

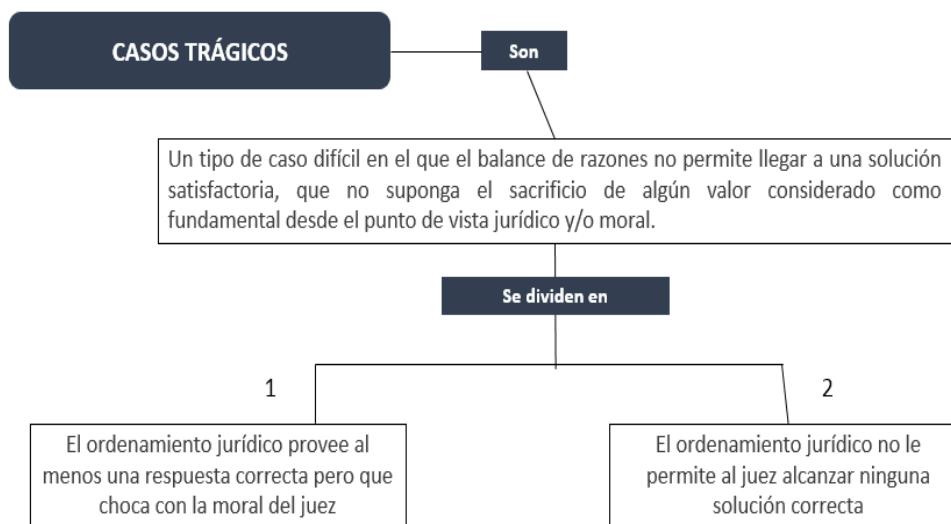
⁶⁷⁵ ATIENZA, M. (1997). *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*. Isonomia. N. 6. pp. 7-30. (p. 19).

PARADIGMA DOMINANTE DE LA TEORÍA DEL DERECHO



Casos difíciles y casos trágicos
(Atienza, 1997)

Grafica 6. Fuente propia.



Grafica 7. Fuente propia.

“Esta falla” se resuelve en su *fase teórica* haciendo una lectura del *constitucionalismo* o *neoconstitucionalismo*, no como una etapa de superación absoluta del *legalismo* o *positivismo jurídico* sino más bien,

como un *ciclo de reforzamiento*⁶⁷⁶ a la idea de *Constitución liberal* dotándola de nuevas herramientas, esto sí desde la *pedagogía constitucional* (en el caso de Colombia, que evidencia el art. 41. C. N.), frente a la aplicación judicial de las nuevas normas constitucionales (normas tipo principio).

En la carga invertida de los derechos fundamentales específicamente se generan tres sub-fallas en la lectura del sistema jurídico colombiano desde la perspectiva básica de los *sistemas jurídicos constitucionalizados*. Los sistemas jurídicos constitucionalizados, propenden especialmente por el desarrollo de los derechos fundamentales, en dialogo jurisdiccional-legislativo. Esto es, que solo en los casos donde media una omisión absoluta del legislador, la restricción de los límites competenciales de los derechos fundamentales, en sede judicial, sea levantada, sobre la premisa de evitar y corregir las fallas provenientes, de la intervención por garantía primaria de las normas y disposiciones iusfundamentales, en un estudio realizado hace algunos años, dejamos nuestra posición al respecto de la tensión limites competenciales, legislador e interpretación constitucional:

La Corte Constitucional no castiga al legislador ni entra en campos no permitidos para la defensa de las normas iusfundamentales, simplemente cumple con la aplicación material de la Constitución llenando el vacío normativo-constitucional que genera la omisión del legislador, lo que posibilita la creación judicial de nuevas categorías jurídicas y nuevos derechos que especialmente son aprehendidos por la jurisprudencia constitucional. La creación judicial posibilita un dialogo verdadero en

⁶⁷⁶ En este sentido se estructura en nuestra defensa los desarrollos del profesor ARAGÓN: <<Ese desarrollo del constitucionalismo no supuso, ni mucho menos, el abandono de su sentido originario, sino su reforzamiento. Por eso las transformaciones aludidas no ponen en cuestión la idea genuina de Constitución: una norma fundamental que limita los poderes del Estado con el objetivo de garantizar la libertad de los ciudadanos. Por ello, ni hicieron desaparecer la división de poderes (aunque la convirtieron en más compleja) ni los controles del poder llamados a impedir la arbitrariedad, ni crearon zonas de impunidad del poder no sometidas a la limitación. El “nuevo constitucionalismo”, así entendido, conservaba, en todos sus aspectos los principios esenciales del Estado de derecho>>. (p. 5). ARAGÓN, M. (2013). *Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la Constitución*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Núm. 29. UNAM. Df. México.

términos de democracia constitucional, puesto que los derechos fundamentales en tiempos de constitucionalismo y de garantías, conjugan conceptual y necesariamente *la tesis de representatividad-política y de reconocimiento-judicial*⁶⁷⁷.

(i). La primera la llamamos la sub-falla *de la no esencialidad de los derechos* donde la búsqueda del núcleo esencial del derecho fundamental bajo los criterios de exigibilidad y judicabilidad de los derechos a todos los poderes públicos del Estado y al reconocimiento por particulares resulta ineficiente.

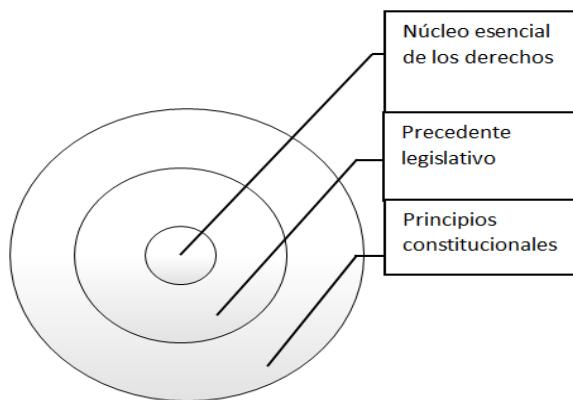
(ii). La segunda la denominamos como *el núcleo de generalidad de los principios constitucionales*. Donde la generalidad de los principios en sus *campos de acción específico* no permite, la construcción de la respuesta correcta por parte del fallador.

(iii). la tercera y última sub-falla como la *no superación de la fundamentalidad judicial de la disposición iusprincipial*. Donde el principio constitucional no logra convertirse por vía de reconocimiento judicial como verdadero derecho fundamental.

Presentando igualmente tres gráficas para ilustrar la propuesta teórica:

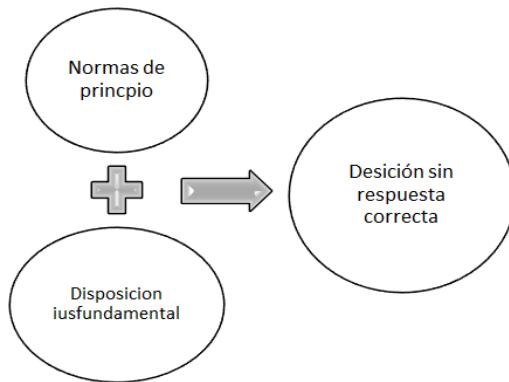
1. Sub-falla de la no esencialidad de los derechos.

⁶⁷⁷ MOLINARES, V. & BECHARA, A. (2016). *Omisiones legislativas y juez constitucional: una nueva forma de creación del derecho*. Federalismi.it. Revista de Derecho Público Italiano, Comparado y Europeo. Focus América Latina. N°.1. pp. 1-19. (p. 19).



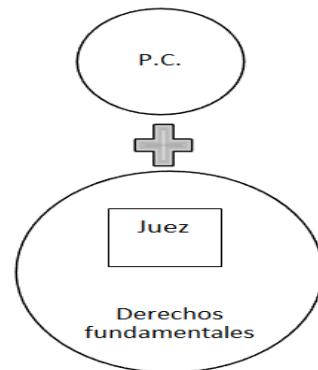
Grafica 8: fuente propia.

2. Sub-falla el núcleo de generalidad de los principios constitucionales.



Grafica 9: fuente propia.

3. Sub-falla la no superación de la fundamentalidad judicial de la norma de principio.



Grafica 10: fuente propia.

Bajo este entendido teórico la *tesis de la carga invertida de los derechos fundamentales* se apoya además en otro tópico que refleja FERRAJOLI no solo desde la vista del *garantismo*, ya que la carga en sí misma es un desvalor que refleja un *déficit de protección judicial* en muchos de los campos concretos de acción del derecho moderno, así como la falta de protección especial, inclusive a veces desde el órgano que todos quisiéramos fuese siempre progresista (desde una ideología liberal) nos referimos a la Corte Constitucional.

En la actualidad (2019), la Corte Constitucional ha generado un debate en la cultura jurídica colombiana, no solo en el contexto de la justicia constitucional, sino, en las demás jurisdicciones que integran nuestra *ingeniería jurídica*. Sobre un posible retroceso en las decisiones del alto Tribunal. Generando una *regresividad en derechos fundamentales*, otorgados por vía jurisprudencial, por intermedio de las sentencias de la Corte Constitucional. Esto se debe, a un cambio ideológico por parte de nuestro máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, sobre todo en temas y tópicos que tienen un fuerte raigambre de convergencia colectiva de derechos, y de aspectos altamente relacionados, con *el principio democrático*.

Tópicos como el de *las consultas previas*, en la autodeterminación de las comunidades donde se van a desarrollar *proyectos de explotación minero energética*, y temas como los del *aborted y la dosis mínima* de sustancias estupefacientes, sobre los cuales, la Corte ha pretendido revivir debates sobre los cuales ya existía una fuerte y sólida doctrina constitucional, configurada décadas aatrás, donde además converge el principio de *la cosa juzgada constitucional*.

Cobrando una especial relación, para la configuración de nuestra propuesta, la tesis a la que FERRAJOLI denomina en un sentido amplio y

general <<el derecho como ley más débil⁶⁷⁸>> y en un sentido estricto desde el *constitutionalismo garantista*⁶⁷⁹ como *los derechos fundamentales como leyes o ley del más débil*⁶⁸⁰. En los derechos fundamentales como leyes del más débil, realmente FERRAJOLI, establece una crítica en el ámbito democrático a los derechos, pues concibe, que la falta de determinación política de la defensa de los derechos fundamentales, ha generado ruptura desde el ámbito de protección estatal, fundamentado en su concepto de *garantías primarias*.

La carga de los derechos fundamentales en Colombia refleja en primer lugar <<la no superación del reconocimiento formal de los derechos>>, es decir se estructura (i). Una primera carga en contra del ciudadano en el reconocimiento pleno de sus derechos inalienables, pensemos en el ejemplo que presenta la Sentencia C-277 de 2011 donde la Corte Constitucional exhorta al Congreso de la Republica a legislar a favor del desarrollo legislativo de los derechos de la comunidad LGBTI. Aquí se presenta, una

⁶⁷⁸ En el primer capítulo esta tesis, que lleva por título: *Fundamentos epistemológicos de la teoría constitucional de: Luigi FERRAJOLI y Robert ALEXY*. Le dedicamos varios acápite in extenso, al problema de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Observar el 1.4. *Ferrajoli y los derechos fundamentales como <<ley del más débil>>* y el 1.5. *La relación derechos y garantías en el derecho del más débil*.

⁶⁷⁹ FERRAJOLI, plantea un debate contemporáneo sobre la idea de constitucionalismo, en los modernos sistemas jurídicos. Su aspecto principal resalta en la tesis de defender un modelo de constitucionalismo soportado en la justificación garantista del mismo. Desde el plano teórico FERRAJOLI, considera que su constitucionalismo garantista, refuerza una idea de positivismo jurídico renovada en el Estado constitucional y democrático de derecho.

⁶⁸⁰ <<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. Y podemos decirlo no solo de los derechos fundamentales, que son las leyes del más débil por antonomasia, sino de todo el derecho, tal como ha venido caracterizándose en su modelo garantista: del derecho penal, establecido en tutela de los asociados contra la arbitrariedad policial y judicial; del derecho laboral, establecido en tutela de los trabajadores contra el poder de los empleadores>>. (pp. 122-123). FERRAJOLI, L. (2000a). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 15. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

primera carga en la que se obligó a soportar a aquel ciudadano que considera su reconocimiento a la participación de este grupo poblacional en Colombia, esto a que la Corte en esa oportunidad no cierra la complejidad sistémica en la interpretación constitucional⁶⁸¹ dejando una “ratio decidendi abierta” y no concluyente.

La Corte establece unos elementos para la decisión, pero no establece argumentos normativos de razones⁶⁸², en palabras de SIECKMANN. La Sentencia de constitucionalidad, que en su sentido práctico, debería establecer las razones normativas, en favor o en contra del *objeto decisional*, no lo establece. Por lo que el operador jurídico realmente se ve inmerso en una encrucijada de adjudicación, en un primer momento interpretativo, y en segundo momento argumentativo. Esto conlleva al establecimiento de una *segunda carga*, la cual construye una relación entre la decisión en sentido formal, y el no reconocimiento directamente previsto para el destinario general de la decisión.

La segunda carga (ii). *La carga formal de no reconocimiento pleno de los derechos* como la llamamos, en términos generales muestra un déficit de protección de los derechos fundamentales de una comunidad minoritaria o excluida como *derechos de los más débiles*, obligados a soportar las

⁶⁸¹ Sobre la aplicación de la teoría de *nuevos sujetos de especial protección constitucional* en la fundamentación de la teoría principalista de los derechos fundamentales en el sistema jurídico colombiano, en la Sentencia C-277 de 2011 de la Corte Constitucional de Colombia. En un trabajo más a fondo resulta importante observar a: BECHARA, A. (2016). *Nuevos sujetos de especial protección constitucional: defensa desde la teoría principalista de los derechos fundamentales*. Revista Justicia. Vol. 21, No 29. pp. 28-44. BECHARA, A. & MOLINARES, V. (2017). *Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional*. Revista de Derecho. N. 48. pp. 163-188.

⁶⁸² SIECKMANN, J. (2014). *La teoría del derecho de Robert Alexy, análisis y crítica*. Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y Filosofía del derecho. N°. 67. Bogotá, Colombia.

decisiones que emanan de las mayorías hegemónicas en los órganos de representación como en el caso colombiano el Congreso de la Republica.

Se presenta demás una tercera carga. (iii). La tercera la denominas *la carga de la activación de las garantías*, en esta se reflejan los verdaderos *casos difíciles* para el juez constitucional, concretamente porque el ciudadano debe acudir a la vía especial de protección judicial de sus derechos fundamentales como lo es la acción de amparo o de tutela, así, al ciudadano se le obliga a que soporte una tercera carga en la activación de las garantías.

(iv). La cuarta la concebimos como *la carga de la lotería de la revisión constitucional*⁶⁸³. En esta que continua la línea de la segunda en aras de la activación de las garantías procedimentales de los derechos fundamentales, no le garantiza al ciudadano de “a pie”, validando la expresión que el juez de tutela en primera o en segunda instancia le reconozca, declare y tutele los derechos fundamentales perseguidos de protección en la vista de amparo judicial, lo que expone al actor de tutela a una verdadera lotería ya que no le garantiza el mismo sistema jurídico, que su “caso” sea tomado para la eventual revisión en sede de la Corte Constitucional por sentencias T.

Finalmente, desde el constitucionalismo contemporáneo esta tesis a la que nosotros llamamos carga invertida de los derechos fundamentales en Colombia, configura lo que ALEXY denomina en planos *metateóricos* como la tesis de la *injusticia legal*, explicando que en los modernos sistemas

⁶⁸³ Sobre la revisión eventual, ya nos hemos referido en esta investigación, por lo que dejamos por sentado cual es nuestra postura al respecto: <<la Corte Constitucional, es discrecional en la recepción y selección de tutelas que estudiará en la llamada revisión eventual, lo cual no dispone de un mecanismo que garantice que serán revisadas todas las tutelas que llegan a la Corte por vía de acción de amparo, generando dicotomías conceptuales y materiales, si realmente existe un *control judicial efectivo*, con el mecanismo por medio del cual la Corte Constitucional, revisa las decisiones de tutela>>. (pp. 207-208). Capítulo 4. *La interpretación de los derechos en el estado constitucional colombiano: el modelo de adjudicación de las normas fundamentales*.

jurídicos donde impere el *constitucionalismo* sobre el *legalismo* no resulta igual o similar hablar de ley que hablar de derechos. Esta relación distintiva en ALEXY, guarda conexidad con la propuesta de ZAGREBELSKY⁶⁸⁴ en *el constitucionalismo dúctil*.

La realidad de los alcances de la tesis de la injusticia legal, resultan importantes para la concepción moderna del derecho especialmente del derecho después de la segunda posguerra, y es precisamente que en los casos dudosos, difíciles o trágicos como los llama ATIENZA⁶⁸⁵, la respuesta correcta para que el juez tome la decisión no se encuentra en la ley, no porque así no lo quiera el juez, o porque sea una *crítica al modelo positivista* y refleje un imperativo caprichoso por la aplicación de un *modelo no-positivista del derecho*.

De conformidad a lo anterior, la verdadera cuestión se da en la falta del dinamismo del derecho eminentemente legal, o porque sea una nueva realidad social (uniones entre parejas del mismo sexo-adopción⁶⁸⁶de parejas del mismo sexo, eutanasia, aborto, derechos indígenas, protección de los

⁶⁸⁴ ZAGREBELSKY, G. (2009). *El derecho dúctil*. Trad. de Marina Gascón. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid, España. (Capítulo. 3. *La separación de los derechos respecto de la ley*).

⁶⁸⁵ ATIENZA, M. (1997). Ibíd. (p. 20).

⁶⁸⁶ Desde una construcción eminentemente *principialística* y en apoyo de la *teoría de principios*, se evidencia a grandes rasgos los aportes del profesor Sergio ESTRADA, sin lugar a dudas, uno de los más grandes exponentes de esta concepción en Colombia. Particularmente sobre la defensa de la adopción de las parejas del mismo sexo, propone como fundamento teórico *el derecho a la diferencia*, más no *el derecho a la igualdad* como justificación-práctica, para dotar de *garantías plenas* en dicho sentido a la comunidad LGBTI en nuestro país: <<la vía de protección de los derechos de las parejas del mismo sexo no es el principio de igualdad sino el derecho a la diferencia; advertir que la adopción se constituye en un medio de protección del derecho fundamental del niño a tener una familia y no una garantía de las parejas del mismo sexo; y recordar los peligros que se derivan de la realización de la ponderación cuando se asume como un medio único o racional de determinación de las decisiones en fase de control constitucional o de acción de tutela>>. (p. 27). ESTRADA, S. (2011). *Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo*. Opinión Jurídica, Vol. 10, N° 19. Enero-Junio-Medellín, Colombia, pp. 21-40.

derechos de las personas en condición de desplazamiento, reconocimiento de los derechos y prácticas ancestrales de las comunidades étnicas, etc.). Que requiera de regulación por parte del Estado desde su rama legislativa, ALEXY demuestra su tesis con una Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania⁶⁸⁷ conocida como *el fallo sobre la creación judicial del derecho del año de 1973*:

La sujeción tradicional del juez a la ley, elemento básico del principio de la división de poderes y, por lo tanto, del Estado de derecho, ha sido modificada en la Ley Fundamental, en todo caso en su formulación, en el sentido de que la actividad judicial está sujeta a la “ley y el derecho” (art.20, párrafo 3). Con esto, de acuerdo con la opinión general, se rechaza un positivismo legal estrecho. La fórmula mantiene en pie la conciencia de que la ley y el derecho coinciden, de hecho, en general, pero no siempre y necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial.

⁶⁸⁷ ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Ibíd. (pp. 17-18).

6.3. LA CARGA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO PRECEDENTE: DE LA CARGA DE LA ARGUMENTACIÓN A LA CARGA DE LA INTERPRETACIÓN

Los problemas de la actividad judicial del derecho, y de la construcción de la norma y disposición de derecho fundamental, entendiendo este procedimiento como la fase de desabstracción positiva de la norma fundamental, y el paso de concretización, cuando el juez determina su interpretación adecuada y construye una argumentación suficiente para tomar su decisión. En este sentido si tomamos de base esta definición, la cual proponemos, la decisión judicial como escenario completo del derecho, requiere necesariamente de la formulación interpretación más argumentación.

En el sistema jurídico colombiano, esta problemática planteó la solución a partir de la técnica del precedente judicial, con especial sentido a la *ratio decidendi*, y a la generación de la *subregla*. Esta solución se presentó como eficaz las dos primeras décadas de funcionamiento de la Corte Constitucional, porque realmente la interpretación a partir del sistema de precedentes, logró articular no solo el sistema de fuentes en Colombia. Predicado del 230. Constitucional. Sino que le otorgó una verdadera unidad, coherencia y completud al sistema jurídico. Los problemas de indeterminación y de falta de certeza en cuanto al modelo judicial de derecho colombiano⁶⁸⁸, se tornaron de forma álgida nuevamente, a partir de como los jueces podían determinar la respuesta correcta para su

⁶⁸⁸ «En Colombia, el cambio sustancial que introdujo la Constitución de 1991 —junto con los cambios históricos del siglo XVIII que instauraron la obligatoriedad de motivar las decisiones judiciales— llevó a un acercamiento mayor a las teorías de la argumentación. La necesidad de motivar las decisiones fue sustentada desde los mismos pronunciamientos judiciales». (pp. 336-337). PABÓN MANTILLA, A. (2012). *El problema de la argumentación jurídica: tres enfoques y su aplicación en la práctica jurídica colombiana*. III Congreso Colombiano de Filosofía. Sociedad Colombiana de Filosofía-Universidad del Valle. Cali, Colombia.

decisión, cuando la misma no se encontraba ni en la *ratio decidendi* ni en la *subregla constitucional*.

La Corte Constitucional apeló a una posible respuesta, introduciendo en el sistema jurídico colombiano una solución <<novedosa en nuestro ordenamiento>> pero que en realidad ya había sido propuesta de vieja data, por Robert ALEXY, en el contexto del derecho judicial constitucional en Alemania. Hace más de cinco décadas a atrás. Poniendo con posterioridad a ello, la relevancia de terminar una teoría de los derechos fundamentales para el Estado constitucional, estableciendo una interpretación y argumentación especial, y propia para este tipo de normas jurídicas, a la que ALEXY denominó *la argumentación de derecho fundamental*⁶⁸⁹.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-836 de 2001, con ponencia del Magistrado: Rodrigo ESCOBAR GIL. Enfrentó el siguiente problema jurídico. ¿Pueden los jueces inferiores de la jurisdicción ordinaria apartarse de las decisiones tomadas por la Corte Suprema como juez de casación, en ese evento determinar si es constitucionalmente admisible en todos los casos, o por si el contrario es limitada? Nuevamente esta sentencia, como lo mencionamos y desarrollamos a profundidad, en el capítulo cuarto de esta investigación doctoral, la Corte centra su estudio en la *eficacia vertical de la jurisprudencia*, cayendo en los yerros de lo que denominados como

⁶⁸⁹ <<Para comprender la argumentación de derecho fundamental, hay que complementar este modelo. El discurso iusfundamental no está sujeto a las decisiones tomadas en el procedimiento legislativo, sino que tiene un rango superior a éste. Esto significa que, en relación con este discurso, desaparece el factor de vinculación más importante para la argumentación jurídica general, es decir, la ley ordinaria que, la mayoría de las veces, es relativamente concreta. En su lugar, aparecen las disposiciones de derecho fundamental, que son muy abstractas, abiertas y cargadas ideológicamente. La pregunta es qué significa esto en relación con la posibilidad de controlar racionalmente las decisiones atinentes a los derechos fundamentales>>. (p. 489). ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

jurisprudencia jerarquizada. Así, en uno de los apartados más interesantes de la sentencia la Corte destacó:

La autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “plus” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas⁶⁹⁰.

Además, el alto Tribunal entendió en ese momento, la carga de la argumentación jurídica, como un tópico exclusivo de la motivación de las sentencias el cual provenía desde una dogmática procesalista. Lo que no permitió integrar las bases e insumos teóricos provenientes de la teoría del derecho procesal y de la motivación de las decisiones judiciales, con la teoría de la argumentación jurídica y la justificación de las decisiones judiciales⁶⁹¹. Los cuales si los miramos por separado, obedecen a lógicas y sustentos teóricos totalmente distintos.

En este apartado de la sentencia, se logra evidenciar como la Corte desconfigura, la esencia de *la técnica de la carga de la argumentación*, ya que le da un peso argumentativo mayor, al apartamiento del juez inferior frente a la argumentación que pueda configurar el juez de superior jerarquía, como lo denota la relación a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia. Si bien, podríamos pensar que la solución que ofrece la Corte es

⁶⁹⁰ (Corte Constitucional. *Sentencia C-836 de 2001*, Magistrado Ponente: Rodrigo ESCOBAR GIL).

⁶⁹¹ <<La competencia de control del Tribunal depende, pues, siempre esencialmente de la *seguridad* con la que pueda fundamentarse la *existencia* de una posición iusfundamental. En lo sucesivo, se considerará el problema de la seguridad de la fundamentación iusfundamental. Este problema conduce a la relación entre argumentación y decisión>>. (pp. 485-486). ALEXY, R. (2007). Ibíd.

la correcta, porque respeta el principio de unificación de jurisprudencia, que solo poseen los altos tribunales de justicia en Colombia, esta reconstrucción de la carga de la argumentación, desconoce su sentido y justificación primigenia, ya que ALEXY, integra la carga de la argumentación como la fórmula para completar el sistema de precedentes en los canones de la interpretación constitucional y jurídica:

Una teoría de la argumentación jurídica que no diera cuenta del papel de los precedentes omitiría uno de los aspectos esenciales de la argumentación jurídica. La importancia al menos fáctica, que tienen los precedentes también en el Derecho europeo-continental es hoy subrayada de todos los lados. Lo que se discute es su valoración teórica. La discusión se centra ante todo en la cuestión de si se les puede atribuir el carácter de fuente del derecho⁶⁹².

De conformidad a lo anterior, el modelo que aplica la Corte Constitucional de Colombia desconoce los fundamentos epistemológicos, de la tesis de la carga de la argumentación instituida por ALEXY.

El modelo que plantea el profesor alemán, concibe la carga de la argumentación como un modelo complementario al sistema de precedentes, a la hora de la justificación de las decisiones judiciales con preferencia al sistema de interpretación especial, como *interpretación de los derechos fundamentales*.

Lo que nos permite identificar en esta investigación y al ser demostrado empíricamente con la sentencia en mención (C-836/2001), es que realmente la carga de la argumentación configura en el modelo colombiano de justicia constitucional una nueva interpretación de los derechos fundamentales, como normas de construcción en su fase discursiva.

⁶⁹² ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. (pp. 261-262).

Finalmente generando una interpretación iusfundamental como precedente, lo que plantea que el precedente su razonamiento jurídico no puede configurarse en un procedimiento “automatizado” a través de estándares de razonabilidad, llevando la carga de la argumentación jurídica a la carga de la interpretación iusfundamental. Esta relación conceptual y material permite completar el modelo de adjudicación judicial en Colombia.

6.4. LA CARGA DE LA ARGUMENTACIÓN DE ALEXY EN LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

ALEXY configura la carga de la argumentación jurídica en sentido amplio, como una herramienta de solución a controversias constitucionales, en primera medida complementaria al sistema de precedentes, y en un segundo momento, la carga de la argumentación muestra el escenario completo del modelo de ponderación o juicio de ponderación. Donde la carga de la argumentación se evidencia como su tercer paso en sentido procedural. Así, la ponderación estaría comprendida por (i). La fórmula del peso. (ii). El principio de proporcionalidad, y la (iii). Carga de la argumentación.

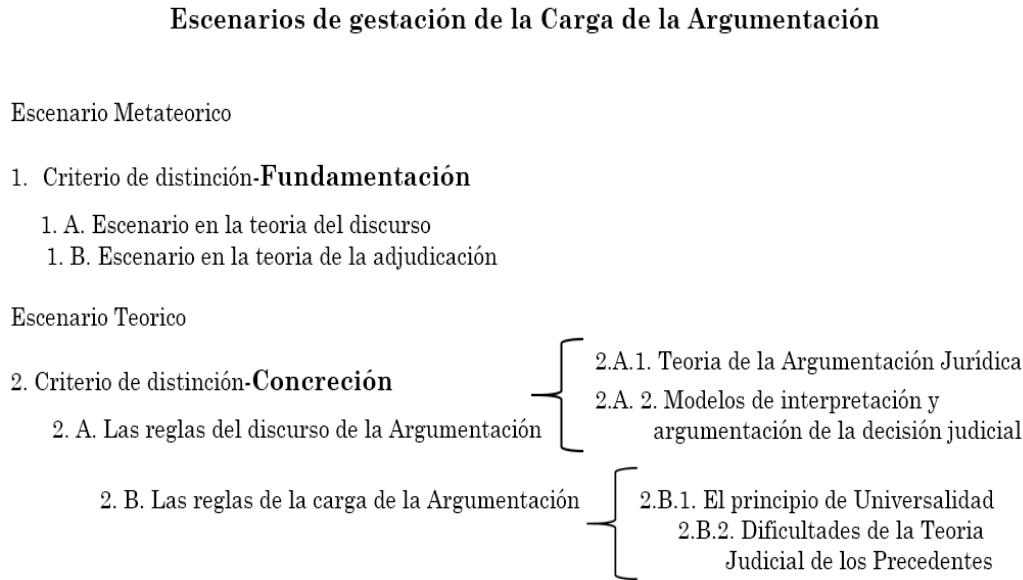
En cuanto a la carga de la argumentación ALEXY, la fundamenta bajo dos escenarios, uno (1). Metateorico y otro (2). Teorico. El escenario metateorico a su vez, plantea un criterio de fundamentación, comprendido por (1.A.) la teoria del discurso y (1.B.) la teoria de la adjudicación. El segundo escenario teorico, plantea un criterio de concreción, que refleja (2.A.) las reglas del discurso de la argumentación, que se orientan en clave de (2.A.1) teoria de la argumentación jurídica, y (2.A.2) los modelos de la interpretación y argumentación de la decisión judicial, y (2.B.) las reglas de la carga de la argumentación, conformadas por, (2.B.1) el principio de universalidad y (2.B.2) las dificultades de la teoria judicial de los precedentes.

La fórmula lógica se estructuraría de la siguiente forma:

- (1)x(2)
- (1.A)x(1.B)
- (2.A)x(2.A.1)x(2.A.2)
- (2.B)x(2.B.1)x(2.B.2).

Grafica 11. Fuente propia.

El esquema se configura así:



Grafica 12. Fuente propia.

La carga de la argumentación a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, se sitúa directamente bajo *el criterio de concreción*, toda vez que se posiciona en las reglas de la carga de la argumentación. <<El cumplimiento de la presentación de corrección forma parte precisamente del cumplimiento del principio de universalidad, aunque sea solo una condición. Condición general es que la argumentación sea justificable>>⁶⁹³. El problema de la Corte es que no relaciona el principio de universalidad como se identifica, en *el nivel concreto de la carga*, que realmente evidencia un subprincipio constitucional, como lo es el de seguridad jurídica⁶⁹⁴, conectado *prima facie* con el principio de igualdad.

⁶⁹³ ALEXY, R. (1997). Ibíd. (p.263).

⁶⁹⁴ Hay algunos autores que le dan el carácter de valor a la seguridad jurídica, cuando este se conecta directamente con el fundamento normativo de un Estado de Derecho. sobre esta conceptualización el profesor PÉREZ LUÑO, afirma a la seguridad jurídica en su concreción como verdadero valor normativo: <<La seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado a los Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional

El subprincipio de seguridad jurídica⁶⁹⁵, que realmente al actuar desligado del principio de igualdad⁶⁹⁶, se convierte en un principio constitucional autónomo, en una relación de conexidad conceptual y práctica con el derecho de acceso a la justicia o a la administración de justicia, establecido en la Constitución de Colombia en su art. 229⁶⁹⁷. <<Cuando establece las

(cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva>>. (p. 28). PÉREZ LUÑO, A. (2000). *La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. Núm. 15. pp. 25-38.

⁶⁹⁵ Tambien el principio de seguridad jurídica tiene un contexto histórico, hay autores quienes afirman que su gestación se da, en la Francia de la revolución y su posterior Constitución y en la conformación del movimiento codificador francés.<<Con posterioridad a la expedición de la Constitución Francesa al cual se ha hecho referencia, se expide el Código Civil Francés, el cual trazó claros lineamientos legales en favor de la implementación del principio de Seguridad Jurídica señalado, con la imposición de límites al rey quien contaba con las facultades de administrar justicia. (...) Con la expedición del Código Civil Francés en 1.804 o también llamado Código de Napoleón, como se denominaría en 1.807, se percibe claramente la consagración del principio de Seguridad Jurídica. Se evidencia así en el Código descrito, la limitación al poder del Monarca, caracterizado por su arbitrariedad, mediante la disposición de normas que salvaguardan lo más sagrado como la libertad de las personas>>. (p. 128). LÓPEZ OLIVA, J. (2011). *La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la revolución francesa de 1789*. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Vol. 14. N°.28. pp. 121-134.

⁶⁹⁶ ALEXY manifiesta que a la hora de aplicar la carga y las reglas de la argumentación, el principio de igualdad en sentido general, puede configurarse en el caso concreto, como principio de igualdad jurídica: <<La carga de la argumentación para los tratos desiguales es un postulado básico de la racionalidad práctica. Este postulado es válido, en todo caso, para el trato desigual en el sentido que se refiere a los actos. A esto se suma un argumento que, solo a primera vista, es exclusivamente pragmático. El principio de la igualdad jurídica –como solo apunta al acto de trato como tal y no tiene que considerar sus múltiples efectos- puede aplicarse con mucha mayor facilidad y certeza que el de la igualdad de hecho>>. (p. 369). ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. ibid.

⁶⁹⁷ <<El artículo 229 de la CP garantiza a toda persona el derecho de acceso a la administración de justicia. Este derecho tiene íntima relación con el derecho fundamental al debido proceso (CP, art. 29), hasta el punto que suele tratarse como perteneciente a este último. Conviene, sin embargo, distinguir la pretensión dirigida a poner en movimiento el aparato judicial, de las garantías que se aplican específicamente a la actuación judicial. (...) el acceso a la administración de justicia, como derecho fundamental, entendido funcionalmente como

garantías jurídicas, no solo prevé el derecho fundamental a la «seguridad jurídica», sino que también establece una serie de instrumentos aseguradores que establecen verdaderas limitaciones al ejercicio del poder, como la legalidad, la irretroactividad y la interdicción de la arbitrariedad»⁶⁹⁸.

El principio de universabilidad como principio integrante de la carga de la argumentación, busca en *prima ratio*, reducir la arbitrariedad judicial o cualquier representación de error por parte del administrador de justicia. En segunda medida, *el principio de universabilidad*⁶⁹⁹ actuando, en el contexto del sistema jurídico colombiano, la Corte Constitucional ha entendido, esta conceptualización partir de la *tutela por argumentación contradictoria*⁷⁰⁰.

En este orden de postulados, como principio de seguridad jurídica, supera el margen del análisis de legalidad, y lo lleva directamente al plano del análisis de la fundamentalidad de la disposición y norma, para poder llevarla finalmente al plano de la concreción, en la construcción del modelo

corresponde a su esencia, ampara la pretensión de que lo decidido por los jueces se ejecute y cumpla cabalmente». (pp. 276-277). CIFUENTES MUÑOZ, E. (1999). *Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia: síntesis de la doctrina constitucional*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional. No. 3, pp. 271-318.

⁶⁹⁸ ÁVILA, H. (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*. Traducción de Laura CRIADO SÁNCHEZ. Cátedra de Cultura Jurídica-Marcial Pons. Barcelona, España. (p. 34).

⁶⁹⁹ <<En virtud del principio de universabilidad, a partir de cada decisión del Tribunal Constitucional Federal puede obtenerse una regla de decisión más o menos concreta referida al caso decidido. Un ejemplo modélico de una regla de decisión semejante es la regla de decisión semejante es la regla de la Sentencia del caso Lebach, que se ha mencionado varios meses:<<En todo caso, la repetición de una información sobre un delito grave, que ya no responde a los intereses actuales de la información, no está permitida si pone en peligro la resocialización del autor del delito>>. Cuando los casos son suficientemente iguales, tales reglas de decisión son siempre aplicadas. (pp. 493-494). ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. ibíd.

⁷⁰⁰ QUINCHE, M. (2013). *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. Octava edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. (p.201).

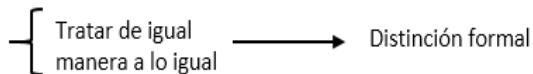
de adjudicación fundamental, generando el argumento de la seguridad jurídica:

El valor de la seguridad jurídica tiene que ser sopesado con el de la justicia material. La fórmula radbruchiana adopta una evaluación que básicamente confiere prioridad a la seguridad jurídica y solo en casos extremos invierte esta jerarquía. A esto puede oponerse solo quien considere que la seguridad jurídica es un principio absoluto algo que, como toda adhesión a un principio absoluto, contiene una dosis de fanatismo⁷⁰¹.

A continuación se representa el esquema de la regla de la carga de la argumentación:

2.B. La regla de la carga de la Argumentación

2.B.1 El principio de Universalidad



2.B.1.1 El principio de Universidad como pretensión de corrección

2.B.1.2 Condición de cumplimiento

—
cumplimiento del juez del principio de universalidad
como pretensión de corrección

2.B.1.3 Condición de exigencia

Exigencia del respeto de los precedentes

2.B.1.4 Condición de Carga

—
si el juez se aparta del precedente, debe necesaria y conceptualmente cargar argumentativamente su decisión

2.B.1.5 Condición de suficiencia

—
El juez en su decisión judicial debe cumplir con *Principio de suficiencia argumentativa* (Bechara, 2017)

Grafica 13. Fuente propia.

⁷⁰¹ ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Ibíd. (p. 58).

La aplicación concreta de la carga de la argumentación jurídica en la Corte Constitucional, enfrenta además las dificultades o problemas de la *teoría judicial de los precedentes*, estos se manifiestan a partir de cuatro dificultades. (2.B.2.1). Dificultad fáctica. (2.B.2.2). Dificultad material. (2.B.2.3). Dificultad de determinación. (2.B.2.4). Dificultad en la valoración.

Las cuatro dificultades, al no ser revisadas, sopesadas y advertidas por *el fallador*, pueden configurar lo que denominamos, como un *punto de ruptura de estimación judicial*, la ruptura de estimación judicial, se da en la construcción práctica de la cuarta dificultad. (2.B.2.4. Dificultad en la valoración). <<En esta perspectiva, el problema principal recae sobre el juez, al me nos en los sistemas —como los del ci vil law— en los que corresponde justamente al juzgador tomar la decisión>>⁷⁰².

Toda vez, que el juez a la hora de generar su decisión, no toma en cuenta la valoración de las relevancias de un caso concreto, descartando las posibilidades de *concordancia argumentativa*, y este toma otra decisión apartándose totalmente de las valoraciones y consideraciones que lo precedían a la hora de estructurar su decisión, este tipo de razonamiento judicial, genera *una falta de certeza jurídica*⁷⁰³. Así, siguiendo a Aulis AARNIO:

La certeza jurídica puede caracterizarse incluso como una expectativa primaria de los miembros de la sociedad. De acuerdo con su formulación clásica, certeza jurídica significa negación de la arbitrariedad. Los

⁷⁰² TARUFFO, M. (2005). *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Boletín mexicano de derecho comparado, vol. 38, no 114, p. 1285-1312. (p. 1289).

⁷⁰³ <<En el marco de la toma de decisión racional no hay un momento de construcción y otro diferente de justificación, sino que esta última obtiene su aceptabilidad a partir del modo en que aquélla se produce. Esto significa que la justificabilidad de una decisión jurídica no se deriva de una buena exposición de razones (incluso si ella no apela a ninguna forma de coerción o manipulación), sino de haber reducido efectivamente la incertidumbre jurídica>>. (p. 68). BARRAGÁN, J. (1990). *La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 8. pp. 63-74.

ciudadanos tienen que poder planificar su conducta, y ello solo es posible sobre la base una práctica judicial previsible⁷⁰⁴.

La ruptura de estimación judicial, establece en sí misma, una quinta dificultad, que no se encuentran en los modelos argumentativos de ATIENZA⁷⁰⁵ y de la carga de la argumentación de ALEXY. La quinta dificultad de la teoría judicial de los precedentes, la llámanos *dificultad volitiva*. Pues se deja en un acto pleno de voluntad al operador de justicia, aplicar el precedente y cargarlo o no cargarlo jurídicamente.

La *quinta dificultad*, busca generar una complementariedad al modelo existente, tanto en los planos metateóricos y teóricos en ALEXY, y al plano jurisprudencial, el cual configura nuestra Corte Constitucional. <<Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional>>⁷⁰⁶.

Además estrictamente en el plano doctrinal colombiano, no se advierte la resolución a dejar a la voluntad e intención del fallador la escogencia o no del precedente, y su necesidad de cargar argumentativamente la decisión judicial, más aun si se tratan de decisiones que reconocen, otorgan

⁷⁰⁴ AARNIO, A. (1990). *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 8. pp. 23-38. (p. 25).

⁷⁰⁵ <<La teoría de la argumentación jurídica –como cualquiera puede suponer tiene como objeto de reflexión las argumentaciones que se producen en contextos jurídicos. En el derecho existen básicamente tres contextos de argumentación: el de la producción o establecimiento de normas jurídicas; el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos; y el de la denominada “dogmática jurídica”>>. (p. 54). ATIENZA, M. (1994). *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, vol. 1, pp. 52-69.

⁷⁰⁶ (Corte Constitucional. *Sentencia C-836 de 2001*, Magistrado Ponente: Rodrigo ESCOBAR GIL).

o garantizan derechos fundamentales. La teoría hegemónica⁷⁰⁷ del derecho judicial⁷⁰⁸ en Colombia, no ofrece soluciones a las cinco dificultades sobre el uso de los precedentes, solo reconoce la existencia de la quinta dificultad que aquí proponemos y construimos, lo cual valida nuestra tesis:

La argumentación en derecho aspira a aplicar a un caso nuevo una regla controlante preexistente. Para que la “regla controlante” de un caso sea legítimamente aplicada debe cumplir con varias condiciones: en primer lugar, tiene que provenir de alguna de las fuentes aceptadas de derecho,

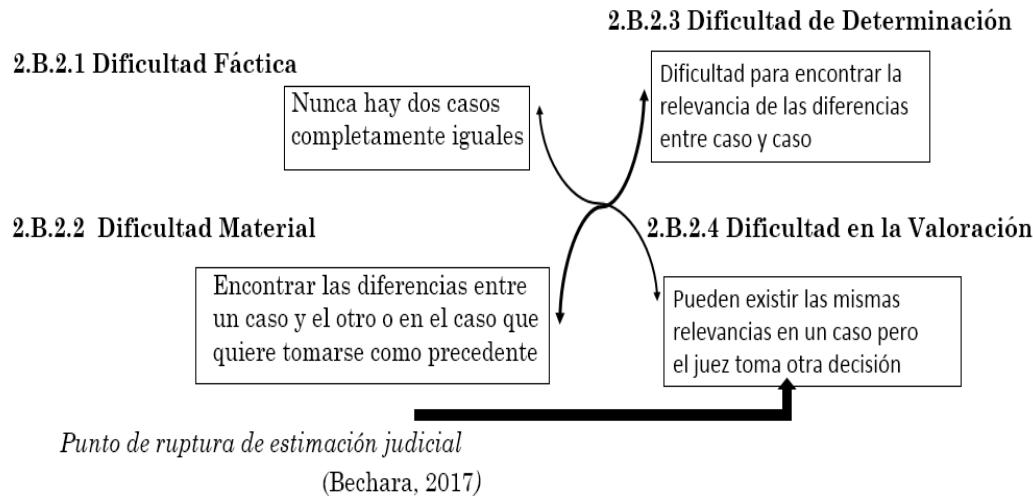
⁷⁰⁷ Recientemente la teoría hegemónica del derecho judicial en Colombia, representada ampliamente por el profesor LÓPEZ MEDINA, en un texto de nueva data (2016), vuelve a reiterar a lo inicialmente presentado (2000. *El derecho de los jueces*, primera edición). Nuevamente sobre la aceptación, obediencia o voluntariedad de la obligación de aplicar o no el precedente judicial. Como un acto plenamente de la aceptación del fallador, postulado que no solamente deja sin sustento teórico actual el modelo hegemónico, sino que refuerza los argumentos de nuestra tesis. <<En el terreno de la obediencia judicial debida, la Corte Constitucional considera que la doctrina del precedente es clara y la reitera con frecuencia, pero se encuentra todavía con la resistencia de jueces de instancia que en casos concretos exhiben incoherencias decisionales frente a las líneas jurisprudenciales de las Altas Cortes (precedente vertical) o frente a sus propios fallos (precedente horizontal). A pesar de la firmeza doctrinal e ideológica que posee la doctrina del precedente, la libertad decisional e interpretativa de los jueces de instancia es naturalmente muy amplia>>. (p.27). LÓPEZ MEDINA, D. (2016). *Eslabones del derecho: el deber de coherencia con el precedente judicial*. Universidad de Los Andes-Editorial Legis. Bogotá, Colombia.

⁷⁰⁸ Sobre la aplicación del derecho judicial e Colombia, a partir del uso de las fuentes del derecho, se da una confusión en la doctrina entre los llamados principios generales y formales del derecho, y los principios constitucionales. En este sentido, hay autores que afirman que la aplicación más allá de la literalidad del art. 230. Constitucional, en virtud de la aplicación de los principios constitucionales, constituye un “desacato a la Constitución”, lo cual es realmente contradictorio con la génesis axiológica de la Constitución de 1991: <<Esta dualidad, esta diversidad, esta duplicidad de funciones, no es posible a partir de la nueva Constitución. Pues clasificados los principios generales del derecho en el género de los criterios auxiliares de la actividad judicial, esa función y solo esa habrán de ejercer. Todo uso de los principios que implique rebasar la función que expresamente le ha sido asignada por el Art. 230 de la Constitución, implica, a nuestro entender, un desacato a la Constitución>>. (p. 42). FONSECA RAMOS, M. (1992). *Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución*. Revista de derecho, vol. 1, no 1. pp. 32-45.

aunque, como se ha visto, la definición de las fuentes aceptadas dentro de un sistema es por sí misma una cuestión debatida⁷⁰⁹.

Presentamos el esquema de las *dificultades de la teoría judicial de los precedentes*:

2.B.2. Dificultades de la Teoría Judicial de los Precedentes



Grafica 14. Fuente propia.

Bajo esta línea argumentativa, la Corte Constitucional, en la mencionada *Sentencia C-836 de 2001*, Magistrado Ponente: Rodrigo ESCOBAR GIL. Pone de presente el debate por la autonomía judicial en la labor de interpretación, a partir del mandato del imperio de la ley, y su función creadora, entendiendo el mismo acto interpretativo, como creación en sí mismo.

La Corte entiende que el principio de autonomía del poder judicial, no puede leerse ni interpretarse de manera absoluta y extensiva, ya que la solución planteada por el este Alto Tribunal, prevee que la consagración de

⁷⁰⁹ LÓPEZ MEDINA, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Segunda edición. Universidad de Los Andes-Editorial Legis. Bogotá, Colombia. (p.194).

la parte domótica de la Constitución, establezca una especie de *jerarquía formal*, sobre la materialización orgánica de los postulados constitucionales.

Frente a este razonamiento la Corte Constitucional, puede estar generando una *incertidumbre interpretativa*⁷¹⁰ con su fundamentación, toda vez, que la teoría de los derechos fundamentales planteada para construir la noción amplia del Estado constitucional y democrático de derecho, rechaza la gestación de *jerarquías normativas*⁷¹¹ dentro de la misma Constitución.

Esta crítica, la Corte parece responderla en el sentido, de la aplicación del principio armónico o de colaboración entre los poderes públicos, lo que llama la atención en el sentido particular, es que la Corte lo integra y conecta con la función creadora del derecho, el cual es uno de los postulados que integran la noción de la teoría judicial de los precedentes:

Especificando la labor de colaboración armónica entre las ramas del poder en nuestro contexto actual, es necesario reconocer que el papel creador del juez en el Estado contemporáneo no se justifica exclusivamente por las limitaciones materiales de la actividad legislativa y el aumento de la complejidad social. (...) la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la

⁷¹⁰ Por *incertidumbre interpretativa*, entendemos para los fines de esta investigación doctoral, entendemos como aquella que se presenta al interior de la actividad interpretaba en sede de la potestad decisional superior, es decir, a partir de la configuración de una decisión proveniente de un Alto Tribunal de justicia, en un sistema jurídico determinado.

⁷¹¹ NAVARRO, P. & REDONDO, M. (1990). *Permisiones y actitudes normativas*. DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 7. pp. 249-256. (p. 252). Para una ampliación del concepto de *jerarquía normativa* ver a: ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E. (1976). *Sobre el concepto de orden jurídico*. Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía, pp. 3-23. FERRER, J. & RODRÍGUEZ, J. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Marcial Pons. Barcelona, España. GUASTINI, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons. Barcelona, España.

complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo⁷¹².

En esta sentencia la Corte Constitucional, no responde de manera puntual no solo a las dificultades de la teoría judicial de los precedentes, ni hace mención particular al problema de las reglas sobre la carga de la argumentación jurídica, como modelo de adjudicación del derecho y de los derechos fundamentales. Solo deja las bases para discusiones futuras, como si lo hace en la Sentencia C-621 de 2015 con Ponencia del Magistrado: Jorge Ignacio PRETELT CHALJUB. Que a continuación será presentada. Antes presentamos *el esquema del sistema complejo de la carga de la argumentación jurídica*.

3. Sistema complejo de la Carga de la Argumentación Jurídica

3.1 Sistema difícil - - - - - hechos o supuestos facticos- distintos y/o diferentes



Hart (2012) y Dworkin (1984): casos fáciles y casos difíciles, relacionados con la discrecionalidad fuerte y débil

3.2 Sistema trágico - - - - Circunstancias del caso – falta de determinación de los hechos (Atienza, 1997)



casos fáciles, intermedios, difíciles y trágicos

Grafica 15. Fuente propia.

La Corte Constitucional en la sentencia C-621 de 2015, como cuestiones preliminares, plantea un problema jurídico distinto al presentado en la sentencia C-836 de 2001, en la decisión, más reciente el Alto Tribunal plantea como problema jurídico principal el siguiente: ¿Determinar si el

⁷¹² Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo ESCOBAR GIL.

legislador le está dando un valor jurídico a la jurisprudencia igual e incluso mayor que a la ley y si ello atenta con el Art. 230 de la Constitución? En este sentido son varios los tópicos trascendentales en los que el máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional en Colombia, realiza su fundamentación conceptual y teórica, respecto a considerar si realmente, la jurisprudencia en el Estado constitucional colombiano, puede estar siendo considera desde un punto de vista *del valor judicial*, para la actividad de administración de justicia.

Como sentencia reciente, llama profundamente la atención y en concreto sumamente valiosa para los fines de la validación de nuestra hipótesis y tesis general, en aras de demostrar empíricamente nuestra investigación, a pesar que la misma Corte manifiesta que no se cumple el requisito formal de la cosa juzgada constitucional.

Al estudiar nuevamente el tópico del precedente judicial, toda vez, porque la Corte indica que se le otorga un tema el cual no se había desarrollado en el pasado en la misma labor jurisprudencial de la Corte, y es precisamente el de cargar argumentativamente el *apartamiento interpretativo*, que realizan tanto los jueces de instancia, como la aplicación del precedente vertical por la misma Corte Constitucional, o las otras Altas Cortes o Tribunales de cierre jurisdiccional que integran nuestro sistema jurídico colombiano.

Esta fundamentación, corrobora mucho más nuestra tesis, y teoría de la carga de argumentación jurídica como inversión del garantismo judicial, en la judicabilidad de los derechos. Como carga invertida de los derechos fundamentales. Generando la Corte Constitucional una auto-referenciación a su propio precedente, remitiéndose a la sentencia ya estudiada la C-836 de 2001, la cual se establece como la sentencia hito sobre el tópico de la carga de la argumentación jurídica en Colombia:

En cuanto al deber del juez de sustentar las razones por las cuales se aparta de la jurisprudencia, consideró la Corte que ese tema ya había sido objeto de

profundos estudios de constitucionalidad, que explicaban la coherencia de la exigencia frente a los objetivos perseguidos con la doctrina probable y el precedente judicial, y su ponderación frente a la libertad decisional del juez, ante lo cual se remitió a sus decisiones anteriores, y en particular aquella de la sentencia C-836 de 2001⁷¹³.

La relevancia conceptual y procedural de esta argumentación proferida en sede de constitucionalidad, es precisamente que al momento de expedición y promulgación de la sentencia, la Corte al interior de su jurisprudencia ya había producido alrededor de 24 años de doctrina constitucional al respecto, lo que refleja con claridad a pesar de la basta construcción en su labor jurisprudencial, el escenario del precedente judicial, y su papel en cuanto a la argumentación del juez y de la decisión judicial, no había sido totalmente decantado.

Aún más, en la sentencia C-621 de 2015. La Corte realiza una distinción en sentido formal y material, frente a los pronunciamientos de la justicia constitucional en particular, y las decisiones en sede de las jurisdicciones que integran el concepto-procedimental de la justicia ordinaria en Colombia.

El avance especial de la citada decisión, está en que expresamente la Corte reconoce el carácter de fuente de derecho del precedente, más allá de los escenarios del caso concreto, y le suma los efectos *erga omnes*, imponiéndole a todos los jueces como funcionarios judiciales, el deber de establecer una *contra-argumentación*⁷¹⁴, a la hora de querer apartarse del precedente o regla vinculante para tomar la decisión. Es trascendental esta sentencia además no solo para los fines de esta investigación doctoral, sino

⁷¹³ Corte Constitucional, *Sentencia C-621 de 2015*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio PRETEL CHALJUB.

⁷¹⁴ «la carga argumentativa del juez que se desliga del precedente implica una exigencia tal, que si él no realiza una debida justificación de las razones que lo alejaron de tal precedente constitucional se genera un defecto que puede viciar la decisión». Corte Constitucional, *Sentencia C-621 de 2015*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio PRETEL CHALJUB.

porque por primera vez en las decisiones de la Corte Constitucional, se integran las nociones de *interpretación* y *argumentación* jurídica-constitucional, en aras de la construcción del *modelo completo de adjudicación de los derechos*.

La Corte concluye su decisión en el sentido de establecer dos sub-reglas constitucionales, de obligatorio cumplimiento para los actores judiciales, las autoridades administrativas, y cual tipo de funcionario sobre el cual recaiga la potestad decisional, y dicha potestad esté sujeta a una condición reglada del orden superior:

Un juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical si (i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues “sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia” (requisito de transparencia); y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo (requisito de suficiencia)⁷¹⁵.

Si bien la decisión constituye un verdadero avance, en sentido teórico y procedimental la discusión sigue abierta, ya que la Corte Constitucional incluye en sus sub-reglas constitucionales, el cumplimiento de la segunda (2.B.1.4) de las reglas de la carga de la argumentación de ALEXY, a la que aquí denominamos como *condición de carga*.

La Corte no establece la obediencia de la primera regla como carga de *condición de cumplimiento*. Pues la Corte establece su fundamentación a

⁷¹⁵ Corte Constitucional, *Sentencia C-621 de 2015*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio PRETELT CHALJUB. En reiteración de las Sentencias *T-446 de 2013*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto VARGAS SILVA, *T-082 de 2011*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio PRETELT CHALJUB., *T-194 de 2011*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto VARGAS SILVA, y *T- 309 del 2015* Magistrado Ponente: Jorge Ignacio PRETELT CHALJUB. de la Corte Constitucional.

partir del *requisito de la trasparencia*, en el sentido, que el juez que se aparta o se quiere apartar, tanto del modelo del precedente como sub-regla, o como carga de la argumentación, debe en primera medida el funcionario judicial, ser <<consciente de la existencia>> del precedente.

Condición que realmente configura por parte de la Corte Constitucional, *la dificultad volitiva o de voluntariedad de aceptación del precedente*, dejando a la voluntad espontanea del fallador, replicar o no la decisión como fuente de derecho, para la construcción de su modelo de adjudicación. A continuación, a modo de conclusión de este acápite se representan los dos esquemas de las sentencias tomadas, como soportes y pruebas empíricas para demostrar nuestra investigación doctoral:

La Carga de la Argumentación Jurídica en la Corte Constitucional de Colombia

1. Problema

C-836 de 2001

Pueden los jueces inferiores de la jurisdicción ordinaria apartarse de las decisiones tomadas por la Corte Suprema como juez de casación, en ese evento determinar si es constitucionalmente admisible en todos los casos, o por si el contrario es limitada

1. Principio de seguridad jurídica

2. Criterio de cambio del precedente de la Corte o Tribunal

Carga de fundamentación debida (Bechara, 2017)

3. condición de aplicabilidad del precedente en cumplimiento de la garantía de igualdad material

4. Condición de respeto del derecho de acceso a la administración de justicia en cumplimiento del principio de confianza legítima

5. El deber de unificar la doctrina constitucional y la dogmática judicial de los derechos fundamentales

Jurisprudencia integradora (Bechara, 2017)

6. Criterio de distinción reforzado - aplicación del modelo de adjudicación judicial-tratar casos iguales de igual manera y casos diferentes de distinta forma

Grafica 16. Fuente propia.

La Carga de la Argumentación Jurídica en la Corte Constitucional de Colombia

2. Problema

C-621 de 2015

Determinar si el legislador le está dando un valor jurídico a la jurisprudencia
Igual e incluso mayor que a la ley y si ello atenta con el Art. 230 de la Constitución

1. Doctrina probable y precedente judicial-fórmulas distintas
Seguridad jurídica/Principio de igualdad
2. Doctrina probable-regla de interpretación de las normas vigentes-afecta la consideración de la parte motiva de la decisión judicial
3. El precedente judicial - reglas sobre la aplicación de normas en los casos específicos – afectación a los casos que se subsuman y estén dirigidos a la parte resolutiva de la decisión
4. Formulas complementarias de refuerzo-no atentan contra el Art. 230.
 - 4.A. Compatibilidad con el sistema de fuentes
 - 4.B. La jurisprudencia no crea normas
 - 4.C. Fórmulas para que el juez lleve a la normatividad concreta sus decisiones
 - 4.D. Parte motiva/parte resolutiva de la decisión judicial

Grafica 17. Fuente propia.

6.5. CASOS Y DECISIONES: DEMOSTRACIÓN EMPIRICA DE LA CARGA INVERTIDA DE LOS DERECHOS EN COLOMBIA

En el siguiente acápite demostraremos empíricamente el objetivo principal y tesis central de este trabajo doctoral, la cual hemos sustentado a lo largo de la presente investigación como: *La carga invertida de los derechos fundamentales en Colombia*.

Para tal fin, ilustraremos con casos y decisiones judiciales de jueces de instancia, providencias y ejemplos reales dentro del sistema jurídico colombiano, que cumplen con todos los elementos de tal fenómeno el cual intitulamos de tal forma, para identificar una lectura incorrecta desde lo teórico en el plano de la aplicación concreta de los derechos fundamentales en el sistema jurídico colombiano, y evidenciar una praxis equivoca de la teoría de los derechos fundamentales, proveniente del sistema de justicia constitucional de Europa como ejemplo del derecho comparado para la construcción del Estado constitucional colombiano.

(i). El primer caso con el cual queremos ilustrar y demostrar empíricamente el fenómeno de la carga invertida de los derechos fundamentales en Colombia, tiene por protagonista una mujer de 39 años de edad, la cual nace con un *retraso mental leve*, y adquiere en el transcurrir de su adolescencia una *esquizofrenia paranoide*.

Los elementos jurídicos se centran en determinar si tiene derecho o no a una pensión de sobrevivientes dejada por su madre, configurada laboralmente desde que ANGELICA tenía 17 años de edad, Que junto con 4 hermanos menores gozaban para el año de 1998 del 50 % de la pensión dejada por su madre, y el otro 50 % gozándolo como cónyuge sobreviviente su padre.

En el 2015 como uno de los supuestos facticos y circunstancias más relevantes, el padre de ANGELICA, fallece dejando cesante no solo el 50 %

que el gozaba sino el otro 50% que para este año solo tenían derecho junto con ANGELICA, un hermano menor el cual estaba terminando sus estudios universitarios. Como ANGELICA gozaba de la pensión a través del cobro que realizaba su padre, al fallecer este e inmediatamente al tener conocimiento de este hecho con implicaciones judiciales notables, la administradora de la pensión se niega al pago de la misma.

Así las cosas, la administradora de la pensión la cual es una institución del Estado colombiano encargada para tales fines, conocida como la UGPP – Unidad de Gestión Pensional y Parafiscalidad, deja de pagar la misma y así, obliga a ANGELICA a reclamar su derecho fundamental de gozar a la seguridad social, y por ende a la pensión de sobrevivientes como un derecho laboral adquirido legalmente, obligándola el mismo Estado colombiano como UGPP, a iniciar un proceso para buscar su pago y reconocimiento definitivo de la pensión causada por su madre.

En un primer momento el proceso inicia como un procedimiento administrativo, para reclamar ante la misma entidad una vez identificados los presupuestos normativos de ANGELICA, para gozar de la pensión. Presentándose a través de abogado, la reclamación administrativa pensión de invalidez en *sujeto de especial protección constitucional*⁷¹⁶.

⁷¹⁶ «la Corte Constitucional ha reconocido como sujetos de especial protección constitucional a quienes no gozan de un mínimo vital; a aquellas personas que se encuentran asentadas en zonas de alto riesgo de desastre natural; o que no tienen sus necesidades básicas satisfechas, pues carecen de servicios básicos como el agua; a quienes tienen trabajos precarios. También se han incluido en esta categoría a los nascituras; a los niños y las niñas; a las personas adolescentes; a los adultos mayores; a las mujeres, y dentro de este grupo a aquellas que se encuentran en estado de embarazo, o que son madres cabezas de familias; igualmente son sujetos de especial protección, las personas con discapacidad física o mental y las que se encuentren gravemente enfermas». (p. 609). ROBLEDO SILVA, P. & RAMIRES CLEVES, G. (2014). *La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: el control de constitucionalidad por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 18, Madrid, pp. 587-620.

Como fundamentos normativos del caso, tenemos los siguientes: (i.i). En el plano normativo reglado o general, es decir a través de una ley en Colombia, se indica lo siguiente; Art. 47 de la ley 100 de 1993, el cual dispone:

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. c)
<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, **los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez.** Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;”

(i.ii). Desde el nivel superior normativo es decir, desde la Constitución de Colombia ANGELICA, configura *la tesis de los sujetos de especial protección constitucional*, por ser una persona discapacitada, y además de ser cobijada con una *garantía reforzada*⁷¹⁷ para la garantía de su derecho fundamental a la seguridad social, y el subprincipio constitucional-laboral del mínimo vital y móvil, ya que no poseía otro medio económico, para poder subsistir más allá de la misma pensión.

(ii). El segundo caso de referencia como ejemplo de la carga invertida de los derechos fundamentales en Colombia, se muestra en una demanda ordinaria de responsabilidad civil como lo disponía el Cogido de

⁷¹⁷ <<El texto constitucional colombiano de 1991 identifica claramente a las personas con discapacidad como un grupo de especial protección constitucional y en su interior establece ciertas obligaciones básicas y concretas a favor de dicha población, obligaciones que a su vez constituyen el punto de partida para la protección jurisprudencial>>. (p. 120). MONTOYA CORREA, L. (2009). *Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia*. Universitas. Núm. 118. pp. 115-139.

Procedimiento Civil, ahora proceso declarativo-verbal sumario. En el nuevo Código General del Proceso.

Esta acción se presenta ante el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena, Colombia. Donde la demandante Señora Argenis OLAYA RODRIGUEZ demanda a la ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR S.A–bajo el RADICADO No.- 063 DE 2012. En dicho expediente, se plantea como actuación procesal un *incidente de nulidad* – tal como lo dispone el artículo 133-númoral.-6. Del Código General del Proceso en adelante CGP: <<cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión, o para sustentar un recurso de apelación o descorrer traslado>>.

Planteamiento de la nulidad: artículo 132-control de legalidad: además se vislumbra sumariamente la falta de control de legalidad. Control de legalidad: artículo 132 del CGP. Nulidad: artículo 133 del CGP. Abraham BECHARA ELIAS, mayor de edad, domiciliado y residenciado en la ciudad de Cartagena, abogado en ejercicio con T.P No.- 71.721 del C.S DE LA J, en mi calidad de apoderado judicial de la señora Argenis OLAYA RODRIGUEZ, ante usted, con humildad y cortesía, solicito a su despacho, previo al trámite del proceso correspondiente, con citación y audiencia de todas las partes, identificadas reconocidas dentro del expediente, proceda usted a efectuar las siguientes.

Declaraciones y condenas

1. *Declarar la nulidad* del proceso a partir del auto de sustanciación 1084 del 22 de agosto de 2017, donde dispone: primero: la notificación personal del doctor Javier Alonso LASTRA FUSCALDO. En su condición de agente especial de la intervenida, ELECTRICARIBE S.A E.S.P.
2. *Corregir todas las irregularidades* procesales –con relación a la suspensión del proceso-la carga de la notificación en cabeza del despacho y de quien representa a la demandada ELECTRICARIBE S.A E.S.P.

3. *Procesalmente –reestructurar la carga invertida, norma constitucional del debido proceso* –es la señora juez quien tiene la carga – no es el abogado demandante; por principios de la sub-regla, la tendría el apoderado de la demandada quien por conducta concluyente, se da por notificado al agente especial.

4. *Terminar con providencia de fondo* –el cual es su deber constitucional – artículos 229 y -230-reforzado con la doctrina del tribunal superior del distrito judicial de Cartagena-jurisprudencia que le impide desistimiento tácito mientras su despacho este pendiente por resolver. *El presente asunto.*

Sustentación de la nulidad: El presente asunto, antes proceso ordinario hoy declarativo verbal de responsabilidad civil extracontractual, quedando pendiente: resolver la objeción del dictamen, con el que se completó el periodo probatorio, nada más queda pendiente revisar que hayan culminado todas las etapas procesales fijar fecha para audiencia donde se alegara de conclusión y dictar sentencia, línea procesal que le corresponde a la Señora Juez Octavo Civil del Circuito de Cartagena.

Con fundamento en jurisprudencia debidamente presentada donde mientras haya algo pendiente del despacho por resolver jamás podrá operar el desistimiento tácito. Jurisprudencia se su superior jerárquico funcional inmediato, el tribunal superior del distrito judicial de Cartagena, Así, como jurisprudencias de su superior jerárquico la corte constitucional, cuando quien actúa en un juez de la república, en ejercicio de la función jurisdiccional de administrar justicia el cual es un derecho fundamental prima facie, independiente si usted actúa como juez ordinario o como juez constitucional. (Art. 4. constitucional. principio de supremacía constitucional). Consagrada expresamente tanto en la parte dogmática, como orgánica de la constitución política de la República de Colombia. Artículos. 4. 29. 229, y 230. Constitucional.



**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR SALA CIVIL - FAMILIA**

Cartagena de Índias, D. T. y C., Quince de Noviembre de dos mil dieciocho

Proceso: ORDINARIO

*Demandante (s): FELIX ENRIQUE
HERNANDEZ CONTRERAS*

*Demandado (s): BBVA COLOMBIA
S.A.*

*Rad. No.: 7 3001-31-03-007-2009-
00076-02*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el numeral 2º del auto de 9 de marzo de 2018, proferido por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cartagena dentro del proceso ordinario adelantado por Félix ENRIQUE HERNÁNDEZ CONTRERAS contra el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA - BBVA.

I. *antecedentes*

I. El 13 de marzo de 2015, el apoderado de la parte demandada solicitó se declarara la terminación del proceso por desistimiento tácito, en tanto que el juicio llevaba más de un año sin actuación alguna.

II. Mediante providencia de 9 de marzo de 2018, el *a quo* negó la

solicitud de terminación del proceso por desistimiento tácito elevada por la parte demandada.

III. Como sustento de lo anterior, sostuvo que desde el año 2010 estaban pendientes de resolver las excepciones previas propuestas por el extremo pasivo, por lo que *"mal podría sortearse la carga que recaía sobre este Despacho"*. Por tal razón, ordenó continuar el curso normal del juicio.

IV. La parte demandada interpuso los recursos de reposición y apelación contra la decisión antes aludida, tras considerar que el Despacho no debió realizar distinciones en torno a quién debía impulsar el proceso, sino verificar que hubo una inactividad desde el 24 de abril de 2013, sin que desde esa época existiera movimiento alguno del demandante o del Despacho.

VI. Agregó que el numeral 2º del artículo 374 del C. G. del P. establece una causal objetiva de terminación del proceso, consistente en su inactividad por más de un año, indistintamente sobre quien recaiga el deber de impulsarlo independientemente de la etapa en que se encuentre, razón por la cual se debe revocar el proveído apelado, por encontrarse configurado el desistimiento tácito.

VI. A través de proveído de 6 de septiembre de 2018 el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cartagena confirmó el auto recurrido con fundamento en que en este caso se observan solicitudes de impulso presentadas por la parte demandante, lo que impedía acceder al desistimiento tácito.

VII. Concedida la alzada, se ordenó el envío del expediente a esta instancia para lo pertinente.

Consideraciones

De cara al recurso de apelación formulado por la parte demandada, es preciso recordar que este Tribunal ha señalado en torno a la terminación

del proceso por desistimiento tácito lo siguiente:

<<de conformidad con el numeral 2º del artículo 317 del C G. del P., «cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicite o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contado desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin necesidad de requerimiento previo», de conformidad con el literal b) si el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución, el plazo previsto en este numeral será de dos (2) años;

De acuerdo con el artículo transcrita, para que la sanción por desistimiento tácito pueda tener cabida en los procesos judiciales, deben verificarse a cabalidad los siguientes presupuestos:

- i) que el expediente se encuentre en la Secretaría del Juzgado;
- ii) que exista una parálisis en la actuación **atribuible a las partes**; y
 - i) que esa parálisis sea igual o mayor a un año, en el cual las partes guarden
 - ii) silencio y el juzgado tampoco realice ninguna actuación>>.

El período al que hace referencia la norma en cita debe contabilizarse desde la última actuación del juzgado o desde la última solicitud de alguna de las partes y, además, dicho lapso debe estar cumplido para el momento en el cual el expediente ingrese al despacho, previo informe de la Secretaría en el cual se dé cuenta de esa precisa situación.

También hay que anotar que si cualquiera de los extremos del proceso presenta alguna "solicitud" durante ese periodo, ella es suficiente para impedir que se apliquen las consecuencias de la norma, así sea que el memorial que la contenga no haya sido ingresado al Despacho, o no se haya agregado oportunamente al expediente, como mandaba el artículo 107 del CPC y hoy lo dispone el artículo 109 del CGP

Así las cosas, lo que se reprueba es la inactividad de las partes, no la del Juzgado, pues este último debe propender por dar fluidez al proceso en todo momento, pero todavía más cuando lo piden las partes, de suerte que no sería admisible que una autoridad judicial reciba las solicitudes de los contendientes procesales y nada diga sobre ellas, para después valerse del desistimiento tácito porque no hay autos recientes que hayan impulsado el juicio" (Subrayado fuera del original).

Hay que añadir que esta forma de terminación anormal del proceso constituye una sanción en cuya virtud se frustra la realización efectiva del derecho de acceso a la administración de justicia, en tanto que el litigante no obtiene del Estado la resolución del conflicto que había sometido a la consideración de los jueces.

Por eso mismo, si se pondera la necesidad de descongestionar los despachos judiciales frente a la posibilidad de que las contiendas judiciales suscitadas entre los coasociados se desaten, debe prevalecer esto último, máxime cuando ya se ha transitado parte del devenir procesal y dar por terminado el proceso, sin sentencia definitoria, representaría una inadmisible pérdida de esfuerzos y de recursos, así como un sacrificio a la posibilidad de hacer efectivo el derecho sustancial al abrigo del ideal de justicia.

De ello se sigue que la regla del artículo 317 del C. G. del P. constituye una figura excepcional y de interpretación restrictiva, que sólo puede aplicarse cuando en puridad de verdad hay un evidente abandono del proceso imputable por entero a las partes.

De ahí que si, por el contrario, la parálisis del proceso se debe a una omisión del juzgador, no pueden surtirse las consecuencias de la aludida regla, comoquiera que, con todo y su silencio, no se podría castigar a los litigantes cuando es la administración de justicia la que injustificadamente se ha abstenido de impulsar las etapas del juicio.

En el presente caso se observa que, ciertamente, después de que la parte demandada contestó la demanda y propuso excepciones previas, el proceso permaneció inactivo, pues no hubo un pronunciamiento judicial sino hasta el 9 de marzo de 2018. No obstante, hay que señalar que la inercia del proceso resulta endilgable al juzgado de conocimiento, puesto que luego del traslado de las referidas excepciones, no procedió a su resolución, pese a los memoriales de impulso presentados por la parte demandante el 26 de abril y el 4 de octubre de 2013.

Cabe concluir que en el caso en estudio no era viable declarar el desistimiento tácito, por no estar cumplidas las exigencias del artículo 317 del C. G. del P. comoquiera que la inactividad del juicio, se insiste, obedeció a una falta de impulso atribuible exclusivamente al juzgador encargado del trámite.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil-Familia, Auto de 18 de diciembre de 2015, Exp. No. 13001-31-03-002-1997-03293-01 {Subrayado fuera del original}. Dicho de otro modo, la falta de impulso en este caso obedeció a un hecho ajeno a la iniciativa de las partes, circunstancia que, a la postre, imposibilita que se dé por terminado el proceso en la forma solicitada.

En ese orden de ideas, la decisión recurrida se confirmará. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C. G. del P., no se impondrá condena en costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

Decisión

En mérito de lo expuesto, este Despacho, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve

1º. CONFIRMAR el numeral 2º del auto de 9 de marzo de 2018, proferido

por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cartagena, dentro del asunto de la referencia.

2º. Sin costas en esta instancia.

3º. En su oportunidad y previas las anotaciones del caso, devuélvase la actuación al Juzgado.

2. Fundamentos de derecho, normas sustantivas, procesales-legales. Jurisprudencia constitucional y sub-reglas vinculadas a controlar la discrecionalidad judicial del fallador art. 230. Const.

2.1. En consecuencia, no es viable el desistimiento tácito, hay memoriales que proponen el impulso procesal a la señora juez, memorial del 10 de julio de 2018, en la que luego de reasumir el poder, le solicité muy respetuosamente continúe con la etapa procesal pertinente, luego de que haya notificado personalmente al agente especial, las actuaciones pendientes para actuar son atribuibles al juzgador; primero falta por resolver la objeción del dictamen pericial, y fijar fecha para a la audiencia de fallo donde además se debería alegar, antes de la sentencia.

2.2. Actuaciones que la señora juez, no efectuó por lo tanto además de la carga invertida de la prueba erróneamente – dado que la teoría de la carga invertida de los derechos fundamentales, donde el administrado, se le imponen cargas adicionales, por violaciones a las garantías adicionales como la violación al debido proceso, el cual a su vez, se considera garantía y derecho fundamental. Estableciéndose la doble dimensión de los derechos fundamentales. (Sentencia: Corte Constitucional. C-836 de 2001- corte constitucional. C-621 del 2015- vinculadas al problema jurídico-del auto viciado de ilegalidad y viciado de inconstitucionalidad material, y convencional. (Declaración americana de derechos humanos).

3. Petición especial

Sírvase señor Juez revocar sus autos ilegales:

3.1. Auto de sustanciación no.- 1061 del 3 de septiembre de 2018, con anotación en estado 047 del 5 de septiembre de 2018, donde conmina a la parte demandante , para que efectué y lleve a cabo notificación del doctor Javier Alonso LASTRA FUSCALDO en su condición de agente especial de ELECTRICARIBE S.A E.S.P, en los términos señalados en el auto de fecha a 22 de agosto de 2017, para tal efecto se concede un término de treinta días contados a partir de su notificación para que adelante su gestión, la notificación se surtirá conforme lo exigen los artículos 315 al 320 del CPC –modificados por el articulo 292 y 293 del c. g.p. auto interlocutorio 419 del 4 de diciembre de 2018, con anotación en estado 063 del 4 de diciembre de 2018.

3.2. A todas luces se vislumbra la carga invertida de la prueba violando el debido proceso, el despacho oficiosamente envió notificación personal, ya señalada por vía electrónica y por vía 4/72; de manera repentina e irregular invierte la carga y trae a colación auto de sustanciación del 22 de agosto de 2017.

3.3. Donde oficiosamente ordeno por secretaria notificar al agente especial, y no así como lo manifiesta en su auto ilegal reciente citado al apoderado demandante. Proponiendo una ley de servicios públicos domiciliarios, del año de 1994, quebrantando una vez más el debido proceso, dado que no hay dentro del expediente prueba sumaria de la intervención de la superintendencia de servicios públicos – sobre la empresa de economía mixta ELECTRICARIBE S.A – compuesta por el Estado y FENOSA empresa española.

4. Corolario de mis argumentos.

4.1. El juzgador como lo expresó la sentencia del tribunal –sala civil familia de: Félix enrique HERNÁNDEZ CONTRERAS contra SURA COLOMBIA S.A-radicado no.- 3001-31-03-007-2.009-00076-02- no puede decretar desistimiento tácito en este asunto.

4.2. Tiene actuaciones pendientes que eran exclusivamente de su competencia cerrar el periodo probatorio. En audiencia, con alegatos y dictar sentencia. Razones suficientes para que revoque los autos atacados.

4.3. Invirtió ***la carga de los derechos***⁷¹⁸, cita el auto oficioso del 22 de agosto de 2017 y a pesar de señalar el auto citado se equivoca e invierte la carga. Entregándosela a quien no la tiene el demandante.

4.4. Sírvase tener como prueba la secuencia lógica del expediente con todos los pormenores citados, los autos controvertidos, el oficioso y la sentencia del tribunal en la que mientras exista actuaciones pendientes del juzgador no puede dictar desistimiento tácito, dichos autos irregulares, también toman características de prevaricantes. Puede entenderse que son acciones contrarias a la ley.

5. Hechos y supuestos facticos que sustentan la nulidad

5.1. Ordinario de responsabilidad civil extracontractual de Argenis Olaya contra electrificadora de bolívar s.a, propuesto el día 15 de marzo de 2012.

5.2. Le correspondió al juzgado octavo civil del circuito de la ciudad de Cartagena.-bajo el radicado no.- 130013103008201200 , cuya titular es la señora juez Rosiris Maria LLERENA VELEZ.

5.3. Con auto admisorio del 30 de abril de 2012, notificado con estado 043 del 28 de mayo de 2012, se planteó la demanda.

5.4. Con auto del 21 de marzo de 2013 y estado 039- del 9 de mayo de 2013, le otorgan personería al doctor Virgilio ESCAMILLA ARRIETA apoderado especial de la demandada ELECTRIDORA DEL CARIBE S.A E.SP.

⁷¹⁸ Negrillas para resaltar la utilización de nuestra tesis en un proceso judicial.

5.5. Con auto de sustanciación No.-1722 del 30 de septiembre de 2013, el despacho dispone: *primero*: aceptar a la doctora Claudia Sofía FLOREZ MAHECHA – como apoderada de la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS DE COLOMBIA S.A...*segundo*: “alléguese a los autos la contestación de la demanda y del llamamiento en garantía que hace la apoderada judicial de MAPFRE SEGUROS GENERALES COLOMBIA S.A .*tercero*: “aceptar la sustitución de poder que hace la doctora Claudia Sofía FLOREZ MAHECHA, identificada con la cédula de ciudadanía a la doctora Ana Beatriz MONSALVO GASTELBONDO, en los mismos términos y fines conferidos en el memorial poder.

5.6. El día 29 de noviembre de 2013, se da traslado por cinco (5), de las excepciones de fondo y la llamada en garantía.

5.7. Con memorial del 29 de noviembre de 2013, éste servidor, por estar plenamente conformada la litis, solicité fecha y hora para la respectiva audiencia de rigor, conciliación, revisión de que no haya nulidades, verificar si hay o no excepciones previas, y por supuesto, las consabidas pruebas que determinaran el equilibrio procesal.

5.8. Con auto de sustanciación No.- 256- del 21 de febrero de 2014, notificado en estado 023 del 14 de marzo de 2014 a folio 129 del expediente. La honorable Juez, doctora Rosiris Maria LLERENA VELEZ -dispone: citar a las partes a su despacho judicial el 11 de junio de 2014. a las nueve (9.00. a.m) de la mañana : dispone : “citar a las partes a fin de llevar a cabo: “audiencia de conciliación –saneamiento- decisión de las excepciones previas-, que hubiese requerido pruebas y fijación del litigio.-determinó tres (3) horas para su realización – en esta audiencia se hará aplicación del plan del caso, de tal manera que al finalizar la misma , se fijarán las próximas audiencias a fin de recibir las pruebas que le sean programadas, para efectos de darle mayor celeridad al proceso, la inasistencia a esta sin justa causa genera las sanciones estipuladas en la ley.

5.9. Cumpliendo el debido proceso, encontramos que a folios – 130,131, 132, 133,134, 135- el despacho envió los marconigramas respectivos a: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, electrificadora del caribe s.a, Abraham BECHARA ELIAS y Virgilio ESCAMILLA ARRIETA. para que el 11 de junio de 2014 a las 9.00 a.m del año 2014, para que todas las partes, asistieran a la audiencia de que trata el artículo 101 del CPC donde dispuso el despacho de tres horas y de inmediato aplicaría el plan del caso a seguir.

5.10. A folios 135 y 136- se encuentra la asistida audiencia por las partes, la abrieron el señalado día 11 de junio a las 9.00 a.m – llegaron todas las partes, la demandante –Argenis OLAYA RODRIGUEZ, su apoderado, Abraham BECHARA ELIAS, Virgilio ESCAMILLA ARRIETA, por la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE, Rosa Margarita LOZANO GARCÍA, por la llamada en garantía –MAPFRE SEGUROS DE COLOMBIA s.a con su representante legal Rosa Margarita LOZANO GARCIA y su apoderada judicial Claudia Sofía FLOREZ MAHECHA- se desarrolla toda la diligencia o audiencia – etapa de conciliación.

5.11. No existe ánimo, saneamiento del proceso:-se deja constancia que no existen causales de nulidad- etapa de fijación de los hechos- excepciones y pretensiones; las partes y sus apoderados se ratifican de los hechos:, se procede abre a prueba, se procede a interrogatorio de parte de Argenis OLAYA ...luego del interrogatorio una vez agotado, se sigue plan del caso, revisadas las pruebas la señora juez establece –se separa en la agenda para recepcionar cinco testimonios, el día 23 de octubre de 2014 a partir de las 9.00 de la mañana. Firman todos los asistentes ya nombrados.

5.12. A folio 139 y 140- se observa auto de sustanciación 1316 del 25 de agosto de 2014, disponiendo lo expuesto en audiencia del 11 de junio de 2014, el juzgado dispone: “abrir a prueba el presente proceso,

por el termino de 40 días de conformidad con el artículo 402 del CPC parte demandante y parte demandada. De la demandante –testimonio de Mallory SANCHEZ OLAYA 2 de marzo de 2015 a las 9.00 a.m; gloria quiñones vivas 2 de marzo a las 10.00 a.m.

5.13. Se nombró al perito economista: doctor Hernando TRUJILLO PEREZ –quien deberá probar el lucro cesante de Argenis OLAYA RODRIGUEZ. Al perito se le concede un término de cinco días. Luego de notificarse. Demandada: testimoniales de: Agner MANRIQUE RAMOS: el 3 de marzo de 21015 a las 9.00 am; Ender VÁSQUEZ DORADO 3 de marzo de 2015 a las 10.00 a.m

5.14. A folio 141 del 5 de agosto de 2014. Se evidencia marconigrama no.- 544, con el cual fue notificado el perito economista, Hernando TRUJILLO PEREZ.

5.15. A folio 143- se encuentra dentro del expediente –acta de posesión del doctor Hernando TRUJILLO PEREZ – ocurrido el día 15 de enero de 2015 a las 3.00 pm con un término de 10 días para presentar su trabajo.

5.16. La prueba pericial, es “la reina”, sabido es que la misma ELECTRIFICADORA DEL CARIBE –ELECTRICARIBE- reporto el hecho siniestro de la caída de un transformador—que produjo un conato de incendio en las redes eléctricas y la caída de pedazos en llamas produjo graves quemaduras a Argenis OLAYA RODRIGUEZ, quien como persona humilde su sufrimiento lo acompaña con la escases de recursos y oportunidades- vive en una mejora en condiciones muy precarias.

5.17. El experticio–dictamen pericial peritazgo, conlleva a un estudio profundo del perito economista a folio 143- rendido oportunamente –recibido por el despacho, el 30 de enero de 2015- determina para la época año 2015- un lucro cesante a favor de ciento dos millones de pesos mcte. (\$102'000.000.00)- para los años 2015- habrá que

proyectarlos a la fecha 2019, en el mes de febrero. –folios 143 a 149.

5.18. Con auto del 16 de febrero de 2015, anotación en estado del 27 de febrero de 2015, se da traslado a las partes del dictamen propuesto por Hernando TRUJILLO PEREZ.

6. Fundamentos de derecho-*indebida representación* artículo 133 CGP N°.4.-cuando es indebida la representación de algunas de las partes jurisprudencia de la corte constitucional referente a la defensa técnica.

Sentencia T-561/14 Corte Constitucional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad CARACTERIZACION DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL POR VIOLACION DEL DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-Requisitos La Corte ha considerado que se sólo entiende violado el núcleo esencial del derecho a la defensa técnica, cuando concurren los siguientes cuatro elementos: i) Debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica. (2) Que efectivamente existieron fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada. iii) Que la falta de defensa material o técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial; iv) Que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado.

6.1. Artículo 133. Causales de nulidad El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: Numeral 4.- el que tiene que ver con nuestro caso: El primer inciso; Cuando es indebida la representación de alguna de las partes,... o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.

6.2. La interpretación que evidencia el presente inciso, a la luz del Artículo 133. Del Código General del Proceso, demuestra dos elementos normativos del Código General del Proceso estructura que comprende el inciso, presentando así dos entendidos jurídicos, los cuales muestran a la

hora de la valoración por parte del Juez Ordinario, identificar cuál de los dos elementos de la norma general, comprenden el actuar que se quiere demostrar, para justificar así, la aplicación integral del Artículo 133. Como causal de nulidad de la actuación, al interior de la vista judicial.

6.3. En este orden, un primer momento normativo, o elemento estructural del inciso, se refiere a la indebida representación de las partes. Esta se da cuando a pesar de contar con un abogado de confianza, o nombrado por la autoridad judicial, como puede ser el caso de un curador ad litem, este no ejerza una defensa técnica y específica, que dicho actuar desconozca flagrantemente la cláusula general del debido proceso, consagrada en el *art. 29 Constitucional*, y esta vicié en el plano normativo legal, la nulidad de la actuación como causal invocada, por el sujeto procesal, al cual no se le desarollo ni se le desplego todos los medios para brindarle una defensa técnica y profesional.

6.4. El segundo momento, del inciso 4 del Artículo 133. Del CGP, indica la falta de poder para representación judicial, es decir no se está refiriendo en sentido general a la falta de abogado, sino en estricto sentido indica, las facultades propias del contrato de mandato, o del negocio jurídico principal que desempeñan en sus laborales de representación, y de defensa litigiosa de los interés de su mandante. El mandatario no puede configurarse como tal, porque carece de dichas facultades de representación ante la vista procesal jurisdiccional.

6.5. Sobre este tópico en particular la Corte Constitucional se ha referido, configurado no solo su doctrina constitucional, sino estableciendo un sistema de sub-reglas procesales, aplicables a la valoración del juez, en su potestad decisional, sobre la nulidad, especial por falta de idoneidad en la representación, o desempeñada de manera indebida:

La Corte reitera que todo procedimiento en el que se haya pretermitido una etapa procesal trascendental consagrada en la ley, se encuentra viciado por vulnerar el derecho fundamental al debido proceso de las partes y constituye

un defecto procedimental absoluto. Asimismo, resalta que el error en el proceso debe tener una influencia directa en la decisión de fondo adoptada y no puede ser atribuible al actor. (Corte Constitucional Sentencia T-025 de 2018. Magistrada Ponente: Gloria Stella ORTIZ DELGADO).

(iii). El tercer ejemplo es una acción de tutela, presentada por la accionante: Señora Nidia Belem ABADÍA ROCHA, contra el GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S. A. Francisco Javier MONTOYA FORERO (Representante Legal). A través de la representación ejercida por Abraham Zamir BECHARA LLANOS. De conformidad con el Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto Reglamentario 2591 de 1991, con el objeto de que se amparen los derechos constitucionales fundamentales transgredidos, amenazados y vulnerados por la afectación directa de los derechos inalienables de:

(i). dignidad humana, (ii). Igualdad, (iii). Trabajo y (iv). Seguridad social. Los cuales se encuentran además amparados por la jurisprudencia constitucional y las normas convencionales, pactos y tratados internacionales sobre protección de los derechos humanos, ratificados por Colombia, comprendidos en el bloque de constitucionalidad y en el control de convencionalidad. Art. 93. Constitucional. En contra del GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. NIT. 890404970. Representado Legalmente por el Señor, FRANCISCO JAVIER MONTOYA FORERO.

Esta acción se fundamenta en los siguientes HECHOS

1. Mi prohijada la Señora Nidia Belem Abadía Rocha, inicia sus labores con el GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. a través de un contrato laboral de trabajo, a término indefinido a partir del 22 de Septiembre de 2006. En las instalaciones del HOTEL CARIBE.

2. Las funciones que desempeñaba como trabajadora del GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. Desde la fecha de inicio de su relación contractual en calidad de trabajador a término indefinido, 22 de Septiembre de 2006. Al 5 de Junio de 2012. Ostentando la misma calidad contractual,

es cambiada en cuanto a sus funciones de CAMARERA, a SECRETARIA DE ALIMENTOS Y BEBIDAS.

3. Durante sus más de doce años (22 Septiembre de 2006 al 12 de Octubre de 2018) como trabajadora del GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. No se le presento anotación alguna a su hoja de vida, por faltas disciplinarias o mal comportamiento en su lugar de trabajo, o cualquier tipo de contravención formalmente constituida para tales fines.

4. El 16 de Diciembre de 2016, a través de su prestadora de salud (Salud Total EPS) a la Señora Nidia Belem Abadía Rocha, le fue diagnostica un cuadro clínico, por detección de ENFERMEDAD LABORAL, arrojando como Diagnóstico de la prestadora: (M51.1). TRASTORNOS DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA.

5. En el análisis y manejo del diagnóstico, de la HISTORIA CLINICA, se arroja por parte de la profesional de la salud, como médico tratante de mi prohijada, la Medico Jakeline Escobar flores. Calendada el Viernes 16 de Diciembre de 2016. A las 10:17 am. Como tipo de consulta: CE MEDICINA LABORAL. Concluye la profesional de la salud. Como tipo de discapacidad la de LOCOMOCIÓN Y EN GRADO LEVE. La cual requiere de manejo al interior del lugar de trabajo.

6. A partir del 25 de Marzo del 2017, la Señora Nidia Belem Abadía Rocha. Inicia sus funciones como presidente de la junta directiva del fondo de empleados de la empresa, FONDEHOCAR. Cargo por el cual fue escogida por sus compañeros de trabajo vinculados al citado fondo.

7. A partir de Julio 28 de 2017, mi representada la Señora Nidia Belem Abadía Rocha. Fungió como representante de los trabajadores del GRUPO HOTELERO MAR Y SOL. S.A. HOTEL CARIBE. Como negociadora del pacto colectivo con vigencia del 28 de Julio a Junio 27 de 2021.

8. El 12 de Octubre del presente 2018, mi prohijada fue notificada, a través de carta firmada por la jefe de recursos humanos, del GRUPO

HOTELERO MAR Y SOL.S.A. Señora Sandra Quintana Espinosa. Le notifica a mi poderdante Señora Nidia Belem Abadía Rocha. Que la empresa GRUPO HOTELERO MAR Y SOL.S.A. Terminaba unilateralmente la relación laboral, sin encontrar justa causa para ellos o cualquier otra condición objetiva para tomar su decisión.

9. A continuación del recibido de la carta de despido, siendo las 5:02 pm del día 12 de octubre de 2018, de conformidad al “estado de shok” y *nerviosismo*, se vio en la incapacidad psicológica y corporal de firmar la mencionada carta de desvinculación laboral, por la que una compañera la Señora Liliana Maldonado, firmo como testigo y a petición del departamento de recursos humanos.

Derechos amenazados y vulnerados

Consideramos HONORABLE JUEZ CONSTITUCIONAL DE TUTELA, que GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. Representado legalmente por el Señor FRANCISCO JAVIER MONTOYA FORERO, vulnera, transgrede y lesiona los derechos constitucionales fundamentales garantizados por la Constitución Política de la Republica de Colombia, a la I. DIGNIDAD HUMANA, II. IGUALDAD, III. TRABAJO y IV. SEGURIDAD SOCIAL. Lo que permite promover esta acción constitucional de protección para que se otorgue el amparo oportuno y eficaz.

Fundamentos de derecho-marco jurisprudencial de precedentes y márgenes de acción para el amparo de los derechos fundamentales

1. derecho fundamental a la dignidad humana

En este orden de ideas, el desconocimiento por parte del GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. del derecho fundamental y principio constitucional de dignidad humana de LA SEÑORA NIDIA BELEM ABADIA ROCHA, no reconoce los márgenes de protección establecidos por la Constitución, ya que El principio de dignidad humana, goza de una posición privilegiada dentro de nuestro sistema jurídico colombiano, es tal

la importancia de este principio (entendiéndolo desde el punto de vista de su estructura como un derecho fundamental) que el mismo sirve, de *contenido interpretativo*⁷¹⁹ para llenar de significados y entendidos normativos otros principios no solo de nuestra justicia constitucional, sino de los demás ordenes jurídicos específicos, (piénsese en el derecho penal, la justicia laboral y el derecho de la seguridad social, el derecho administrativo y del Estado, el derecho privado en todas sus vertientes, Etc.) por mencionar, algunas de sus esferas de protección material⁷²⁰.

Gozando además de una protección especial la señora NIDIA BELEM ABADIA ROCHA, debido a la configuración de una *Garantía Reforzada*, por su situación de SALUD, condición que la envuelve en un fuero de protección constitucional específico y garantista, configurándose sus

⁷¹⁹ Sobre el contenido interpretativo, en especial de los razonamientos construidos a favor o en contra de una norma-principio de derecho fundamental, dentro de la teoría de la interpretación de las normas jurídicas frente a las cargas de contenido axiológico, ver a: CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica*. Trad. De Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. Indicando con relación a este punto el autor italiano: El análisis de los discursos interpretativos y, más concretamente, de los razonamientos interpretativos judiciales, si se quiere situar en un nivel no puramente superficial y a técnico, debe incluir por consiguiente (al menos) la identificación de los argumentos utilizados, como paso preliminar a la valoración de la corrección técnica y, si se da el caso, de la plausibilidad axiológica de su utilización. (p. 72).

⁷²⁰ Es importante al respecto, destacar la postura de Carvajal (2005) sobre la importancia del principio de dignidad en nuestro ordenamiento jurídico: "Con la Constitución de 1991 los derechos fundamentales van a tomar una posición privilegiada y preponderante dentro del derecho colombiano. Estos derechos han ganado en poco tiempo, si es permitido afirmarlo, una enorme popularidad frente a los derechos humanos o derechos del hombre, que nunca han gozado de un valor normativo efectivo en el seno del derecho positivo colombiano. Analizando las diferentes decisiones de la Corte Constitucional, se puede percibir una doble función de la dignidad como principio fuente de interpretación de los derechos fundamentales. De una parte, el principio ayuda al juez a encontrar y a definir lo que la Corte denomina el núcleo esencial de los derechos fundamentales. De otra parte, el principio de dignidad permite al juez hacer operar una conciliación entre derechos fundamentales". (p. 66). En: CARVAJAL, B. (2005). *El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa*. Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Temas de derecho público. N°. 72. Bogotá, Colombia.

derechos como *fundamentalísimos o súper-fundamentales*, es decir un estadio superior al de derechos fundamentales por su condición concreta y particular, resultando abiertamente desproporcionadas las medidas que desplegó el GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A., en contra de sus derechos fundamentales, cabe destacar para la valoración de esta acción de amparo la importancia del principio de proporcionalidad en los modernos Estados Constitucionales:

La vinculación del Legislador a los derechos fundamentales y su garantía por parte de una jurisdicción constitucional se han convertido en seña de identidad de los estados constitucionales democráticos. Posiblemente sería un diseño institucional sin fisuras, destinado a consumar la secular aspiración de someter la política al derecho, si no fuese por la falta de objetividad que aqueja la interpretación de los derechos fundamentales, la que a su vez torna incierto el alcance de la competencia del Tribunal Constitucional para hacerlos valer frente a las decisiones del Legislador democrático. En este contexto se sitúa la reflexión sobre el principio de proporcionalidad, instrumento argumentativo mediante el cual se pretende que el Tribunal Constitucional cumpla con su tarea de interpretar y aplicar los derechos fundamentales de la manera más racional posible, sin invadir las competencias del Legislador⁷²¹. (Lopera, 2005, pp. 381-382).

El examen de proporcionalidad concreto:

1. *Subprincipio de idoneidad.* La medida tomada por el empleador GRUPO HOTELERO MAR Y SOL. S.A. ostensiva en la desvinculación laboral de la Señora NIDIA BELEM ABADIA ROCHA, resulta no idónea, ya que configura una lesión a sus garantías laborales y derechos fundamentales como trabajadora con estabilidad laboral reforzada.

2. *Subprincipio de necesidad.* La medida tomada por el empleador GRUPO HOTELERO MAR Y SOL. S.A. ostensiva en la

⁷²¹ LOPERA, G. (2005). *El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo*. En: Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva Época), núm. 73, enero-abril. pp. 381-410.

desvinculación laboral de la Señora NIDIA BELEM ABADIA ROCHA, se configura como innecesaria, toda vez que lesiona y transgrede principios superiores consagrados en la Constitución, tratados internacionales y convenciones ratificadas por Colombia.

3. *Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.* Las acciones y medidas desplegadas por el GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. Resultan abiertamente desproporcionadas a la luz del sistema jurídico colombiano, la razón principal es que transgreden todos los órdenes normativos de configuración de los derechos de la Señora NIDIA BELEM ABADIA ROCHA. El orden legal, el orden constitucional y el orden convencional.

En este orden argumentativo, se configura la labor principal del JUEZ CONSTITUCIONAL DE TUTELA, el cual debe actuar en los eventos de incumplimiento, por un particular o el Estado vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona, lo que exige la intervención oportuna de los jueces constitucionales para impedir la consumación de un perjuicio irremediable. En estos casos, al juez de tutela le corresponde evaluar si la acción u omisión, que constituye simultáneamente un incumplimiento de los deberes constitucionales, vulnera o amenaza un derecho fundamental, y si la Constitución y la ley habilita la procedencia de la acción de tutela contra el Estado o el particular. En caso afirmativo, el juez podrá hacer exigibles inmediatamente los deberes consagrados en la Constitución, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, los derechos fundamentales de libertad, se muestran como las garantías constitucionales de protección de los derechos con mayor grado de importancia en los modernos Estados constitucionales, ya que muchas normas de este tipo no solo se consideran derechos fundamentales en sí mismos, sino garantías jurisdiccionales de protección y judicabilidad de las mismas libertades. Que en el caso concreto frente al objeto de nuestra acción de amparo, se instituye la acción de tutela para

preservar el derecho a la DIGNIDAD HUMANA DE NUESTRA PROHIJADA LA SEÑORA NIDIA BELEM ABADIA ROCHA, como una garantía de doble vía en la aplicabilidad de los derechos de primer nivel de constitucionalidad tal como lo constata al respecto la posición del jurista Italiano Luigi FERRAJOLI (2006):

Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si éstas no han sido producidas—como sí sucede con los derechos patrimoniales—, en correspondencia con los derechos garantizados. Por ejemplo, si se toma la estipulación constitucional, con el derecho a la vida, o bien con un derecho de libertad o bien con un derecho social como el derecho a la salud. A falta de la prohibición penal del homicidio o de la garantía procesal de la libertad personal o de una legislación social en materia de asistencia sanitaria —es decir, en ausencia de garantías fuertes, tanto primarias como secundarias— tales derechos son destinados a permanecer en el papel. (p. 30).

2. *derecho fundamental a la igualdad*

En concreto el derecho a la igualdad que se encuentra sustentado en nuestra Constitución en el Art. 13. Halla un especial vínculo en esta vista de tutela, frente *al principio de seguridad jurídica*. Dado que existen precedentes constitucionales los cuales establecen los márgenes de acción para la decisión del juez constitucional, por ende llevándolo a la concreción de los derechos fundamentales al escenario del fallador en palabras de Alexy⁷²², y este a través del sistema judicial en una verdadera *pretensión de corrección del derecho* corrija el hierro, que en este caso proviene del mismo Estado. Así, nuestra Honorable Corte Constitucional en un precedente reciente ha dicho:

Con fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, la Corte ha dicho que el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de

⁷²² ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. España.

las personas. Por ello existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente. Incluso la jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela procede contra providencias judiciales cuando éstas violan el precedente aplicable. (Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 2015 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo)⁷²³.

En virtud de las *circunstancias del caso concreto*, “El uso del precedente supone también una contribución a la seguridad jurídica y a la protección de la confianza en la aplicación del Derecho”. (Alexy, 1997. p. 264). En este sentido, resulta procedente la acción de tutela, debido a que la tutelante Señora Nidia Belem ABADIA ROCHA, Cumple con todos los requisitos constitucionales, para que se le otorgue una protección especial por parte del juez de tutela, interrumpiendo la relación laboral de manera discrecional y caprichosa por parte del empleador GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A., al no querer declarársela en favor de nuestra Prohijada. Estructurando así, un último precedente que ampara a las personas en situación de *debilidad manifiesta por circunstancias de salud*, como sujetos de especial protección constitucional:

El deber de igualdad material le impone la obligación al Estado de adoptar medidas a favor de los grupos marginados o que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. (Corte Constitucional Sentencia C-182 de 2016. Magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado)⁷²⁴.

3. derecho fundamental al trabajo

4. derecho fundamental a la seguridad social

En este orden de ideas, se da el desconocimiento y vulneración de los derechos y garantías al Trabajo, principio de estabilidad laboral reforzada, vida digna en conexidad con la salud, seguridad social y mínimo vital. De la SEÑORA NIDIA BELEM ABADIA ROCHA, toda vez que el empleador

⁷²³ Negrillas nuestras.

⁷²⁴ Negrillas nuestras.

GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. No respetó los márgenes de protección establecidos por la Constitución, ya que el principio de dignidad humana se transgrede en el caso particular y concreto, como criterio adicional de refuerzo. El criterio adicional se refuerzo se entiende a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como un *argumento normativo de razones* que coadyuva a la garantía y protección judicial del derecho fundamental vulnerado.

EL GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. desconoce con su actuación el último precedente sobre el problema jurídico de esta vista de tutela, nos referimos a la Sentencia T-372 de 2017. Con Ponencia del Magistrado: Iván Humberto Escrucería Mayolo. Así, en este orden conceptual y jurídico se establece el precedente judicial a aplicar al caso concreto:

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER REINTEGRO LABORAL- Procedencia excepcional. DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD O EN CONDICIONES DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Protección constitucional especial. La estabilidad laboral reforzada es un derecho fundamental del cual son titulares las personas en situación de discapacidad y las personas que, en el ámbito de las relaciones laborales se encuentren en situación de debilidad manifiesta originada en una afectación significativa de su salud, que les cause limitaciones de cualquier índole, pese a que no estén calificados. (Corte Constitucional. Sentencia T-372 de 2017. Magistrado Ponente: Iván Humberto Escrucería Mayolo).

En este mismo sentido, nuestra Honorable Corte Constitucional, ha establecido con claridad en torno al principio de estabilidad laboral reforzada, la forma en cómo debe procederse a partir de la configuración del respecto y garantía judicial del principio de estabilidad como precedente judicial:

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Precedente judicial. La Corte ha indicado que la estabilidad laboral reforzada es un derecho que tienen todas las personas que por el deterioro de su salud se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Es decir que esta figura opera para cualquier trabajador que por su condición de salud, se vea afectada su productividad,

sin que sea necesario que cuente con una discapacidad declarada, certificada y cuantificada por una junta de calificación médica, ni que su origen sea determinado. (Corte Constitucional. Sentencia T-320 de 2016. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Rios).

Juramento

Bajo la gravedad del juramento nos permitimos manifestarle su Honorable Señoría, JUEZ CONSTITUCIONAL DE TUTELA, que por los mismos hechos y derechos no hemos presentado petición similar ante ninguna autoridad judicial.

Petición

Con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, respetuosamente solicito al SEÑOR JUEZ CONSTITUCIONAL:

1. Primero. TUTELAR Y AMPARAR en favor de la señora Nidia Belem ABADÍA ROCHA los derechos constitucionales fundamentales. i. dignidad humana, ii. Igualdad, iii. Trabajo y iv. Seguridad social 2. Segundo. ORDENAR EL REINTEGRO en favor de la Señora NIDIA BELEM ABADÍA ROCHA, en su calidad de trabajadora, al GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. Representado legalmente por el Señor FRANCISCO JAVIER MONTOYA FORERO, en las mismas calidades laborales que venía disfrutando la accionante antes de la presentación de esta Tutela. 3. Tercero. ORDENAR a la Empresa GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. que cancele a la señora NIDIA BELEM ABADIA ROCHA, los salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan y efectúe los aportes al Sistema General de Seguridad Social, desde cuando se produjo la terminación del contrato hasta que se haga efectivo el reintegro y proceda a afiliarla al Sistema General de Seguridad Social. 4. Cuarto. ORDENAR a la Empresa GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. reconozca y pague en favor de la señora NIDIA BELEM ABADIA ROCHA, la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 esto es, 180 días de salario

6.6. LA CARGA INVERTIDA DE LOS DERECHOS EN LAS GARANTÍAS PRIMARIAS DE PROTECCIÓN: DESARROLLO LEGISLATIVO DE LOS DERECHOS

Los derechos fundamentales en cuanto a su concepto y materialización pueden ser entendidos desde la fundamentación de FERRAJOLI, como unión entre las garantías primarias y las garantías secundarias. Las garantías primarias a su vez, son sub-clasificadas como lo hemos referido con anterioridad en esta investigación, como garantías primarias de primer orden, entendidas como el desarrollo de los derechos fundamentales en manos del poder ejecutivo, y las garantías primarias de segundo orden, como el desarrollo legislativo-normativo de los derechos fundamentales. <<El constitucionalismo equivale a un proyecto normativo que requiere ser realizado a través de la construcción de garantías idóneas e instituciones de garantía, mediante políticas y leyes de actuación>>⁷²⁵.

La propuesta del profesor italiano, es aplicada al Estado constitucional de derecho desde un constitucionalismo garantista, donde evidencia que no basta para la consolidación de los derechos fundamentales su positivización en las Constituciones, estos deben estar acompañados de una *función de garantía legislativa*, que configura a su vez la potestad legislativa⁷²⁶, en el sentido de proveer los desarrollos normativos que necesitan los derechos⁷²⁷, más allá de una fase constituyente primaria. La propuesta para un

⁷²⁵ FERRAJOLI, L. (2011a). *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 34. pp. 15-53. (p. 26).

⁷²⁶ PUNSET, R. (1982). *La iniciativa legislativa en el ordenamiento español*. Revista de Derecho Político. Núm. 14. pp. 57-78. (p. 60).

⁷²⁷ <<la Constitución carece del carácter cerrado y concluyente que suelen tener las leyes; es verdad que dice muchas cosas, que sus preceptos se proyectan sobre amplísimas áreas de relación jurídica, pero no es menos cierto que habla con muchas voces. Esto, que suele admitirse sin debate cuando se habla de las posibilidades de la acción legislativa, puede predicarse también para la esfera de la interpretación judicial y de la aplicación de los derechos>>. (p. 54-55). PRIETO SANCHÍS, L. (2004). *El constitucionalismo de los derechos*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año. 24. No 71. pp. 47-72.

desarrollo legislativo-normativo de los derechos fundamentales, además debe ser acompañada de *funciones de fomento*, y de las técnicas de garantía⁷²⁸. Los derechos se <<refuerzan>> en la construcción de políticas públicas que generen a partir de *garantías institucionales* estatales, en coadyuvancia con la función de garantía primaria. <<A la competencia estatal corresponde la regulación (que puede estar contenida en la ley, pero también en norma de inferior rango) de lo que es básico o fundamental respecto de cada materia o sector de actividad estatal>>⁷²⁹.

En este orden de ideas, las garantías de los derechos fundamentales que en un sentido histórico se dejó en exclusividad al legislador, se acompañan en tiempos de Estado constitucional de derecho, de las garantías secundarias representadas en la actividad judicial.

La importancia esta conceptualización, se da en la observancia tanto de la prevalencia histórica que se mantuvo para el respeto de los derechos a través de la ley, que no podemos pensar en extremo, que para la contemporaneidad así, como en el Estado decimonónico⁷³⁰ de derecho, la ley

⁷²⁸ <<Se trata de considerar, pues, la distinción entre derechos y técnicas de garantía ^ Gracias a ella podemos identificar dos contextos diferentes de fundamentación: en el primero se discute sobre las exigencias éticas que están detrás de los derechos; en el segundo, en cambio, sobre la conveniencia de establecer determinados mecanismos de garantía>>. (p. 289). GREPPI, A. (1999). *Los nuevos y los viejos derechos fundamentales*. Revista Derechos y Libertades. Instituto Bartolomé de las Casas. N°. 7. Año. IV. pp. 281-302.

⁷²⁹ RUBIO LLORENTE, F. (1986). *El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del derecho*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año. 6. Núm. 16. pp. 83-113. (p. 107).

⁷³⁰ <<Las garantías fundamentales consagradas en las Constituciones alemanas del siglo xix se diferenciaban mucho, tanto en su alcance como en la vigencia de los derechos fundamentales garantizados en la Ley Fundamental, que compromete el poder estatal en su totalidad. Habían sido diseñadas principalmente con el fin de poner coto al ejecutivo monárquico, sin por ello descartar amplias posibilidades de regulación por parte del legislador, que las podía perfeccionar o restringir en su alcance, proceso en el cual participaba la representación popular>>. (p. 25). POLAKIEWICZ, J. (1993). *El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania*. Revista de estudios políticos. No 81, pp. 23-46.

fue la protagonista principal, o sea en exclusividad el juez el único protagonista de los derechos:

Originariamente, la garantía por excelencia de los derechos fundamentales la constituía la ley, materialmente expresión de la voluntad general en palabras de Rousseau y rodeada formalmente de una majestad y dignidad, como dijera C. Schmitt, que hacían de ella el único instrumento que pudiera traspasar el ámbito de la libertad y de los derechos fundamentales; así, ésta es la idea presente en los artículos 4 y 5 de la Declaración de Derechos de 1789 («estos límites —se refiere al ejercicio de los derechos naturales— no pueden ser determinados más que por ley», y «todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido»)⁷³¹.

De conformidad a lo anterior, muchos de los problemas de la aplicación de los derechos fundamentales, más alla de su estructura normativa, se dan por la falta de desarrollo normativo que necesitan en sede del legislativo, generando rupturas en los márgenes de acción estructural y en los márgenes de acción epistémico en la vinculación de los derechos a la Constitución. «Los márgenes de acción epistémicos están necesariamente vinculados al problema de la divergencia entre lo que los derechos fundamentales realmente ordenan, prohíben y confían a la discrecionalidad del legislador, y lo que razonablemente pueda reconocerse»⁷³².

⁷³¹AGUIAR DE LUQUE, L. (1981). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española*. Revista de Derecho Político. N°. 10. pp. 107-129. (p. 118).

⁷³² ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Epílogo. (p. 558).

6.7. EL ESQUEMA PRÁCTICO DE LA CARGA INVERTIDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: MODELO DE ADJUDICACIÓN JUDICIAL

La aplicación del derecho en tiempos de sistema jurídico y de Estado constitucional de derecho, gira entorno a la posibilidad de encontrar una respuesta que no solo satisfaga las necesidades del caso concreto, es decir de los sujetos procesales o destinarios directos de la decisión judicial. La decisión judicial en términos de esta constitucional debe ser mucho más <<ambiciosa>>, en el sentido que esa se conecte directamente con el principio de justicia, y la relación entre democracia y derechos fundamentales.

Para que esto sea logrado a cabalidad, independientemente frente a qué tipo de sistema jurídico estemos, o a que ordenamiento en particular, los jueces deban aplicar el derecho, la pregunta va a hacer la misma. ¿Cómo satisface la decisión judicial en concreto, postulados superiores del ordenamiento y sistema jurídico a partir de un margen decisional que integre a la mayor parte de destinarios?

Esta ha sido realmente una inquietud, que ha interesado en diversas épocas y tiempos del derecho, donde realmente se le da un valor especial a la forma en la que el juez puede encontrar un modelo de decisión completo, que integre tanto las normas en sentido formal, como las dispociónes y enunciados jurídicos en sentido material. Pensemos en la tesis de *los acuerdos y desacuerdos en el derecho*⁷³³, propuesta por DWORKIN.

Frente al modelo de justicia y jurisprudencia constitucional, la tesis de DWORKIN, en considerar que las decisiones judiciales tienen un fuerte componente político, inclusive en algunas ocasiones son decisiones eminentemente políticas, justificaría una de las tesis contemporáneas,

⁷³³ DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*. Traducción. Albert Calsamiglia. Editorial Ariel. Barcelona, España. (p.61).

fundantes especialmente en el alcance de los Tribunales y Cortes Constitucionales:

Las decisiones judiciales son decisiones políticas, por lo menos en el sentido amplio que interesa a la doctrina de la responsabilidad política. Si la tesis de los derechos es válida, la distinción que acabamos de establecer explicaría, de manera muy general por lo menos, la preocupación especial que muestran los jueces tanto por los precedentes como por los ejemplos hipotéticos⁷³⁴.

Una de las posibles soluciones a esta problemática, ha sido la de <<flexibilizar>> el sistema de fuentes y por ende de una *interpretación flexible*. Dotando al operador jurídico de cierta *destreza interpretativa* para encontrar las respuestas, en el gran universo normativo, en la que algunos sistemas de derecho se han convertido.

El problema *in concreto* a la hora de identificar esta relación, frente al sistema de fuentes con los que cuentan los jueces, es precisamente como la advirtió en su momento HART, frente a la *textura abierta* de las normas, y a la discrecionalidad judicial con la que cuenta, quien tiene la potestad decisional.

El problema de la textura abierta del derecho en sentido continental europeo, también ha sido descrito, llevando por nombre como problemas de incompatibilidad normativa del derecho, resaltando la plenitud⁷³⁵ del mismo:

⁷³⁴ DWORKIN, R. (1984). Ibíd. (p. 155).

⁷³⁵ <<Por plenitud se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que la ausencia de una norma de una norma se le denomina generalmente “laguna” (en uno de los sentidos del término “laguna”), plenitud significa “ausencia de lagunas”. En otras palabras un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema. Si queremos dar una definición más técnica de plenitud, podemos decir que un ordenamiento es completo cuando nunca se presenta el caso de que no pueda demostrarse que a él pertenecen determinada norma ni la norma contradictoria>>. (p.201). BOBBIO, N. (2016). *Teoría general del derecho*. Quita edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”⁷³⁶.

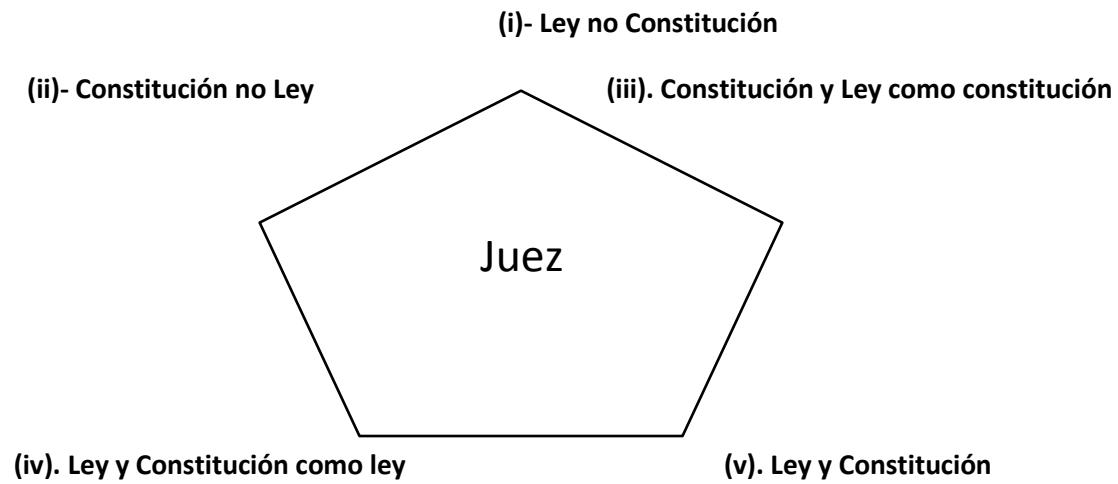
El problema de la actividad judicial del derecho, si quisieramos reasumirlo en un tópico en particular, se circunscribiría a como los jueces, con sus decisiones no solamente aplican la ley, sino que al mismo tiempo reproducen materialmente la Constitución. Esta sería una mirada reduccionista a la forma en la que los operadores jurídicos, aplican el derecho en términos de sistema jurídico.

El sistema jurídico como Estado constitucional de derecho, presenta un panorama mucho más complejo, que querer englobar el problema de la actividad judicial del derecho y de los derechos fundamentales, a la dicotomía conceptual ley y constitución. Que a su vez, puede reflejar cinco fórmulas, desde la lógica deontica aplicada al derecho.

(i). El juez aplica la ley por lo tanto no aplica la Constitución. (ii). El juez aplica la Constitución por lo tanto no puede aplicar la ley. (iii). El juez aplica la ley porque reproduce materialmente la Constitución. (iv). El juez aplica la ley, pero la Constitución la interpreta conforme al principio de legalidad. (v). El juez aplica la Constitución y la ley la reproduce con base en los postulados constitucionales. Estas fórmulas podríamos reproducirlas en el siguiente esquema.

⁷³⁶ HART, H. (1964). *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. CARRIÓN. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. (p.159).

*Grafica de la dicotomía práctica entre
Constitución-Ley y Derechos*



Grafica 18. Fuente propia.

6.8. REFLEXIONES FINALES

La carga invertida de los derechos fundamentales, configura una nueva visión de las normas y disposiciones iusfundamentales, a partir de la aplicación judicial en el Estado constitucional y democrático de derecho. Se instituye en una lectura de la realidad material de la interpretación en sede jurisdiccional, acompañada de una argumentación especial que responde a las necesidades prácticas, para los márgenes constitucionales directos. Así, el juez constitucional en sentido específico y el juez ordinario en sentido general, se acompaña de un sistema interpretativo-argumentativo que genera un modelo de adjudicación completo de los derechos.

La carga invertida como concepto, genera una postura contramayoritaria entre la gran literatura jurídica que gira en torno al constitucionalismo y al garantismo. Pues nuestra tesis concilia en forma conceptual y práctica, el *constitucionalismo Alexyano*, y el *garantismo Ferrajoliano*, en el sentido de formar las garantías más los principios, como la fórmula idónea del Estado constitucional. Explicándolo no solo en sus aspectos formales, sino en los ámbitos de aplicación.

Desde los ámbitos de aplicación del derecho, la carga invertida responde a un constitucionalismo, que genera un *anclaje teórico-práctico*, en la medida que ofrece soluciones concretas, a problemas de la indeterminación de las normas de derecho fundamental, sobre todo en los sistemas jurídicos constitucionalizados, genera un debate en tiempos de Estado constitucional de derecho, no para explicar y fundamentar esta forma político-jurídico contemporánea. Propone herramientas, tesis, postulados, argumentos y razones, que más que acabar la discusión, genera nuevos espacios que seguirán siendo construidos en nuestra disciplina jurídica en las próximas décadas. Es en sí misma, la tesis carga invertida de los derechos fundamentales, un punto de partida.

7. CONCLUSIONES

Las teorías constitucionales de Robert ALEXY y Luigi FERRAJOLI si bien nacen en contextos y momentos distintos, tienen fuertes rasgos de conexidad y complementariedad práctica, esto se da especialmente porque los dos modelos teóricos-constitucionales, se gestan al interior del constitucionalismo europeo de segunda posguerra, y en la matriz de dos culturas jurídicas sólidas y de democracias constitucionales estables. El modelo de sistema jurídico de tres niveles propuesto por ALEXY, en el sentido de entender que los modernos sistemas jurídicos se integran por normas estructuralmente concebidas, como principios, reglas y procedimientos.

Donde las normas de procedimiento cumplen un papel trascendental en la materialización judicial, de las normas fundamentales en su fase positiva de consagración en la Constitución. Por su parte FERRAJOLI, identifica que las reglas deben integrar el modelo del Estado constitucional de derecho, a partir de unas garantías institucionales provistas, de mecanismos en el mismo nivel normativo de construcción y gestación de los derechos, antes de la activación judicial de las garantías secundarias de protección. La noción por ende en la que FERRAJOLI, distingue toda su teorización se da en el sentido, de conectar pragmáticamente la noción protección con el escenario judicial, el cual está más cerca desde la perspectiva teórica de ALEXY, y en un segundo lugar la noción de garantía, que ferrajoli la dirige y relaciona con la estatalidad misma, más que en un sentido judicial o jurisdiccional concreto.

Como particularidades especiales del modelo Ferrajoliano de constitucionalismo, su propuesta teórica de base, más que fundamentarse en una lectura jurisprudencial, por parte de la actividad judicial de los derechos en el Tribunal Constitucional Italiano, FERRAJOLI, se centra en determinar los alcances democráticos del Estado constitucional de derecho, la pretensión

del profesor italiano tiene un raigambre mucho más político que la fundamentación eminentemente jurídica de ALEXY.

FERRAJOLI, justifica la relación democrática entre derechos y garantías, a partir de su tesis de la ley del más débil como construcción en clave de democracia constitucional del concepto moderno de los derechos fundamentales, es decir, realmente el concepto que defiende FERRAJOLI, más allá del debate que gira en la utilización de los criterios clásicos de distinción estructural entre las normas tipo principio y las normas tipo regla. FERRAJOLI justicia su noción de norma de derecho fundamental como un concepto eminentemente político-constitucional, no en el sentido de justificación jurídico-constitucional, que precisamente defiende ALEXY.

FERRAJOLI, estable un modelo de garantías institucionales para la protección de los derechos, desde una óptica de *ser normas de los más débiles*, más allá de los criterios de distinción a los cales FERRAJOLI, solo apela de manera enunciativa o pedagógica, su defensa de los derechos fundamentales como *lectura positivista renovada* en el paradigma del Estado constitucional, propone una identificación reglada de los derechos fundamentales.

Esta es la verdadera importancia de las conexidades conceptuales y complementariedades prácticas en las teorías constitucionales de ALEXY y FERRAJOLI. Como las dos teorías apuntan a objetivos que pueden ser vistos como distintos, en cuanto a la justificación político-democrática en el profesor italiano, y la fundamentación judicial-constitucional en el profesor alemán, las dos realmente complementan la estructura amplia de la teoría de los derechos fundamentales, para el Estado constitucional.

ALEXY centra su teoría de los derechos en su modelo de adjudicación en su teoría de la argumentación jurídica, y su modelo de sistema jurídico en clave, de las decisiones sobre las cuales el Tribunal Constitucional se debe pronunciar, esto lo podemos ver con claridad en dos de sus tres textos

capitales en nuestra opinión, la mencionada teoría de la argumentación jurídica como justificación de las decisiones judiciales, y la teoría de los derechos fundamentales, que sigue siendo una teoría normativista de los derechos integrada al escenario de decisión.

Como conclusiones orientadas al segundo capítulo, la interpretación del Tribunal Constitucional Español, propone en realidad desde nuestra perspectiva teórica una sistemática de los derechos fundamentales, y así la construcción de la fórmula del Estado Constitucional Español, como <<ecuación>> construida por los <<valores aritméticos normativos>>, *principios y garantías*.

Esto es entendido a cabalidad no solamente por parte del Tribunal Constitucional, sino por la gran mayoría de su doctrina tanto los estudios enfocados en el plano estrictamente de constitucionalidad, como aquellos trabajos que tienen un eje articulador de un escenario de fundamentación en clave de filosofía del derecho.

Esta articulación en la cultura jurídica española, y en sus escenarios teóricos permite afrontar los problemas principales, de la interpretación de los derechos, normas, dispociones y enunciados jurídicos fundamentales, de una forma mucho más enriquecedora en cuanto a ser una discusión integradora.

Las respuestas de la interpretación del constitucionalismo en sentido general, y por ende del constitucionalismo español en particular, orientado también a determinar las soluciones a los problemas que surgen de la interpretación del Estado constitucional de derecho, van a estar destinadas a discutir más que por las tensiones ya heredadas de la tradición del derecho bajo el imperio de la ley y del principio de legalidad, por las formas de complementariedad del desarrollo material del mismo concepto de Estado constitucional y de la Constitución española.

Proponemos las conclusiones enfocadas al tercer capítulo. La interpretación constitucional en Italia, ofrece unas particularidades propias de su cultura jurídica, podemos destacar en especial la propia estructura de su jurisdicción constitucional, al ser una jurisdicción de carácter eminentemente concentrada, donde el Tribunal Constitucional, ejercerse la funciones de intérprete máximo y garante de las dispociones iusfundamentales, por vía directa.

Esto ha posibilitado mucho más, que el papel de la doctrina sea mucho más preponderante, que el papel de garantismo judicial exclusivo, cuando el Tribunal Constitucional crea en extremos todo un universo interpretativo que lo dota de un fuerte carácter técnico y dogmático.

Existe una fuerte tensión en el modelo italiano de justicia constitucional sobre la construcción de la idea de Estado constitucional de derecho, específicamente por tres fuertes nociones, una primera distinción, es la de corte normativista, que va a plantear la necesidad de ver al Estado constitucional como una construcción normativa de jerarquía superior, para controlar con la norma fundamental, los demás poderes públicos, en especial el poder legislativo, de creación y formación del derecho.

Una segunda noción, que defiende la perspectiva italiana de los derechos fundamentales, es la idea descriptiva del Estado constitucional de derecho, como propuesta para construir una dualidad y relación entre lo político y jurídico, representado por unas categorías formuladas por un lenguaje constitucional, desde la realidad de las premisas fácticas, en aplicación a dispociones de carácter rígido en la positividad de la misma Constitución.

En este sentido la tercera distinción, que converge con la idea de Estado constitucional y juez constitucional, desde los aportes que construye el Tribunal Constitucional Italiano, no como un *contralegalizador*, sino específicamente observando desde la decisión, el alcance mismo de la norma,

desde una potestad decisional, de la controversia, conflicto, indeterminación, incompatibilidad, o colisión en la aplicación de la norma.

Como conclusiones dirigidas al cuarto capítulo. La interpretación de la Constitución en Colombia, está regida en la actualidad por varios fenómenos teóricos y pragmáticos, uno de los principales se destaca en lo referente a las normas de derechos fundamentales, que integran con sus postulados básicos todo el ordenamiento jurídico.

En este entendido los derechos fundamentales en la cultura jurídica colombiana, han construido en cuanto a lo pragmático, una construcción propia de nuestra justicia constitucional, estos escenarios interpretativos, pertenecen a la esfera interpretación judicial de los derechos, donde la potestad decisional del juez, opera como una potestad interpretativa, para la adjudicación de las normas y disposiciones iusfundamentales.

Estos fenómenos han sido denominados como: (i). Jurisprudencia jerarquizada. (ii). Jurisprudencia de principios. (iii). Interpretación adjudicativa. (iv). principio de adjudicación interpretativa. (v). principio adjudicación argumentativa. Siendo resultado, de problemas interpretativos en sede jurisdiccional, a partir de las insuficiencias de los modelos de interpretación hegemónicos en la cultura jurídica colombiana.

Algunas de estas hegemonías teóricas, no son sustentadas a partir de los contextos materiales de aplicación de los derecho en Colombia, y se convierten en verdaderos trasplantes jurídicos que no ofrecen soluciones en sentido sistémico, sino como respuestas de justicia individual y aislada.

La influencia europea sigue siendo mucho más marcada en tiempos del Estado constitucional colombiano, a pesar que han nacido propuestas teóricas colombianas estableciendo, un influjo de las teorías del sistema constitucional del *common law*, estas pierden sentido en el contexto de aplicación, toda vez que el ordenamiento jurídico colombiano, como sistema

de derecho, siempre ha estado más conectado con el sistema continental europeo, ya no desde el civil law, de tradición decimonónica, sino con el constitucionalismo de los Tribunales Constitucionales de segunda posguerra.

Como consideraciones reflejadas sobre el quinto capítulo, expresamos en primer lugar, que existe una gran recepción de los postulados del constitucionalismo en general, y en particular sobre la teoría de la interpretación de los derechos fundamentales, en la cultura jurídica colombiana y Latinoamérica.

Esto se debe en primer lugar a las similitudes en cuanto a los dos sistemas constitucionales, como su recepción en general tanto en España como Italia, en este orden los dos poseen Tribunales Constitucionales y cuentan con un sistema de control de constitucionalidad concentrado difuso, lo que permite establecer más elementos comunes a la hora de la interpretación de las normas, y disposiciones que integran la noción de los enunciados jurídicos fundamentales en Colombia.

El mismo sentido de pertenecer las culturas jurídicas, a sistemas supraestatales de protección, con la particularidad europea al contar con dos jurisdicciones internacionales comunes, que trabajan de forma integrada, nos referimos al TJUE y al TEDH.

En el caso de América al vincularse sistemáticamente a un sistema, como lo es la interpretación que emana de la CIDH denota rasgos puntuales en cuanto al sistema interamericano se refiere.

Finalmente sobre la carga invertida de los derechos fundamentales, se establece la misma como una nueva visión de las normas y disposiciones iusfundamentales, a partir de la aplicación judicial en el Estado constitucional y democrático de derecho.

Se instituye en una lectura de la realidad material de la interpretación en sede jurisdiccional, acompañada de una argumentación especial que responde a las necesidades prácticas, para los márgenes constitucionales directos. Así, el juez constitucional en sentido específico y el juez ordinario en sentido general, se acompaña de un sistema interpretativo-argumentativo que genera un modelo de adjudicación completa de los derechos.

La carga invertida como concepto, genera una postura contra-mayoritaria entre la gran literatura jurídica que gira en torno al constitucionalismo y al garantismo. Pues nuestra tesis concilia en forma conceptual y práctica, el *constitucionalismo Alexyano*, y el *garantismo Ferrajoliano*, en el sentido de formar las garantías más los principios, como la fórmula idónea del Estado constitucional. Explicándolo no solo en sus aspectos formales sino en los ámbitos de aplicación.

Desde los ámbitos de aplicación del derecho, la carga invertida responde a un constitucionalismo que genera un *anclaje teórico-práctico*, en la medida que ofrece soluciones concretas a problemas de la indeterminación de las normas de derecho fundamental, generando respuestas al debate de la indeterminación de las normas en tiempos de Estado constitucional de derecho.

La construcción de la carga invertida de los derechos fundamentales, genera una lectura integrativa del Estado constitucional, desde una fase de complementariedad en las normas constitucionales de principio y de garantía.

Estos dos tipos de normas permiten la conformación de la fórmula del Estado constitucional y democrático de derecho, principios y garantías como derechos fundamentales permiten generar la praxis material del constitucionalismo de los derechos.

Proponiendo finalmente herramientas, tesis, postulados, argumentos y razones, que más que acabar la discusión, forjando nuevos espacios que seguirán siendo construidos en nuestra disciplina jurídica en las próximas décadas. Es en sí misma la tesis de la carga invertida de los derechos fundamentales es un punto de partida.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍCAS

- AARNIO, A. (1990). *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 8. pp. 23-38.
- ABA, A. (1999). *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del tribunal constitucional español*. Tirant lo Blanch. Valencia, España.
- ACOSTA ALVARADO, P. (2010). *Administración de justicia y acceso a la justicia: el actual plan sectorial de la Rama Judicial en Colombia*. Rev. Derecho del Estado, vol. 24, pp. 185-205.
- AGUILÓ, J. (2001). *Sobre la constitución del estado constitucional*. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N. 24. pp. 429-458.
- AGUILÓ, J. (2003). *Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 26. pp. 289-317.
- AGUILÓ, J. (2004). *La Constitución del Estado constitucional*. Colección pensamiento jurídico contemporáneo. Palestra Editores, Editorial Temis. Lima, Perú. Bogotá, Colombia.
- AGUILÓ, J. (2007). *Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 30. pp. 665-675.
- AGUILÓ, J. (2013). *Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Año 6. N°. 1. pp. 1-28.
- AGUILÓ, J. (2015). *Fuentes del derecho*. En: Jorge Fabra & Verónica Rodríguez. (edit.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 713. Universidad Nacional Autónoma de México. D.F. Mexico. (p. 1050).

- AGUIAR DE LUQUE, L. (1981). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española*. Revista de Derecho Político. N°. 10. pp. 107-129.
- AGUIAR DE LUQUE, L. (1993). *Los límites de los derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 14. pp. 9-34.
- AGUILAR CAVALLO, G. (2007). *La internacionalización del Derecho Constitucional*. Estudios Constitucionales. Vol. 5, núm. 1, pp. 223-281.
- AGUIRRE, J., GARCÍA, P, & PABÓN, A. (2009). *¿Argumentación o demostración en la decisión judicial? una mirada en el estado constitucional*. Revista de Derecho. N°.32. pp. 1-29.
- ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E. (1976). *Sobre el concepto de orden jurídico*. Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía, pp. 3-23.
- ALCOCEBA, M. (2008). *La reorientación estatalista del proceso de integración europea*. Revista de Derecho, No. 29, pp. 267-288.
- ALEXY, R. (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 5. pp. 139-151.
- ALEXY, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. Distribuciones Fontamara. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Distrito Federal, Mexico.
- ALEXY, R. (1994). *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*. Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Núm. 1. Octubre. pp. 37-49
- ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.
- ALEXY, R. (1999). *La tesis del caso especial*. Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política. N. 21. pp. 23-35.

ALEXY, R. (2000a). *On the Structure of Legal Principles*. Ratio Juris. Vol. 13 No. 3. September. pp. 294-304.

ALEXY, R. (2000b). *La institucionalización de la razón*. Persona y Derecho. Vol. 43. pp. 217-249.

ALEXY, R. (2000c). *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín*. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 23. pp. 197-230.

ALEXY, R. (2000d). *La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático*. Derechos y libertades. Revista del instituto Bartolomé de las casas. Vol. 5, No 8, pp. 21-42.

ALEXY, R. (2001). *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. N° 5. pp. 75-95.

ALEXY, R. (2002). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año. 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre. pp. 13-64.

ALEXY, R. (2003a). *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. Ratio Juris. Vol. 16 No. 2. Pp.131–140.

ALEXY, R. (2003b). *La naturaleza de la filosofía del derecho*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 26. pp. 147-159.

ALEXY, R. (2003c). *La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 26. pp. 173-201.

ALEXY, R. (2003d). *Justicia como corrección*. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26, pp. 161-173.

ALEXY, R. (2003e). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Traducción Carlos BERNAL PULIDO. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 28. Bogotá, Colombia.

- ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España.
- ALEXY, R. (2007). *Teoria de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.
- ALEXY, R. (2009). *Los principales elementos de mi filosofía del Derecho*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 32. pp. 67-84.
- ALEXY, R. (2010). *Derechos sociales y ponderación*. Fundación coloquio jurídico europeo. Editorial Fontamara. Madrid-D.F. España-Mexico.
- ALEXY, R. (2011). *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 91. enero-abril. pp. 11-29.
- ALEXY, R. (2013a). *El no positivismo incluyente*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 36: 15-23.
- ALEXY, R. (2013b). *Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa*. Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- ALEXY, R. (2014). *Principios formales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 37. pp. 15-29.
- ALEXY & BULYGIN (2001). *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Trad. de Paula Gaido. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 18. Bogotá, Colombia.
- ALONSO GARCÍA, E. (1988). *La jurisprudencia constitucional*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. No 1. pp. 173-209.
- ALONSO GARCÍA, R. (1990). *La ejecución normativa del derecho comunitario europeo en el ordenamiento español*. Revista de Administración Pública. Núm. 121. pp. 213-243.

- ALONSO GARCIA, R. (2005). *Constitución española y constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 73, pp. 339-364.
- AMAYA, A. (2005). *El principio pro homine: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado*. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional. N°. 5. pp. 337-380.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. (2003). *Derechos, Constitución, Democracia (Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las Constituciones actuales)*.pp. 161-191. En: PÉREZ-PRENDES, J. M., CORONAS, S. M., ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., BILBAO, J. M., Derechos y libertades en la Historia. Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial. Valladolid, España.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. (2006). *La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias*. Anuario de filosofía del derecho. No 23, pp. 187-204.
- AÑÓN, M. J. (2002). *Derechos fundamentales y Estado constitucional*. Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol, Vol. 40, pp. 25-36.
- ARAGÓN, M. (2009). *Estudios de derecho constitucional*. Segunda edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.
- ARAGÓN, M. (2013). *Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la Constitución*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Núm. 29. UNAM. Df, México.
- ARAGÓN, M. (2015). *¿Cambiar la constitución para adaptarla o para transformarla? requisitos y límites de la reforma constitucional*. Teoría y Realidad Constitucional. Núm. 36. pp. 313-327.

- ARANGO, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Editorial Legis. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia.
- ARANGO, R. (2016). *Hay respuestas correctas en el derecho*. Segunda Edición. Siglo del hombre editores & Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia.
- ARANGO OLAYA, M. (2004). *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Precedente. Anuario jurídico. N°. 4. pp. 79-102.
- ARAUJO OÑATE, R. (2011). *Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado*. Estudios Socio-Jurídicos, vol. 13, no 1, pp. 247-291.
- AROCENA, G. (2008). *La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal*. Revista Política Criminal. N°. 6. pp. 1-15.
- ARRIETA, A. (2003). *Justo formalismo. La aplicación formal del derecho, casos y límites*. Precedente. Anuario Jurídico. pp. 163-184.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2014). *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid, España.
- ATIENZA, M. (1994). *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Núm. 1. Octubre. pp. 51-68.
- ATIENZA, M. (1997). *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*. Isonomia. N. 6. pp. 7-30.
- ATIENZA, M. (2009). *Sobre la única respuesta correcta*. Revista Jurídicas. Vol. 6. No 2. pp. 13-26.
- ATIENZA, M. (2011). *Dos versiones del constitucionalismo*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 73-88.

- ATIENZA, M. (2012a). *Tras la justicia*. Editorial. Editorial Ariel. Barcelona, España.
- ATIENZA, M. (2012b). *Interpretación constitucional*. Segunda edición. Departamento de Publicaciones Universidad Libre. Bogotá, Colombia.
- ATIENZA, M. & RUIZ MANERO, J. (1991). *Sobre principios y reglas*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 10. pp. 101-120.
- AYALA CORAO, C. (2000). *El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos*. Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. N°. 8. pp. 43-59.
- AYALA CORAO, C. (2002). *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*. En: Ricardo MÉNDEZ SILVA (comp.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM.
- AYALA CORAO, C. (2007). *La ejecución de sentencias de la corte interamericana de derechos humanos*. Estudios Constitucionales, Año 5, N° 1, pp. 127-201.
- ÁVILA, H. (2012). *Teoria de la seguridad jurídica*. Traducción de Laura Criado Sánchez. Cátedra de Cultura Jurídica-Marcial Pons. Barcelona, España.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2007). *Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea*. Revista de derecho constitucional europeo. N°. 7, pp. 327-378.
- BALLESTER, M. (1999). *Relación entre derecho comunitario y Constitución*. Revista de Derecho Político. Núm. 46. Pp. 105-148.
- BAÑO LEÓN, J. M. (2004). *El Tribunal Constitucional, Juez comunitario: amparo frente al no planeamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, 8 (18), 465-481.

- BARBERIS, M. (2016). *Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 39, pp. 265-288.
- BARNES, J. (1998). *El principio de proporcionalidad*. Cuadernos de derecho público, Vol. 5, pp. 15-49.
- BARRAGÁN, J. (1990). *La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 8. pp. 63-74.
- BAYÓN, J. (2002). *El contenido mínimo del positivismo jurídico*. En: Zapatero Gómez, Virgilio. (Coord). Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel. Universidad de Alcalá. pp. 33-54.
- BAYÓN, J. (2013). *El constitucionalismo en la esfera pública global*. pp. 57-99. Anuario de filosofía del derecho. N°. 29. pp. 57-99.
- BAZÁN, V. (2012). *El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*. En: Bazán, Víctor y Nash, Claudio (eds.), Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Control de Convencionalidad, (Bogotá, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), pp. 17- 55.
- BAZÁN, V. (2014). *Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial*. Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Vol. 20, pp. 385-429.
- BECERRA, J. & MIRANDA. A. (2013). *El uso del canon internacional de los derechos humanos*. Opinión Jurídica. Vol. 12, No 24. pp. 17-33.

- BECHARA, A. (2011a). *Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy*. Revista Saber Ciencia y Libertad. V. 6, N°. 2: 63-76.
- BECHARA, A. (2011b). *En torno a la discusión natural y positivista de los derechos: los derechos humanos como derechos fundamentales positivos*. Revista Saber, Ciencia y Libertad en Germinación. Vol. 4. pp. 15-30.
- BECHARA, A. (2011c). *La ponderación y los derechos fundamentales*. Editorial Universidad Libre. Cartagena, Colombia.
- BECHARA, A. (2015). *Ánálisis del precedente judicial y sentencia de unificación jurisprudencial en la ley 1437 de 2011: del precedente constitucional al precedente contencioso administrativo*. Revista Saber Ciencia y Libertad. V. 10, N°. 1, pp. 61-69.
- BECHARA, A. (2016). *Nuevos sujetos de especial protección constitucional: defensa desde la teoría principalista de los derechos fundamentales*. Revista Justicia. Vol. 21, No 29. pp. 28-44.
- BECHARA, A. (2017). *Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: el escenario de la Corte Constitucional colombiana*. Justicia, N°. 32, pp. 15-37.
- BECHARA, A. (2017). *La carga invertida de los derechos fundamentales como procedimiento de creación judicial: diálogo jurisdiccional en la garantía de protección secundaria*. La Creación judicial del derecho y el diálogo entre jueces. Universitat Autònoma de Barcelona. Bellaterra, España.
- BECHARA, A. & MOLINARES, V. (2017). *Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional*. Revista de Derecho. N. 48. pp. 163-188.

- BENAVIDES, M. (2009). *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*. *Ius et praxis*. Vol. 15, no 1, pp. 295-310.
- BERNAL PULIDO, C. (2002). *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. En: Vega, J. & Corzo, E. (coord.). *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. UNAM. Mexico, DF. pp. 51-74.
- BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- BERNAL PULIDO, C. (2008). *El precedente en Colombia*. Revista Derecho del Estado N. 21. Diciembre. pp. 81-94.
- BERNAL PULIDO, C. (2011). *La tesis de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy*. En: Bernal C. (Edit.) *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Palestra editores. Lima, Perú.
- BERNAL PULIDO, C. (2017). *Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad: Dos aspectos de la encrucijada de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo*. Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional. N°. 9. pp. 39-70.
- BETEGÓN, J. (1998). *Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 35. pp. 171-192.
- BLAGGINI, G. (2003). *La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización?* Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 7, pp. 43-75.

- BISCARETTI, P. (1987). *Derecho constitucional*. Tercera edición. Tecnos. Madrid, España.
- BODELÓN, E. (2010). *Leyes de igualdad en Europa y transformaciones de la ciudadanía*. Derecho, Género e Igualdad. Vol. 1. pp. 9-26.
- BOROWSKI, M. (2000). *La restricción de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 59. pp. 29-56.
- BOROWSKI, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. N. 25. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- BOROWSKI, M. (2016). *La ponderación en la estructura jerárquica del derecho*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. pp. 43-69.
- BOBBIO, N. (1987). *Estado, gobierno, sociedad. Contribución a una teoría general de la política*. Plaza & Janes Editores. Primera Edición en Castellano. Barcelona, España.
- BOBBIO, N. (2016). *Teoría general del derecho*. Quita edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.
- BOTERO, A. (2006). *Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: (formalismo versus principios y/o valores)*. Opinión Jurídica, V. 5, No. 9. pp. 33-61.
- BOTERO, A. (2014). *El positivismo jurídico en la historia*. Sello editorial Universidad de Medellín. Colombia.
- BOTERO MARINO, C., & JARAMILLO, J. (2006). *El conflicto de las altas Cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias*. Foro Constitucional Iberoamericano. N°. 12. pp. 42-81.
- BRAGE CAMAZANO, J. & REVIRIEGO PICÓN, F. (2009). *Tribunal Constitucional (España)*. En: Ferrer Mac-Gregor, E. (Coord). *Crónica*

de tribunales constitucionales en Iberoamérica. Marcial Pons. Buenos Aires, Argentina.

- BREWER-CARÍAS, A. (2014). *Los jueces constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa.* En: GOZAÍNI, O. (Dir.). *Proceso y constitución. Las sentencias constitucionales.* Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, Colombia.
- BULNES, L. (2006). *La inconstitucionalidad por omisión.* Estudios constitucionales, vol. 4, No 1. pp. 251-264
- BULYGIN, E. (2004). *¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?* DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 27. pp. 15-26.
- BURGORGUE-LARSEN, L. (2014). *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos.* Estudios constitucionales. Vol. 12, No 1, pp. 105-162.
- CALAMANDREI, P. (2013). *La constitución inactuada.* Estudio y Trad. Perfecto Andrés IBÁÑEZ. Tecnos. Madrid, España.
- CAMPO, K. (2002). *La jurisprudencia constitucional colombiana en el sistema de fuentes de derecho.* Revista Derecho del Estado. N°. 13. pp. 85-103.
- CANEDO, J. & GORDILLO, L. (2008). *Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa.* Cuadernos Europeos de Deusto. N°. 39, pp. 27-60.
- CAPPELLETTI, M. (1982). *El tribunal constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo.* Revista Española de Derecho Constitucional. Año. 2. N°. 4. pp. 9-33.
- CARBONELL, M. & SÁNCHEZ, R. (2011). *¿Qué es la constitucionalización del derecho?* Revista Quid Iuris. N°. 15. pp. 35-55.

- CARLUCCI, M. & D'ONGHIA, M. (2006). «*Derecho viviente*» y «*entrenchment*». *Entre constitucionalismo democrático y conservador*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 10. pp. 51-72.
- CARRILLO, Y. (2007). *Derecho y argumentación: el modelo de adjudicación del derecho en la antigüedad y el medievo*. Revista de Derecho, núm. 28, pp. 71-87.
- CARRILLO, Y. (2009a). *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Editorial Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia.
- CARRILLO, Y. (2009b). *Acerca de la razón práctica en el derecho y de sus límites en la justificación de las decisiones judiciales*. Revista Jurídicas. N°. 6. Vol. 1. pp. 52-68.
- CARRILLO, Y. (2009c). *La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico*. Revista Dialogo de Saberes. N°. 31. pp. 213-229.
- CARRILLO, Y. (2010). *Aproximación a los conceptos de neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. En: Revista Saber, Ciencia y Liberta. Vol. 5 N°. 1. Enero-Julio. pp. 39-47.
- CARRILLO, Y. (2012). *El problema de la validez y del actual sistema de fuentes en el derecho colombiano*. Editorial Universitaria. Cartagena, Colombia.
- CASCAJO, J. (2004). *Constitución y derecho constitucional en la unión europea*. UNED. Teoria y Realidad Constitucional. Núm. 15. pp. 89-106.
- CASCAJO, J. & GARCIA, M. (1988). *Constituciones extranjeras contemporáneas*. Tecnos. Madrid, España.
- CEA EGAÑA, J. (1997). *Los tratados de derechos humanos y la Constitución política de la República*. Ius et Praxis, Vol. 2, Núm. 2, 81-92.

- CEPEDA, M. (1997). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Segunda edición. Temis. Bogotá, Colombia.
- CERRA NOLASCO, E. (2001). *El control de constitucionalidad. Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia constitucional*. Revista de Derecho. N°. 16. Vol. 2. pp. 162-179.
- CHAVES BRAVO, J. (2011). *Fundamentos de la vía de hecho judicial por error interpretativo en la jurisprudencia constitucional de tutela en Colombia una perspectiva desde los métodos de interpretación*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia.
- CHINCHILLA, T. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Segunda edición. Temis. Bogotá, Colombia.
- CIANCIARDO, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra. Navarra, España.
- CIENFUEGOS MATEO, M. (2014). *La cuestión prejudicial comunitaria (Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)*. Miami-Florida European Unión Center of Excellence. Vol. 14 No. 1.
- CIFUENTES MUÑOZ, E. (1995). *El constitucionalismo de la pobreza*. Revista Dereito. Vol. IV. N°.2. pp. 53-77.
- CIFUENTES MUÑOZ, E. (1999). *Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia: síntesis de la doctrina constitucional*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional. No. 3, pp. 271-318.
- CIFUENTES MUÑOZ, E. (2000). *Informe sobre la jurisdicción constitucional en Colombia*. Ius et Praxis, Vol. 6, Núm. 2, pp. 63-81.
- CIFUENTES MUÑOZ, E. (2002). *Jurisdicción constitucional en Colombia*. Ius et Praxis, vol. 8, núm. 1, 2002, pp. 283-317.
- COLOMER, A. (2015). *Tendencias del constitucionalismo en el siglo xxi: cuestionamientos e innovaciones constitucionales*. Teoría y Realidad Constitucional. Núm. 36. pp. 329-351.

- COMANDUCCI, P. (1995). *Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado*. Isonomia. Revista de teoría y filosofía del derecho. N°. 3. pp. 21-42.
- COMANDUCCI, P. (1998). *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 21. pp. 89-104.
- COMANDUCCI, P. (2002). *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. Isonomia. N°. 16. pp. 89-112.
- COMANDUCCI, P. (2005). *Modelos e interpretación de la Constitución*. En: FERRER MAC-GREGOR, E. (Coord). Interpretación constitucional. Tomo I. Editorial Porrúa. D.F, Mexico.
- COMANDUCCI, P. (2009). *Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del derecho*. En: COMANDUCCI, P., AHUMADA, M. & GONZÁLEZ LAGIER, D. (2009). Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo. Fundación coloquio jurídico europeo. Madrid, España.
- COMANDUCCI, P. (2011). «*Constitucionalismo*: problemas de definición y tipología. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 95-100.
- CONTRERAS CALDERÓN, J. (2011). *El precedente judicial en Colombia un análisis desde la teoría del derecho*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 41. N°. 115. pp. 331-361.
- CONTRERAS MATUS, P. (2005). *Interpretación constitucional: un régimen especial*. Revista Derecho y Humanidades. N°. 11. pp. 311-321.
- CRISAFULLI, V. (2004). *Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. N°. 1. pp. 323-353.
- CRUZ, L. (2009). *La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo*. Dikaion. Año 23. N°. 18. pp. 11-31.

- CRUZ VILLALÓN, P. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España.
- CUENCA, P. (2012). *La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la constitución española*. Revista de Estudios Jurídicos. N° 12. (Segunda Época). pp. 1-24.
- CUERVO CRIALES, B. (2010). *La identidad de los sistemas jurídicos*. Revista Vínculos. Vol. 7. Núm. 2. pp. 116-124.
- D'ATENA, A. (2004). *La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. N° 1. pp. 293-306.
- D'ATENA, A. (2009). *Normas programáticas y pluralismo axiológico en el derecho constitucional*. Revista de Derecho Político. UNED. No. 74, pp. 455-475.
- DÍAZ REVORIO, F. (1997). *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España.
- DÍAZ REVORIO, F. (2002). *Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas*. Pensamiento constitucional. Vol. 8. Núm. 8. pp. 177-212.
- DÍAZ REVORIO, F. (2009a). *Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007*. Estudios Constitucionales, Año 7. N° 2. pp. 81-108.
- DIAZ REVORIO, F. (2009b). *Justicia constitucional y justicia electoral: un examen comparado Mexico-España*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional. Núm. 13, Madrid. pp. 223-266.

- DÍAZ REVORIO, F. (2012). *Sobre los valores en la filosofía jurídica y en el derecho constitucional*. Revista Brasileira de Direito Constitucional. Núm. 19. pp. 13-50.
- DÍEZ PICAZO, L. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas. Madrid, España.
- DE CARRERAS SERRA, F. (1995). *Por una Constitución europea*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm.90. pp. 193-220.
- DE DOMINGO, T. (2007). *Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad*. Persona y Derecho. Vol. 56. pp. 245-280.
- DE LA VEGA, A. (2003). *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España.
- DE OLIVEIRA, C. (2009). *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Revista de Derecho. Vol. XXII. N°. 1. pp. 185-201.
- DE OTTO, I. (1987). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Editorial Ariel. Barcelona, España. (p. 76).
- DE VEGA. P. (1998). *El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional*. Teoría y realidad constitucional. UNED. N°. 1, pp. 65-88.
- DE VERGOTTINI, G. (1983). *Derecho constitucional comparado*. Trad. Pablo Lucas VERDÚ. Editorial Espasa-Calpe. Madrid, España. (p. 195-196).
- DELGADO BARRIO, J. (1989). *Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española*. Revista de administración pública. N°. 119, pp. 233-254.
- DENNINGER, E. & GRIMM, D. (2007). *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Traducción de Ignacio Gutiérrez. Editorial Trotta. Madrid, España.

- DUEÑAS MUÑOZ, J. (2007). *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 20. Universidad de Valencia. pp. 1-31.
- DUVERGER, M. (1980). *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Sexta edición. Editorial Ariel. Barcelona, España.
- DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*. Trad. Albert Calsamiglia. Editorial Ariel. Barcelona, España.
- DWORKIN, R. (2010). *¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?* Isonomía. No. 32, pp. 7-29.
- DWORKIN, R. (2012a). *El imperio de la justicia*. Segunda edición, Traducción de: Claudia FERRARI. Editorial Gedisa. Barcelona, España.
- DWORKIN, R. (2012b). *Una cuestión de principios*. Traducción de Victoria Boschirolí. Siglo veintiuno editores. Buenos Aires, Argentina.
- ECHEVERRI QUINTANA, E. (2016). *La interpretación constitucional: ¿eclipse del control al poder?* IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. vol. X, núm. 37, pp. 59-83.
- ESCOBAR MARTÍNEZ, L. (2008). *El uso del precedente extranjero por parte de la Corte Constitucional colombiana*. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 13, pp. 391- 409.
- ESCOBAR, L; BENÍTEZ, & CÁRDENAS, M. (2011). *La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano*. Estudios constitucionales. Vol. 9, No 2, pp. 165-190.
- ESPIITA ALMANZA, H. (2016). *Del juez constitucional positivo y negativo en Colombia: el debate sobre la eutanasia*. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia.

- ESTÉVEZ, J. (2006). *Crisis de la soberanía estatal y Constitución multinivel*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. N°. 40. pp. 43-57.
- ESTRADA, S. (2011). *Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo*. Opinión Jurídica, Vol. 10, N° 19. pp. 21-40.
- ESTRADA, S. (2012). *Filosofía del derecho y neoconstitucionalismo*. En: BOTERO, A. (coord.). *Filosofía del derecho*. Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia.
- ESTRADA, S. & GARCÍA, J. (2009). *Algunas reflexiones en torno a la necesidad de una teoría del derecho y de los casos difíciles acorde al contexto del Estado constitucional colombiano*. Opinión Jurídica, Vol. 8, No. 15, pp. 97–114.
- ETCHEVERRY, J. (2017). *Rule of Law y discrecionalidad judicial: compatibilidad y recíproca limitación*. Revista Derecho del Estado. N°. 38, pp. 3-21.
- EZQUIAGA, F. (1994). *Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional*. Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Núm. 1. OCTUBRE. pp. 69-98.
- FERNÁNDEZ, T. (1982). *Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos*. Revista de Derecho Político. N°. 15. pp. 21-34.
- FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M. (2001). *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*. Tesis Doctoral. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, España.
- FERRAJOLI, L. (1998a). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid, España.
- FERRAJOLI, L. (1998b). *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*. ISONOMÍA. N°. 9. pp. 173-184.

- FERRAJOLI, L. (1999). *El derecho como sistema de garantías*. Nuevo Foro Penal. N°. 60. pp. 59-74.
- FERRAJOLI, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 15. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- FERRAJOLI, L. (2000b). *Garantías*. Jueces para la democracia. No. 38, pp. 39-46.
- FERRAJOLI, L. (2001). *Pasado y futuro del estado de derecho*. Revista Internacional de Filosofía Política. N. 17. pp. 31-45.
- FERRAJOLI, L. (2002). *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. Isonomia. N. 16. pp. 7-20.
- FERRAJOLI, L. (2004). *Jurisdicción y democracia*. Revista Debate. Núm. 29. pp. 3-9.
- FERRAJOLI, L. (2006a). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid, España.
- FERRAJOLI, L. (2006b). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 29. pp. 15-31.
- FERRAJOLI, L. (2006c). *Sobre los derechos fundamentales*. Cuestiones constitucionales. N. 15. pp. 113-136.
- FERRAJOLI, L. (2007). *Derecho y dolor*. Isonomia. No. 27. Octubre. pp. 195-204.
- FERRAJOLI, L. (2008a). *Democracia y derechos fundamentales*. Cuadernos del CLAEH. N. 96-97. 2°. Serie. Año. 31. pp. 167-170.

- FERRAJOLI, L. (2008b). *Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XLI, núm. 122. mayo-agosto. pp. 1135-1145.
- FERRAJOLI, L. (2008c). *Principia iuris. Una discusión teórica*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 31. pp. 393-433.
- FERRAJOLI, L. (2010a). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez & Andrea Greppi. Séptima edición. Editorial Trotta. Madrid, España.
- FERRAJOLI, L. (2010b). *Constitucionalismo y teoría del derecho*. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso. En: Ferrajoli, L., Moreso, J. & Atienza, M. (2010). (Edit.). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Editorial Fontamara. D.F. Mexico.
- FERRAJOLI, L. (2010c). *El principio de igualdad y la diferencia de género*. En: Cruz, J. & Vázquez, R. (2010). Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres. Suprema Corte de Justicia de la Nación. D.F. Mexico.
- FERRAJOLI, L. (2011a). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 34. pp. 15-53.
- FERRAJOLI, L. (2011b). *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 311-360.
- FERRAJOLI, L. (2011c). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo I. Teoría del derecho. Primera edición. Editorial Trotta. Madrid, España.
- FERRAJOLI, L. (2011d). *Doce cuestiones en torno a principia iuris*. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. N° 1. pp. 3-34.

- FERRAJOLI, L. (2012). *Constitucionalismo. Entre principios y reglas*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 35. pp. 791-817.
- FERRAJOLI, L. (2016). *Principia iuris. Teoria del derecho y de la democracia*. Tomo I. Teoria del derecho. Primera edición. Editorial Trotta. Madrid, España.
- FERRAJOLI, L. (2016a). *El futuro de la filosofía del derecho*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 39. pp. 255-263.
- FERRAJOLI, L. (2018). *El constitucionalismo más alla del Estado*. Editorial Trotta. Madrid, España.
- FERRAJOLI & MANERO (2012). *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*. Editorial Trotta. Madrid, España.
- FERRER, J. & RODRÍGUEZ, J. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Marcial Pons. Barcelona, España.
- FERRERES, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*. Segunda edición. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España.
- FERRERES, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons. Barcelona, España.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1993). *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 13. N°. 39. pp. 195-247.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1999). *Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución*. Dereito. Vol. 8. N°. 2. pp. 97-120.
- FERNÁNDEZ, T. R. (1982). *Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos*. Revista de derecho político. No. 15. pp. 21-34.
- FIORAVANTI, M. (2009). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Sexta edición. Presentación de Clara Álvarez

Alonso. Traducción de Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta. Madrid, España.

FIORAVANTI, M. (2010). *Las doctrinas de la constitución en sentido material*. Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, No. 6, pp. 427-438.

FIORAVANTI, M. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Traducción de Adela Mora Cañada & Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta. Madrid, España.

FIX-SAMUDIO, H. (2004). *El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista Latinoamericana de Derecho. Año I. N°. 1. pp. 141-180.

FONSECA RAMOS, M. (1992). *Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución*. Revista de derecho, vol. 1, no 1. pp. 32-45.

FREIXES SANJUÁN, T. (1995). *Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa*. Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol. N°. 11, pp. 97-115.

FREIXES SANJUÁN, T. (2005). *Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales*. Revista de derecho constitucional europeo. N°. 4, pp. 43-86.

FREIXES, T. & REMOTTI, J. (1992). *Los valores y principios en la interpretación constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. N°. 35. pp. 97-109.

- GARCÍA AMADO, J. (2014). *Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas.* EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad. N. 7. pp. 6-40.
- GARCÍA BELAUNDE, D. (1994). *La interpretación constitucional como problema.* Revista de Estudios Políticos. Nueva época. Núm. 86. pp. 9-37.
- GARCÍA BERRIO, T. (2007). *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación.* FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época. N. 4. pp. 127-152.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981). *La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas.* Revista Española de Derecho Constitucional Vol. 1. Núm. i. Enero-abril. pp. 35-131. Recogido en el libro LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. (1995). *El proyecto de Constitución europea.* Revista Española de Derecho Constitucional. Año 15. Núm. 45. pp. 9-29.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1998). *Los fundamentos constitucionales del Estado.* Revista española de derecho constitucional, N°. 52, pp. 11-32.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (1996). *El no positivismo principialista en il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky.* Anuario de filosofía del derecho. N°. 13, pp. 87-109.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo Principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy.* Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2001). *Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo*

- juspositivista de Luigi Ferrajoli.* DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 121-137.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2003). *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de derecho.* Diritto e questioni pubbliche. N°. 3. pp. 197-227.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2006). *Norma y valor en el neoconstitucionalismo.* Revista brasileira de direito constitucional. Vol. 7, No. 2, pp. 107-121.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos.* Editorial Trotta. Madrid, España.
- GARCÍA JARAMILLO, L. (2008). *El “nuevo derecho” en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?* Revista de Derecho. N°. 29. pp. 289-330.
- GARCÍA PELAYO, M. (1991). *Estado legal y estado constitucional de derecho.* Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas. N°. 82. Universidad Central de Venezuela. pp. 32-45.
- GARCIA PELAYO, M. (2014). *El «status» del tribunal constitucional.* Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 100, enero-abril. pp. 15-37.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (2003). *Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.* En: Memoria del Seminario:<<El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI>>. Segunda edición. CIDH, San José, Costa Rica. pp. 129-158.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (2011). *El control judicial interno de convencionalidad.* Revista Ius. Vol. 5. N°. 28. 123-159.
- GARCÍA ROCA, J. (2007). *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos:*

soberanía e integración. UNED. Teoría y Realidad Constitucional. Núm. 20, pp. 117-143.

GARCÍA ROCA, F. (2012). *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo.* Teoría y realidad constitucional. N°. 30, pp. 183-224.

GARGARELLA, R. (2015). *El «nuevo constitucionalismo latinoamericano».* Estudios sociales. Vol. 48, No 1, pp. 169-174.

GARRORENA, A. (2011). *Derecho constitucional. Teoria de la Constitución y sistema de fuentes.* Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España.

GASCÓN ABELLÁN, M. (1993). *Igualdad y respeto al precedente.* Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. N°.2. pp. 211-227.

GASCÓN ABELLÁN, M. (1994). *La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción.* Revista Española de Derecho Constitucional. Año 14. Núm. 41. pp. 63-87.

GASCÓN ABELLÁN, M. (2016). *Interpretación de la constitución: ¿gobierno de los jueces?* Teoria y Derecho. Revista de pensamiento jurídico. pp. 204-215.

GAVARA DE CARA, J. (2007). *La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales.* Teoría y Realidad Constitucional. UNED. N°. 20. pp. 277-320.

GIANFORMAGGIO, L. (1987). *Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas interpretes en serio.* Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 4. pp. 87-108.

- GIL, T. (2004). *El sistema de seguridad pública en la Constitución Española de 1978*. Tesis doctoral. Universitat Abat Oliba. Departament de Ciències Jurídiques i Polítiques.
- GISBERT, R. (2014). *Elementos constitucionales en la red global*. Estudios de Deusto. Vol. 60, No. 2, pp. 21-43.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, D. (2010). *Análisis de la interpretación del artículo 230 de la Constitución Nacional, en las providencias de tutela de la Corte Suprema de Justicia (2007-2009)*. Criterio Jurídico. Vol. 10. N°.2. pp. 209-234.
- GÓMEZ PINTO, L. (2011). *El control constitucional en Colombia: sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública*. Vniversitas, núm. 122, enero-junio, pp. 169-211.
- GÓNGORA, M. (2014). *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano*. pp. 301-328. In: A.V. Bogdandy, (Coords), *Ius Constitucionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. UNAM. México, D.F.
- GOZAÍNI, O. (2006). *Incidencia de la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno*. Estudios Constitucionales. Vol. 4, núm. 2, pp. 335-362.
- GREPPI, A. (1999). *Los nuevos y los viejos derechos fundamentales*. Revista Derechos y Libertades. Instituto Bartolomé de las Casas. N°. 7. Año. IV. pp. 281-302.
- GRIMM, D. (2006). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Traducción de Antonio López Pina. Editorial Trotta, Madrid, España.
- GROPPi, T. (2003a) *¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana*. En: FERRER MAC-GREGOR, E. (Coord).

- Derecho procesal constitucional. Tomo I. Cuarta edición. Editorial Porrúa. D.F, Mexico.
- GROPPi, T. (2003b). *¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, UNAM. pp. 481-504.
- GUASTINI, R. (1993). *La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana*. Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. N°. 1. Año. 1. pp. 237-250.
- GUASTINI, R. (1996). *Derecho dúctil, Derecho incierto*. Anuario de filosofía del derecho. N°. 13. pp. 111-123.
- GUASTINI, R. (1997). *Problemas de interpretación*. Revista Isonomia. N°. 7. pp. 121-131.
- GUASTINI, R. (1999a). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España.
- GUASTINI, R. (1999b). *Sobre el concepto de Constitución*. Traducción de Miguel Carbonell. Cuestiones Constitucionales. UNAM. pp. 161-176.
- GUASTINI, R. (2007). *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2, N°. 08, pp. 631-637.
- GUASTINI, R. (2008). *Una teoría cognoscitiva de la interpretación*. ISONOMÍA. No. 29. pp. 15-31.
- GUASTINI, R. (2010a). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Segunda edición. Editorial Trotta. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. Madrid, España.
- GUASTINI, R. (2010b). *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Trad. de Diego Moreno. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 55. Bogotá, Colombia.

- GUASTINI, R. (2012a). *La interpretación de la Constitución*. Carlos Hernández & Santiago Ortega. (Edit.). Hermenéutica y raciocinio jurídico. Colección tendencias contemporáneas del derecho. Universidad Libre. Bogotá, Colombia.
- GUASTINI, R. (2012b). *El escepticismo ante las reglas replanteado*. Revista Discusiones. N°. 11. pp. 27-57.
- GUASTINI, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons. Barcelona, España.
- GUASTINI, R. (2017). *Identità della costituzione e limiti alla revisione costituzionale (il caso colombiano)*. En: ESTUPIÑÁN, L., HERNANDEZ, C. & JIMENEZ, W. (Edit). Tribunales y justicia constitucional. Universidad Libre, Universidad de Bolonia. Bogotá, Colombia.
- GUIBOURG, R. (2011). *Alexy y su fórmula del peso*. En: Gustavo Beade & Laura Clérigo. (Eds.). Desafíos a la ponderación. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoria Jurídica y Filosofía del Derecho. N. 57. Bogotá, Colombia.
- GÜNTHER, K. (1995). *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 17-18. pp. 271-302.
- HABERMAS, J. (2001). Más allá del estado nacional. Traducción y presentación de Manuel Jiménez Redondo. Editorial Trotta. Tercera edición. Madrid, España.
- HARO, R. (2006). *Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales*. Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina (Edición especial). N°.6. pp. 173 – 187.
- HART, H. (1964). *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. CARRIÓN. Abeledo Perrot.

- HÄBERLE, P. (2001a). *El Estado constitucional. Estudio introductorio.* Diego Valadés. Traducción. Héctor Fix-Fierro. Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de Mexico. Serie doctrina jurídica. Núm.47. Mexico.
- HÄBERLE, P. (2001b). *La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional.* Anuario iberoamericano de justicia constitucional. N° 5, pp. 169-182.
- HÄBERLE, P. (2008). *La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta.* En: E. F. Mac-Gregor y A. Z. Lelo de Larrea (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio.* Unam, D.F. Mexico.
- HÄBERLE, P. (2010). *Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas.* Revista de derecho constitucional europeo. Año 7. Núm. 13. pp. 379-411.
- HENDERSON, H. (2004). *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine.* Revista IIDH, vol. 39, pp. 71-99. (p. 74).
- HERDEGEN, M. (2006). *Interpretación constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos.* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 843-852.
- HERRERA, C. (1994). *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución.* Revista de Estudios Políticos. (Nueva época). N°. 86. pp. 195-227.
- HERNÁNDEZ, D. (2000). *Cultura y vida cotidiana. Apuntes teóricos sobre la realidad como construcción social.* Revista Sociológica. Año.15. N°. 43. Mayo-Agosto. pp. 87-102.

- HIERRO, L. (1996). *El imperio de la ley y la crisis de la ley*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 19. pp. 287-308.
- HITTERS, J. (2009). *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la corte interamericana de derechos humanos)*. Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, pp. 109-128.
- IBÁÑEZ, P. A. (1994). *¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho?: interpretación judicial e insuficiencia del formalismo*. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 15-16. pp. 861-882.
- IGARTUA, J. (2006). *La fuerza vinculante del precedente judicial*. ISEGORÍA, N° 35. pp. 193-205.
- IGLESIAS, M. (2000). *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 23. pp. 77-104.
- IN SIGNARES, S. & MOLINARES, V. (2012). *Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana*. Vniversitas, núm. 124, pp. 91-118.
- JARAMILLO, I., & BARRETO, A. (2010). *El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención al papel de las insistencias*. Colombia Internacional, No. 72, pp. 53-86.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2005). *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. Tercera edición. Marcial Pons. Madrid, España.
- JULIO ESTRADA, A. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- JULIO ESTRADA, A. (2002). *Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*. En: Miguel CARBONELL

(Comp.) Teoria constitucional y derechos fundamentales. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Mexico. D.F.

KHAN, P. (2017). *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia*. Traducción y estudio introductorio. Daniel BONILLA MALDONADO. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, Colombia.

KELSEN, H. (2011). *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*. Traducción: Rolando Tamayo y Salmorán. Revisión: Domingo García Belaunde. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 15. Madrid. pp. 249-300.

LANCHEROS, J. (2012). *El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa. Síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional*. Díkaion: revista de actualidad jurídica, vol. 21, no 1, pp. 159-186.

LAPORTA, F. (2007). *El imperio de la ley*. Editorial Trotta. Madrid, España.

LA PERGOLA, A. (1999). *Constitución e integración europea: la contribución de la jurisprudencia constitucional*. Cuadernos de Derecho Público. Núm. 6, pp. 11-36.

LEGARRE, S. & RIVERA, J. (2006). *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 33. N°1. pp. 109-124

LIFANTE, I. (2013). *Seguridad jurídica y previsibilidad*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 36. pp. 85-105.

LIFANTE, I. (2015). *Interpretación y aplicación del derecho*. En: Conceptos básicos del derecho. Daniel González Lagier. (Coord.) Editorial Marcial Pons. Madrid, España.

LIFANTE, I. (2016). *Constitucionalismo e interpretación*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N. 2. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. pp. 47-78.

- LIZARAZO RODRÍGUEZ, L. (2011). *Constitutional adjudication in Colombia: Avant-garde or case law transplant? A literature review*. Estudios sociojurídicos. N°. 13. Vol. 1. pp. 145-182.
- LOMBARDI, G. (1981). *Derecho constitucional y ciencia política en Italia*. Revista de estudios políticos. (Nueva época). Núm. 22. pp. 79-97.
- LONDOÑO LÁZARO, M. (2010). *El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la corte interamericana de derechos humanos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie. Año XLIII, Núm. 128, pp. 761-814.
- LOPERA, M. (2004a). *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*. Área de teorías del derecho escuela de derecho – Universidad Eafit. Medellín, Colombia.
- LOPERA, M. (2004b). *Los derechos fundamentales como mandatos de optimización*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 27. pp. 211-243.
- LÓPEZ CADENA, C. (2009). *Aproximación a un concepto normativo de mutación de los derechos*. Revista Derecho del Estado. N°. 22. pp. 129-158.
- LÓPEZ CUÉLLAR, N. & OLARTE OLARTE, M. (2007). *Incumplimiento de sentencias de la corte constitucional colombiana: aparentes garantías, silenciosos incumplimientos*. Vniversitas, núm. 113, pp. 71-112.
- LÓPEZ DAZA, G. (2011). *El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?* Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional. Núm. 24. pp. 169-193
- LÓPEZ GUERRA, L. (2013). *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias*. Teoría y realidad constitucional. N°32. pp. 139-158.

- LÓPEZ LÓPEZ, A. (2013). *En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)*. Derecho privado y Constitución. N°. 27, pp. 173-208.
- LÓPEZ MEDINA, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Segunda edición. Editorial Legis. Bogotá, Colombia.
- LÓPEZ MEDINA, D. & SÁNCHEZ MEJÍA, A. (2008). *La armonización del derecho internacional de los Derechos Humanos con el derecho penal Colombiano*. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 12, pp. 317- 351.
- LÓPEZ OLIVA, J. (2011). *La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la revolución francesa de 1789*. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Vol. 14. N°.28. pp. 121-134.
- LÓPEZ PINA, A. (1998). *Las tareas públicas en la unión europea*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, vol. 2, no 4, pp. 353-388.
- LORCA NAVARRETE, A. (2003). *El derecho procesal como sistema de garantías*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie. Año. XXXVI. Núm. 107. pp. 531-557.
- LORCA NAVARRETE, J. (1994). *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. EDICIONES PIRÁMIDE. Madrid, España.
- LOSANO, M. (2005). *Derecho turbulento. En busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 28. pp. 159-182.
- MANGAS MARTIN, A. (1991). *La Constitución y la ley ante el derecho comunitario*. (Comentario a la STC 28/1991). *Revista de Instituciones Europeas* (18) Revista de Instituciones Europeas. Núm 18. pp. 587-623.

- MARÍN AÍS, J. R. (2010). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en España con el Tratado de Lisboa*. UNED. Revista digital Facultad de Derecho, N°. 2. pp.1-34.
- MARINONI, L. (2012). *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*. Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 1, pp. 249 – 266.
- MARTÍNEZ CABALLERO, A. (2000). *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*. Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 2, no 1, pp. 9-32.
- MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). *El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo*. En: Revista General de Derecho Público Comparado. N°. 11. pp.1-15.
- MARTÍNEZ, J. & ZÚÑIGA, F. (2011). *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Estudios constitucionales. N°. 9. Vol. 1. pp. 199-226.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Marcial Pons. Madrid, España.
- MAZZARESE, T. (2003). *Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 26. pp. 687-716.
- MAZZARESE, T. (2004). *¿Está la era de los derechos cambiando?* Anuario de derechos humanos. Nueva época. Vol. 5. pp. 655-688.
- MOLINARES, V. (2011). *Notas sobre constitución, organización del estado y derechos humanos*. Segunda edición. Editorial Universidad del Norte. Barranquilla, Colombia.
- MOLINARES, V. (2013). *Guerra irregular y Constitución: garantismo judicial de la Corte Constitucional Colombiana*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Núm. 29. UNAM. Df, México.

- MOLINARES, V. & BECHARA, A. (2016). *Omisiones legislativas y juez constitucional: una nueva forma de creación del derecho*. federalismi.it Revista de Derecho Público Italiano, Comparado y Europeo. Focus América Latina. N°.1. pp. 1-19.
- MORA RESTREPO, G. (2014). *El drama y la gloria de la interpretación constitucional*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 44. N°. 121. pp. 527-550.
- MORA SIFUENTES, F. (2017). *La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año. XLIX. N°. 150. pp. 1215-1258.
- MORENO CRUZ, D. (2014). *Presentación*. En: PINO, G. (2014). Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional. Universidad Externado. Bogotá, Colombia. (p. II).
- MORESO, J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. España.
- MORESO, J. (2000). *Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*. Revista Doxa, cuerdos de filosofía del derecho. N°. 23. pp. 105-118.
- MORESO, J. (2003a). *Alexy y la aritmética de la ponderación*. Iuris. Vol. 16. pp. 433-449.
- MORESO, J. (2003b). *Comanducci sobre neoconstitucionalismo*. Isonomía. No. 19, pp. 267-282.
- MORESO, J. (2006). *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*. Revista Direito GV. Vol. 2 Núm. 2. pp. 13-30.
- MORESO, J. (2008). *Ferrajoli o el constitucionalismo optimista*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 31. pp. 279-287.

- MORESO, J. (2009). *La constitución: modelo para armar*. Marcial Pons. Barcelona, España.
- MORESO, J. (2011). *Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 34. pp. 183-199.
- MORESO, J. & VILAJOSANA, J. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons. Colección filosofía y derecho. Barcelona, España.
- MONROY CABRA, M. (2006). *El control de constitucionalidad*. En: Ideas políticas, filosofía y derecho. Libro homenaje a Alirio Gómez Lobo. Oscar Delgado. (Comp.). Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.
- MONROY CABRA, M. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Colección textos de jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.
- MONROY CABRA, M. (2008). *El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional*. Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Vol. 1. pp. 107-138.
- MONROY CABRA, M. (2013). *La interpretación constitucional*. Tercera Edición. Librería ediciones del profesional. Bogotá, Colombia.
- NASH, C. (2008). *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Programa de Doctorado en Derecho. pp. 1-367.
- NASH, C. & NÚÑEZ, C. (2017). *Recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencias comparadas y el caso chileno*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XLX, Núm. 148, pp. 185-231.
- NAVARRO, P. & REDONDO, M. (1990). *Permisiones y actitudes normativas*. DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 7. pp. 249-256.

- NINO, C. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Segunda edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- NOGUEIRA, H. (1993). *Constitución y derecho internacional de los derechos humanos*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 20. pp. 881-895.
- NOGUEIRA, H. (2004). *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur*. Revista Ius et Praxis Año 10 N° 1, pp. 113–158.
- NOGUEIRA, H. (2014). *El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el período 2006-2013*. Revista chilena de derecho. Vol. 41. N°. 2, pp. 409-435.
- OLANO, H. (2005). *Interpretación y dogmática constitucional*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia.
- OLANO, H. (2016). *Teoria del control de convencionalidad*. Estudios Constitucionales. Año 14, N° 1, pp. 61-94.
- PABÓN MANTILLA, A. (2012). *El problema de la argumentación jurídica: tres enfoques y su aplicación en la práctica jurídica colombiana*. III Congreso Colombiano de Filosofía. Sociedad Colombiana de Filosofía-Universidad del Valle. Cali, Colombia.
- PALOMBELLA, G. (1999). *Derechos fundamentales. Argumentos para una teoria*. Doxa, cuadernos de filosofía del derecho. N. 22. pp. 525-579.
- PAREJO ALFONSO, L. (2004). *Los principios de la «gobernanza europea»*. Revista de Derecho de la Unión Europea. N°. 6. pp. 27-56.
- PAVLAKOS, G. (2012). *Corrección y cognitivismo. Comentarios al argumento de la pretensión de corrección de Robert Alexy*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 35. pp. 201-215.

- PECES-BARBA, G. (1986). *Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales*. Anuario de derechos humanos. N°. 4, pp. 219-258.
- PECES-BARBA, G. (1991). *Prólogo [La Constitución española de 1978]*. Centro de Estudios Adams.
- PECES-BARBA, G. (1995). *Desacuerdos y acuerdos con una obra importante: epílogo [El derecho dúctil: ley, derechos, justicia]*. Trotta. Madrid, España.
- PECZENIK, A. (1990). *Dimensiones morales del derecho*. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 8. pp. 89-109.
- PECZENIK, A. (1992). *Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 12. pp. 333-352.
- PEGORARO, L. (1999). *Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución*. Pensamiento constitucional, vol. 6, No 6, pp. 221-241.
- PEGORARO, L. (2000). *El tribunal constitucional*. En. López Garrido, D; Massó Garrote, M. & Pegoraro, L. (2000). Nuevo derecho constitucional comparado. (Directores). Tirant lo Blanch. Valencia, España.
- PEGORARO, L. (2002). *La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional. N°.6. pp. 393-416.
- PEGORARO, L. (2008). *Revisión constitucional. El caso italiano en el contexto de la teoría general y del derecho comparado*. Boletín mexicano de derecho comparado. UNAM. Número conmemorativo, sexagésimo aniversario. pp. 895-931.

- PEGORARO, L. (2013). *Derecho nacional, derecho internacional, derecho europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes*. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Núm. 17. pp. 257-286.
- PÉREZ FRANCESCH, J. (1998). *El gobierno*. Temas clave de la Constitución española. Tercera edición. Colección dirigida por PEDRO DE VEGA. Tecnos. Madrid, España.
- PÉREZ FRANCESCH, J. (2003). *Lord acton y la historia de la libertad*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm. 121. Julio-Septiembre. pp. 223-231.
- PERÉZ FRANCESCH, J. (2016). *En defensa del Estado de derecho. Estudios sobre las tensiones en la seguridad y la libertad en el mundo de hoy*. Editorial Universidad del Norte & Grupo Editorial Ibáñez. Barranquilla, Colombia.
- PÉREZ LUÑO, A. (2000). *La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. Núm. 15. pp. 25-38.
- PÉREZ LUÑO, A. (2007). *Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional*. Teoria y realidad constitucional. N°. 20, pp. 495-511.
- PÉREZ ROYO, J. (1992). *Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 12. pp. 233-249.
- PÉREZ TREMPS, P. (2003). *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Laboratorio de alternativas. Documento de trabajo 28. pp. 1-32.
- PÉREZ TREMPS, P. (2016). *Sistema de justicia constitucional*. Segunda edición. Civitas-Thomson Reuters. Navarra, España.

- PÉREZ VERA, E. (1993). *El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos*. Revista de Instituciones Europeas. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pp. 459-484.
- PINO, G. (2009). *Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 32. pp. 647-664.
- PINO, G. (2011). *Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 34. pp. 201-228.
- PINO, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Tercera edición. Trad. Horacio Sánchez, Pedro Caballero, Andrés Morales, Federico Orlando & Diego del Vecchi. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 69. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- PINO, G. (2017). *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. Revista Derecho y Sociedad. N°. 48. pp. 211-223.
- PISARELLO, G. & SORIANO, R. (1998). *Entrevista a Luigi Ferrajoli*. Isonomia. Núm. 9. pp. 187-192.
- PIZZORUSSO, A. (1984). *Lecciones de derecho constitucional*. Trad. Javier JIMENEZ CAMPO. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España.
- POLAKIEWICZ, J. (1993). *El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania*. Revista de estudios políticos. N° 81, pp. 23-46.
- PORTELA, M. (2014). *Interpretación y aplicación del derecho*. En: HERNANDEZ, C. & ORTEGA, S. (Dir). *Constitución y democracia*. Editorial Universidad Libre. Bogotá, Colombia.

- PORTELLA CONSTAIN, S. (2002). *Corte Constitucional Colombiana y Tribunal Constitucional Ecuatoriano en el control abstracto de constitucionalidad: ¿legisladores positivos?* Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador.
- PORTOCARRERO, A. (2011). *El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad.* Revista Derecho del Estado. N°. 27. pp. 75-102.
- POZZOLO, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional.* Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 21. Vol. II. pp. 339-353.
- POZZOLO, S. (2008). *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola.* Materiali per una storia della cultura giuridica. Vol. 38. No 2, pp. 405-418.
- POZZOLO, S. (2015). *Apuntes sobre neoconstitucionalismo.* En: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Volumen 1. (Edit). Jorge FABRA & Álvaro NUÑEZ VAQUERO. UNAM. Distrito Federal, Mexico.
- POZZOLO, S. (2016). *Neoconstitucionalismo.* Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. N. 11. pp. 142-151.
- POZZOLO, S. (2017). *La Justicia en el constitucionalismo de los derechos.* Revista Jurídica Primera Instancia. Número 9, Volumen 5. pp. 31-55.
- POZZOLO, S. (2017). *Robert Alexy, derechos fundamentales, discurso jurídico y racionalidad práctica. ¿Una lectura realista?* Revista Derecho y Sociedad. N°. 48. pp. 213-223.
- PRADA, M. (2013). *La integración del derecho internacional en el sistema colombiano, Protección multinivel de derechos humanos.* Manual, Madrid, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, pp. 365-391.

- PRADA FERNANDEZ, J. (2008). *Las reformas institucionales italianas*. Editorial Dilex. Madrid, España.
- PRESNO, M. & CAMPIONE, R. (2010). *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional Italiano. Estudio de una libertad*. Presentación de Alessandro PIZZORUSSO. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1991). *Notas sobre la interpretación constitucional*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 9. Mayo-Agosto. pp. 175-198.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1993). *Duplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. En: Revista Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N° 20. pp. 315-325.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1996). *Diez argumentos sobre los principios*. Jueces para la Democracia. N°. 26, pp. 41-49.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1997). *Constitucionalismo y positivismo*. Fontamara. D.F. Mexico.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2000a). *Tribunal constitucional y positivismo jurídico*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 23. pp. 161-195.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2000b). *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Vol. 8. pp. 429-468.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2004). *El constitucionalismo de los derechos*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año. 24. No 71. pp. 47-72.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Segunda edición, Editorial Trotta, Madrid. España.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2011). *Apuntes de teoría del derecho*. Sexta edición. Editorial Trotta, Madrid. España.

- PRIETO SANCHÍS, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Trotta. Madrid, España.
- PULIDO, F. & SUÁREZ, I. (2011). *Explorando los modelos de juez y ética judicial*. Estudios en Derecho y Gobierno. Vol.4. N°.1. pp. 103-121.
- PUNSET, R. (1982). *La iniciativa legislativa en el ordenamiento español*. *Revista de Derecho Político*. Núm. 14. pp. 57-78.
- QUERALT JIMÉNEZ, A. (2007). *Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales*. Teoría y realidad constitucional. No. 20, pp. 435-470.
- QUERALT JIMÉNEZ, A. (2017). *El efecto de cosa interpretada y la función de armonización de estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Querétaro, México. pp. 695-717.
- QUINCHE, M. (2009). *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Núm. 12, pp. 163-190.
- QUINCHE, M. (2013). *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. Octava edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.
- QUINCHE, M. (2014). *El control de constitucionalidad*. Segunda edición. Editorial Ibáñez. Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
- QUIROGA, E. (2016). *Interpretación constitucional. El modelo de equilibrio integral para la decisión judicial constitucional*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia.
- RAMELLI, A. (2004). *Sistema de fuentes del derecho internacional público y bloque de constitucionalidad en Colombia*. Cuestiones Constitucionales, núm. 11, pp. 157-175.

- RAMÍREZ ARRAYÁS, J. (2006). *Control de constitucionalidad: Elementos para el análisis de los precedentes en la actuación administrativa y la jurisdicción especial*. Estudios Constitucionales, vol. 4, núm. 1, pp. 195-205.
- RAMÍREZ LUDEÑA, L. (2012). *Los desacuerdos en el derecho*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 35. pp. 125-155.
- RAMOS MÉNDEZ, F. (2016). *El sistema procesal español*. Décima edición. Editorial Atelier. Barcelona, España.
- REQUEJO PAGES, J. (1990). *Juridicidad, precedente y jurisprudencia*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año. 10. Núm. 29. pp. 223-240.
- RESTREPO, E. (2002). "Reforma Constitucional y Progreso Social: La "Constitucionalización de la Vida Cotidiana" en Colombia". Yale Law School. SELA. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Papers. Paper 14. pp. 1-14.
- REYES SÁNCHEZ, A. (2014). *Efecto vinculante de las posturas hermenéuticas en las sentencias de la corte constitucional colombiana: reflexiones iniciales*. Advocatus. Vol. 11. N°. 22.
- REVENGA, M. (2002). *Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. Núm. 64. Enero-Abril. pp. 99-110.
- RIVERA SANTIVÁEZ, J. (2006). *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno*. Estudios Constitucionales, vol. 4, núm. 2, noviembre, pp. 585-609.
- RÓDENAS, Á. (2017). *Desafíos para la filosofía del derecho del Siglo XXI*. Derecho PUCP. No 79, pp. 33-46.

- RODRÍGUEZ, J. (2002). *El nuevo constitucionalismo frente al Estado y frente a los ciudadanos*. Universidad Autónoma de Colombia. Sistema Universitario de Investigaciones. Bogotá, Colombia.
- RODRÍGUEZ, J. (2016). *Los paradigmas jurídicos en el Estado de derecho*. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia.
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, M. (2016). *Pluralidad de jurisdicciones y tutela de derechos: los efectos de la integración europea sobre la relación entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 107, 117-150.
- RODRIGUEZ ZAPATA, J. (1980). *La corte constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?* Revista de Derecho Político. UNED. Núm. 7. pp. 57-79.
- RODRIGUEZ, G. & VALLE, A. (1997). *El derecho comunitario y las relaciones entre el tribunal de justicia de las comunidades europeas, el tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales*. Revista de Derecho Comunitario Europeo. V. 1, N. 2, pp. 239-376.
- ROLLA, G. (2007). *La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 11, pp. 301-326.
- ROLLA, G. (2012). *La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 16, pp. 329-351.
- ROMBOLI, R. (1996). *La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental*. Revista española de derecho constitucional, vol. 16, no 48, pp. 35-80.

- ROSALES, E. (2006). *Control judicial de constitucionalidad de las leyes penales*. Capítulo criminológico. Revista de las disciplinas del Control Social, N°. 34. Vol. 4, pp. 429-493.
- RUBIO LLORENTE, F. (1982a). *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, No 4, pp. 35-67.
- RUBIO LLORENTE, F. (1982b). *Del tribunal de garantías al tribunal constitucional*. Revista de Derecho Político. Núm. 16. pp. 27-37.
- RUBIO LLORENTE, F. (1986). *El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del derecho*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año. 6. Núm. 16. pp. 83-113.
- RUEDA LEAL, P. (2004). *Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad*. Estudios Constitucionales, vol. 2, núm. 1, pp. 323-335.
- RUIZ, R. (2010). *Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. N°. 20. 119-132.
- RUIZ MIGUEL, A. (2000). *Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 23. pp.145-160.
- RUIZ MIGUEL, A. (2004). *Constitucionalismo y democracia*. Revista Isonomia. N°. 21, pp. 51-84.
- SAGÜÉS, N. (2003). *Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: experiencias en Latinoamérica*. Ius et Práxis. Vol. 9. No. 1, pp. 205-221.

- SALAZAR, F. & NARANJO, K. (2012). *Disertaciones sobre la fundamentación de las decisiones constitucionales*. Bajo Palabra. Revista de Filosofía. II Época, N° 7, pp. 270-279.
- SÁNCHEZ, R. (1993). *Introducción al Estado constitucional*. Editorial Ariel. Barcelona, España.
- SANJUÁN FREIXES, T. & REMOTTI CARBONELL, J. (1992). *Los valores y principios en la interpretación constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. N°. 35, pp. 97-109.
- SANTACRUZ, R. & LUNA, S. (2016). *La Constitución y su justificación en la construcción del Estado constitucional*. En: Hernandez, C. & Fajardo, J. (Edit). Justicia constitucional. Editorial Universidad Libre. Bogotá, Colombia.
- SARTORI, G. (1994). *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Trad. Roberto REYES MAZZONI. Fondo de cultura económica. D.F. Mexico.
- SCHNEIDER, H. P. (1979). *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. Revista de Estudios políticos. No. 7. pp. 7-35.
- SHAPIRO, S. (2014). *Legalidad*. Trad. Diego Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña. Editorial Marcial Pons. Madrid, España.
- SIECKMANN, J. (2011). *La teoría principalista de los derechos fundamentales*. Marcial Pons. Madrid, España.
- SIECKMANN, J. (2014). *La teoría del derecho de Robert Alexy, análisis y crítica*. Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y Filosofía del derecho. N°. 67. Bogotá, Colombia.
- SIERRA CADENA, G. (2009). *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas: El caso de la descentralización en Colombia*.

Colección textos de jurisprudencia. Serie Maestría. Sello editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.

SOLOZÁBAL, J. (1991). *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*. Revista de estudios políticos. N° 71. pp. 87-109.

STERN, K. (1988). *El sistema de los derechos fundamentales en la república federal de Alemania*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 1. pp. 261-277.

STORINI, C. (2008). *Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional*. FORO. Revista de Derecho. N°.9. pp. 35-61.

TARUFFO, M. (2005). *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Boletín mexicano de derecho comparado, vol. 38, no 114, p. 1285-1312.

TARUFFO, M. (2008). *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 31. pp. 383-392.

TENORIO SÁNCHEZ, P. (2013). *Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo*. Revista General de Derecho Europeo. N°. 31. pp. 1- 35.

TOBO, J. (2012). *La corte constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Cuarta edición. Editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia.

TOLE, J. (2006). *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*. Cuestiones Constitucionales, N°. 15. pp. 253-316.

TOMÁS y VALIENTE, F. (1994). *La resistencia constitucional y los valores*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 15-16. pp. 635-650.

- UPEGUI, J. (2004). *Critica sobre un modelo de adjudicación. Análisis de algunos presupuestos acríticos de la función judicial.* Revista Derecho del Estado. N°. 16. pp. 145-163.
- UPRIMNY, R. (1995). *La motivación de las sentencias y el papel del juez en el estado social y democrático de derecho.* Pensamiento Jurídico. Núm. 4. Justicia y jueces. pp. 131-139
- URBINO, J. (2005). *Reforma de la justicia penal en Colombia: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública.* X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Santiago, Chile, 18 - 21 Oct.
- URÍAS, J. (2001). *La tutela frente a las leyes.* Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España.
- VALBUENA, I. (2006). *El juicio de igualdad como procedimiento para delimitar el alcance del principio de igualdad. El caso concreto de la distribución de competencias judiciales.* Revista Derecho del Estado. N°. 19. pp. 87-103.
- VARGAS HERNÁNDEZ, C. (2011). *La función creadora del Tribunal Constitucional.* Revista Derecho Penal y Criminología. V. 32- N°. 92. pp. 13-33.
- VELASCO, N. & LLANO, V. (2016). *Derechos fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo.* NOVUM JUS. V. 10, No. 2. pp. 35-55.
- VELLUZZI, V. (1998). <<Interpretación sistemática>>: ¿un concepto realmente útil? *Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación.* Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. N°. 21. pp. 65-82.
- VERDÚ, P. (1997). *Dimensión Axiológica de la Constitución.* Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. N° 74. pp. 85-168.

- VIGO, R. (1998). *Razonamiento justificatorio judicial*. DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho. N°.21. pp. 483-499.
- VILLACORTA, L. (2011). *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales: aspectos a destacar en el contexto de la discusión española*. Ius et Praxis, vol. 17, No 1, pp. 81-118.
- VILLAR BORDA, L. (2007). *Estado de derecho y Estado social de derecho*. Rev. Derecho del Estado, Vol. 20, pp. 73-96.
- VIVAS, T. & CUBIDES, J. (2012). *Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana*. Entramado. Vol. 8 No. 2, pp. 184-204.
- VON BOGDANDY, A. (2004). *Constitución Europea e identidad europea. Potencialidades y peligros del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. Revista Española de Derecho Constitucional. N°. 72, pp. 25-50.
- WALUCHOW, W. (2015). *Strauss, democracia y constitucionalismo del árbol vivo*. En: FABRA, J. & GARCÍA JARAMILLO. (Coord). *Filosofía del derecho constitucional*. UNAM. Instituto de investigaciones jurídicas. Mexico.
- WÜRTENBERGER. T. (2002). *Interpretación del derecho constitucional (Desde una perspectiva realista)*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. N°.6. pp. 601-620.
- YOUNES MORENO, D. (2007). *Derecho constitucional colombiano*. Novena edición. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia.
- ZAFFARONI, E. (2001). *La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carníbero responsable)*. Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil. 16 de septiembre.

- ZAGREBELSKY, G. (2004). *La ley, el derecho y la constitución*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 24. Núm. 72. Septiembre-Diciembre. pp. 11-24.
- ZAGREBELSKY, G. (2006). *Jueces constitucionales*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie. Año XXXIX. Núm. 117. pp. 1135-1151.
- ZAGREBELSKY, G. (2009). *El derecho dúctil*. Trad. de Marina Gascón. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid, España.
- ZAGREBELSKY, G. (2013). *Constitucionalismo. Derechos y Libertades*. N. 29, Época II. Junio. pp. 19-38.
- ZEBALLOS, A. (2018). *Supremacía constitucional y bloque de constitucionalidad: el ejercicio de armonización de dos sistemas de derecho en Colombia*. Pensamiento Jurídico. No. 47, p. 13-42.