

B Sección Entrevista

A propósito de la reciente visita del profesor Robert Alexy a Colombia*



<http://iusconstifil.blogspot.com/2010/09/derechos-fundamentales-y-argumentacion.html>

En esta sección el BADP incluye dos cortos fragmentos de entrevistas inéditas, concedidas por el profesor Robert Alexy en su más reciente viaje a Colombia durante el mes de octubre de 2011. Adicionalmente, se incluye una colaboración del profesor de la Universidad EAFIT, Leonardo García Jaramillo, en la que se presentan muy brevemente los aportes más significativos de la extensa obra alexyana. Las dos entrevistas tienen un valor extraordinario en tanto permiten conocer algunos aspectos del trabajo del autor alemán hasta ahora desconocidos; en tanto que el “mapeo” que nos presenta el profesor García Jaramillo contribuye a adquirir claridad acerca de los elementos centrales de la obra de Robert Alexy, no siempre bien leída y comprendida en nuestro entorno.

“El problema de la revisión judicial de constitucionalidad”

Robert Alexy

Fragmento del artículo inédito *Revisión judicial de constitucionalidad como representación argumentativa*, presentado en el VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá, 11 de octubre de 2011. Trad. de Leonardo García Jaramillo

La cuestión acerca de cómo puede justificarse el poder jurídico de un tribunal constitucional para anular actos del parlamento, es el asunto teórico central en el campo de la revisión judicial de constitucionalidad. Este asunto se relaciona con el problema perenne de la relación entre la revisión judicial de constitucionalidad y la democracia.

Hans Kelsen aborda la revisión judicial de constitucionalidad como una cuestión de la legalidad de la legislación. El parlamento está facultado por la Constitución, en tanto norma superior del sistema jurídico, a promulgar leyes, las cuales si no se profieren de acuerdo con las reglas procedimentales de la Constitución o no se adecuan a las restricciones constitucionales sustantivas, en particular a los derechos constitucionales, entonces tales leyes que pretenden entrar en vigencia, resultan inconstitucionales.¹

En esta situación el control judicial de constitucionalidad se dice que resulta indispensable para asegurar la “total obligatoriedad jurídica” [*volle Rechtsverbindlichkeit*]² que exige el “principio de la mayor legalidad posible” [*Prinzip möglicher Rechtsmäßigkeit*]³. Esta imagen de la revisión judicial es correcta, pero incompleta. No dice nada acerca de cómo se establece la inconstitucionalidad de una ley promulgada por el parlamento. Esto acarrea un serio problema, por lo cual la cuestión de la constitucionalidad será refutada en muchas oportunidades.

Dos cuestiones surgen en estas situaciones: una metodológica o de tipo teórico-argumentativo y una institucional. La cuestión metodológica es si, en casos de desacuerdo, tiene sentido intentar encontrar la mejor respuesta –una respuesta mejor, por ejemplo, que una

* El BADP agradece al profesor Leonardo García Jaramillo la cesión de los fragmentos de las entrevistas de Robert Alexy.

1. Hans Kelsen, ‘Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit’, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 5 (1929), 30-5.

2. *Ibid.*, 78.

3. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Berlin-Grünwald: Rothschild, 1931), 5.

obtenida al azar como lanzando una moneda—. La cuestión institucional es si es compatible con la democracia que a una corte constitucional le sean otorgados poderes para intentar conseguir esta respuesta. Mis reflexiones sobre estas cuestiones referirán a los derechos constitucionales, un campo donde se plantean con una urgencia especial los problemas del control constitucional.

Procederé en dos partes. En la primera parte presentaré la teoría de los principios como un modelo de argumentación constitucional. La segunda parte tratará la idea del control constitucional como “representación argumentativa” del pueblo. Mi tesis es que la revisión judicial de constitucionalidad está justificada, de una parte, sobre la base de la teoría de los principios y, de otra parte, sobre la base de la teoría de la representación argumentativa.

Fragmento de entrevista inédita a Robert Alexy, por Leonardo García Jaramillo (EAFIT), Vladimir Chorny y Paulina Barrera (UNAM)

Cuáles fueron los autores que mayormente le influenciaron en la edificación de su teoría

Cuando era estudiante mi principal profesor fue Günther Patzig, quien no sólo es uno de los especialistas más importantes en Aristóteles, en particular en silogística aristotélica, es decir, en el Aristóteles lógico, sino que también es una de las figuras más importantes que en el periodo de la segunda postguerra introdujo en Alemania la filosofía analítica. Esa fue la primera gran influencia que recibí en mi trabajo, la filosofía analítica.

La segunda gran influencia fue Jürgen Habermas, si bien es la contraparte de la filosofía analítica y ahora plantea objeciones a parte de mi teoría (risas), me ha influenciado mucho. He articulado en mi propio trabajo dos cosas que no se han articulado hasta ahora, a saber, lógica y teoría del discurso. Estas son las influencias filosóficas más importantes que he recibido.

En el derecho tuve por principal profesor a Ralf Dreier, quien fue además mi director de tesis doctoral y me inspiró en muchas ideas. Especialmente me introdujo a Hans Kelsen y Gustav Radbruch, quienes me han influenciado hasta ahora.

Y esa es mi respuesta a su pregunta.

Alexy mapeado

Leonardo García Jaramillo*

Como los grandes autores de nuestro tiempo (Habermas, Rawls...) Alexy ha escrito una obra voluminosa, erudita y a la cual se le adeuda tanto el resurgimiento de problemas clásicos, como la creación de originales cuestiones que han recibido atención global no sólo académica sino también doctrinaria y jurisprudencial. La teoría de Alexy puede sintetizarse correctamente desde la tesis de la doble naturaleza del derecho (*Theorie der Doppelnatur des Rechts*). La primera naturaleza del derecho es la real o fáctica que comporta los elementos definitorios del ordenamiento jurídico y la eficacia social. La segunda naturaleza del derecho es ideal o crítica, según la cual el derecho comporta necesariamente un ideal de corrección moral. La concepción “no-positivista de derecho” surge cuando dentro de los elementos necesarios del concepto de derecho, se agrega a la positividad la corrección moral.

La estructura y el contenido de esta concepción, cuya forma política es el constitucionalismo democrático, ha sido materia de desarrollo por parte del profesor germano desde su tesis de doctorado (*Teoría de la argumentación jurídica*), pasando por su habilitación profesoral (*Teoría*

de los derechos fundamentales), y terminando con sus trabajos recientes, en particular el epílogo a la teoría de los derechos fundamentales que escribió a propósito de la traducción al inglés de la teoría de los DD.FF.

Según la pretensión de corrección que necesariamente plantea el derecho, el contenido de cualquier acto jurídico no sólo debe corresponderse con la legalidad y la eficacia sino también su interpretación debe ser moralmente correcta. La teoría del discurso permite a Alexy contraargumentar a la objeción del irracionalismo hacia la pretensión de corrección, porque supuestamente si se refiere a la moral, sería tan sólo expresión de una ilusión.

Dos elementos son esenciales entonces en la delimitación de la estructura y el contenido de esta concepción de la doble naturaleza: corrección y discurso. La estructura de esta concepción está definida por dos niveles: el primero corresponde a los ideales de corrección y discurso, mientras que el segundo corresponde a los procedimientos jurídicos que permiten la toma de decisiones. “El derecho tiene que organizarse a través del derecho”, dice Alexy,

* Profesor de la Escuela de Ciencias y Humanidades y editor de la Revista Co-herencia de la Universidad EAFIT. Correo electrónico: lgarciaj@eafit.edu.co

por lo que la idea de positividad integra parte cardinal en la teoría que, desde la idealidad en forma de corrección y discurso, conduce a facticidad, en forma de legalidad y eficacia.

La fórmula de Radbruch, que en la versión abreviada que cita Alexy, dice: "La injusticia extrema no es derecho", articula el derecho con la moral sin exigir una concurrencia plena. El derecho positivo, aunque injusto, es válido. Sólo el traspaso de un margen de extrema injusticia hace que se pierdan las propiedades jurídicas de las normas. La vinculación interna entre positividad jurídica y corrección moral, sólo es posible desde el constitucionalismo democrático que está integrado por la revisión judicial de constitucionalidad, en tanto representación argumentativa, enmarcada por el respeto a la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales desde la teoría de los principios y concibiendo a la democracia, no ya como la mera agregación de preferencias de mayorías electoralmente organizadas, sino en tanto principio que vincula no sólo la representación sino también el respeto por las reglas de juego electoral, el sistema de frenos y contrapesos, el principio de igualdad, el goce efectivo de los derechos como función del Estado, los controles interinstitucionales entre las ramas del poder público y el presupuesto de que entre los poderes del Estado debe haber un equilibrio.

16

El influjo de esta teoría en Colombia no sólo se ha registrado en la jurisprudencia constitucional, sino también en la mentalidad de juristas, profesores y estudiantes para quienes no resultan ajenos ahora conceptos, doctrinas e instituciones judiciales como: (respecto de la Constitución) interpretación sistemática, naturaleza normativa, garantía jurisdiccional, fuerza vinculante y rigidez; y (respecto de los derechos fundamentales) contenido esencial y valor normativo pleno, efecto de irradiación hacia todo el ordenamiento jurídico; eficacia entre particulares; y ponderación como sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Procurar demostrar la relevancia de una teoría en la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales resulta de particular importancia en un contexto de nacientes comunidades académicas porque, como toda ciencia social, las teorías jurídicas aspiran a realizarse en la práctica. Autores como Alexy, Dworkin y Ferrajoli no escriben para que los profesores tengan material para dar clases ni para que pequeños grupos de especialistas comenten sus libros, sino para resolver problemas jurídicos reales. Permanentemente se encuentran entronques empíricos necesarios de tesis y doctrinas que, por muy abstractas que parezcan, tienen una, digamos, vocación de uso instrumental.

La recepción y difusión de la obra de Alexy en Colombia, y en particular su *Teoría de los derechos fundamentales*, responde a diversos factores. De un lado, la implementación

de la normatividad post-Constitución de 1991 exigió la atención hacia doctrinas de circulación transnacional para aprender formas de argumentación y test o planteamientos analíticos que, como el principio de proporcionalidad, asistan al tribunal constitucional en su tarea de aplicar los derechos fundamentales sin invadir la órbita funcional del legislativo, lo cual, más que deseable, resulta cardinal en una democracia constitucional porque una teoría del espacio libre del legislador permite una razonable separación de competencias entre los poderes judicial y legislativo.

Otro factor, que podría denominarse "coyuntural", responde al hecho de que la Corte Constitucional ha sido integrada, en distintos momentos, por profesores concedores de las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo que se estaban usando y enseñando en otros contextos como el estadounidense y el español. Magistrados titulares y auxiliares, ahora reconocidos como autoridades en materia constitucional, se formaron en universidades extranjeras y usaron los cánones del neoconstitucionalismo como fuentes primarias en sus investigaciones, por lo que en su labor de impartir justicia recurrieron a esas mismas fuentes como herramientas de interpretación y concreción de los postulados constitucionales progresistas.

La Constitución Política de la que estamos celebrando su 20 aniversario, es nuestra primera Constitución democrática. Institucionalizó el Estado Social de Derecho que, como modelo ideológico y fórmula política, cuenta con elementos básicos como el respeto a la dignidad humana (art. 1), la proclamación de principios de democracia, participación y pluralismo (art. 1), la atribución a la Constitución de carácter supremo (art. 4), la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5), el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales y sociales (tit. 2, caps. 1 y 2) y la garantía jurisdiccional de la Constitución (cap. 4).

En particular, la consagración de la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado (art. 2), ha tornado cardinales los problemas relacionados con la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales, porque la razón de ser del Estado aparato (i.e., la parte orgánica de la Constitución) no es otra que la garantía de los derechos (i.e., su parte dogmática). Las disposiciones iusfundamentales que establecen los derechos determinan límites formales y materiales a los poderes públicos, pero también a los privados. Las normas dogmáticas le determinan a las normas orgánicas, tanto lo que deben hacer, como lo que les está permitido hacer.

Esta posición explica por qué los problemas relativos al concepto, la estructura y la interpretación de los derechos fundamentales han ocupado un lugar sobresaliente en la jurisprudencia constitucional y en la dogmática del derecho público colombiano, desde la génesis misma de la jurisprudencia constitucional en 1992. Es por eso que la pregunta ¿dónde están consignados y explicados los

derechos fundamentales? no se puede responder haciendo referencia exclusiva al título respectivo de la Constitución, sino que deben referirse los numerosos volúmenes de jurisprudencia constitucional que en casi 20 años ha desarrollado la Corte Constitucional.

La obra de Alexy no sólo se ha receptado con prontitud y rigor en la academia colombiana, sino que ha contribuido a configurar el nuevo tipo de profesor, de juez constitucional y de estudiante que se demanda desde 1991. Es decir, no sólo se trata de una obra, como tantas otras en la literatura jurídica, que circula con agilidad en nuestras redes académicas, sino una de las pocas sobre las que puede decirse que la dogmática jurídica colombiana habla en muchos sentidos en clave de dogmática jurídica alexyana, muchas veces sin plena conciencia de ello – como el burgués gentilhomme de Molière que hablaba en prosa sin saberlo–.

La teoría de Alexy ha demostrado ser una influyente explicación no sólo de la naturaleza, sino también de la estructura de los derechos fundamentales. Conviene precisar los principales elementos que, a mi juicio, estructuran las teorías del profesor germano. Considerar evolucionado un ordenamiento jurídico implica reconocer que además de reglas está integrado por principios, característicamente identificados por los derechos fundamentales pero también por principios morales como libertad, igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia y dignidad humana, cuya incorporación constitucional ha implicado un desmoronamiento de las tradicionalmente sólidas fronteras entre el derecho, la moral y la política. La complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos reclama la presencia de la moral en el derecho. Dos ideas expresan la conexión necesaria entre el derecho y la moral, a saber, la argumentación jurídica y (su relación con la tesis del caso especial, es decir, la tesis conforme a la cual) el discurso jurídico como especie del discurso práctico general.

Al juez se le impone la utilización de herramientas como el principio de proporcionalidad. Los principios se conciben como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes, son por lo tanto mandatos de optimización. En tanto normas constitucionales, los principios pueden contar con los atributos de los enunciados normativos de derecho fundamental. Esta particularidad es importante para entender la diferencia entre norma directamente estatuida y norma adscripta.

En la consideración de los derechos fundamentales como principios, se encuentra implícita la prevalencia de la teoría externa de los derechos fundamentales. La teoría de los principios plasma la conexión interna entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, el cual asiste al tribunal constitucional en su tarea de aplicar los derechos fundamentales sin invadir la órbita funcional del legislativo. Una teoría del espacio libre del legislador que

permite una razonable separación de competencias entre los poderes judicial y legislativo, se estructura a partir de las dos concepciones recién mencionadas: desde la teoría de la argumentación, una teoría de los principios a partir de la cual se edifica la ponderación y se defiende su racionalidad; y desde la teoría de los derechos fundamentales, una teoría de los principios que articula los derechos fundamentales con el principio de proporcionalidad.

La “validez formal” y la “densidad normativa material” son las dos características de la Constitución que determinan, tanto la naturaleza como el alcance de los problemas que surgen por las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho ordinario. No resulta complejo analizar acerca de la validez formal de la Constitución colombiana porque, conforme a su artículo 4to, se trata de “la norma de normas”. Ello significa que la Constitución tiene validez formal en tanto norma jurídica y que, por tanto, es vinculante para todos los poderes públicos y para los particulares. La Constitución tiene validez formal también debido a la competencia asignada a la Corte Constitucional para resguardar su integridad y supremacía, controlando así esa vinculación en el desarrollo de sus funciones.

El revestimiento a la Constitución de la máxima “validez formal” comporta relativamente pocos problemas, toda vez que la “densidad normativa material” se determine con claridad. El Constituyente del 91 pretendió en algún sentido infructuosamente delimitar la densidad material que iban a adquirir las normas constitucionales respecto del ejercicio de la Corte, estableciendo en el artículo 241 que la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución se daría “en los estrictos y precisos términos de este artículo”, es decir, decidiendo sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad y sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente, etc., pero “sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

Desde el inicio mismo del ejercicio de la jurisdicción constitucional en 1992, hemos sido testigos de una expansión de los contenidos constitucionales materiales que se evidencia entre otros fenómenos en el reconocimiento de los principios como orientadores de la puesta en práctica de los derechos, la garantía a los clásicos derechos de libertad así como a los sociales en el marco de una economía libre pero solidaria de mercado, la vinculación de los tres poderes públicos a los derechos constitucionales fundamentales y la ubicuidad de los derechos respecto del derecho en general que los hace potencialmente relevantes en cualquier escenario jurídico. Dos características de nuestro sistema jurídico íntimamente relacionadas son explicativas del fenómeno de la expansión de los contenidos constitucionales materiales: la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales y los efectos extendidos de la tutela, para cuyo desarrollo dogmático y comprensión académica, ha resultado esencial la teoría de la doble naturaleza del derecho de Alexy.