

COLECCIÓN **JUS** PÚBLICO



UNIVERSIDAD **CATÓLICA**  
de Colombia  
Vigilado Mineducación

# Perspectivas del constitucionalismo

Óscar Alexis Agudelo Giraldo (Ed.) • Jaime Cubides Cárdenas  
Juan Marcelino González Garcete • Angélica María Grandas Ferrand  
Jorge Enrique León Molina • Manuel Asdrúbal Prieto Salas

**PÚBLICO 14**

IUS-Público es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas del derecho público actual; propicia y abre espacios para la consulta, la discusión y la divulgación de los aspectos que afectan a nuestra sociedad en lo pertinente al derecho TIC, el derecho internacional, el derecho constitucional o el derecho administrativo.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia de las transformaciones en el derecho público, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección, con la convicción de contribuir al debate y la mejora del sector público a nivel nacional e internacional.

#### OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN

- Pensar el derecho como derecho virtual
- La transparencia y el buen gobierno: una perspectiva desde los derechos humanos y las obligaciones de los gobiernos locales
- Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia
- Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia
- El derecho a la buena administración electrónica

**ÓSCAR ALEXIS AGUDELO GIRALDO (Ed.)**. Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Profesor e investigador en asuntos de lógica, argumentación jurídica y teoría del derecho en la Universidad Católica de Colombia. [oagudelo@ucatolica.edu.co](mailto:oagudelo@ucatolica.edu.co)

**JORGE ENRIQUE LEÓN MOLINA**. Abogado e investigador adscrito al Grupo de Estudios Legales y Sociales “Phronesis”, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. [jeleon\\_@ucatolica.edu.co](mailto:jeleon_@ucatolica.edu.co). Bogotá DC. Colombia.

**MANUEL ASDRÚBAL PRIETO SALAS**. Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica en la Universidad Católica de Colombia. [maprieto@ucatolica.edu.co](mailto:maprieto@ucatolica.edu.co)

**JAIME CUBIDES CÁRDENAS**. Abogado y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista y Magíster en Docencia e Investigación con énfasis en las Ciencias Jurídicas y Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires-Argentina. Profesor, investigador y líder del Grupo de Investigación Persona, instituciones y exigencias de justicia de la Universidad Católica de Colombia. [jacubides@ucatolica.edu.co](mailto:jacubides@ucatolica.edu.co).

**ANGÉLICA MARÍA GRANDAS FERRAND**. Estudiante de Derecho. Auxiliar de investigación del Grupo Persona, instituciones y exigencias de justicia e integrante del semillero Observatorio de justicia constitucional de Derechos Humanos, vinculados al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

**JUAN MARCELINO GONZÁLEZ GARCETE**. Abogado. Medalla de Oro y Mejor Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción (UNA). Escribano Público. Máster en Criminología Forense. Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Doctorando en Ciencias Políticas y en Ciencias de la Educación. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana. Miembro del Consejo de Redacción de Juristas de Derecho Administrativo Comparado. Autor de varias obras de derecho constitucional y administrativo.

Óscar Alexis Agudelo Giraldo (Ed.)

Jaime Cubides Cárdenas • Juan Marcelino González Garcete • Angélica María Grandas Ferrand  
• Jorge Enrique León Molina • Manuel Asdrúbal Prieto Salas

# Perspectivas del constitucionalismo

B  
PÚBLICO 14



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

Agudelo, Óscar Alexis  
Perspectivas del constitucionalismo / Óscar Alexis Agudelo y otros cinco .—Bogotá:  
Universidad Católica de Colombia, 2016  
66 páginas ; 17x 24 cm.—(Colección *JUS* Derecho público; no. 14)

ISBN 978-958-8934-36-5 (impreso)  
ISBN 978-958-8934-37-2 (digital)

I. Título II. Serie III. Cubides Cárdenas, Jaime IV. González Garcete, Juan Marcelino  
V. Grandas Ferrand, Angélica María VI. León Molina, Jorge Enrique VII. Prieto Salas,  
Manuel Asdrúbal  
1. Derecho constitucional

Dewey 342. 2 SCDD ed. 21

### **Proceso de arbitraje**

1er concepto

Evaluación: 22 de junio de 2016

2do concepto

Evaluación: 15 de julio de 2016

© Universidad Católica de Colombia  
© Óscar Alexis Agudelo Giraldo (Ed.)  
Jaime Cubides Cárdenas  
Juan Marcelino González Garcete  
Angélica María Grandas Ferrand  
Jorge Enrique León Molina  
Manuel Asdrúbal Prieto Salas

Primera edición, Bogotá, D. C.  
Noviembre de 2016

*Dirección Editorial*  
Stella Valbuena García

*Coordinación Editorial*  
María Paula Godoy Casasbuenas

*Corrección de estilo*  
Ángela Robles

*Diseño de colección*  
Juanita Isaza

*Diagramación*  
Mauricio Salamanca

*Publicación digital*  
Hipertexto Ltda.  
www.hipertexto.com.co  
Bogotá, D. C., Colombia

*Impresión*  
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A  
Bogotá, D. C., Colombia

**Facultad de Derecho**  
Carrera 13 N° 47-49  
Bogotá, D. C.  
derecho@ucatolica.edu.co

**Editorial**  
Universidad Católica de Colombia  
Av. Caracas 46-72 piso 5  
Bogotá, D. C.  
editorial@ucatolica.edu.co  
www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal  
© Derechos reservados

## CONTENIDO

<b>Presentación</b> .....	5
<b>Introducción</b> .....	7
<b>Capítulo 1. El constitucionalismo desde el positivismo.</b>	
Los Derechos Innominados y la praxis jurídica .....	11
Teoría Jurídica, axiomatización y reconocimiento de derechos.....	13
Estado constitucional y garantismo.....	15
Reglas, principios y reconocimiento: el caso de los Derechos Innominados.....	18
Conclusiones .....	27
<b>Capítulo 2. Constitucionalismo y mundos posibles.</b>	
Una revisión axiomática de los precompromisos constitucionales.....	29
El espacio de posibilidad.....	30
Enunciado como criterio de identidad del espacio de probabilidad.....	32
El espacio de posibilidad, mundos posibles y normas .....	33
Los precompromisos constitucionales.....	35
La propuesta de Moreso: los mundos constitucionalmente posibles .....	38
Los precompromisos constitucionales como axiomas jurídicos .....	39
Precompromiso, paternalismo y rigidez constitucional .....	41
Conclusiones .....	44

<b>Capítulo 3. Constitucionalismo Multinivel (CM): el nuevo paradigma en la protección de los Derechos Fundamentales</b> .....	45
Conceptualización del CM .....	47
CM Europeo .....	49
Justicia multinivel y CM .....	52
CM y Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	54
Conclusiones .....	59
<b>Bibliografía</b> .....	61

## PRESENTACIÓN

El libro *Perspectivas del Constitucionalismo* es producto de una investigación conjunta entre el Grupo de Estudios Legales y Sociales Phronesis y el Grupo Persona, instituciones y exigencias de justicia, adscritos al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Este proyecto, llamado “Metodología del positivismo jurídico. Metateoría y formas contemporáneas” hace parte de la línea en Teoría jurídica, filosofía del derecho y argumentación jurídica. Además, tiene como finalidad evidenciar enfoques, alternativas y puntos de vista frente al paradigma del constitucionalismo y su demarcación global en los Estados de Derecho. Para ello, el libro plantea la tradición de los dos grupos, dedicados, por un lado, a la Teoría Jurídica como Teoría del Derecho Público y, por el otro, a la ciencia del Derecho Constitucional, su estándar de internacionalización y su criterio de efectividad. La suma de ambas tradiciones plantea resultados investigativos de carácter teórico-práctico, cuyo objeto de análisis circula en torno a la adopción de un constitucionalismo global y las consecuencias que de él se generan.

En el primer capítulo, titulado “El constitucionalismo desde el positivismo. Los Derechos Innominados y la praxis jurídica”, se presentará la tesis de la nominación de derechos por vía judicial y su distinción frente a los derechos ya enunciados, su grado de implicación con los que son fundamentales y su correlativa limitación de construcción, atendiendo a los modelos del positivismo jurídico y de la teoría del Estado.

En el segundo capítulo, llamado “Constitucionalismo y mundos posibles. Una revisión axiomática de los precompromisos constitucionales”, se procederá al análisis de las denominadas realidades constitucionales expectantes, desde una lógica de los mundos posibles. Para ello el autor se adentrará en la definición de los sistemas jurídicos sucesivos y del sistema jurídico originario, para así demostrar que en este último, los mencionados precompromisos constitucionales operan a manera de lo que, en lógica formal, se denomina como axiomas.

Por último, en el tercer capítulo, nombrado “Constitucionalismo Multinivel (CM). El nuevo paradigma en la protección de los Derechos Fundamentales”, se presentará el CM como mecanismo de aplicabilidad de normas constitucionales en el ámbito local, internacional y global, basándose en las tesis que limitan el ámbito de la soberanía interna y superponen la órbita internacional de protección de los derechos e incorporando la idea de que existen niveles de protección jurídica para las garantías fundamentales.



## INTRODUCCIÓN

### La Teoría Jurídica como una visión constitucional de la función judicial

La Teoría Jurídica es tributaria de los análisis respecto a la función, estudio y práctica del Derecho, dado que determina las formas en las cuales se aborda la operatividad social, jurídica y política del mismo. Es competencia suya, por lo tanto, la determinación global del problema del constitucionalismo, que abarca el otorgamiento de garantías legales para todos los ciudadanos; estas deben ser expresadas en Derechos Fundamentales, aplicables de forma irrestricta, por parte del Estado. Siguiendo la concepción de Luigi Ferrajoli, estos derechos están ubicados en el marco de la divergencia entre la realidad empírica y el deber ser que la consagra normativamente.

La distinción entre principios y garantías es óbice, no solo para hablar de neoconstitucionalismos, sino para plantear —a lo sumo— dos formas clásicas de estudio del constitucionalismo: el principalista y el garantista. El primero obedece a la delimitación de los fundamentos básicos de sociabilidad de los individuos, que además, dota de cierta validez instrumental a esas normas constitucionales. El segundo, mientras tanto, establece que es necesaria una consagración normativa de los Derechos Fundamentales, en cuanto solo en la medida en que estos sean jurídicamente exigibles, se puede determinar una nueva “dimensión sustancial de la forma del Estado” (Ferrajoli, 2004, p. 10).

La determinación tanto sustancial como principalista de los derechos y las garantías constitucionales, lleva a una nueva comprensión de la ciencia y de la metodología jurídica, dado que produce un íntimo cambio en la perspectiva democrática y política del Derecho, puesto que va más allá de una racionalización acrítica de la legitimidad, donde todo está supeditado a la voluntad y potestad constitucional.

Es menester también indicar que, a raíz del positivismo, las reglas de corte metodológico permiten determinar las garantías dadas por el Estado y contenidas en la Constitución, pero que también son extensibles a circunstancias fácticas que exceden el razonamiento jurídico previo. Entonces se tienen dos categorías de principios, los nominados en la carta constitucional, y los innominados, susceptibles de análisis jurisprudencial.

Es en este punto, precisamente, donde la función jurisdiccional adquiere relevancia práctica en el marco del constitucionalismo, ya que se da una superación de la clásica tesis del núcleo duro, gracias a la expansión del ámbito de implicación jurídica de Derechos Fundamentales que, inicialmente, no se tenían escritos como tales. De esta manera, el entorno social de los individuos dinamiza incluso el orden constitucional vigente.

El razonamiento jurisdiccional en materia constitucional no solo plantea los principios o las garantías aplicables, sino los espacios en los cuales se puedan dar de otra forma. Este razonamiento contrafáctico permite comprender las posibilidades de expansión del estudio constitucional de valores jurídicos, determinando la universalidad de dichas garantías, desvinculándolas del caso concreto y haciéndolas extensibles a casos similares en el ordenamiento y la determinación de precedentes constitucionales, como análisis de mundos posibles al tenor de principios legales.

El operador judicial es quien, al activar el sistema, protege su estabilidad y permite su dinamismo. Su responsabilidad, a la hora de amplificar el espectro constitucional de los principios y las garantías, es la evidencia práctica del cambio de paradigma neoconstitucional, en donde el estudio, tanto del principalismo como del garantismo, aporta una visión integral de las alternativas posibles de desarrollo del sistema jurídico-político.

Como elemento central del razonamiento jurisdiccional, se encuentra la dogmática constitucional, en virtud de la cual se determinan las competencias,

•Introducción•

herramientas y formas en las que el juez aplica los derechos o determina la pertinencia de establecer, al ordenamiento jurídico, unos nuevos. Esto se asemeja un poco a una regla de inclusión, en cuyo dinamismo se evidencia un proyecto vinculante del constitucionalismo moderno, que consiste en incluir un razonamiento judicial al contexto de las garantías constitucionales vigentes.

Dicho lo anterior, en el presente libro se presentarán alternativas de estudio constitucional, así como se profundizará y se especificará, en cada una de las siguientes páginas, la función de su estudio a la luz del dinamismo del ordenamiento jurídico.

Jorge Enrique León Molina



## EL CONSTITUCIONALISMO DESDE EL POSITIVISMO. LOS DERECHOS INNOMINADOS Y LA PRAXIS JURÍDICA<sup>1</sup>

Jorge Enrique León Molina

A partir de la ubicación del constitucionalismo en el marco del positivismo, se hace necesario determinar qué garantías jurídicas se otorgan para los individuos, en la medida en que se plantean formas —por vía de la función judicial— de dinamización, comprensión e interpretación de nuevos derechos, respecto a circunstancias que, antes no siendo consideradas como tal, podrían hacer parte del orden jurídico. Estos son los Derechos Innominados, que surgen de la praxis misma del Derecho y amplifican significativamente su operatividad

Por otro lado, la práctica jurídica constitucional distingue las reglas que proveen derechos a los individuos en el entorno social; estos son los Derechos Fundamentales que, como garantías últimas otorgadas por parte del Estado, se hacen exigibles en la medida en que se puedan dar, universalmente, a todos los sujetos de la nación. Desde la teoría del Derecho, el estudio de dichos principios permite un análisis tanto de su aplicabilidad, como de sus vicios. Estos últimos están sustentados en la toma a la ligera, por parte del operador judicial, de decisiones en las que no se implican las verdaderas razones por las cuales estos, en

.....  
<sup>1</sup> El presente capítulo es un avance de investigación realizado en el marco del proyecto *Metodología del positivismo jurídico. Metateoría y constitucionalismo moderno*, desarrollado por el Grupo de Estudios Legales y Sociales Phronesis, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

razón de su funcionalidad, se constituyen a sí mismos como garantías inherentes a los hombres.

Además, desde el positivismo metodológico, también se plantean reglas que permiten implicar las garantías constitucionales. Es menester aclarar que no son todas aquellas que se presentan textualmente en la Constitución, sino que se extienden a todas aquellas prácticas que, por ser universales a todos los hombres, se pueden presentar en el marco de su sociabilidad. Así las cosas, los principios nominados se dan cuando se tienen catálogos de Derechos Fundamentales, aun así se den momentos de “insatisfacción con la autoridad constitucional, por cuanto amplificar las garantías supone una vulneración al núcleo duro de la Constitución misma” (Waldron, 2014, p. 148).

En el presente escrito se plantea la existencia constitucional de los Derechos Innominados, su distinción con los nominados y su determinación judicial como garantía constitucional de implicación de Derechos Fundamentales. Además, se enuncia desde los vicios propios del positivismo, que posibilitaron un estudio neoconstitucional de la teoría del Derecho. Finalmente, se plantea un punto más allá del clásico constitucionalismo rígido que tradicionalmente regula las relaciones legales en el Estado.

La apuesta, por lo tanto, está en demostrar dos cosas: la primera, que el estudio constitucional debe, necesariamente, partir de una visión de la teoría del Derecho que permita las interrelaciones políticas y jurídicas de los derechos, ya sean nominados o innominados. Y, la segunda, la forma en la que la función judicial extiende el ámbito de aplicación de derechos que, inicialmente, no se entendían como tales. La exigencia es desarrollar una “pedagogía de los Derechos Fundamentales, de las garantías constitucionales, y una estructura de implementación del desarrollo jurisprudencial del sistema constitucional actual” (Graber, 2011, p. 37).

### **Teoría Jurídica, axiomatización y reconocimiento de derechos**

El Derecho, a lo sumo, constituye un sistema estructurado de garantías que, de la Constitución hacia abajo, determina las formas jurídicas de los derechos de los individuos. Esto implica, no solo lo que normativamente constituye una garantía de acción, sino que además también implica la nominación de principios que,

inicialmente, podrían no estarlo en la historia del ordenamiento jurídico. Esta facultad de axiomatización permite la dinamización del ordenamiento hacia un punto en el cual esa garantía innominada, se convierta en parte fundamental de todo sistema jurídico. Siguiendo a Neal y a Schmidt (2015), la práctica “judicial determina las prácticas axiomáticas de delimitación, conservación y los cánones de interrelación futura de preceptos constitucionales” (p. 215).

Sin embargo, como lo plantea Ferrajoli (2004), el reconocimiento de los derechos no está exento de sufrir la crisis propia del positivismo jurídico, en cuanto la visión que se tenga del Derecho fundamenta la forma en la que los sistemas jurídicos garantizan derechos a los individuos. Esta crisis, según Ferrajoli, tiene tres momentos:

**1. Crisis de Legalidad.** Esta se fundamenta en que haya ausencia e ineficaci de controles o ilegalidad del poder, con sede en la corrupción de la función judicial. Para el autor, esto es una crisis constitucional, dado que hay “degradación del valor de las reglas de juego institucional, y del conjunto de límites y vínculos que las normas imponen al ejercicio de los poderes públicos” (Ferrajoli, 2004, p. 15).

Por ello, el principio de legalidad no es más que toda aquella regla o norma que sirve para el reconocimiento o la fuente de legitimación del Derecho vigente y que exige de los sujetos dos cosas, tanto una personalidad jurídica, como la titularidad de los Derechos Fundamentales consagrados por el Estado (Ferrajoli, 2011).

**2. Crisis de inadecuación estructural de las formas del Derecho.** Esta crisis se da en el Estado nacional, porque se origina un carácter selectivo en el Estado de bienestar; es decir, cuando existe una aparente contradicción entre el tipo de Estado que soporta el estudio jurídico del caso y el tipo de Estado que, se supone, se desarrolla constitucionalmente. En otras palabras, cuando chocan el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho.

Un Estado de Derecho es aquel en virtud del cual los límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos se expresan en forma clara, general y abstracta. Así mismo, está destinado a tutelar los derechos de libertad de los ciudadanos, y todos aquellos derechos conexos. Por el contrario, un Estado Social de Derecho es aquel en el cual se demanda de los poderes públicos la satisfacción de ciertos Derechos Sociales, mediante prestaciones no siempre generales y abstractas, sino

“direccionales, contingentes, legalistas, producto de una actividad burocrática y partidista” (Ferrajoli, 2004, p. 15).

La manifestación de esta crisis se evidencia en la inflación legislativa, ya que, por ocasión de ésta, se menoscaban los sistemas de garantías de los Derechos Sociales, dejando un “amplio espacio para la corrupción” (Ferrajoli, 2004, p. 16).

**3. Crisis del Estado nacional.** Se da cuando hay una alteración en el sistema de fuentes del Derecho, lo cual provoca un debilitamiento del modelo constitucional en el orden jurídico. Ocurre en eventos en los cuales hay un desplazamiento de los centros de decisión de los Estados nacionales, y exige de los mismos, la creación de fuentes de Derecho Constitucional que vayan más allá de las tradiciones jurídicas del Estado.

Estas tres crisis, que surgen en el seno del positivismo como modelo teórico, implican dificultades en la democracia, en cuanto afectan directamente el principio de legalidad, al delimitar que está sujeto al imperio de la ley. En Ferrajoli esto es peligroso, dado que podría fundamentar “formas neoabsolutistas del poder público” (Ferrajoli, 2004, p. 15).

El producto de la crisis, derivada de la creciente complejidad de las sociedades contemporáneas, posibilita “la incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico” (Ferrajoli, 2004, p. 17). Además, genera una debilidad en la función normativa, que permite la interrelación del sistema jurídico con la política, ya que el quiebre de dicha función también implica una fractura en la garantía de los Derechos Fundamentales, ya sea de libertad, igualdad, u otros Derechos Sociales.

Para la determinación de principios a la luz de la teoría del Derecho, se debe iniciar un estudio a partir del método axiomático, en donde el modelo de ciencia permita la diferenciación entre fundamentos y prácticas jurídicas menos generales. La denuncia presentada por Ferrajoli radica en que, muchas veces, las prácticas jurídicas son ilegítimas o arrojan principios inefectivos. Es importante señalar la necesidad de establecer la genericidad o no de la regla para determinarla como principio, así como también su ámbito de aplicación, su relación con la normatividad, y sus vínculos sintácticos, es decir, comprobar el objeto y el campo de la teoría. La semántica se refiere, entonces, al lugar en el que se dan las relaciones entre el objeto y el campo de investigación y la pragmática tiene que ver con el



entendimiento del papel nominativo, explicativo, formulativo o procedimental de la ciencia jurídica (Ferrajoli, 2011).

Desde la garantía de Derechos Fundamentales, es necesario ahondar en la semántica de la teoría del Derecho, entendiéndola como un conjunto orgánico de enunciados respecto al universo normativo. Es menester comprender estos enunciados como una teoría empírica, en donde tanto el Derecho, como la teoría, se dinamizan en pro de una garantía común. Así el primero es un conjunto de fenómenos o experiencias dadas en un contexto jurídico-normativo, y el segundo es un conjunto de tesis verificables y formulables respecto a un enunciado jurídico determinado (Ferrajoli, 2011).

### **Estado constitucional y garantismo**

Ferrajoli (2004) retoma a Bobbio para exponer dos fuentes ideológicas que tienen como finalidad proponer diferentes visiones de la teoría del Derecho respecto al Estado. Estas fuentes son, por un lado, el positivismo jurídico teórico, desde la corriente de Kelsen, en virtud de la cual se entiende la teoría del Derecho como “una disciplina autónoma y sistemática, enfocada a identificar y analizar las estructuras formales de los razonamientos jurídicos; con independencia de los valores que los informan y de sus concretos y variables contenidos prescriptivos” (Ferrajoli, 2011, p. 3). Y, por el otro, el método de la filosofía analítica, heredado directamente de Bobbio.

Por ello, se podría denominar a Ferrajoli (2004) como un “normativista realista-crítico” (p. 11), dado que, por esta metodología, se permite la demostración de la naturaleza del Derecho actual, el cual, es producto de la tensión existente entre el ser del Derecho (praxis), y el deber ser del mismo (jurídico-constitucional). Estos elementos derivan en mínimos aplicables al sistema constitucional del Estado, en donde, “las cuestiones semánticas y los diversos modos de construcción de derechos, implican los conceptos teóricos y dogmáticos de los Derechos Fundamentales” (Ferrajoli, 2001, p. 143).

Desde el positivismo, se amplió el sistema y el orden jurídico del constitucionalismo rígido, el cual se caracteriza porque “blinda la constitución en caso de que ésta sea susceptible de modificación o derogación, haciendo el proceso para ello un poco más complejo y difícil tanto política como jurídicamente, evidenciando

así, la supremacía de la constitución” (Tomas, 1996, p. 54). Esto implica una ampliación del deber ser normativo, labor denominada como dinamismo.

Por otro lado, la filosofía analítica, aunque se nota su influencia en la obra de Ferrajoli, se aleja del purismo o formalismo que está inscrito en el seno del positivismo, el cual está basado en descripciones y teorizaciones más amplias de los planos normativos que componen los sistemas jurídicos.

A su vez, Ferrajoli plantea una propuesta de metodología de estudio y análisis del Derecho, equiparándolo al nivel de las dos ciencias explicadas anteriormente y que está basado en los siguientes fundamentos:

**1. Cambio de paradigma constitucional.** Es necesaria la trasmutación de un Estado legislativo de Derecho a un Estado constitucional de Derecho. En virtud de esta, se vincula el poder judicial como un medio de implantar límites al poder legislativo. Este modelo garantista de democracia constitucional implica tanto cambios políticos, como cambios jurídicos. La neutralidad constitucional está en riesgo, dado que “un Estado contestatario permite la edición de las decisiones de la mayoría, a través de las cortes, para modificar la visión legalista del Derecho” (Strauss, 2013, 1538).

Esta neutralidad no permite la construcción del modelo constitucional, sino que, por el contrario, detiene el dinamismo de la toma de decisiones jurídicas. Es importante, por lo tanto, determinar experiencias empíricas que repliquen ajustes importantes en el dinamismo del sistema jurídico que es objeto de estudio (Kahan, 2011).

La dimensión sustancial del Derecho está dada por la rígida consagración normativa de los Derechos Fundamentales, lo que implica que el denominado Constitucionalismo de Derechos determine las condiciones de validez de las leyes positivas que consagran a los mismos, ya sea en procesos de creación normativa, como en la coherencia entre imperativos de orden sustancial (de corte político). Es menester aclarar que, en este punto,

[...] el manejo práctico del Derecho debe estar abocado a la descripción de una realidad circundante, a modo que el sistema no se convierta en un modelo, y su dinámica se instrumentalice a tal punto que, se haga completamente mecánica. Los derechos deben, por lo tanto, abstraerse de las relaciones entre el sistema y la realidad (Guibourg, 2010, p. 73).

## **2. La racionalización de la legalidad del Estado legislativo de derecho.**

Se evidencia en la determinación de la función garantista de la jurisdicción y la ciencia jurídica. Esta función no es más que la calificación de la interpretación, como el examen de validez de las normas a la luz del ordenamiento constitucional, esto quiere decir que “en un sistema, con primacía judicial, todos los poderes públicos están vinculados a la doctrina constitucional del tribunal supremo, y al orden legislativo” (Niembro, 2013, p. 193).

Por lo tanto, el cumplimiento de las normas constitucionales se da en la medida en que se otorguen las garantías que las hagan efectivas por parte de la jurisdicción, ya que, desde esta perspectiva, la Constitución supone el conjunto de los axiomas inobjetables desde toda práctica jurisprudencial, garantizados, en todo momento, por los operadores dentro del orden jurídico. Es entonces donde la observancia de la Constitución implica un límite al espectro de las interpretaciones posibles, fundamentado en que se está sujeto tanto a las normas constitucionales, como al deber de motivación de las decisiones judiciales (Ferrajoli, 2004).

## **3. La ciencia jurídica como criterio normativo del Derecho vigente.**

Desde esta perspectiva, se plantea una discusión, a la luz de la teoría kelseniana del positivismo metodológico, respecto al papel que tiene la relación entre derecho subjetivo y garantías. Es allí donde Ferrajoli, siguiendo a Kelsen, afirma que un derecho subjetivo es “tener el poder de influir en la generación de una norma positiva (jurídica individual) por medio de la demanda” (Ferrajoli, 2004, p. 13).

Así, la relación entre derechos y garantías es aquella, en virtud de la cual, se plantea una implicación normativa y no solo una mera contrastación de hechos jurídicos. Esto, dado que las garantías implican una posibilidad de creación de derechos subjetivos, los cuales, a partir de la norma que los estatuye son posibilitados para el sistema, de acuerdo al procedimiento para su exigibilidad. Se puede afirmar, entonces, que la obligación del legislador, ya sea jurídica y coherente, va más allá de la satisfacción de expectativas de acción al respecto de la garantía o no de un derecho, ya que “desde lo interno, los principios surgen [como] una función integradora, en donde se justifica agregar elementos no previstos en otros principios y reglas, en cuanto a que sea buscado, el principio debe darse” (Ávila, 2011, p. 87).

Haciéndose una dignificación de la función legislativa y del principio de legalidad, es posible el reconocimiento de derechos, fundamentado en el entendimiento

del carácter normativo-vinculante propio de los mismos. Los principios lógicos que permiten esto son uno interno y uno externo.

En el interno, se utilizan las garantías propias del sistema jurídico en el caso de soluciones de lagunas o antinomias. Es un momento en el cual, por extensión, se aplican criterios normativos que, previamente, no se tenían como tales. La innominación de los mismos se debe, a lo sumo, a cuestiones propias de la dinámica del sistema jurídico, su implicación social o su praxis.

Por otro lado, en el externo se hace necesario determinar el diseño de unas herramientas teóricamente novedosas, con el fin de superar lagunas y antinomias en el sistema jurídico. Para los norteamericanos, es en este punto donde opera el anti-canon constitucional, el cual plantea “un discurso constitucional que va más allá de la dimensión jurídica o política, que exige un tratamiento metodológico que pueda llegar a vincular Derechos innominados al ordenamiento jurídico” (Greene, 2011, p. 382).

### **Reglas, principios y reconocimiento: el caso de los Derechos Innominados**

A partir del reconocimiento constitucional que se le da a las garantías jurídicas otorgadas para los ciudadanos, es necesario diferenciar la naturaleza jurídica de la distinción entre reglas, principios y directrices políticas.

En *El Imperio de la Justicia*, Ronald Dworkin (2012) plantea que el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, en el cual se entiende al Derecho como una narrativa que optimiza las prácticas jurídicas en pro de la obtención de un interés. Este, tiene su base en la historia no escrita en la Constitución, que establece “previsiones de qué podría darse en qué momento y bajo qué circunstancias, fuera de lo que efectivamente se garantiza en el actual momento de la constitución” (Strauss, 2013, p. 1532).

Así, en la actividad judicial sobre la cual se construye el concepto de Derecho, se pueden presentar dos casos, el compensatorio y el moral. En el primero, se determina tanto la responsabilidad en la comisión de una conducta antijurídica, como la forma en la que se ha de resarcir un daño. El segundo es imposible de tasar económicamente y en responsabilidad. Es la determinación como justo/injusto de una decisión jurídica a partir de sus efectos en quien la soporta. Ambos casos, tanto el compensatorio como el moral, resultan pertinentes, en la medida

en que sean tomados como criterios de decisión en casos futuros, ya que alcanzarían cierto rango cuasi legal que les permitiría ser imputables a un número indeterminado de individuos.

A su vez, Dworkin (1992) afirma que la distinción entre Derechos Innominados y Derechos Nominados obedece a un “malentendido semántico” (p. 386). Por un lado, los primeros son aquellos derechos que hacen parte de un conjunto de derechos controversiales, dejando a los segundos como aquellos derechos que tienen un cierto rango “constitucional”. Aunque la diferencia entre ambos sea compleja, podríamos plantear que los Derechos Nominados son fácilmente argumentables dado su carácter positivo.

En concordancia, los Derechos Fundamentales surgen en el marco de valores particulares, presentes temporalmente en el sistema jurídico. O sea, surgen como garantías personalísimas inherentes al sujeto mismo. Este concepto adolece de un vicio: es un concepto vacío, que requiere de ser llenado de un contenido tanto formal, como material, atendiendo al contexto político, así como al contexto jurídico en el cual se desarrolle. Lo que Marcelo Neves (2004) señala al respecto es que “este uso dado a los Derechos es arbitrario, y obedece al sentido que predomine en un entorno social determinado” (p. 144).

Estos derechos constituyen una herramienta que es producto de conquistas sociales alcanzadas en la modernidad. Se entienden como derechos que suplen una demanda normativa y que permiten estructurar lo social a partir de eslabones del sistema jurídico que pueden proyectarse hacia el futuro. Así mismo, estos derechos deben garantizar la autonomía dado que son inherentes al individuo.

Sin embargo, estos derechos también pueden ser colectivos, en la medida en que tienen la pretensión de ser universalmente válidos. Como expone Neves (2004), pueden ser definidos como “expectativas normativas de inclusión jurídica de todas y cada una de las personas en la sociedad (mundial) y, por consiguiente, de acceso universal al derecho en cuanto subsistema social (autónomo)” (p. 147). Podemos afirmar entonces que, en cuanto a su colectividad, los Derechos Humanos apuntan a validarse ante el orden nacional y los órdenes jurídicos internacionales.

Este universalismo obedece a la pluralidad de personas y grupos presentes en un entorno social determinado, lo cual implica la amplificación del potencial humano, así como las necesidades, intereses, valores y expectativas de esa

colectividad. Esto dota al sistema de cierta contradicción, la cual gira en torno, precisamente, a los Derechos Humanos, dado que pueden procurarse tanto una autonomía de valores, necesidades, intereses, etcétera, como una relación entre personas con intereses similares que son contradictorios al inicialmente planteado.

Así las cosas, la validez de los Derechos Humanos, como Derechos Innominados (en la terminología de Dworkin), están cargados de una suerte de fuerza simbólica que, lejos de dotarlos de un refuerzo de carácter legal, evidencia un detrimento a la hora de iniciar su proceso de positivización. Esta ausencia de validez normativa reforzada, posibilita su argumentación en cada caso concreto, lo cual permite su axiomatización jurídica a partir de la labor interpretativa de un juez constitucional. Además, es importante anotar que

[...] esta ausencia de validez normativa reforzada también puede llegar a permitir la manipulación política de dicha axiomatización por parte de autoridades políticas que podrían usarlas para encubrir posibles realidades que se puedan llegar a presentar en el marco de su positivización. Así las cosas, la innominación de los Derechos Humanos puede conducir: o a un total desprendimiento de esas situaciones garantizables jurídicamente, o a un total compromiso de las masas con el refuerzo legal de los Derechos Humanos Innominados (Neves, 2004, p. 146).

También pone sobre la mesa un asunto importante: el papel de los jueces a la hora de garantizar derechos. Los jueces prefieren, por comodidad metodológica —más que por seguridad jurídica—, garantizar ciertos derechos positivizados de antemano, dejando para un ámbito un poco más argumentativo la discusión acerca de derechos inherentes al ser humano, que no consten por escrito en el ordenamiento jurídico. Interpretaciones judiciales que, en palabras de H.L.A Hart (2012), “establecen qué es Derecho, modifican derechos y deberes, y determina los efectos jurídicos que ese derecho en discusión atañe a una circunstancia fáctica determinada” (p. 176).

La innominación de derechos es un fenómeno que obedece al carácter abierto de los mismos, así como a la universalidad de los hombres en el marco de su comportamiento social, por lo que es virtualmente improbable nombrar todas las posibilidades de acción, en virtud de la “necesidad, el balance constitucional, incluso de la determinación de los valores jurídicos en juego” (Snead, 2007, p. 10).

Dworkin plantea que las constituciones (en su caso, el Bill of Rights), son un compendio de principios abstractos de moralidad que, de alguna forma, demuestran las dimensiones morales de prácticas políticas culturalmente arraigadas en los ciudadanos. Esto conformaría el primer criterio de distinción entre Derechos Nominados e Innominados, dado que el garantizar argumentos constitucionales culturalmente arraigados, pero no positivizados, se acompaña con ciertos principios políticos que son inherentes a las personas.

Es decir, “la fundamentación de derechos es producto tanto de la distinción de principios universalmente válidos e inherentes a los individuos, como también son producto de prácticas políticas analizadas por medio de la llamada moralidad pública” (1992, p. 387). Así las cosas, la implicación de los Derechos Innominados en casos concretos, obedece a criterios interpretativos que posibilitan su determinación práctica y conceptual sin afectar, de paso, su eficacia. Dworkin plantea que “pueden hacerse coactivos en la medida en que se demuestre un nexo con un derecho legalmente garantizado” (1992, p. 389).

Estos principios en pugna, tanto los nominados como los innominados, unos garantizados por la mera fuerza de la ley, otros garantizables por medio de una interpretación constructiva realizada por el juez, permiten determinar un razonamiento jurídico-legal en el marco de la aplicación de una solución a un caso concreto, en la forma en que “las interpretaciones de origen jurisprudencial, constituyen el núcleo más importante de algunos sistemas jurídicos” (Nino, 2007, p. 292).

Es importante interpretar que la innominación o no positivización de principios, obedece a un proceso en el que el sistema conforma un cuerpo legislativo más amplio que el que tenía inicialmente, en la medida en que admite nuevos Derechos Fundamentales que garanticen la libertad o la igualdad de los individuos. Es entonces el proceso jurídico-político en virtud del cual un tribunal constitucional garantiza la eficacia jurídica de un Derecho Innominado que tenga cierta implicación en un caso concreto, en la medida en que “se aprovechan razonamientos judiciales en pro de plantear un originalismo jurisprudencial” (Reed, 2013, p. 200).

Este ámbito político implica la función judicial a la hora de avalar la eficacia de Derechos Innominados, y tiene que ver con la labor intelectual desarrollada por un juez, capacitado por el sistema, para garantizar y guarnecer la integridad

del mismo. Así, podemos ver que la innominación de dichos “principios positivizables, es una noción básica de la llamada derechos humanos, dado que, ambos son producto de la mera adjudicación de derechos para el individuo en razón de ser eso mismo; un individuo” (Dworkin, 1992, p. 393).

Se plantea entonces, una tesis de reconocimiento de derechos, basada en una razón práctica presente en la historia de un sistema determinado y que tiene una validez moral, sustentada en una *Norma Fundamental* que exige igualdad y respeto a todos los ciudadanos. Esta norma, al igual que el *Principio de Derecho* de Kant y el *Principio de Justicia* de Rawls, establece que, conforme a los derechos, también asisten libertades subjetivas de acción. Sin embargo, Dworkin refuta el planteamiento de Rawls, en cuanto a la admisión de las partes en las condiciones de todo acuerdo nacional. De tal forma, se entiende que la *Norma Fundamental* “tiene un status de derecho natural, dado que es propio de los seres humanos proyectar planes y practicar la justicia” (Habermas, 1997, p. 272). Sin embargo, para Dworkin, dicha norma no posee un status iusnaturalista, sino deontológico, en la medida en que la validez de los derechos es transferida a principios institucionalmente vinculantes (o políticos), blindando las pretensiones jurídicas de incondicionalidad. De esta manera, el autor “defiende los Derechos subjetivos como medios entre los cuales se justifican pretensiones frente a fines colectivos” (Habermas, 1997, p. 273).

De esta manera, Dworkin afirma que en virtud de la administración de justicia, ciertos preceptos morales desempeñan un papel importante, en la medida en que el derecho positivista ha asimilado este tipo de contenidos que, al ser traducidos al lenguaje jurídico, sufren una variación en su significado. Al respecto, Habermas afirma que los contenidos morales aparecen en el marco de las normas primarias, es decir, de las pautas que regulan el comportamiento humano. Esta regulación sufre una paulatina variación en su proceder y va disminuyendo poco a poco, hasta un estado mínimo en el que, en relación a las normas jurídicas, se espera obediencia respecto al Derecho así como al contenido de la norma, en tanto que estos se ven impregnados por los criterios morales que sirven al legislador para juzgar una política y en las formas en que se hace dinámica.

En este sentido, “los argumentos que hacen referencia a fines, pueden tener impresionantes referencias morales” (Habermas, 1997, p. 275). Esto significa que la moral, como criterio del Derecho, comienza tanto en la voluntad política del



legislador, como en la comunicación política del espacio público. Así, se justifica la aplicación de esta y se circunscribe a la traducción de contenidos morales a un determinado código constitutivo de Derecho, otorgándole un tipo especial de validez.

La interpretación jurídica de los argumentos que versan entre objetivos políticos y principios morales se puede llevar a decisiones bien fundamentadas, dado que los que están basados en principios sirven para justificar una decisión política al garantizar un derecho, ya sea individual o grupal. Sin embargo, para Kelsen, el elemento sobre el que se basa la unidad de un determinado número de normas, es decir, la validez de una norma jurídica, se sitúa en otra regla de orden superior. A pesar de esto,

[...] no excluye la posibilidad de situar la validez de una norma en el hecho de haber sido establecida por alguna autoridad, pero, vale recordar que la competencia dada a la autoridad para establecer las normas viene dada en normas de competencia. De esta manera la norma que valida las demás se entiende por presupuesta a pesar de no ser promulgada (Kelsen, 1986, p. 201).

Dworkin describe así una teoría de la aplicación judicial del Derecho, en la que afirma que los jueces siempre deben decidir los casos que les sean sometidos a estudio mirando hacia el futuro, tomando la decisión más beneficiosa para el sistema jurídico, sin tener en cuenta decisiones jurídicas anteriores. Esta concepción pragmatista debe estar influida por un consecuencialismo, es decir, que el juez al fallar debe intentar generar las mejores consecuencias con su decisión para el sistema jurídico. Dicho consecuencialismo, a su vez, puede apoyarse en otras concepciones tales como

[...] las del Utilitarismo del acto, que afirman que las decisiones políticas deben propender por incrementar el bienestar de un grupo social determinado; o una concepción no bienestarista, que procura las mejores consecuencias para el grupo social, basada en la eficiencia económica, o en maximización de la riqueza, para justificar así, en virtud de cualquiera de estas versiones más específicas del consecuencialismo, una versión más precisa del pragmatismo (Dworkin, 2007, p. 31).

Así las cosas, el juez que se apoya en el pragmatismo jurídico debe tener en cuenta aquellas restricciones instrumentales que, el legislativo o los jueces en precedentes judiciales, hayan dispuesto previamente. En este caso, el juez debe,

en general, tanto obedecer a las disposiciones del legislador, como honrar las decisiones judiciales previas, debido a

[...] la capacidad tanto del legislador, como del juez para prever futuros comportamientos [pues] es necesaria para que las decisiones judiciales sean eficientes. En caso que, tanto las leyes como los precedentes fuesen ignorados en las decisiones judiciales tomadas por una determinada autoridad judicial, la capacidad de prever comportamientos futuros se vería seriamente afectada (Dworkin, 2007, p. 32).

Dworkin plantea, de esta manera, que el juez puede llegar a fallar hacia el futuro como exigen los pragmatistas, haciendo un análisis exhaustivo del caso a la luz de los cuatro estadios de la teoría política: primero, semánticamente podría argumentar que el concepto doctrinal del derecho vulnerado es de carácter interpretativo; segundo, iusfilosóficamente podría sostener que la mejor explicación del derecho vulnerado se evidencia a la luz de la integridad del sistema jurídico; tercero, doctrinariamente tendría en cuenta la mejor interpretación de la práctica judicial contemporánea, la cual, a la luz de la aplicación judicial, estaría relacionada con hacer depender el valor de verdad de una proposición jurídica, únicamente de valores consecuencialistas, que se proyectan hacia el futuro. En contraposición a estas afirmaciones, la escuela del Realismo Jurídico afirma que una proposición jurídica no es susceptible de ser calificada de verdadera o falsa, sino solo de acuerdo a la expresión subjetiva, esto es, de acuerdo a la carga emotiva que efectúe la autoridad que emite la sentencia judicial (el Juez), argumentando así que buscar tanto la verdad como la falsedad de una proposición jurídica es un absurdo, haciendo de ese concepto doctrinal del Derecho una noción errónea. Esto es refutado vehementemente por Dworkin, quien expone que dicho concepto está “basado en un “equivoco” filosófico en el que presuntamente incurren filósofos políticos como Richard Rorty y Stanley Fish, que no conducen a nada más que a auto-refutar sus propias tesis” (Dworkin, 2007, p. 33).

Los valores que justifican la práctica judicial, en la medida en que estos sean variados y complejos, conforman un conjunto integrado, junto a los principios y derechos que deben ser encausados en niveles, tanto doctrinales, como de aplicación judicial del Derecho. Teniendo cuidado con no pecar, a lo sumo, de un radicalismo popular que “podría viciar la corrección de las decisiones imparciales de una corte a la hora de garantizar un determinado derecho” (Gargarella, 2012, p. 104).

Sin embargo, es importante aclarar que los valores políticos fundamentales, es decir, los valores de libertad e igualdad, no conviven de forma pacífica en el interior del sistema, sino que, por el contrario, estos presentan conflictos en virtud de sus relaciones. Estos radican en que no hay un modelo de decisión que permita determinar entre normas, principios o valores, cuál de estos es más fundamental, reduciéndose esa elección al ámbito subjetivo del operador, es decir, del Juez. Al final, toda elección de alternativas en caso de conflictos entre valores fundamentales, principios o derechos, es decidida por arbitrio del Juez, es decir, que la decisión política que soluciona el caso concreto depende de la elección subjetiva del operador, en la medida en que

[...] esta subjetividad, se aclara, no es por mera discrecionalidad, sino que radica en un juicio de carácter moral empleado por el juez, para elegir, en virtud de los límites normativos, la respuesta que le parece más justa, en su propia opinión (Dworkin, 2007, p. 36).

Según Robert Alexy (2013), la justificación de los Derechos Fundamentales se da en el marco de “la operatividad de la pretensión de corrección”, en donde se determinan los distintos tipos de discusión que pueden darse en el ejercicio propio del Derecho, ya sea desde la dogmática jurídica o desde la labor nomotética del legislador. La primera implica la concepción del Derecho como producto de una discusión científico - jurídica encaminada a la solución de casos sometidos a estudio por parte del ordenamiento jurídico. La segunda, de creación normativa, implica las discusiones académicas, las funciones de los abogados, etcétera. En medio de estos niveles de discusión respecto al Derecho, se puede evidenciar un punto de semejanza entre ellos, que consiste en su vinculación al sistema jurídico, lo cual, en palabras del autor, se denomina argumentación jurídica.

Luego de esta delimitación del problema, Alexy plantea que la diferencia entre la argumentación jurídica y la argumentación en general es que la primera implica un elemento denominado “vinculatoriedad”. A esta se le define como la relación existente entre el razonamiento respecto a algo y el Derecho vigente en un lugar determinado, lo cual implica una limitación frente al tipo de argumentos usados, dado que la ciencia jurídica está enmarcada en procedimientos que varían dependiendo del sujeto procesal (juez, acusado, defensa...) que vaya a realizar la

demostración. También contiene límites temporales en el marco de las acciones permitidas al interior del proceso.

Todos estos factores hacen que dentro del discurso práctico general, el jurídico sea un caso especial, puesto que, primero, los asuntos propios de las discusiones jurídicas hacen referencia a cuestiones que hay que hacer o no hacer, es decir, en palabras de Alexy, serían cuestiones prácticas. Segundo, la discusión jurídica implica una pretensión de corrección. Tercero, porque se encuentra limitado por las condiciones inherentes al proceso judicial (espaciales, temporales, etcétera).

Sin embargo, frente a los factores anteriores se pueden presentar ciertas objeciones, que también son refutadas por Alexy. Por un lado, existe el reparo de que en materias jurídicas la discusión no versa sobre cuestiones prácticas. Frente a esto, el autor plantea que la argumentación jurídica no solo tiene un papel en la praxis legal, sino también en la construcción y desarrollo de una ciencia jurídica, dado que abarca tanto la comprobación de hechos, como la Sociología Jurídica, la teoría del Derecho y otros métodos de estudio que le dan a éste el carácter de ciencia, encaminada a la solución de casos prácticos sometidos a estudio.

Por otro lado, existe la objeción de que no se suscita “ninguna pretensión de corrección”. Ante esto es importante entender que lo que busca la argumentación jurídica no es que el enunciado que se realice sea racional *per se*, sino que su racionalidad sea producto del contexto propio de un ordenamiento jurídico vigente que sirva para fundamentarlo. Así, Alexy plantea que, debido a que las decisiones de los jueces deben contener una justificación del porqué son tomadas, sí es posible, en medio de la praxis jurídica, una pretensión de corrección en el marco de los enunciados jurídicos y de los enunciados normativos generales, los cuales están fundamentados a través del Derecho Positivo.

A partir de esto, se plantean dos posiciones problemáticas. La primera tiene que ver con si es posible que la pretensión de “corrección” sea necesaria en el marco de las decisiones judiciales. Es decir, ¿puede el concepto de pretensión de corrección estar incluido en la decisión judicial? Según el autor, no. Puede existir decisión judicial ajena a una pretensión de corrección sin que esto afecte su carácter de decisión jurídica válida, pero sin su condición de cumplimiento y aceptación moral, por ejemplo.

La segunda posición cuestiona si es posible tomarse en serio la pretensión de corrección planteada en una decisión jurídica y en qué medida influye en la aceptación de fallos judiciales. Para Alexy, esta es constitutiva de la praxis jurídica, al menos en su fundamento y decisión, atendiendo a la órbita de dichas discusiones.

De esta forma, hay pretensión de corrección, pero los límites presentes en la discusión jurídica no permiten que esta llegue a considerarse discurso. Para Alexy, las proposiciones normativas no pueden ser debates dilatados, sino que, bajo unos claros márgenes, sean planteados como un conjunto de argumentos racionales. Sin embargo, esas limitaciones pueden llegar a implicar los intereses de los intervinientes en el proceso judicial, determinando “las elecciones de los actores, quienes acuerdan, mediante un proceso de interpretación, la extensión teórica del campo de acción de las garantías constitucionales” (Vermeule, 2009, p. 7).

Por ello, la decisión jurídica no es más justa, sino más ventajosa, razón por la cual Habermas la considera una acción estratégica. Así, los argumentos jurídicos difieren del espacio en el cual se presentan, ya sea un proceso judicial, o un acto de liberalidad de los individuos. Esto determina, partiendo del tipo de proceso, el uso del discurso para ese caso, aun si el primero necesita imperativamente al segundo, lo cual es posible porque el discurso permite que las partes del proceso argumenten racionalmente.

Así, se busca que todo argumento presentado en un proceso, bajo sus propias condiciones, tenga la facultad de lograr consenso entre un grupo de seres racionales, lo cual posibilitaría y fundamentaría el uso de la argumentación. En este caso, es tal su importancia, que “los sistemas que no planteen corrección no pueden ser considerados sistemas jurídicos” (Alexy, 2013, p. 40). La fundamentación de la pretensión de corrección en los discursos jurídicos obedece a identificar las proposiciones normativas planteadas en el marco de un ordenamiento jurídico vigente.

## Conclusiones

El carácter interpretativo de los Derechos Innominados, aunque es problemático, surge de su vocación como garantías propias, en virtud de las cuales, se entiende el desarrollo de una teoría del Derecho como una composición global del

problema del constitucionalismo, a la luz de lo dispuesto en la forma como se presentan dichos principios, tanto en el orden social como en el orden jurídico.

Siendo así, la distinción entre las reglas y principios no es más que una distinción de corte instrumental, en virtud de la cual, se determina la implicación de ciertos derechos a circunstancias en las cuales inicialmente, dentro de la praxis jurídica, no estaban abocadas. Este análisis lo hace un Juez, quien tiene una función dual: determinar la aplicación de los derechos a implicar, o determinar nuevos derechos al conjunto existente de los mismos.

Finalmente, los principios y Derechos Innominados se constituyen a sí mismos como criterios que amplían el espectro normativo del sistema jurídico, en donde, a partir de su aparición, se plantea una nueva forma de comprender el Derecho, así como también se hacen evidentes los límites y vacíos del positivismo y se dinamiza el sistema jurídico.

## CONSTITUCIONALISMO Y MUNDOS POSIBLES. UNA REVISIÓN AXIOMÁTICA DE LOS PRECOMPROMISOS CONSTITUCIONALES<sup>2</sup>

Óscar Alexis Agudelo Giraldo

Manuel Asdrúbal Prieto Salas

En 1998, José Juan Moreso publicó un famoso artículo titulado *Mundos constitucionalmente posibles*. En él sugiere la posibilidad de analizar la dinámica de los sistemas constitucionales, basado en una lógica de los mundos posibles y su correlativa tesis de accesibilidad constitucional. En el presente texto, partiendo de las aportaciones de Moreso y, ampliando el espectro de aplicación de la lógica de los mundos posibles, se procederá a hacer un análisis del espacio de posibilidad de las normas constitucionales, haciendo a su vez empleo del método axiomático, con el que se llegará a concluir que los denominados precompromisos constitucionales se erigen como los axiomas del sistema jurídico originario.

Desde luego, ello supondrá dos posiciones. La primera, en la que el constitucionalismo que hace empleo de los precompromisos puede llegar a implicar un autopaternalismo jurídico. Y la segunda, en la que las posiciones democráticas limitan el campo de aplicación de los precompromisos, al ser estos empleados a

.....  
2 El presente capítulo constituye un avance de investigación en el marco del proyecto titulado *Metodología del positivismo jurídico. Metateoría y constitucionalismo moderno*, desarrollado por el Grupo de Estudios Legales y Sociales "Phronesis", de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

manera de originalismos. Para ello, y basada en el principio lógico del contexto, se enmarca la tesis de la sucesión de sistemas jurídicos constitucionales en la teoría de la mutación constitucional y el activismo judicial.

Siendo así, algunas de las incógnitas a desarrollar tendrán que ver con preguntas como ¿el sistema constitucional originario del orden jurídico, constituye una serie de axiomas? ¿Son contrarias las tesis del precompromiso constitucional y del derecho viviente? ¿Puede ser la lógica de los mundos constitucionalmente posibles un mecanismo de investigación jurídica proyectiva? Para desarrollar lo contenido en las páginas a continuación, se hará empleo del método dialéctico y del método pragmático, ya que se pretende evidenciar vacíos sobre las teorías existentes con anterioridad.

### El espacio de posibilidad

La construcción de una teoría plausible de los mundos posibles, debe desarrollarse desde el “espacio de la posibilidad”, concepto que surge de las repuestas alternativas a ciertas preguntas del mundo (Rayo, 2013). Los cuestionamientos que se formulan sobre los elementos de la realidad, normalmente, no suministran una única respuesta, todo lo contrario, generan un ramillete de opciones que, por medio de la corroboración empírica o por adecuación al sistema de creencias del intérprete, serán reducidas a una sola (Robert, 1979). La elección, por parte del sujeto, de una respuesta  $RI$ , será extraída del conjunto de resultados  $\Omega$ , el cual, a su vez, está ligado a las funciones probabilísticas del conjunto de eventos  $F$ . Estas funciones se adjudican a cada elemento de  $F$  con las constantes numéricas  $\{1,0\}$ , donde 1 representa la presencia, y 0 la ausencia del evento (Rick, 2010). El espacio de posibilidad refiere a la cantidad de hechos existentes, es decir, podría afirmarse que este es equivalente al conjunto de los eventos  $F$ , y cada uno de ellos es un mundo posible, como los granos de arena que componen una duna en el desierto.

Las soluciones a las cuestiones del mundo desde esta perspectiva, parten de la importancia de que  $F$  sea un conjunto con un tema específico que le identifique como espacio de posibilidades. La construcción de este último concepto es problemática porque existen enunciados que aparentemente no admiten convencionalidad en su formulación, por ser descripciones del mundo sensorial,



como las leyes físicas y químicas; ellas son aseveraciones de fenómenos que el hombre cree haber descubierto de la naturaleza, son verdaderas o falsas, y en caso de discrepancia entre la ley y el fenómeno natural se deber reformular la ley que los describe (Von Wright, 1979). Sin embargo, esto no implica que este tipo de enunciados posean un espacio de posibilidad objetivo “correcto”, ya que, aunque sean derivadas de descripciones de la realidad, requieren de la aceptación de los demás sujetos que manejen los mismos enunciados de identidad (Rayo, 2013).

Esta última postura va en contravía de la tesis de las relaciones necesarias y objetivas de los elementos del mundo. Desde la Historia se ha profundizado en este tipo de investigación de los mundos contenidos en un espacio de posibilidad. Este método requiere del enlazamiento de hechos históricos relevantes por medio de la argumentación, ejercicio del cual se desprenden razonamientos que no son verdades empíricamente comprobables, sino simplemente plausibles, y dicha plausibilidad hace que el argumento sea superior a los demás que tratan de explicar la misma teoría histórica (Fogel, 1994). Bajo esta concepción, la de los mundos posibles, se puede formular una teoría sobre el porqué los españoles tuvieron éxito en la conquista de América. De hecho, este suceso es adecuado para explicar los cambios en las descripciones de la investigación histórica, porque con cada nuevo hallazgo cambia radicalmente la forma de la historia.

La construcción de enunciados de identidad, de los que se desprende el espacio con sus mundos posibles, al igual que las teorías del añadido humeano y la vinculación de necesidad de Leibniz, son intenciones de determinar las regulaciones de los fenómenos naturales y de las acciones de los hombres en sociedad (Adorno & Horkheimer, 2008). El añadido humeano, sostiene que lo existente en el mundo es un vasto mosaico de asuntos locales sobre hechos particulares, donde el intérprete ordena exclusivamente los eventos que acaecen en el mundo real. Es claro que esta concepción no tiene en cuenta las posibles relaciones de incidencia de conceptos ideales en el mundo sensual (Hawthorn, 1995). Leibniz por su parte, argumenta que el mundo está compuesto por individuos que se relacionan unos con otros, y que las relaciones establecidas entre los mismos son las que le dan forma a dicho universo, tan es así, que el hecho de cambiar alguna de ellas cambiaría la forma del mismo (Hawthorn, 1995).

A pesar de las posturas que se establecen en contra de la posibilidad como una teoría descriptora plausible del mundo, el espacio lógico que contiene estos universos posibles también incluye las cuestiones descriptoras del mismo. Es decir, abarca todo, excepto lo imposible, puesto que no existe y no es probable que exista (Lewis, 1986). Todas las particularidades de lógica modal alética, como la contingencia, la necesidad y la posibilidad, están contenidas en dicho lugar. Como el espacio lógico lo implica todo, la teoría se vuelve compleja, porque este concepto determinaría todas las relaciones conceptuales del mundo. Esta omnipotencia es desvirtuada por Rayo, cuando argumenta que no existen espacios “objetivos”, además, al hacerlos dependientes de los enunciados de identidad, se abre la brecha a múltiples lugares para estos últimos, y ya no se trataría de un súper espacio inaplicable (Rayo, 2013).

### **Enunciado como criterio de identidad del espacio de probabilidad**

Es claro que el desarrollo de esta teoría depende del enunciado como parte del lenguaje. La importancia de este elemento fue destacada desde hace mucho tiempo por Jeremy Bentham, quien sostenía que el lenguaje está plagado de palabras que están desprovistas de significación propia, específicamente el lenguaje jurídico. Bentham argumentó que es necesario el uso del método llamado paráfrasis o definición contextual, para que dichos signos vacíos designen algo; en esta medida, la unidad mínima de significación no es la palabra, sino la oración (Moreso, 1986).

Posteriormente, la aparición de la lógica simbólica es determinante para zanjar una diferenciación clave entre el enunciado y su respectiva proposición, en donde esta constituye, precisamente, el significado del enunciado (Echave, Urquijo, & Guibourg, 2008). Dicha distinción es clave para entender los problemas de ambigüedad semántica de algunas oraciones, las cuales conllevan tantos significados que se vuelven incompresibles. La solución a este problema es suministrada por Frege y su famoso principio de contexto, por medio del cual se postula que, al situar el enunciado, se cierra el margen de proposiciones que expresa (Cryan & Shatil, 2005).

El lenguaje debe ser visto desde la postura compositivista, por medio de la cual, se pueden establecer las condiciones de verdad de todos sus enunciados

a través del estudio de su sintaxis y de su forma lógica. Este ejercicio tiene la finalidad de establecer qué enunciados pueden corresponder lógicamente con los elementos del conjunto que contiene las oraciones de “solo es”, correspondientes a los mundos posibles ideales. Bajo ese entendido, la descripción del mundo, esa labor de dar forma, permite la correlación de la ciencia con la teoría del espacio de posibilidad, así las descripciones pueden justificar los formalismos. Estos pueden ser entendidos como el método que permite la materialización de entidades abstractas en símbolos perceptibles por los sentidos, que posteriormente serán manipulados por medio de reglas sintácticas propias de cada metalenguaje, para producir nuevas teorías y delimitar el alcance de las mismas (Ladriere, 1969).

La postura del lenguaje composicionista posee un problema radical referente a la función veritativa de los enunciados que lo componen. Esto se debe a que no todas las oraciones en el lenguaje ordinario pueden verse desde la perspectiva de la verdad, existen enunciados que por el modo de lenguaje en que se formulan escapan a este tipo de valoración. Por ejemplo, los expresados en un lenguaje imperativo, o en un lenguaje prescriptivo. A este tipo de proposiciones se les denomina anapofánticas, y fueron el insumo del famoso dilema de Jørgensen. Curiosamente, en este dilema también se ataca con rigurosidad la aplicabilidad de la lógica a todo tipo de enunciado, porque según Jørgensen, no es posible concluir prescripciones, si las premisas son descripciones (Alarcón, 1999).

### **El espacio de posibilidad, mundos posibles y normas**

A pesar de tener estas problemáticas, la teoría del espacio donde están contenidos los mundos posibles, podría ser aplicable a todo tipo de enunciado, ya sea apofántico o anapofántico. El caso del lenguaje del Derecho, cuyos enunciados escapan a la valoración veritativa, puede ser descrito desde la posibilidad. Sin embargo, dicha labor requiere de elucidar la distinción entre principios y reglas, toda vez que la operatividad de los mundos posibles, para cada una de estas normas, va a tener una variación, sobre todo en la cantidad de mundos posibles.

Las normas jurídicas —ya sean principios o reglas— vistas como enunciados del lenguaje del Derecho, cumplen con mayor satisfacción el criterio de identidad, su construcción es estrictamente convencional y de “obligatoria” aceptación, elemento que está ausente en otro tipo de enunciados. En el caso de las normas

que son promulgadas por el órgano secundario o parlamentario, se entiende que los miembros de este son elegidos democráticamente, razón por la cual, el sujeto normativo acuerda, por medio del voto, que obedecerá las normas emitidas por su representante. Pero más interesante es la construcción de los llamados principios de justicia, que requieren de un acuerdo intersubjetivo de los miembros de una sociedad, que diseñan un sistema de cooperación social, para que este último pueda hacer efectivo los acuerdos sobre dichos principios. De hecho, la única función del Estado, bajo esta perspectiva, es cumplir y satisfacer los principios de justicia (Rawls, 1993).

El ejercicio descrito por Rawls se refleja en la realidad cuando las sociedades, procurando la protección de intereses comunes, elevan dichos enunciados a la categoría de Derechos Fundamentales, calificación que no conlleva a que lo sean realmente. Este tipo de derechos, además, debe satisfacer el criterio de adjudicación universal, el cual alude a que todos los miembros de un sistema de cooperación social específico deben gozar del mismo derecho, de otro modo, sería un beneficio excluyente de algunos de sus partes (Ferrajoli, 2001). También, es necesario diferenciar que el condicionamiento vencible, para la adjudicación del mismo, no es una causante de exclusividad. La formulación de muchos de estos Derechos Fundamentales, acordados intersubjetivamente por los miembros de alguna sociedad, corresponden a la estructura de principio y otros a la estructura de regla. La diferenciación entre uno y otro es meramente contingente, y dependen en gran medida del modo en que aplican para cada caso (Ávila, 2011).

Al igual que en los enunciados descriptivos, el espacio de posibilidad de las normas nace obligatoriamente con una pregunta de cómo debería ser o funcionar el mundo ficticio del derecho. Cuando se trata de reglas, la cantidad de mundos posibles y sus respectivas funciones  $\{F, P\}$  estarán determinadas por el universo de casos, ya que esta teoría de sistemas relaciona los eventos con su ausencia 0 y su presencia 1. El elemento  $\Omega$  será las soluciones maximales a cada caso (Alchourrón & Bulygin, 2013). En las reglas, la cantidad de elementos que conforman el universo de los casos es determinable. Por otra parte, la sintaxis del principio, impide la determinación finita del universo de los casos para los cuales es aplicable.

La relación entre los mundos posibles, contenidos en el espacio de probabilidad de un principio, puede estar en contradicción lógica. Esta última afirmación

no debe confundirse con la colisión constante que se presenta entre distintos derechos a nivel ideal y que también genera estados de contradicción en la percepción contrafáctica del Derecho (Lopera, 2004). Esta característica, rompe con los esquemas tradicionales de las acciones y actividades objetivamente válidas en Derecho, típicas del positivismo metodológico kelseniano, cuyo margen de aplicación se circunscribe con exclusividad a las reglas. La objetividad del acto del mundo sensual, en el mundo del Derecho, se especifica en el contenido de la norma (Kelsen, 1982).

En el campo de los casos concretos, que activan el mundo contrafáctico del Derecho y cuyas soluciones solo pueden suministrarse por principios, se desvirtúa la concepción tradicional de que su cumplimiento es gradual. Esta afirmación nace de las críticas desarrolladas por Aarnio y Sieckmann, ya que, según ellos, cuando la norma ideal entra en relación con el mundo empírico, surge la obligación de optimizar el estado de cosas pretendido por el principio. Esto conlleva a que, en el caso concreto, se deba optimizar, o no, el principio como mandato (Alexy, 1993).

Sin embargo, los principios de índole constitucional, al ser construidos convencionalmente por los miembros de la sociedad —así presenten contradicciones ideales—, no pueden ser cambiados, ya que estos, por la constitucionalización del Derecho, funcionan como los axiomas del sistema del lenguaje del mismo y también son conocidos como precompromisos constitucionales.

### **Los precompromisos constitucionales**

Atendiendo a una noción formal de los sistemas jurídicos, es posible presentar la relación de sus elementos, por ejemplo las categorías normativas, como “conjuntos estructurados por la relación de deducibilidad” (Moreso, 1998, p. 139). Esta relación corresponde a los procesos de axiomatización de los sistemas jurídicos que atienden al modelo de construcción, típico de los lenguajes artificiales. Una cadena de afirmaciones elaborada equivale a un enunciado, en el que algunas de sus aserciones son consideradas como válidas de antaño, lo que correspondería a un axioma (Martinez, 2010). A su vez, dicho proceso del lenguaje jurídico trae, entre otras, ventajas como la univocidad semántica de los términos teóricos y una coherencia interna del discurso teórico (Ferrajoli, 2010).

En materia de Derecho constitucional, la relación entre orden y sistemas jurídicos vendrá marcada por la noción de sistema originario, dentro del cual se postulan una serie de axiomas constitucionales, a partir de los cuales, es posible generar nuevas categorías jurídicas y reformas al Derecho constitucional sucedáneo. Lo anterior implica considerar que dichos axiomas forman la base rígida del orden constitucional y que solo a partir de ellos es posible imaginar y generar nuevas realidades constitucionales presentes y expectantes (López, 2009).

Para ello se emplea la figura de los precompromisos, como axiomas del sistema originario, útiles para proyectar mundos constitucionalmente posibles, que a su vez vendrán limitados por los derechos primarios del sistema originario. Por supuesto, esta es una tesis que deambula en los postulados que son objeto de debate entre las posiciones constitucionalista y demócrata.

Entrando en materia, de la mano de la existencia de sistemas jurídicos, aparece como recíproca su representación dinámica. De acuerdo a esta, la realidad social, en variadas ocasiones, supera al texto constitucional posibilitando su mutación. Luego de la relación del Derecho constitucional con el contexto social, es posible delimitar los ámbitos de identidad y existencia de los sistemas jurídicos. Para Moreso, desde la dinámica de estos, persiste un criterio de identidad y sucesión de sistemas, que viene dado en el “criterio genético o de legalidad”, el cual resume así:

Una norma N pertenece al sistema jurídico SJ si hay otra norma N, perteneciente a SJ, que autoriza a un determinado órgano O la promulgación de N y O promulga N; y también, una norma N deja de pertenecer a un sistema jurídico SJ si hay otra norma N, perteneciente a SJ, que autoriza a un determinado órgano O la derogación de N y O deroga N. (Moreso, 1998, p. 139).

Respecto a esta definición caben tres anotaciones. Primero, que el “criterio genético” se supedita a la existencia de normas de competencia de la autoridad legislativa, por lo que implica una tesis clásica de la sucesión de sistemas jurídicos por vía de derogación o promulgación de normas. Sin embargo y, como segunda anotación, partiendo de fenómenos como el de creación judicial del Derecho, se posicionan, en la actualidad, las tesis del cambio jurisprudencial, útiles para entender los fenómenos de mutación constitucional. Esta implica

[...] un proceso informal que cuida de la alteración de la Constitución. En la mutación, la norma constitucional se modifica a pesar de la permanencia de su texto, lo que presupone la no identificación entre la norma y el texto. El texto es compuesto por palabras cuyos significados no son únicos y aun son cambiantes con el pasar del tiempo. Lo que importa saber entonces, es cómo las normas constitucionales pueden ser modificadas informalmente, en razón de las mudanzas habidas en la sociedad (Pedra, 2012, p. 370).

Tercero, es importante anotar que de ahí se deba reconfigurar el criterio genético, desde los puntos de vista de la creación judicial de derechos y principios y el reconocimiento de derechos por vía jurisprudencial que, desde luego, reportan dinámica para los sistemas jurídicos.

Para demostrar lo contenido en las posiciones expuestas tanto en la segunda como en la tercera anotación, obra la figura de la aplicabilidad de las normas jurídicas, donde el juez realiza un control sobre la pertinencia de una norma al sistema jurídico y, una vez surtido el examen, al considerar una norma jurídica inválida, podrá ser sometida a una futura revisión constitucional. De ahí que

[...] bajo la determinación de criterios de aplicabilidad de las normas jurídicas, en la determinación de su pertenencia al sistema jurídico se evidencia un examen en sede judicial de la validez de la norma jurídica; posición que plantea la posibilidad de una regla según la cual las normas jurídicas que hacen parte de un sistema, son válidas y, por lo tanto, aplicables (Agudelo, 2014, p. 90).

De acuerdo a la versión primaria del criterio genético, la dinámica de los sistemas jurídicos está vinculada a las reglas de competencia dadas para promulgar o derogar normas. Dichas actividades, propias de la órbita de la autoridad del Derecho, y ceñidas a la función legislativa, suponen un cambio de un sistema jurídico a otro (SJ1... SJ2...n) (Moreso, 1998). El criterio de mutación viene dado, a juicio de Moreso, en la alteración del contenido, obteniendo conjuntos normativos diferentes.

Para Moreso (1998), comprender la mutación de los sistemas jurídicos implica la relación género-especie que presenta el ordenamiento con dichos sistemas. Para distinguirlos hay que entender que

[...] los sistemas jurídicos son sistemas normativos momentáneos, y cada vez que una norma es promulgada o derogada por una autoridad competente se obtiene un sistema

diferente. Los órdenes jurídicos son una secuencia de sistemas jurídicos. La identificación de un orden jurídico OJ requiere conceptualmente identificar el primer sistema de la secuencia y otros sistemas SJ1, SJ2, SJ3...SJn pertenecen a OJ sí y solo si satisfacen ciertos criterios de membresía, por ejemplo, la legalidad de las acciones normativas (Moreso, 1998, p. 140).

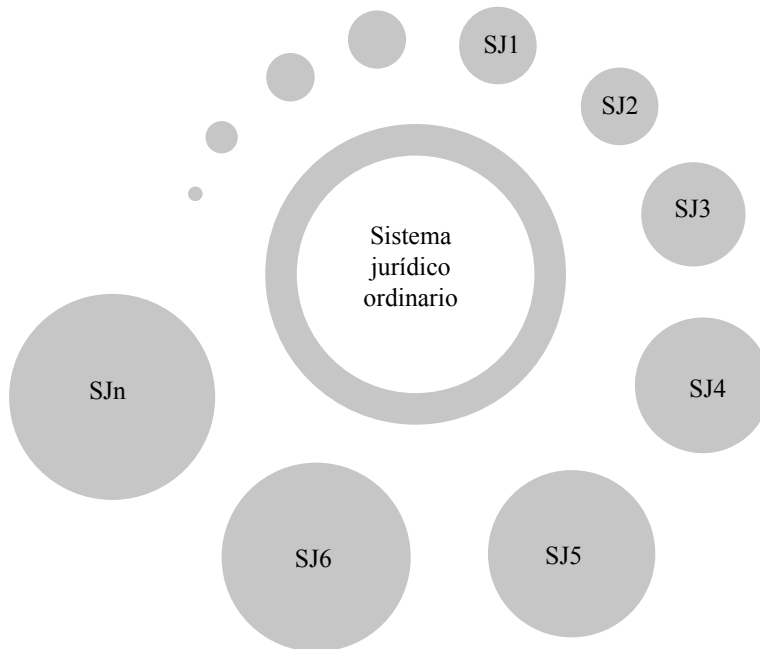


Figura 1. Orden jurídico y sistemas momentáneos.

Fuente: elaborado por autores.

### La propuesta de Moreso: los mundos constitucionalmente posibles

En relación a la lógica de los mundos posibles, los escenarios o realidades constitucionales expectantes constituyen una derivación del contenido de las normas presentes en el sistema jurídico originario. Es decir, “el sistema originario de un orden jurídico determina el conjunto de secuencias de sistemas jurídicos posibles constitucionalmente adecuado” (Moreso, 1998, p. 144). Esta definición permite entender la primacía constitucional, como la prohibición de crear normas que contraríen al sistema jurídico original.



Dicha contradicción, a juicio de Moreso, se evidencia en dos posiciones. Así como no pueden ser creadas normas jurídicas contrarias al sistema jurídico originario, tampoco pueden ser válidas aquellas normas contrarias a las normas de la Constitución que han sido reformadas en virtud de sistemas sucesivos.

Los mundos posibles que dan lugar a sistemas sucesivos, vienen determinados por el contenido de las normas de los sistemas jurídicos precedentes. De ahí que “las normas constitucionales constituyen lo que Kelsen denominó un marco en el que pueden darse varias posibilidades [...] La constitución no determina una secuencia lineal de sistemas jurídicos [...] sino una secuencia en forma de árbol” (Moreso, 1998, p. 146). A su vez, trabajar sobre una lógica de los mundos constitucionalmente posibles implica partir de los mundos jurídicos reales, de tal forma que pueda construirse accesibilidad entre los mundos posibles (Moreso, 1998).

### **Los precompromisos constitucionales como axiomas jurídicos**

En defensa de la fórmula del precompromiso, Moreso plantea la necesidad del concepto de primacía de la Constitución, a partir de la construcción del modelo de delimitación del ordenamiento jurídico como sucesión de sistemas normativos, cuyo sistema primario u original debe estar compuesto de normas constitucionales. Esto entra en contradicción con la idea de democracia representativa, pues ésta es un mecanismo de decisión basado en el voto, mientras que la idea de primacía constitucional “restringe el conjunto de decisiones que pueden tomarse por la mayoría” (Moreso, 1997, p. 165).

Los elementos normativos del sistema primario, que operan a su vez como precompromisos, son los Derechos Básicos, los cuales “constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, que delimitan el parámetro de lo que las mayorías no deben decidir” (Bayon, 2000, p. 65). Frente a la tensión entre democracia representativa y primacía constitucional, Moreso encuentra en Jon Elster un elemento conceptual de solución, basándose en dos de sus ideas, tanto en la paradoja de la democracia, como en el mito de Ulises y las sirenas.

Respecto al mito de Ulises, lo usará como explicación de una tesis de la racionalidad imperfecta, a favor de un precompromiso necesario; recuérdese que Ulises se ata a un mástil para no ceder ante la debilidad y comportarse de manera racional. Por ello

[...] Ulises no era completamente racional, pues un ser racional no habría tenido que apelar a este recurso; tampoco era sencillamente, el pasivo e irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Su situación —ser débil y saberlo— señala la necesidad de una teoría de la racionalidad imperfecta que casi ha sido olvidada por filósofos y científicos sociales (Moreso, 1997, p. 166).

El uso analógico del mito de Ulises y las sirenas es la base literaria propia para justificar un precompromiso constitucional, es decir, autoimponerse ataduras en contra de la voluntariedad que cede a caprichos ajenos, algunas veces, al estándar de racionalidad. De esta manera el precompromiso equivale a “excluir determinadas situaciones del futuro, para preservar una decisión del pasado que se valora positivamente” (Moreso, 1997, p. 166).

Sin embargo, Holmes encuentra que, a juicio de Elster, en el precompromiso opera una desemejanza radical entre la acción política de creación de la Constitución, a través de una asamblea nacional constituyente, y la acción política de las próximas generaciones, que quedan limitadas “a la aplicación cotidiana de las reglas básicas” (Elster, 1999, p. 245). De esta manera, el precompromiso actúa como un impedimento a las próximas generaciones, que quieran refutar o limitar otros derechos, pues, los precompromisos constitucionales son democráticos y mayoritarios, en tanto las restricciones de los predecesores van dirigidas a sus sucesores, para que así estos no limiten derechos de generaciones futuras.

Como antítesis a la posición constitucionalista de los precompromisos, hay tesis democráticas, como la de Wilfrid Waluchow, que postulan una construcción, por vía jurisprudencial, de los Derechos Básicos para los sistemas actuales, que no afectan necesariamente la identidad del sistema jurídico. Para Waluchow

[...] i) Una Constitución es un instrumento cuyas disposiciones morales abstractas pueden crecer y adaptarse al cambio, sin perder su identidad y función de guía, ii) Las disposiciones abstractas de una Constitución deben tener permitido crecer y adaptarse a su medio, iii) Este proceso puede tener lugar a través de una genuina interpretación constitucional, no a través de la construcción o de una reforma, iv) La autoridad para delimitar las disposiciones morales abstractas es legítima (Fabra, 2015, p. 257).

Es de esta manera como el precompromiso adopta una posición limitativa. Su función limita y delimita el poder y a su vez, al atar a las generaciones futuras,

cumple con la función de formar nación, regulando, de igual forma, la manera en la que se deben emplear las funciones delegadas<sup>3</sup>. Siendo así, si el constitucionalismo se erige por el principio de separación de poderes, da a entender que el fenómeno de creación judicial del Derecho, que se presenta como punto de tensión actual entre constitucionalismo y democracia —en lo atinente a limitación de Derechos Fundamentales—, no es constitucionalista, pero posiblemente sea democrático —no mayoritariamente—, pero sí procedimentalmente.

Con el paradigma de la democracia constitucional, es decir, un gobierno democrático con limitaciones predeterminadas constitucionalmente, las decisiones del presente, serán tomadas a partir de pre-decisiones. En este punto desaparece el concepto rutinario de democracia como gobierno del pueblo, que es modificado por Holmes como “el gobierno del pueblo por ciertos canales establecidos” (Elster, 1999, p. 250), o en palabras de Garzón Valdés como “la vigencia del principio de la mayoría dentro de un marco de homogeneidad social que permita alentar la esperanza de la autodeterminación individual” (Garzón, 1989, p. 209). Posiciones anteriores al paradigma de la democracia constitucional, como la de Schmitt, muestran que las limitaciones impuestas en el precompromiso son negativas del gobierno democrático, pero que justifican la necesidad de un marco legal predeterminado y coherente, de tal forma que la Constitución figura como un “instrumento de autogobierno”.

### Precompromiso, paternalismo y rigidez constitucional

Si una de las bases del constitucionalismo ha de ser la rigidez, ello implica que este establezca la defensa del Estado constitucional de Derecho. Macario Alemany destaca como una de las características principales del Estado constitucional, la de tener un ordenamiento rígido con control jurisdiccional de constitucionalidad (Alemany, 2010, p. 67). Ahora, para que miembros de una misma comunidad compartan objetivos, se requiere que cada uno de ellos cumpla como parte de un mismo mecanismo, que no ha de ser otro que el de las disposiciones

.....  
3 Recuérdese al respecto que solo puede constituir autoridad legítima la que ha sido conferida por una ley preexistente, de tal manera que el derecho pueda ser concebido como una estructura de autoridad. Véase también en: Raz, J. Sobre la autoridad e Interpretación de las Constituciones: Algunas ideas preliminares. *Revista Problema. Anuario de Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. Traducción de Vanesa Díaz Rodríguez y Juan Vega Gómez

legales, las cuales atan a los miembros de la comunidad. Es de esta manera como una Constitución democrática autoimpuesta equivale a un autopaternalismo que forma un instrumento de “autogobierno colectivo” (Elster, 1999).

Dicho autopaternalismo, como técnica de autoadministración colectiva, opera como un limitante a la voluntariedad. De la mano de este, uno mismo se priva de ciertas opciones, quedando excluida la alternativa de tener “la voluntad de ceder la voluntad”. Es de esta manera como se erige la norma fundamental del constitucionalismo que pregona que “no se puede acceder voluntariamente a ceder voluntariamente el derecho de acceder” (Elster, 1999, p. 259). Por ello, para conservar la voluntad se debe restringir la voluntariedad. La consecuencia de no limitarla – de no atarse – a través de un precompromiso, puede derivar en una “autodestrucción colectiva”, de tal manera que “los muertos no deben gobernar a los vivos, pero sí pueden facilitar el que los vivos se gobiernen a sí mismos” (Elster, 1999, p. 262).

Siendo así, la paradoja de la democracia se torna en un paternalismo, que estratégicamente se oculta con la denominación del precompromiso. A favor del argumento paternalista Alexis de Toqueville decía que

[...] es imposible, hágase lo que se haga, elevar la cultura del pueblo por encima de cierto nivel. Por más que se facilite el acceso a conocimientos humanos, se mejore el nivel de enseñanza [...] Estoy a admitir sin dificultad que, la masa de los ciudadanos quiera sinceramente el bien del país, y aun iré más lejos: las clases inferiores de la sociedad me parece que mezclan en general a ese deseo menos maquinaciones de interés personal que las clases elevadas; pero lo que siempre les falta en mayor o menor grado es el arte de juzgar los medios aun queriendo sinceramente el fin (Alemany, 2010, p. 64).

El precompromiso, bajo la visión del paternalismo, se justifica cuando se trata de asegurar y hacer inmutable la garantía de derechos y necesidades básicas que equivalen a “cosas o estados de cosas que son buenas por ser condición necesaria de la existencia humana o de su bienestar” (Garzón, 1993). De tal manera que estas constituyen bienes básicos “para la realización de todo plan de vida”, figura a la cual Ernesto Garzón Valdez denomina el coto vedado (Alemany, 2010).

De acuerdo al coto vedado, los bienes básicos quedan por fuera de cualquier negociación colectiva o discusión parlamentaria en el paradigma de la democracia constitucional. A su vez, la vigencia de estos bienes básicos, por ejemplo los

Derechos Fundamentales, es independiente a la voluntad de los integrantes de la comunidad. De esta forma, al paternalismo —a través del precompromiso— determina una garantía de no alteración de los bienes básicos o Derechos Fundamentales por parte de generaciones futuras, para lo cual se requiere necesariamente de una Constitución de tipo rígido.

Una Constitución Política es rígida cuando el procedimiento de reforma a esta es más complejo que el procedimiento legislativo ordinario. La rigidez constitucional opera como lo que Ferres Comella ha denominado “la estabilidad de la opción elegida”, que implica mantener cerrada la posibilidad de votar y determinar constantemente la forma de gobierno más adecuada para el país. A su vez, la rigidez constitucional, con respecto a los derechos y libertades fundamentales, no resulta absoluta en consideración al mandato de alcanzar una decisión justa (Navarro, 2002).

Luigi Ferrajoli examina la rigidez constitucional como la barrera que se impone a la iniciativa de reforma legislativa, con respecto a los asuntos relacionados con principios, derechos e instituciones que prevé la Constitución. Además, dicha rigidez guarda estrecha relación con la jerarquía normativa de la Constitución, por lo que en virtud de la existencia de Derechos Fundamentales ésta opera “como expectativas negativas de su no derogación o vulneración y [...] como expectativas positivas de su desarrollo” (Ferrajoli, 2008, 92).

Frente a la imposibilidad de limitar el contenido esencial de los Derechos Fundamentales por el paradigma de la rigidez constitucional, Ferrajoli propone un modelo de indecidibilidad, basado en el coto vedado de Garzón Valdez. En este, la esfera de lo decidible resulta angosta en virtud de la prohibición para el legislador de restringir el contenido de Derechos Fundamentales, ya que estos resultan como límite y objeto de sustracción de las decisiones a favor de las mayorías (Ferrajoli, 2008).

Sin embargo, Waldrom advierte que los individuos democráticamente deberían poder participar de la delimitación del contenido esencial de los bienes básicos. Esta delimitación, pese a estar sustraída democráticamente para las mayorías, tiene la posibilidad de ejercerse a través del control jurisdiccional de la Constitución, lo que equivale para Waldrom a sustituir la mayoría democrática dada en el parlamento, por “la mayoría no democrática y elitista de los componentes del tribunal” (Alemany, 2010, p. 72).

## Conclusiones

En el campo de la sucesión de sistemas jurídicos constitucionales se evidencian cuatro posiciones. En la primera se plantea que para la lógica de los mundos constitucionalmente posibles, la adecuación del principio del contexto lógico permite cerrar el margen de proposiciones que sobre los axiomas o precompromisos puedan existir, limitando a su vez la deducibilidad y la creación de nuevas categorías jurídicas.

Como segundo punto, los precompromisos constitucionales vistos desde el método axiomático, que Ferrajoli emplea para la explicación del sistema constitucional, efectivamente constituyen lo que en sistemas formales se denominan como axiomas, pues solo a partir de estos, y sin posibilidad de reformarlos, se proyectan mundos constitucionales expectantes. Desde luego, otro de los hechos que afirman su interpretación analógica por vía de axioma, es el contenido abierto de su formulación lingüística, la cual facilita, basados en el mundo jurídico real, la proyección de otros constitucionalmente posibles.

Tercero, la proyección de los universos constitucionalmente posibles y la sucesión de sistemas jurídicos, no quedan circunscritas a la órbita de la autoridad legislativa del Derecho. Fenómenos como el constitucionalismo del árbol vivo, demuestran que es el juez quien proyecta e instaura nuevas realidades jurídicas a partir de mundos posibles.

Cuarto, los precompromisos constitucionales no pueden ser de número amplio, ya que su existencia variada haría del sistema originario un conjunto normativo autopaternalista, que puede finiquitar en un uso excesivo de los originalismos en materia constitucional. Por lo tanto, el punto medio de la discusión obra en la tesis del constitucionalismo democrático.

# CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL (CM): EL NUEVO PARADIGMA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES<sup>4</sup>

Jaime Cubides Cárdenas

Angélica María Grandas Ferrand

Juan Marcelino González Garcete

El Estado ha tenido un amplio desarrollo teórico<sup>5</sup> a lo largo de la historia de la humanidad, sin embargo, se puede concluir que, en esencia, cada uno de los pensadores lo determinan como una entidad creada, en toda sociedad, para la protección de los derechos de cada uno de los integrantes de la misma. En este sentido, para el caso colombiano, el Estado se instituyó como uno con carácter Social de Derecho, a partir de la Constitución Política de 1991. Así, se obliga a proteger

.....  
4. Este capítulo presenta resultados del proyecto de investigación La convencionalización del Derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto, que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, del Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

5 En 1668, Hobbes nos hace ver, que las sociedades humanas que se debaten entre la barbarie y la civilización, tienen ante sí la tarea de apelar al poder de la razón, a este llamado derecho natural, para instaurar de común acuerdo la legitimidad de un poder político capaz de asegurar la paz y garantizar la justicia para todos (Carrillo, 2002 ). Igualmente, el filósofo Rousseau, en su libro sobre el contrato social —1762—, determina cómo los seres humanos deciden expresar su legítimo derecho de defensa, para así, de común acuerdo, crear un ente dotado con dicho poder para que salvaguardase a cada uno de ellos, lineamientos que, en similar medida, fueron expuestos por el pensador británico John Locke entre 1660 y 1662.

cada uno de los derechos consagrados en la Carta Magna, puesto que la finalidad misma del Estado es fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (Const., 1991). Al igual, tiene el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Const., 1991, art. 2).

Sin embargo, el cumplimiento por parte del Estado de estas obligaciones, ratificadas internacionalmente<sup>6</sup>, ha sido una tarea no lograda en la práctica, pues en Colombia se vive hace más de medio siglo un conflicto armado que ha generado múltiples violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, dejando para el año 2016 un total de 7.762.840 víctimas, de las cuales 6.803.961<sup>7</sup> son víctimas del desplazamiento forzado. Esta información, de carácter estatal, ha sido establecida por la Unidad Administrativa para la Atención y Reparación de las Víctimas, por lo que frente a esta se establece la duda respecto a su capacidad para abarcar el real número de afectados por estos conflictos

Esta población merece un especial trato y reconocimiento dentro de la nación, así mismo, es función del Estado garantizar sus derechos como víctimas, derechos consagrados tanto internacionalmente como dentro del ordenamiento jurídico colombiano, como lo es el derecho a la justicia, a la verdad, y a la reparación (Ley 1448, 2011). Para llevar a cabo esto, cada una de las instituciones estatales, en ejercicio de sus funciones, deben garantizar el debido cumplimiento de los Derechos Humanos. En este ámbito, se presentan dos esferas de protección, como se ha intentado demostrar sumariamente en las anteriores líneas, que son las garantías constitucionales y las consagradas en tratados y convenios internacionales y regionales. Las primeras están protegidas por órganos jurisdiccionales como la Corte Constitucional y las segundas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

.....  
6 Carta de las Naciones Unidas de 1945, San Francisco. Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, París. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948, Bogotá. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1959. Convención Americana sobre Derecho Humanos de 1969 en San José de Costa Rica.

7 Para mayor exactitud ver estadísticas tomadas de la Unidad Administrativa para la Atención y Reparación de las Víctimas. Recuperado de internet, el 14 de Junio de 2016, <http://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV>



Al momento de proteger estos derechos existe una confrontación entre estas órbitas de protección que, en cierta medida, es delimitada por el concepto de subordinación y soberanía. De esta manera, la Corte Constitucional determina que las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad no establecen referentes autónomos del control de la misma y que la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad en referencia a la figura pretoriana creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], en materia de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Quinche, 2014). Por esto, en la actualidad se presenta una problemática, tanto para los Estados como para los mismos jueces, al momento de determinar la aplicabilidad de una norma nacional o internacional, teniendo como posible solución la aplicación del Constitucionalismo Multinivel [CM].

### **Conceptualización del CM**

El CM es una construcción teórica que tiene su origen en los escritos de Ingolf Pernice (Bárcena, 2008; Montesino, 2015; Pizzolo, 2012). En estos, el autor manifiesta qu

[...] El constitucionalismo multinivel se basa en los supuestos de que el contrato social, concepto desarrollado por Rousseau, no conduce necesariamente a un Estado unitario y que la noción de Constitución no está necesariamente ligada a un concepto rígido del Estado. Esta nueva concepción crea espacio para una organización pluri o multinivel de autoridad y responsabilidad pública. Los Estados federales son un ejemplo clásico de que una sociedad puede ser organizada en una estructura de Estado de dos niveles, en el que se limita la autoridad pública, otorgada a los organismos llamados “Estados”, tanto en el nivel nacional y subnacional; así, estos poderes quedan divididos entre los dos niveles de gobierno de acuerdo con sus respectivas constituciones. Son un ejemplo no sólo de la posibilidad de tal división, sino también de la variedad de formas en las que la relación entre los dos niveles de autoridad pública original y básicamente autónoma puede ser organizada. Sin embargo, el Constitucionalismo Multinivel no implica necesariamente la condición de Estado en cada nivel. La característica esencial de un sistema de dos niveles o un multinivel constitucional (federal) es que la legitimidad de los diversos niveles de gobierno no se deriva de uno al otro. Más bien, cada nivel de gobierno tiene “original” legitimidad, por un lado, en la medida en que se basa democráticamente sobre la voluntad general de las personas afectadas por sus políticas y, por el otro, puesto que tiene

jurisdicción directa sobre las personas (ciudadanía) de las que su legitimidad es derivada. El Constitucionalismo Multinivel tiende un puente sobre el aparente conflicto entre constitucionalismo europeo y el constitucionalismo de los estados miembros (Pernice, 1999, p. 709)<sup>8</sup>.

Para este autor no se puede limitar la protección de los Derechos Humanos a causa de la concepción unitaria y totalitaria del Estado, propia de la construcción teórica del siglo XVIII y XIX. En cambio, debe ser contemplada la existencia de una pluralidad de autoridades en varios niveles, con lo cual se rompen conceptos sobre supremacía y se transforma la definición de soberanía. Por ello, la forma de corresponder entre los distintos niveles organizativos de alcance constitucional puede denominarse como “pluralismo institucional paritario” y presume la distinción del viejo prototipo escalonado del ordenamiento estatal que una vez fijó Kelsen (Hoyos & Rodríguez, 2011).

Así, lo relevante en esta corriente es que propone, como una forma de diluir las citadas áreas críticas, una solución al problema de la jerarquía normativa, dejando a un lado el problema mismo (Pizzolo, 2012). En otras palabras, postula el proceso a través del cual el ordenamiento comunitario adquiere rasgos que lo aproximan a un ordenamiento de tipo constitucional<sup>9</sup> (Torres, 2011). Se remite entonces, al hecho de que estos estándares comunitarios se basan en un instrumento “constitucional” consentido, que establece y define las instituciones y sus respectivas funciones, confiriendo poderes específicos a las mismas, determinando los derechos de las personas sujetas a su autoridad, formalizando los procedimientos para participar en el ejercicio de esos poderes y organizando las operaciones para la toma de decisiones, etc. (Pernice, 2012).

Es costumbre hablar de la nueva lógica de un Constitucionalismo “Multinivel” o “Plural” que implica la conjugación y la compatibilización de las sucesivas capas de protección jurídica, en distintos niveles constitucionales (Pereira, 2014). Esta situación es consecuencia de lo que podríamos llamar *principio del mínimo estándar convencional*, que está presente también en otros escenarios típicos

8 Traducción de los autores.

9 La perspectiva del Constitucionalismo Multinivel es, presentemente, de manifiesto carácter metódico en la medida en que no entraña en su interpretación juicios de valor a favor de una inédita reclamación de poder supranacional, sino que más bien se limita a un análisis de los hechos tal como se produce evidentemente en la realidad política y jurídica, base estructural que se rescata para las nuevas interpretaciones de los Derechos Fundamentales en los contextos jurídicos internacionales (Hoyos & Rodríguez, 2011).

•Constitucionalismo Multinivel (CM)•

—como el de los Estados federales— de la llamada ”protección multinivel” de los Derechos Fundamentales (Rodríguez, 2015). Esta doctrina surge como resultado de una creciente preocupación por una también cada vez mayor complejidad de los ordenamientos jurídicos (Montesinos, 2015).

## CM Europeo

En Europa se presentan tres tipos de ordenamientos que protegen los Derechos Humanos, uno es el consagrado en la Convención de 1950 como el sistema europeo de protección<sup>10</sup>, otro tiene que ver con el amparo dado por la Unión Europea<sup>11</sup> y, finalmente el ofrecido por cada uno de los Estados europeos para la defensa de derechos. Ante esta pluralidad, y sus correspondientes confirmaciones, surgieron tres corrientes para dirimir esta problemática: la teoría de la soberanía compartida, el contextualismo jurídico y el Constitucionalismo Multinivel (Pizzolo, 2012).

Sobre la teoría de la soberanía compartida, se debe tener en cuenta que, en tiempos recientes, para rehuir del término federal, parece incidirse en los caracteres de asociación de los Estados soberanos que ejercen autoridad compartida en ciertas áreas (Del Valle, 2013). Esta unidad es construida a partir de la soberanía de cada ordenamiento estatal y es posible entender que se hable de cesión de autoridad a la Unión Europea, sin que realmente se distorsione el concepto jurídico de soberanía (Alaez et al., 2014, p. 14). Por ende, se está ante una soberanía compartida o “colectiva” que está vinculada tanto al reconocimiento desde fuera (tal y como ocurre con todo Estado-nación), como a la aceptación desde dentro por parte de sus Estados miembros y para cada área de actuación política (Schmidt, 2007).

.....  
10 Los elementos básicos del sistema europeo se encuentran en el Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, aprobado en Roma el día 4 de noviembre de 1950. Un primer aspecto a tener en cuenta es que el Convenio se firma en el marco del Consejo de Europa, en cuanto que sus signatarios son, como indica el Preámbulo, miembros del mismo, siendo esa pertenencia la condición para su firma (Art. 59), y que diversos órganos, a los que se refiere el Convenio (Comité de ministros, Secretario General), son órganos del Consejo de Europa. Por otro lado, debe recordarse el contexto histórico en que se produce, una Europa que aún sufría las consecuencias de una Guerra Mundial iniciada por la agresión de regímenes totalitarios, y en la que era bien presente la amenaza de la extensión de nuevos conflictos. El Convenio, como indica expresamente su Preámbulo, se basaba en la creencia de que el mantenimiento de la paz reposaba en la existencia de regímenes democráticos y de un respeto común de los Derechos Humanos (López, 2013).

11 Es cierto que la UE aporta, por primera vez, una apuesta institucionalizada por la paz y por el desarrollo conjunto, pero no debemos confiar: la meta está aún muy lejos. Queda mucho por hacer. Hay que seguir avanzando, consolidando los logros obtenidos y afrontando nuevos desafíos. Ser europeo hoy implica la responsabilidad de comprometerse en seguir construyendo (Núñez, 2010).

En materia del contexto jurídico, Bárcena (2008) manifiesta que el origen de este

[...] se encuentra en las tesis del liberalismo político. Ello se comprende cuando se analiza la relación que Weiler propone entre la nación y el Estado, en el marco de la UE. En el plano de la comunidad política, la nación canónica es para él un artefacto necesario porque proporciona un potente catalizador que dimensiona la pertenencia común de los ciudadanos a una sociedad política, un sentimiento de originalidad que funcionaría como un amortiguador de los excesos individualistas y narcisistas de las sociedades capitalistas contemporáneas. Por el contrario, el Estado se ha demostrado en el curso de la historia del siglo XX europeo, como una perversa maquinaria encargada de desviar las virtudes primarias de la nación política, hacia nacionalismos irracionales que alcanzaron su cenit en las propuestas totalitarias e inhumanas postuladas por el fascismo. El proceso de integración europea tiene en este sentido la función de civilizar y pacificar las relaciones entre las naciones europeas, a través de una densa red económica, institucional y jurídica, que obliga a repensar el bienestar individual de las naciones europeas, en los términos de un bienestar colectivo europeo y de la dimensión social que en ocasiones parece ofrecer el mercado. El supranacionalismo es entonces la expresión del proyecto comunitario de la integración europea, el principio normativo que limita los excesos del Estado nación y sus tradicionales abusos con respecto a la frontera (p. 100).

Ahora bien, en materia del CM es necesario mencionar que desde el año 2000, la Unión Europea estableció su propia carta de Derechos Humanos, donde se crea una nueva esfera de protección en Europa<sup>12</sup>, por lo cual se necesita utilizar una metodología multinivel que parece adecuada para entender los fenómenos constitucionales actuales, incluso si es necesario rechazar el peligro de asociarla a la idea de “falsas jerarquías” (Pereira, 2014). La idea de Constitucionalismo Multinivel, aplicada al proceso de integración europeo, procede de Pernice. Sólo en sus teorizaciones más recientes, el autor ha concedido un papel relevante a la protección multinivel de Derechos Fundamentales (Rodríguez, 2015). El concepto desarrollado por Pernice eleva los Tratados Constitutivos de las relegadas

.....  
12 “En la medida en que establece los fines últimos del poder político liberal democrático, una declaración de derechos sirve también para sentar el fundamento del demos o cuerpo político [...] en otras palabras, parece más adecuado describir el cuerpo político como el conjunto de personas que viven bajo una misma declaración de derechos civiles y políticos que como una comunidad de rasgos culturales heredados [...] la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluso a falta de valor jurídicamente vinculante, es ya un paso muy significativo para la construcción de una auténtica democracia constitucional” (Diez, 2002, p. 24).

comunidades europeas a la categoría de Constitución. Se centra en las interconexiones entre los ordenamientos nacionales y el comunitario europeo, todo sobre la base de que los Tratados Constitutivos efectivamente cumplen las funciones de un texto constitucional (Montesinos, 2015).

La respuesta dada por el CM en Europa intenta establecer, en primer lugar, un estándar mínimo de protección, en el que no importa la esfera de defensa que se ejecute, siempre y cuando se mantengan ciertos estándares. Como lo expresa Rodríguez (2015), la aplicación de los parámetros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el sistema europeo de protección de los mismos, genera un criterio claro para la delimitación del mínimo común que ningún Estado miembro puede lesionar. Por otra parte, en el seno de la Unión Europea, el Tratado de Lisboa supone, por lo general, un avance en la institucionalización de los mecanismos de participación democrática. Entre estos avances pueden destacarse el aumento del papel y del poder del Parlamento Europeo, la creación del derecho de iniciativa ciudadana, el reconocimiento y promoción del papel de los interlocutores sociales y el reforzamiento del papel de los Parlamentos nacionales (Storini, 2012).

En síntesis, el actual sistema europeo establece, de forma material, Constituciones comunitarias, como el Tratado de Lisboa, en el que se decretan los principios y las reglas fundamentales de la Unión Europea, aunque no sea formalmente una Constitución (Pereira, 2014). Así mismo, se instituyen la de la Convención Europea y las constituciones nacionales legítimamente constituidas, por lo que, para algunos autores, es correcto colocar los dos niveles constitucionales en un mismo escalón jerárquico y reconocer a la Constitución Europea el carácter de ley suprema que las Constituciones contemporáneas escritas ostentan generalmente (D'Atena, 2010).

Sin embargo, teniendo en cuenta que para la “formación de la comunidad” y para la “vida de la comunidad”, independientemente de que sea estatal o supraestatal, los Derechos Fundamentales desempeñan una función de conformación cultural (Kotzur, 2009). Por ello, se evidencia que con el establecimiento del CM, el enfoque garantista integra una pluralidad de ordenamientos bajo la finalidad única de materializar la protección de los Derechos Humanos. Esto quiere decir que los Derechos Fundamentales se encuentran protegidos de forma conjunta por cada uno de estos niveles, tanto el interno, como el de la Unión y la Convención.

Respecto a esto, la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las cuestiones prejudiciales suscitadas, es trascendental para el diseño de la protección de los Derechos Fundamentales en Europa, por lo que cabe resaltar el paso que el Tribunal Constitucional Español ha dado y que es fundamental en esta materia, así como el que lo haya hecho con la profundidad que la trascendencia de las cuestiones planteadas requería (Pérez, 2012).

Sobre esto resulta pertinente apuntar lo expresado por Miranda (2015), quien manifiesta, en referencia a la situación actual de protección de los Derechos Humanos en Europa, la existencia de un conjunto de niveles de protección, comenzando por las constituciones nacionales que después de la Segunda Guerra Mundial se reformaron y reestructuraron buscando la efectiva protección de las personas. En este primer nivel, los tribunales de cada Estado realizan diálogos jurisdiccionales entre ellos, centrados en los parámetros constitucionales correspondientes. En segundo lugar, se está ante un nivel supranacional constituido por la Unión Europea que, a través de la Carta de Derechos Humanos, suscrita en Niza en el año 2000, y el mencionado Tratado de Lisboa, consagran un diálogo entre los Estados nacionales y el Tribunal de Derechos Humanos, con carácter previo o consultivo. Y, por último, se presenta un nivel internacional en referencia al Tribunal Europeo. En su conjunto y a modo de conclusión sobre el CM en Europa, cada uno de estos niveles tiene un fundamento normativo de protección, el cual se integra con la única finalidad de materializar dichos postulados

### **Justicia multinivel y CM**

Una vez tratado el tema sobre el Constitucionalismo Multinivel, su conceptualización y, en especial, su desarrollo teórico en Europa —es el lugar donde tiene origen esta figura— evidenciamos a lo largo de todo ello una posible confrontación conceptual con la llamada figura de la Justicia Multinivel, siendo clara la necesidad de abordar en el presente texto las diferencias entre cada una de estas.

La figura de la Justicia Multinivel resuelve la problemática de la soberanía, dado que, según lo manifiesta Hillgruber (2009), anteriormente esta última estaba limitada al poder que tiene el Estado sobre su territorio y población. De esta manera, la soberanía tenía dos dimensiones, una interna, representada en el dominio eminente del Estado y una externa, sobre el respeto y reconocimiento que

los demás realizan sobre el mismo. Sin embargo, después de la consolidación de la comunidad universal a través de la Carta de San Francisco de 1945, sobre la fundación de las Naciones Unidas y los posteriores avances en la consolidación de sistemas regionales de protección, se ve afectada esta concepción arcaica de soberanía.

De esta manera, se limita en la actualidad el fortalecimiento de la comunidad universal para la protección de Derechos Humanos con la institución de tribunales ad hoc en materia penal, así como con la formación de sistemas regionales. El primero cronológicamente en Europa fue la institución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual se ha enunciado en los párrafos anteriores. En segundo lugar, en Latinoamérica, se fortaleció el Sistema Interamericano, que tenía sus antecedentes en 1948 con la Carta de la OEA y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y que se consolida con la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrando un órgano jurisdiccional de protección —la Corte IDH—. En tercer lugar, está el Sistema Africano de Derechos Humanos, fruto de la Carta Africana sobre Derechos Humanos. Por último, se deben reconocer los avances que se están realizando con los mismos fines

Apoyando lo dicho por el magistrado Sierra Porto, en este punto es importante señalar que la Justicia Multinivel se debe seguir como una corriente en la cual los jueces, al momento de tomar sus decisiones en pro de la dignidad de las personas, deben aplicar en sus sentencias aquellas disipaciones, ya sean nacionales, regionales, internacionales o en el caso europeo comunitarias, no importa cuáles sean utilizadas, siempre y cuando se materialice la protección de los derechos de las personas que acuden a la jurisdicción del Estado (Quinche, 2014). Cabe aclarar que esta aplicación de la Justicia Multinivel responde a las demandas internas de aplicación normativa. En materia de diálogo jurisdiccional, esta se consolida cuando entre estos tribunales, ya sean nacionales, regionales, internacionales o comunitarios, se profieran sentencias apoyadas en los pronunciamientos pretorianos de los demás.

Lo mencionado determina la diferencia entre el Constitucionalismo Multinivel y la Justicia Multinivel. Esta radica en que el CM unifica los bloques normativos de cada uno de los niveles anteriormente enunciados, para la consolidación de un solo cuerpo normativo que, en sentido material incluye los convenios y tratados,

con sus correspondientes protocolos, y los avances pretorianos que cada órgano realiza sobre la protección de los Derechos Humanos. Mientras tanto, la Justicia Multinivel se enmarca en el ámbito procesal, estableciendo como regla fundamental la efectiva materialización del contenido normativo señalado, al momento de proferir las sentencias por parte de los jueces.

### CM y Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Desarrollados los temas sobre el concepto del CM, su aplicación en Europa y la diferenciación con la Justicia Multinivel, es preciso analizar e investigar sobre el posible uso de esta figura dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos [SIDH] para solucionar los problemas que en la actualidad enfrenta el mismo. Como se evidencia en el caso colombiano, hay un rechazo indirecto de los Estados que son parte de la Corte IDH, a los pronunciamientos de esta, situación que se observa por el volumen de condenas recibidas por parte de este Alto Tribunal Regional. Por ello, ante la problemática que se sintetiza en la confrontación de niveles de protección, es indispensable presentar el desarrollo teórico sobre este sistema.

**Noción.** En el marco que interesa al presente estudio, este sistema se encuentra integrado por dos órganos, uno cuasi jurisdiccional y el otro de carácter jurisdiccional y vinculante, siendo el primero de estos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], con su sede en Washington D.C., y la segunda la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con su sede en San José de Costa Rica; esta última está conformada por siete jueces (Ferrer, 2012). Ahora bien, ambos órganos tienen como fin último garantizar el cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH] o pacto de San José, firmado el 22 de noviembre de 1969. El corpus iuris que integra al SIDH, está conformado por todos aquellos instrumentos desarrollados en la Convención, así como todo tratado internacional que habla sobre Derechos Humanos. En otras palabras,

[...] el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos constituye un sistema internacional acordado por los Estados del sistema interamericano con el objeto de establecer estándares mínimos comunes en materia de respeto, garantía y adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales fijados en la convención americana sobre derechos humanos. Que está compuesto por CIDH y la Corte IDH (Alcalá, 2013, p. 3).



En desarrollo del SIDH, y con el fin de dar mayores garantías a las personas en las Américas, se crea un nuevo control por parte de la Corte IDH, que tiene como fin mejorar la protección de las personas, haciendo respetar sobre el Derecho interno lo mandado por la CADH, cuestión que se abordará con mayor profundidad en las próximas líneas.

### **Control de convencionalidad**

**Antecedentes.** Siguiendo lo planteado por Cubides (2013), este control de convencionalidad no es una creación de la Corte IDH, sino la utilización, por parte de esta, de los parámetros ya establecidos en los tribunales superiores de Francia en el contexto del SIDH, en donde se realizó de una forma taxativa en la sentencia *Almonacid Arrellano vs Chile*. Señala también que en Francia, con base en el artículo 55 de la Constitución de la Quinta República, El Consejo Constitucional, en la decisión número 74-54 DC del 15 de enero de 1975, establece que la confrontación de leyes con tratados internacionales, que para el contexto de Francia es la Convención Europea de Derechos Humanos [CEDH], no es un control de constitucionalidad si no un control de convencionalidad.

**Conceptualización.** El control de convencionalidad puede, en primera instancia, ser entendido como “una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente” (Alcalá, 2013, p. 519), que en el caso de América es la CADH. En palabras de Humberto Nogueira Alcalá, es un diálogo entre los jueces nacionales y la Corte IDH, en donde

[...] el juez nacional es el juez natural de la CADH, es en reacción positiva o negativa, a sus tomas de posición preliminares que la corte IDH construye el Derecho interamericano. Se concreta así entre las jurisdicciones de los Estados un diálogo y cooperación leal, donde la base de la discusión ulteriores está constituida por las decisiones de los jueces nacionales (Alcalá, 2013, p. 528).

Un diálogo que busca darles a los jueces la facultad mediante la cual cada uno de ellos, como Estado parte de la Convención, vele por los parámetros convencionales, para sortear los obstáculos que se podrían tener en cada uno de los ordenamientos internos, cuando estos están materializados en leyes y demás normas jurídicas que irrespeten gravemente las garantías dadas por la CADH. En este sentido, expresa Eduardo Ferrer Mac-Gregor que

[...] este control le dice a los jueces nacionales que dejen de aplicar leyes que sean contrarias a la CADH y sus protocolos adicionales, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la CADH, los jueces a la hora de ejercer el control, de convencionalidad, deben hacerlo de oficio y dentro de sus competencias y procesos correspondientes (Mac-Gregor, 2013, p. 529).

Pero los jueces nacionales no se pueden limitar simplemente a garantizar los parámetros concebidos en el articulado de la CADH, sino en todo lo regulado por el corpus iuris del SIDH, dentro del cual también se encuentra la jurisprudencia de la Corte.

El control de convencionalidad es enunciado por primera vez en la Corte IDH, en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, el 26 de septiembre de 2006, y es en las sentencias de *trabajadores cesados de Perú y Heliodoro Portugal vs Panamá* en donde se le da un mayor contenido. En estas sentencias, la Corte IDH invita a los jueces nacionales, dentro de sus competencias, a que protejan los Derechos Convencionales, y que, si no lo solicitan las partes, lo apliquen de manera oficiosa bajo el principio de pro persona, pues la Corte de forma sola no puede garantizar eficazmente los derechos de la CADH en toda América.

De esta manera, se entabla un control difuso de convencionalidad, que desde el Juez Promiscuo Municipal hasta la Corte Constitucional —caso Colombia—, desde los jueces locales, hasta los federales —caso México— (Ferrer, 2012), todos y cada uno de ellos deben proteger los mandatos convencionales, ya sea con efectos simplemente inter partes, en caso de jueces ordinarios y de inferior jerarquía, como también efectos erga omnes, cuando se trata de las altas cortes que tienen la competencia de reformar el ordenamiento interno de forma general. Esto, debido a que el control debe ser ejercido por todo órgano judicial o autoridad que administre justicia, en tanto que, el fin de la corte no es “suplantar a los Tribunales Nacionales, sino que busca ejercer con ellos un dinamismo jurisprudencial mediante el cual se haga cumplir cabalmente, con las directrices de la convención, objeto que se logra desempeñar mediante el efectivo cumplimiento del control de convencionalidad”. Dicho control va encaminado a fiscalizar cada una de las normas internas, desde los reglamentos hasta los mismos parámetros constitucionales, como fue el caso de *La Última Tentación de Cristo vs Chile*, donde se cambió el artículo 19 de la Constitución de dicho país (Jinesta, 2011).

### ***Clases de control de convencionalidad***

*Control de convencionalidad concentrado.* Siguiendo a Manuel Fernando Quinche Ramírez, podemos determinar que el control de convencionalidad es ejercido de manera concentrada por la Corte IDH, cuando se presenta ante su competencia, después de haber pasado por la CIDH, pues en sus sentencias mira tanto las normas que defienden los derechos convencionales como los actos que los violentan (Quinche, 2014).

*Control de convencionalidad difuso.* Este tipo de control es específicamente el que más interesa en esta investigación, pues demanda una actitud por parte de los jueces nacionales, de convertirse en los jueces convencionales más cercanos a las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de la CADH, pues, como ya se ha reiterado anteriormente, es quien debe implicar las normas jurídicas y los actos que contravengan los preceptos de la CADH.

Este tipo de control surge de las obligaciones que impone la Convención al Estado parte (específicamente en los artículos 1 y 2 de la CADH). Humberto Nogueira Alcalá, sintetiza de una manera clara dichas obligaciones, las cuales radican, primero, en que se constituyen, para los jueces, derechos directamente aplicables y con carácter preferente por sobre las normas jurídicas legales internas, ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyos, por una parte, los artículos 26 y 31.1, y por otra, el 27 de la Convención. Los primeros determinan la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales y el segundo, a su vez, establece el deber de no interponer obstáculos de Derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales (Alcalá, 2013). La segunda obligación, es la de “garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la convención a toda persona sujeta a su jurisdicción” (Alcalá, 2013, p. 545).

Se concluye entonces, que la gran obligación del Estado miembro de la CADH, está en adecuar su ordenamiento interno según los principios y mandatos dados por la Convención, ya sea mediante la facultad constituyente o legislativa, derogando y creando normas acordes a dichos preceptos, o por vía jurisdiccional. Es precisamente en este último punto donde debe evidenciarse el diálogo que se mencionó con anterioridad, cuando sean los jueces quienes modifiquen el ordenamiento interno del Estado parte.

*Características del control difuso de convencionalidad.* 1) Quiénes aplican el control. Según el parámetro ya establecido, junto con lo dicho por Víctor Bazán, se puede determinar que los sujetos que deben aplicar este tipo de control son, primero, El Poder Judicial; luego, los “Órganos del Poder Judicial”, que para el ordenamiento jurídico abarcarían la jurisdicción ordinaria, la constitucional, las especiales y la contencioso administrativa; tercero, los “jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (Bazán, 2011, p. 73) que, en Colombia, corresponderían a toda aquella autoridad que la Constitución y la ley le designe con facultades para administrar justicia, incluso los inspectores de policía municipales encargados especialmente de resolver querrelas policivas, como lo dice el código nacional de policía colombiano. Finalmente, “cualquier autoridad pública y no solo el poder judicial” (Bazán, 2011, p. 73).

2) Qué normas son examinadas a la luz del control de convencionalidad. Son todas las normas que integran el ordenamiento jurídico interno del Estado parte de la Convención, y que obstruyen de manera abierta los principios y derechos de la CADH. Dentro de estas se encuentran las leyes, los reglamentos y demás normas jurídicas, incluso las de rango constitucional. Para un mejor análisis sistemático y para poder sintetizar lo que se ha planteado hasta el momento, las fuentes de control son, la CADH, principalmente; todo el corpus iuris del SIDH, el cual está conformado por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y las interpretaciones dadas por la Corte IDH, como intérprete última de la Convención.

*Elementos del control difuso de convencionalidad.* Para Noriega Alcalá (2013), “todos los órganos del Estado deben velar porque en su jurisdicción sea cumplida la convención, sin obstáculos internos”. Siguiendo sus postulados, se pueden determinar los elementos del control convencional, los cuales son

- a. Este control debe ejercerlo todos los jueces nacionales y los demás órganos estatales de manera oficios
- b. Se debe tener en cuenta para este tratado lo dicho por la corte IDH
- c. Debe ser ejercido dentro de las competencias de cada una de las autoridades
- d. El control debe ser ejercido bajo los parámetros dados por la convención

•Constitucionalismo Multinivel (CM)•

- e. Se vincula a este control todo el corpus iuris interamericano (Alcalá, 2013, p. 515).

**Solución a la problemática en el SIDH.** Tradicionalmente, los modelos de incorporación del Derecho internacional al Derecho nacional han sido el monista o el dualista. La realidad de las últimas décadas, sin embargo, ha dado paso a una concepción más bien dinámica del tema en mención. Esta última es producto de la interacción cada vez mayor que existe entre los tribunales nacionales y de estos con los tribunales internacionales (Torres, 2013). A partir de aquí se configura la aplicación del CM en el SIDH, toda vez que con esta implementación se integren cada uno de los avances, tanto nacionales como regionales, en la protección de los Derechos Humanos, conformando un solo cuerpo constitucional materialmente hablando. En otras palabras, sería la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos, nacional y regional, que se articulan para lograr un objetivo común, la protección de los Derechos Humanos. Sin embargo, dicha articulación no se erige como un mero ejercicio de gobernanza multinivel, sino que se desarrolla en el marco de un proceso de constitucionalización del escenario regional. En este orden de ideas, más que de gobernanza multinivel hablamos de Constitucionalismo Multinivel (Acosta, 2013).

En las sentencias de la misma Corte IDH se tienen los sustentos del Constitucionalismo Multinivel, ya que, como la misma Corte manifiesta

[...] no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor *protección* del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la *protección* absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del *principio* de interpretación *más* favorable, la alegada "*protección más amplia*" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella (Corte IDH, 257, 2012, párr. 259).

## Conclusiones

De acuerdo a esta investigación se puede concluir que, en materia de protección de Derechos Humanos, el desarrollo tanto nacional como internacional ha avanzado ampliamente, creándose sistemas regionales que, de forma complementaria, ayudan a las naciones en esa loable labor de proteger los derechos de sus ciudadanos. Sin embargo, ante la imposición de sanciones, por estos sistemas supra nacionales, se presentan divergencias entre los jueces nacionales y los superiores, por lo cual se crea la figura del Constitucionalismo Multinivel. Este establece o crea, de forma implícita, un compendio normativo en el cual se encuentran sintetizadas cada una de las disposiciones tanto nacionales, regionales, como comunitarias, y tiene como único objetivo el proteger los Derechos Humanos, brindándole además una seguridad jurídica al ordenamiento interno de cada Estado parte. En otras palabras, a través del CM estamos ante la presencia de un Derecho sustancial de carácter integrador, el cual, mediante la Justicia Multinivel o también llamada tutela multinivel, se protegen ampliamente estas disposiciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, P. A. (2013). El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Ureña. *Revista derecho de estado*, 31, 347-368.
- Adorno, T. & Horkheimer, M. (2008). *La dialéctica de la Ilustración*. Madrid: Trotta.
- Agudelo, O. (2014). Aplicabilidad de normas jurídicas en la teoría de la motivación de las decisiones judiciales. En Angel, J., *Derecho, estado y sociedad 1- 16*. Bogotá: Universidad Libre.
- Aláez, B. et al. (2014). Encuesta sobre la integración política de Europa. Teoría y realidad constitucional, (33), 11-66
- Alarcón, C. (1999). Imperativos y lógica en Jorgen Jørgensen. *Isegoría*, (20), 207-215.
- Alcalá, H. N. (2013). Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la corte interamericana en Chile. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Volumen 19, 511-553.
- Alchourrón, C. & Bulygin, E. (2013). *Sistemas normativos*. Bogotá: Astrea.
- Aleman, M. (2010). Democracia versus Constitución (¿precompromiso o paternalismo?). *Anuario de Filosofía del Derecho*, (26), 59 -84.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2013). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa S.A.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los Principios*. Madrid: Marcial Pons S.A.
- Bárcena, J. (2008). Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (9), 85-116

- Bayon, J. C. (2000). Derechos, democracia y constitución. *Discusiones: Derechos y justicia constitucional* (1), 55-94.
- Bazán, V. (2011). Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista europea de derechos fundamentales*, 18 (2), 63- 104.
- Carrillo, L. (2002). Thomas Hobbes y el concepto de estado constitucional de derecho. *Revista de estudios políticos. Nueva época*, 113, 249-274
- Congreso de la República de Colombia. (10 de junio de 2011), Ley 1448 de 2011, DO 48096.
- Colombia, Asamblea Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia. el pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la asamblea nacional constituyente, invocando la protección de dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente constitución política de Colombia.
- Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (28 noviembre de 2012) Sentencia Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Serie C No. 257
- Cryan, D. & Shatil, S. (2005). *Lógica para todos*. Barcelona: Paidós.
- Cubides, J. A. (2013). El origen del control de convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los estados que reconocen el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH). *Ambiente jurídico*. 15, 105-125
- D'Atena, A. (2010). La constitución oculta de Europa (antes y después de Lisboa). *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (13), 17-46
- Del Valle, A. (2013). Europa más allá de la unión: pacto confederal y nuevo relato europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*, (32), 341-355.
- Díez, L. M. (2002). Constitucionalismo de la Unión Europea, España: S.L. Civitas Ediciones
- Dworkin, R. (1992). The concept of unenumerated Rights: whether and how Roe should be overruled. *University of Chicago Law review*, (59), 381 -432.
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga*. Barcelona: Marcial Pons S.A.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa S.A.
- Echave, D., Urquijo, M. & Guibourg, R. (2008). *Lógica proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea.
- Elster, J. (1999). *Constitucionalismo y Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Fabra, J. (2015). En Fabra, J., *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (1 -557). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías; la ley del más débil*. Madrid: Trotta S.A.



## •Bibliografía•

- Ferrajoli, L. (2008). *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ferrajoli, L. (2010). Para una refundación epistemológica de la teoría del derecho. *Anales de la cátedra Francisco Suarez* (44), 417 -434.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris N<sup>a</sup> ! Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta S.A.
- Ferrer, E. (2012). *El control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. México: serie azul.
- Fogel, R. (1994). *Without consent or contract*. New York: W. W. Norton & company.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al Gobierno*. Quito: Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional.
- Garzó, E. (1993). *Derecho, ética y política*. Madrid: CEC.
- Garzón, E. (1989). Algo más acerca del coto vedado. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (6), 209 -2014.
- Graber, M. (2011). Hollow hopes and exaggerated fears: the canon/anticanon in context. *Harvard Law Review*, 125 (33), 33 – 39.
- Greene, J. (2011). The Anticanon. *Harvard Law review*, 125 (2), 380-475.
- Guibourg, R. (2010). *Derecho, Sistema y Realidad*. Buenos Aires: Astrea S.A.
- Habermas, J. (1997). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta S.A.
- Hart, H.L.A. (2012). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hawthorn, G. (1995). *Mundos plausibles, mundos alternativos*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hillgruber, C. (2009). Soberanía. La defensa de un concepto jurídico. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 593.
- Hobbes, T. (1668). *Leviatan o La materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*: Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Hoyos, L. & Rodríguez, F. (2011). Constitucionalismo multinivel y neoconstitucionalismo ideológico: realidades y tendencias en la interpretación constitucional colombiana. *Advocatus* (16), 11-131
- Jinesta, E. (2011). La construcción de un Derecho Administrativo común interamericano. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, 11(11).
- Kahan, D. (2011). Neutral Principles motivated cognition, and some problems for constitutional law. *Harvard Law review* 125 (1), 1- 77
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. México: UNAM.
- Kelsen, H. (1986). *Teoría pura del Derecho*. México D. F.: UNAM.
- Kotzur, M. (2009). Los derechos fundamentales en Europa. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 4 (2), 73-100.

- Ladriere, J. (1969). *Limitaciones internas de los formalismos*. Madrid: Tecnos.
- Lewis, D. (1986). *On the plurality of worlds*. Oxford: Blackwell.
- Locke, J. (1660 - 1662). Ensayo sobre el gobierno civil. Madrid: Aguilar.
- Lopera, G. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Doxa* (27), 211-243.
- López, C. (2009). Aproximación a un concepto normativo de mutación de los derechos. *Derecho del Estado* (22), 129-158.
- López, L. (2013). *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*. España: Universidad Pompeu Fabra.
- Martinez, G. (2010). *Godel para todos*. Barcelona: Ediciones Destino.
- Miranda, H. (2015). El diálogo entre cortes en el espacio convencional en Europa: algunas cuestiones actuales. En Velandia, E. A (Ed.). *Derecho procesal constitucional* 341-360. Bogotá: LEGIS.
- Montesino, C. (2015). *Tutela multinivel de los derechos: obstáculos procesales*. (Tesis Doctoral). Universidad Carlos III de Madrid.
- Moreso, J. (1986). Las ficciones de Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis. *Doxa* (3), 129-139.
- Moreso, J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J. (1998). Mundos constitucionalmente posibles. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del derecho* (8), 139- 159 No tiene volúmenes el anuario, solo números
- Navarro, P. (2002). *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa.
- Neal, K., & Schmidt, T. (2015). Active avoidance: the modern supreme court and legal change. *Harvard Law review*, 128 (8), 2110-2164.
- Neves, M. (2004). La fuerza simbólica de los Derechos Fundamentales. *DOXA: cuadernos de filosofía del Derecho* (27), 143-180.
- Niembro, R. (2013). Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomía* (38), 191-224.
- Nino, C. (2007). *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea S.A.
- Núñez, B. (2010). *Cuadernos pedagógicos sobre la unión europea*. Madrid: Estudios de política exterior.
- Pedra, A. (2012). Mutación constitucional y concreción normativa: Cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la constitución. *Estudios constitucionales*, 10 (2), 369 - 390.
- Pereira, V. (2014). Una reflexión desde granada sobre la constitución europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. 11 (22), 285- 296.
- Pérez, M. (2012) El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio. *Revista Española de Derecho Constitucional*. (95), 311-345.

## •Bibliografía•

- Pernice, I. (1999). Multilevel constitutionalism and the treaty of amsterdam: european constitution-making revisited? *Common Market Law Review*, (36), 703-750.
- Pernice, I. (2012). *La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel Una respuesta global a los desafíos de la globalización*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Europeos.
- Pizzolo, C. (2012). Derecho constitucional en la Unión Europea: el “constitucionalismo multinivel” como alternativa al problema de la jerarquía normativa. *Revista de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.* (42), 120- 130.
- Quinche, M. F. (2014). El control de convencionalidad como control normativo no como control simplemente erudito o formal. En E. A. Velandia (Ed.). *Derecho Procesal Constitucional*. 653-673. Bogotá: LEGIS.
- Rawls, J. (1993). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rayo, A. (2013). *The Construction of Logical Space*. Oxford: Oxford University Press.
- Reed, A. (2013). American constitutionalism: written, unwritten and living. *Harvard Law review*, 196, 195-204.
- Rick, D. (2010). *Probability: Theory and examples*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Robert, S. (1979). *Context and content*. Oxford: Oxford University Press.
- Rodríguez, A. (2015). La mayor protección interna de los derechos de la convención europea de derechos humanos y el impacto del margen de apreciación nacional. *Revista de derecho político*. (93), 75-102
- Rousseau, J. J. (1762). *El contrato social*. Mexico: Porrúa.
- Schmidt, V. A. (2007). La democracia en Europa. Papeles de relaciones ecosociales y cambio global, (100), 87-108.
- Snead, C. (2007). Unenumerated rights and the limits of analogy: a critique of the right to medical self-defense. *Harvard Law review*, 121, 1-12.
- Storini, C. (2012). El Tratado de Lisboa. *Revista Derecho del Estado*, 28.
- Strauss, D. (2013). Non unwritten, after all? *Harvard Law review*, 126, 1532-1563.
- Tomas, F. (1996). Constitución. En Diaz, E., & Ruiz, A., *Filosofía Política. Teoría del Estado*, 2. Madrid: Trotta S.A.
- Torres, N. (2013). Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Derecho PUCP* (70), 347-369
- Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. (2016). Registro Único de Víctimas. Recuperado de <http://rmi.unidadvictimas.gov.co/RUV>
- Vermeule, A. (2009). System effects and the constitution. *Harvard Law Review*, 123 (1), 54-58
- Von Wright, G. (1979). *Norma y acción una investigación lógica*. Madrid: Tecnos.
- Waldron, J. (2014). Never mind the constitution. *Harvard Law review*, 127, 1147-2593





**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
**de Colombia**  
Vinculada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en noviembre de 2016, impreso en papel propalibros de 75 g., en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital  
Hipertexto Ltda.

Impreso por:  
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

Este libro presenta al lector algunas posiciones que, desde la teoría del derecho y la teoría constitucional, son necesarias para abordar, en forma clara y precisa, la problemática de la base axiomática, la operatividad de los principios, y su función judicial. La importancia práctica de este estudio radica, precisamente, en que desde el constitucionalismo se pueden analizar alternativas de estudio del derecho más allá del paradigma clásico positivista. La discusión contemporánea respecto al paradigma del constitucionalismo plantea una base metodológica fundada en el positivismo, y su superación, al mismo tiempo que presenta los problemas surgidos desde la conceptualización de los derechos innominados, y la base principalista del sistema. Así mismo, el estudio de contra fácticos y mundos constitucionalmente posibles presenta una modelación de circunstancias de estudio y resolución de controversias jurídicas a la luz de la función judicial. Presenta también un estudio relativo al constitucionalismo multinivel, en donde el concepto de control de convencionalidad orbita en la determinación del modelo constitucional presente en los estados modernos, y sintetiza la protección normativa de protección de los derechos humanos.

