

La ciencia del derecho en el estado constitucional

The science of law in the Constitutional State

Alejandro Matta Herrera*

* Abogado de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad del Rosario, candidato a Magíster en Teoría General del Derecho de la Universidad Nacional de Bogotá. Candidato a magíster en Teoría General del Derecho de la Universidad Nacional y candidato a magíster en Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Buenos Aires.

Recibido: 30 de octubre de 2012 | Aprobado: 8 de noviembre de 2012

Resumen

El propósito del presente artículo es exponer desde una perspectiva realista, cómo podría abordarse el conocimiento científico del Derecho de un Estado Constitucional. Para ese fin, se plantean algunos de los criterios más relevantes para definir ciencia, ciencia del derecho y estado constitucional. Para ello, advierte sobre el valor protagónico de los jueces en un estado constitucional y la consecuente generación de un conflicto por las fuentes del Derecho. Finalmente, se resaltan las dificultades que se presentan al pretender realizar ciencia del derecho en los estados constitucionales desde la citada perspectiva.

Palabras Claves

Ciencia, ciencia del derecho, verificación empírica, estado constitucional, jueces constitucionales, realismo jurídico, derechos humanos, fuentes del derecho, ontología, gnoseología, metaética.

Abstract

The purpose of this paper is to present from a realistic perspective how a scientific knowledge could be reached in a state of constitutional law. For this purpose, the author advises about the value of starring judges in a constitutional state and the generation of a conflict over the sources of law. Finally, the article highlights the difficulties that arise when we are trying to achive science in a constitutional state of law from this perspective.

KeyWords

Science, science of law, empirical verification, Constitutional State, constitutional judges, legal realism, human rights, sources of law, ontology, epistemology, metaethics.

La ciencia del Derecho en un Estado constitucional

Advertencia preliminar

El presente escrito no pretende ofrecer de forma exhaustiva un panorama sobre cada uno de los

aspectos relacionados tanto con el significado que hoy se da al concepto de "Estado constitucional" como al de "Ciencia jurídica". Tiene propósitos más modestos. Se centra en las características que se han considerado relevantes en cada uno de ellos para así lograr un breve acercamiento a ambos términos. Con base en lo

anterior, se realizarán algunas observaciones y advertencias sobre su relación, para concluir algunas hipótesis sobre la compleja labor jurídica en un Estado que profesa un compromiso por los Derechos Humanos.

Enfoque y herramientas de desarrollo

Como se observa en la bibliografía disponible en diversas fuentes, es abundante el material sobre la posibilidad de realizar ciencia del derecho. (Kirchmann, 1949; Wolf, 1962; Nino, 1989). La discusión no es pacífica y no parece estar cerca un acuerdo definitivo.

En este sentido, siguiendo de cerca las sugerencias metodológicas de la Filosofía Analítica (Guibourg, Ghigliani, Guarinoni, 1985.), estimo que el estudio de las ciencias y de la realidad, debe estar marcado por un acento especial en el lenguaje, lo que permite una explicación más aproximada de los criterios que usamos para determinar el significado que damos a los términos Ciencia, Derecho, Derecho Humanos, entre otros.

De conformidad con lo anterior, el concepto de ciencia que asumo está marcado por unos criterios que apelan por la observación empírica, el descubrimiento de hechos particulares que luego lleven a la generalización, la comunicación y posibilidad de verificación o refutación de esas hipótesis generales, así como la predicción más o menos certera de ciertos hechos o acontecimientos. De igual forma, dentro del concepto de ciencia comprendo las ciencias formales debido a su importancia para explicar determinados fenómenos empíricos.

Las ciencias sociales hacen parte de aquel gran segmento que se denomina como ciencias em-

píricas y es desde allí, donde se sugiere debe intentarse un estudio del Derecho que pretenda ser, no sólo coherente, sino que esté relacionado con esa porción de la realidad que tiene influencia de las normas jurídicas.

Entiendo que asumir la anterior posición implica, sin duda alguna, grandes consecuencias para lo que con posterioridad indicaré sobre el concepto de ciencia del derecho. Provisionalmente, y en aras de la claridad, no asumo que el Derecho, como objeto de estudio, pueda comprenderse como un sistema Normativo (Alchourrón y Bulygin, 1975) y coherente que deba ser reflexionado desde una óptica positivista normativa, sino que apela a una visión empírica sobre las conductas que se presentan en torno a la producción y aplicación del Derecho. Adhiero, pues, a una visión realista del Derecho (Olivecrona, 1962).

En este sentido, y siguiendo algunas de las ideas expresadas, la acalorada discusión, creo yo, se evidencia aun más cuando se pretende hacer ciencia del derecho en un Estado que se auto reconoce como abanderado de los Derechos Humanos¹ (tendencia hegemónica en el Mundo contemporáneo), al estipularlos como principios jurídicos en las Constituciones, lo que conlleva el reconocimiento de una relación entre Derecho y Moral, e invita a que se reivindique un papel creativo al juez constitucional, superando la idea que le asignaba una función exclusivamente cognoscitiva.

La tentativa esta en hacer una ciencia del derecho sobre lo que algunos teóricos quisieran fueran las relaciones internas y externas entre las normas y conceptos que se presentan en un Estado Constitucional, con el riesgo que se torne en una reflexión que pueda terminar en

¹ Algunas discusiones relevantes en torno al concepto de Estado constitucional y ciencia del derecho, están relacionados con la dificultad ontológica y gnoseológica de los principios (Derechos humanos), por lo que considero mucho más fuerte la discusión científica en dicho marco conceptual.

la abstracción² sobre los aspectos valorativos y normativos de ese sistema; o una Ciencia que apele a las relaciones verificables empíricamente y ayude a entender el Estado Constitucional en torno a ellas. Me inclino por la segunda opción.

De acuerdo con las breves precisiones descriptas anteriormente, en el presente escrito el propósito es advertir, resaltar y cuestionar brevemente las dificultades que se presentan al pretender realizar ciencia del derecho en los estados constitucionales. Para ello, procederé de la siguiente forma:

- 1) Sucinta descripción de lo que se entiende por el término "Estado Constitucional"
- 2) Relación derecho y moral en un estado constitucional
- 3) El papel de los principios y el juez constitucional
- 4) Ciencia del derecho en un estado constitucional y
- 5) Conclusiones e hipótesis.

Breve descripción del Estado Constitucional.

El estudio del Derecho, en mi sentir, ha estado marcado por una disputa por describir lo que acontece con las relaciones que se presentan con las normas y en torno a ellas, dicha discusión ha llevado consigo una confusión a los doctrinantes entre lo que en efecto sucede con

el "fenómeno Jurídico" y lo que quisieran que fuera el mismo.

Realizada esta advertencia, en la que profundizaré más adelante, la teoría que se expone, obedece a una tendencia que, desde sus orígenes, prestó especial atención a la faceta de adjudicación del derecho. En este sentido, se pretendía ofrecer nuevas categorías conceptuales para describir como los operadores jurídicos no hacían uso exclusivamente de una operación cognoscitiva de la norma y una aplicación formal o silogística de la misma, sino que acudían a criterios extra jurídicos (morales) para resolver los conflictos surgidos en determinada sociedad.

No obstante lo anterior, precisamente al pretender realizar dicha descripción, se sumaron ciertos elementos que superaban su faceta descriptiva y pasaron a prescribir algunas ideas sobre lo que quisieran que fuera un sistema que funda su legalidad y legitimidad en el respeto de los Derechos Humanos.

Algunos doctrinantes de mediados del siglo XX, lanzaron una cruzada que propugnaba por un cambio de paradigma en la concepción del Derecho. En este camino, emergieron distintas teorías que ofrecieron diversas características sobre lo que debe entenderse por Estado Constitucional.

Dichas teorías han pretendido poner de presente su preocupación por incluir en la validez del derecho algunos contenidos materiales, esto es, los Derechos Humanos³. El auge de esta co-

² En ningún momento quiero restarle importancia a la reflexión en torno al significado de los valores y principios, menos aun, al estudio sobre la estructura de las normas, así como su adecuada forma de formalizar las decisiones legislativas. Sin embargo, estimo que dicho estudio tiene un grado más de abstracción, si se me permite, meta teórico, que, a mi juicio, se aleja de la descripción de lo que acontece en torno a lo que se conoce por Derecho.

³ Quisiera advertir que la explicación, justificación o determinación de lo que se entiende por Derechos Humanos (Estatuto Ontológico y su Epistemología) tiene muchas corrientes de pensamiento. Por nombrar algunas posturas, se recuerda que hay una fundamentación desde el iusnaturalismo teológico, pasando por ideas iusnaturalistas racionalistas, luego constructivistas y recientemente críticas. Una descripción de cada una de ellas supera el propósito de este escrito. Basta con tener presente la discusión sobre el estatuto ontológico que cada una de estas escuelas le asigna a los derechos humanos, resaltando que la más hegemónica en el "Estado Constitucional" es el constructivismo ético, la cual es observada con mirada crítica desde la Metaética de corte analítico.

riente se presentó, entre otras circunstancias, ante los devastadores hechos ocurridos en las Guerras Mundiales (Europa), y posteriormente fue impulsado, por recordar algunas situaciones, en Centro y Sur America, Asia y África como reacción a las atrocidades cometidas en las dictaduras militares, situaciones coloniales y como estrategia para superar la lamentable exclusión social a la que han sido sometidos muchos habitantes de nuestros países.

Estas preocupaciones fueron recogidas en diversos instrumentos internacionales una vez creada la Organización de Naciones Unidas y generaron una deliberación entorno a las exigencias que debía reunir cualquier estado que pretendiera pertenecer y ser reconocido en la comunidad Internacional.

Dicha corriente de pensamiento con sus diversas vertientes, no puede ser desconocida hoy en día, y es un hecho evidente el tránsito de muchos estados hacia éste modelo institucional. De forma explícita pueden enunciarse como ejemplos de dicho Modelo Constitucional, Alemania, Italia, España, India, Ecuador, Perú, Colombia, entre otros.

Son comunes en los citados Estados las siguientes características: Relación entre derecho y moral; reconocimiento de la Constitución como norma jurídica; derechos humanos como principios jurídicos; acciones judiciales encaminadas a garantizar la jerarquía y contenido de la Constitución; el reconocimiento de un papel activo del juez en la delimitación del contenido del Derecho, entre otras.

Relación entre Derecho y Moral

Los autores que han explicado este reciente modelo Constitucional, han expresado cierta

preocupación por las consecuencias negativas que se producen, según ellos, en la aplicación del Derecho desde un modelo silogístico o deductivo, propio de la corriente positivista-normativa.

Advierten sobre la ambigüedad y vaguedad del lenguaje, la imposibilidad de prever legislativamente todas las conductas relevantes para un estado y la necesidad de reconocer al juez una labor relativamente discrecional para resolver los vacíos e imprecisiones de las normas jurídicas, con base en los principios constitucionales. Ello trae como consecuencia que una vez se reconocen los derechos humanos como normas jurídicas se presenta una relación entre el derecho y la moral.

En este sentido, advierte el profesor García Figueroa (2009), que la Moral a que se hace referencia en éste Estado Constitucional, es aquella que se encuadra en un constructivismo ético (Barbarosch, 2011), en el cual las sociedades plurales, con diversas cosmovisiones, han plasmado durante la historia ciertas construcciones que ayudan a establecer juicios de valor sobre las prácticas jurídicas⁴. Se trata, al menos, en palabras del citado autor, de encontrar un punto que supere la discusión entre Iuspositivistas e Iusnaturalistas.

Ahora, sobre la enunciada relación, Gustavo Zagrebelsky (2005), quien otrora fuera Presidente del Tribunal Constitucional Italiano, indica que un Estado Constitucional implica una reconceptualización del significado que se le asigna al Derecho más profunda que la propuesta por el formalismo y positivismo jurídico en su momento, por cuanto la realización de los derechos como expresión de justicia toman mayor importancia, sin desaparecer los axiomas positivistas de certeza y la predictibilidad, pero ahora con una ca-

⁴ Son varias las corrientes que hacen referencia al constructivismo ético y no todas coinciden en su Fundamentación. Algunas referencias importantes son Jhon Rawls, Carlos Santiago Nino, David Brink, entre otros.

racterística de ductilidad que le resta su carácter absoluto. Dicha propuesta sugiere una modificación profunda respecto de la separación entre Derecho y Moral.

Agrega que en un estado constitucional, las reglas jurídicas, si bien guardan una estructura de silogismo, ahora se encuentran sometidas a una relación de adecuación con los derechos constitucionales (Principios jurídicos), por lo que para garantizar esa adecuación se requiere una labor más activa de los operadores jurídicos.

En el mismo sentido, Ferrajoli (2008) manifiesta que el estado constitucional se explica por la rigidez de la Constitución y la garantía de su supremacía. Lo anterior, permite consolidar los derechos fundamentales como normas jurídicas que sujetan a todos los poderes públicos, incluso al poder legislativo que, en el Estado decimonónico, ostentaba una posición privilegiada como fuente suprema y única en la creación del derecho.

En conclusión, puede afirmarse que el Estado Constitucional envuelve la consolidación de la Constitución como una norma jurídica, y por tanto, de todos los enunciados contenidos en ellas (Derechos Constitucionales); en este sentido, hace exigible su contenido respecto de todas las ramas del poder público.⁵

El papel de los principios y el Juez Constitucional

La garantía del carácter jurídico y supremo de la Constitución (Gozaíni, 2006), así como los principios en ella contenida, según los teóricos del citado Modelo, va acompañada de la creación de acciones constitucionales que permiten conservar dicha cualidad⁶, razón por la cual se

propone conjuntamente la creación de Tribunales Constitucionales (Control Concentrado) que resuelvan las citadas acciones o la asignación de funciones de control constitucional a los Jueces Ordinarios (Control difuso) (Aragón, 2007).

En este sentido, el profesor Manuel Atienza (2005, p.78) sostiene que el reconocimiento de los principios como normas jurídicas y la creación de jueces constitucionales llevan consigo una modificación en el razonamiento judicial. En este camino, el citado autor indica que las tendencias jurídicas que explican la forma como deben justificarse- motivar- las sentencias que resuelvan las acciones que pretenden mantener la supremacía de la Constitución, se enmarcan en aquella forma de ver el "Derecho como argumentación". Ellas proponen, en síntesis, prescribir la forma como han de tomarse las decisiones judiciales en un Estado en el cual se reconocen los derechos fundamentales como normas-principios, y que propenden por su realización fáctica y jurídica.

En dicho contexto, se sugiere un cambio de posición del juez en relación con el Derecho y su forma de aplicación, pues no sólo, deberá limitarse a la aplicación formal del silogismo jurídico contenido en la Ley, sino que implica una apertura a nuevas formas jurídicas, es decir, nuevas estrategias de justificación o motivación judicial, que permitan la realización de los derechos constitucionales, bajo el supuesto de evitar la arbitrariedad y el desconocimiento de las normas jurídicas.

Por lo anterior, sugieren que es necesaria la aplicación de métodos que busquen no sólo facilitar la aplicación de estas nuevas formas jurídicas, sino controlar de forma racional el ejercicio de la función jurisdiccional.

⁵ Algunos sostienen que la obligatoriedad de la constitución se extiende al poder económico. Ver por ejemplo a FERRAJOLI, Luigi, La democracia constitucional, en Democracia y Garantismo, Madrid, Editorial Trotta, 2008, Págs. 25 a 59.

⁶ Sobre el control constitucional existen diversas posiciones y sistemas, para el efecto, algunos asignan un control previo o posterior de las leyes y los actos jurídicos, otros lo hacen de forma concentrada o difusa, entre tanto, otros sistemas integran los anteriores mecanismos.



Es así como, la aplicación de principios, por medio de la ponderación, test de razonabilidad, entre otros, pretende servir no sólo como mecanismo de aplicación, sino como garantía para controlar la motivación del juez que utiliza para tomar determinada decisión. (Aarnio, 2000)

Sobre la ponderación, Alexy (2002, p.89) explica que las colisiones entre principios se resuelven de forma totalmente distinta a las reglas jurídicas, esto es, a las normas que guardan un estructura silogística, pues mientras las reglas ante una contradicción entre ellas, deben resolverse con una cláusula de excepción o declarando inválida una de ellas, en los principios, ninguna de ellos es declarado inválido, sino que se establece que, bajo ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, uno prevalece sobre el otro.

Por ello, sólo en la resolución de los casos concretos es donde los principios adquieren un mayor peso, pero solo frente al caso, pues posteriormente y para otro caso, el que tuvo menos peso, puede tener uno mayor.

Ahora, sobre el papel de garantía de la supremacía de la Constitución recuerda García Belaúnde (2001) que, inclusive en Estados Unidos de América, desde la famosa sentencia del juez Marshall, durante el Gobierno de Thomas Jefferson, en el caso de "Marbury vs Madison" (24 de febrero de 1803), se debatió sobre el control judicial para garantizar la adecuación de la ley respecto de la Constitución.

La garantía de dicha supremacía, como se expresó anteriormente, implica que desde el punto de vista de la vinculación normativa al texto fundamental, los poderes públicos se encuentran sometidos a las normas constitucionales. Por tal razón, inclusive los jueces, cualquiera sea su área, se ven sometidos al imperio de la Constitución y, consecuentemente, deben adecuar todas sus actuaciones a garantizar la supremacía de la misma.

En esta misma línea, Giancarlo Rolla (2002) con-

sidera que los medios de control judicial, están enfocados a que se fiscalice el ejercicio del poder público, por medio de parámetros normativos, que en todo caso, en un estado Constitucional, estarán integrados por las normas jurídicas, sean reglas o principios.

Recuento de los supuestos de un Estado Constitucional

Las anteriores ideas no han quedado como una simple proclama intelectual o de política internacional, pues como se enunció brevemente en apartes anteriores, muchos Estados adoptaron éstas ideas, por lo que se puede verificar que existen sistemas jurídicos que han implementado éste modelo de Estado.

Dicha constatación empírica, sugiere la importancia de realizar una reflexión sobre las hipótesis que pueden encontrarse en estos Estados, es decir un diagnóstico sobre sus relaciones internas, externas y las consecuencias que se han presentado en su implementación.

Finalmente afirmemos que, al trasladarse dicha preocupación a los esquemas Estatales adoptados a partir de entonces, puede concluirse de forma provisional que ésta nueva dinámica constitucional viene caracterizada por el concepto de constitucionalización del derecho (Carbonell, 2005) que implica:

Una (i)*Constitución rígida* en cuanto a la inmodificabilidad de determinadas materias constitucionales cómo los derechos constitucionales fundamentales cuando sea para disminuirlos; la (ii)*garantía jurisdiccional de la Constitución*, es decir la existencia de un órgano jurisdiccional que garantice la supremacía e integridad de la Constitución; (iii)*la fuerza vinculante de la Constitución*, al expresarse que la misma es una norma jurídica, con todas las consecuencias que acarrea esta concepción; (iv)*la aplicación directa de la Constitución*, independiente de su desarrollo legislativo; (v) *reinterpretación de la Constitución*, es decir asumir la existencia de normas implícitas, donde

es posible derivar una posición jurídica exigible judicialmente a través de una argumentación jurídica que implique la unión de una red de enunciados normativos (Arango, 2005); (vi) la interpretación conforme a la Constitución de las leyes, que hace referencia a que la interpretación que se hace de la ley debe desarrollar el sentido y finalidades constitucionales, de lo contrario se estaría socavando la vigencia normativa de la Constitución y por supuesto su supremacía en el ordenamiento jurídico y por último; (vii) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, donde todo tipo de relaciones políticas entre los diferentes componentes de la sociedad están encaminadas a realizar la constitución, hacerla un Derecho viviente entre los ciudadanos.

La ciencia del Derecho en un Estado Constitucional

La Ciencia en general

La discusión sobre el significado que se le da a la palabra "ciencia" es un tema controvertido y difícil de ser zanjado. Su alto contenido emotivo (Nino, 1989), así como su ambigüedad y vaguedad son obstáculos epistemológicos para la ciencia del derecho. El propósito de este capítulo no será entonces revivir la discusión y mucho menos resolverla. Lo importante es resaltar los aspectos más relevantes que permitan afirmar que es posible hacer ciencia del derecho bajo ciertas hipótesis.

Las sugerencias más aceptadas admiten que es posible realizar ciencia del derecho, cuando se asume por parte de los sujetos que llevan a cabo la reflexión sobre el derecho, que es posible describir con cierto grado de certeza determinado ordenamiento jurídico, descripción que tiene por objeto resaltar los aspectos relevantes, trazar posibles hipótesis y buscar comprobaciones en la práctica jurídica. El asunto medular, es si las hipótesis que se trazan se fundaran en la observación de la realidad o exclusivamente en lo

que disponen las normas y los valores que las rodean.

En ese sentido es preciso recordar que si bien es cierto que ha sido derribada la pretensión de infalibilidad de las "leyes Generales" postuladas por las ciencias naturales y su método inductivo (Gaymonat, 1994) ha sido atenuado, ello no puede entenderse como una apertura a que las ciencias sociales renuncien a la observación como camino fundamental para establecer las relaciones verificables empíricamente con ocasión de las normas jurídicas. En este sentido es menester advertir que el autor señalado –Gaymonat–, indica que las proposiciones que se trazan en la actividad científica no deben estar alejadas de los datos empíricos.

Por ello, siguiendo dichas recomendaciones es que estimo que la ciencia del derecho debe inclinarse hacia el estudio de las conductas desplegadas con ocasión de las órdenes impartidas por las normas. Una ciencia del derecho debería reflexionar sobre las relaciones entre los grupos de poder (desde lo individual y colectivo, desde lo hegemónico y contra-hegemónico, desde su creación, hasta su aplicación) y las normas. Una Ciencia que renuncie a la descripción de estas relaciones estaría ahondando en un camino teórico o meta-teórico que no tendría la utilidad de comprender un determinado sistema jurídico y se alejaría del legado que se observa en la historia de la Ciencia (Klimovsky, 2001), esto es, la posibilidad de comprender el mundo, en este caso, una porción de él, que está fuertemente influenciado por el lenguaje dispuesto en las normas jurídicas.

Entiendo la ciencia como una herramienta que si bien puede ser falible, ofrece parámetros racionales que permitan distinguir cuando las proporciones acerca de la realidad se acercan en mayor medida a ella. Los métodos que utiliza la ciencia, esto es, la observación y la eventual sistematización por medio de sistemas formales, son útiles para comprender la realidad y expli-

car de forma tal que cualquier otro sujeto pueda posteriormente, en condiciones similares, reproducirlos y determinar la verdad o falsedad de las proposiciones.

Ello indica que me sumo a la idea de ciencia que la entiende como herramienta que permite construir un conocimiento general, esto es, que parte de hechos particulares y regulares para luego trazar hipótesis generales que sirvan para describir una porción de la realidad. (Guibourg y otros, 1985)

Dichas proposiciones generales expresadas por los científicos, deben ser comunicadas (Bunge, 1985, p. 22), por ello comparto la idea de que la ciencia se caracteriza por tener un aspecto público, pues debe estar a disposición de otros científicos para que refuten o prueben las proposiciones científicas, bien sea por pruebas formales o verificación empírica.

De igual forma, estimo como característica de la ciencia su capacidad de predecir ciertos fenómenos, debido a que permite comprenderlo y explicarlos.

La Ciencia del Derecho

Por lo anterior, considero que la práctica o ejercicio hegemónico del derecho dista de ser científico. En el ejercicio del Derecho se encuentra de forma reiterada diversas concepciones sobre lo que expresa formalmente el Derecho, la forma en que consideran debe ser aplicado y la manera en que se le asignan determinadas finalidades.

Ello parece indicar que la labor de los juristas parece una disputa sobre lo que les gustaría que expresaran las normas. En la práctica jurídico-académica no se ofrece, salvo en contados casos, una explicación de lo que ocurre en realidad frente a las normas y las relaciones con los grupos que influyen en la creación, aplicación e interpretación de las mismas.

Lo que se observa de la práctica jurídico-acadé-

mica es una serie de proposiciones prescriptivas entre sujetos de las más diversas corrientes de pensamiento que predicen distintas teorías muy coherentes, sistemáticas o modernas sobre lo que ellos consideran que debería ser el derecho. Sin embargo, desde mi perspectiva, no describen la realidad del Derecho.

Por ello, es importante resaltar que la actividad de algunos doctrinantes jurídicos se presenta de forma similar que en el ejercicio profesional, pues se escribe desde la perspectiva de lo que consideran debería postular las normas jurídicas. En este camino, su actividad no apela a la observación directa de la realidad y por ello no describen las múltiples relaciones que se presentan en torno al derecho.

Ahora, sobre la tentativa de un conocimiento del derecho desde una mirada realista, es preciso señalar que no cuenta solamente con las barreras señaladas, sino también con algunas dificultades que provienen de obstáculos ontológicos y epistemológicos, es decir, por algo que podría enunciarse como la inexistencia de algo tal como un "hecho jurídico" y la consecuente dificultad de delimitar, entonces, el objeto de estudio. Dicha idea hace referencia a la dificultad sobre la decisión de la porción de la realidad que será objeto de estudio de un conocimiento del Derecho, esto es, el juicio de relevancia que orientara dicha selección.

No obstante las anteriores dificultades señaladas, considero que un conocimiento útil sería realizar una observación de las relaciones que se presentan entre el poder y los que dispone el Derecho. El poder de grupos hegemónicos y contra-hegemónicos, y su influencia en la creación, formación y aplicación de los enunciados del Derecho. Buscando establecer, entre otras cosas, la forma como el Derecho motiva ciertas conductas de acuerdo a su contenido lingüístico.

En este sentido, aun cuando sea de una orilla diversa, buen camino nos sugería el profesor Mi-

chael Foucault (2001), cuando invitaba a que la reflexión en torno al Derecho se presentara de una forma en la que se apartara el discurso jurídico formal, y:

...más que orientar la investigación sobre el poder por el lado del edificio jurídico de la soberanía, por el lado de los aparatos de Estado y las ideologías que lo acompañan, creo que el análisis del poder debe encauzarse hacia la dominación... (p, 42)

En consecuencia, comparto la tesis que sugiere que para lograr algún tipo de conocimiento jurídico, debe realizarse una descripción de los fenómenos y conductas motivadas por las proposiciones contenidas en las normas jurídicas. Es decir, promover un conocimiento no desde lo que nos gustaría que expresara el Derecho, sino desde lo que en efecto acontece.

De tal forma que podrían observarse las relaciones de poder entre los grupos económicos y las leyes de relevancia económica. Entre los medios de comunicación y las leyes que los regulan. De igual forma, de las distintas concepciones de justicia (Metaética) y las normas constitucionales y legales, para lograr rastrear la relación entre las mismas y la forma en que se plasman y aplican las normas jurídicas. Ello facilitaría establecer hechos particulares y regulares que permitan eventualmente trazar hipótesis generales que puedan ser constatadas por cualquier sujeto que se encuentre en las mismas condiciones y así predecir estados de cosas relacionados con el Derecho.

Con lo anterior quiero decir que para tener un conocimiento científico del derecho no es posible acudir exclusivamente a las normas, sino a los fenómenos sociales, económicos y subjetivos que las proposiciones normativas motivan.

La ciencia del Derecho en un Estado Constitucional

De acuerdo con lo anterior, la ciencia del Derecho en un Estado Constitucional debe tener

el cuidado de intentar explicar los fenómenos y relaciones que se presentan en torno a la constitucionalización del Derecho y su relación con los grupos de poder que influyen en él.

Si en un estado Legislativo o decimonónico el poder creativo del derecho radica en el Congreso, en un Estado constitucional se reestructuran las relaciones entre los grupos influyentes en el ejercicio del Poder y se traslada al Juez una influencia notable, adquiriendo grandes competencias e influencias en la delimitación del Derecho. En este contexto, se observa que una Ciencia del Derecho en un Estado Constitucional tendría que dar cuenta de las relaciones entre los distintos grupos que luchan por las fuentes del Derecho.

En este sentido, al hacerse descripciones del derecho en un Estado Constitucional se está frente al reto de entender las relaciones entre grupos de poder que reclaman por el reconocimiento los Derechos Humanos, el reconocimiento de los mismos de forma jurídica y su paradójica forma de realización (Douzinas, 2008) por medio de normas abstractas con complejas herramientas de aplicación.

Es apelando a la relación empírica y verificable que eventualmente podrán trazarse hipótesis generales sobre el acontecer jurídico.

Por ello, sí se establece en el ordenamiento jurídico, los Derechos Humanos con una estructura jurídica que no corresponde a las reglas jurídicas, la aplicación de dichas acarrea una fuerte intervención del juez constitucional que supera el modelo deductivo silogístico propugnado en los postulados del Estado legislativo, creando una pugna por los órganos competentes para crear Derecho. En este Estado sería interesante advertir como el denominado "Lobby Legislativo", se tornaría en un "Lobby Judicial".

Si un Estado reconoce un modelo constitucional entonces los jueces constitucionales tendrán una labor creativa en la aplicación del derecho,

ello permite trazar una hipótesis. En todo Estado en que se establezcan normas constitucionales con textura abierta se restringe la hegemonía del poder legislativo y se aumenta el de los jueces.

En consecuencia, si los jueces tienen una labor creativa, en la que los vacíos del derecho son resueltos ex post por el juez, entonces parece que es necesario reconocer que en dicho estado existirá una fuerte pugna entre Congresistas y jueces por la delimitación del contenido del Derecho.

Esta situación puede acarrear un fortalecimiento del poder judicial, y el traslado de la presión de los diversos grupos de poder sobre los jueces, se podría prever que si existe una relación entre los grupos de poder hegemónicos y la creación del derecho, los gremios se centraran en acercarse más a los jueces.

La ambigüedad que se señaló como obstáculo para la aplicación del derecho, es mucho mas profunda en los estados Constitucionales, debido a la estructura de los derechos humanos, que son normas jurídicas de textura abierta y no prevén una forma precisa de aplicación, así que la ambigüedad se ve profundizada. A lo anterior, se suma la dificultad ontológica y epistémica sobre los Derechos humanos.

Conclusiones y algunas hipótesis.

De acuerdo con lo expuesto, es preciso concluir que la ciencia jurídica es relativa y específica a un Estado y al modelo jurídico en el reconocido, por lo que las hipótesis y leyes causales que puedan encontrarse en ellas son específicas para ese Estado y en ningún momento pueden ser consideradas como absolutas y universales. Lo anterior sin perjuicio de que en Sistemas jurídicos Supra y Transnacionales pueda realizarse estudios similares al nivel Local.

La propuesta consiste entonces en que para hacer Ciencia del Derecho, se debe elegir una porción de la realidad, preferiblemente, guiada u

orientado por un centro de producción jurídica, lo que nos lleva a la organización Estatal u Supra estatal.

Un ejemplo sobre este enfoque, podría mostrar como seria útil entonces, para comprender el Derecho y eventualmente trazar hipótesis generales, estudiar las preferencias ideológicas y morales de los jueces en las corporaciones colegiadas, para establecer las relaciones entre las diferentes posiciones meta-éticas en una Alta Corte Judicial y los fallos judiciales. (Kennedy,2010) En este camino, podría predecirse con cierto grado de probabilidad la forma en que pueden ser resueltos temas como la Eutanasia, la Interrupción Voluntaria del Embarazo, el matrimonio igualitario, entre otros.

Así, considero que se podrá descubrir, encontrar regularidades y trazar hipótesis generales, sobre la relación entre los grupos de poder hegemónicos y contra-hegemónicos, religiosos, políticos y las normas promulgadas sobre el ejercicio de los Derechos Humanos y su respeto en un Estado Constitucional.

La pretensión de hacer Ciencia del Derecho, debe procurar seguir la historia de lo que se ha designado como ciencia, renunciando a toda concepción metafísica o en grados de abstracción muy elevados sobre lo que nos gustaría que prescribiera el Derecho, y con ello, entonces, centrándose en las relaciones empíricas que se presentan en un Estado Determinado.

De una observación de las relaciones de poder que influyen en la creación, aplicación y teorización del derecho podría establecerse como obedecen a factores y relaciones de poderes hegemónicos.

Eso considero yo que debe hacer una reflexión del derecho que pretenda ser científica. Observar las relaciones de poder, hegemónicos y contrahegemónicos, encontrar hechos particulares, que sean regulares y luego proponer hipótesis que, como en toda ciencia, puedan ser falseables. (Popper,1994)

Referencias

- Aarnio, A. (2000). Reglas y principios en el razonamiento jurídico. Conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho en la Universidad de la Coruña el 24 de marzo de 2000. Recuperado en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf>
- Alchourrón, C E. y Bulygin, E. (1975). Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Versión en español de los autores, Buenos Aires: Astrea. Título original: Normative Systems, Wien-New York, Springer Verlag, 1971.
- Alexy, R (2002). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aragón Reyes, M (2009). La constitución como paradigma. En "Estudios de derecho constitucional". Madrid: Centro de estudios políticos y Constitucionales.
- Arango, R. (2005). El Concepto de los derechos sociales fundamentales. Bogotá: Ed Legis.
- Atienza M y Ferrajoli, L (2005). Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho. México DF: Editorial de Universidad Nacional Autónoma de México.
- Barbarosch, E. (2011) Teorías de la Justicia y la Metaética Contemporánea. Buenos Aires: Facultad de Derecho-UBA. LA LEY. 1ª edición, 1ª reimpresión 2011.
- Bunge, M. (1985). La ciencia: su método y filosofía. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte.
- Carbonell, M (2005) en el prólogo al libro de Gustavo Zagrebelsky. Historia y Constitución. México DF: Ed Trotta.
- Douzinas, C (2008). El fin de los Derechos humanos. Colombia: Primera Edición en Español, Legis Editores, Universidad de Antioquia.
- Ferrajoli, L. (2008). Democracia constitucional. En Democracia y Garantismo. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- Foucault, M. (2001). Defender la Sociedad. En Curso en el College de France (1975-1976), Fondo del Cultura Económica. Segunda Reimpresión 2001.
- García Belaunde, D. (2001). Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: Editorial Temis.
- García Figueroa, A. (2009). Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los Derechos. Madrid: Editorial Trotta.
- Geymonat, L. (1994). El pensamiento científico. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. –Eudeba- Décimo cuarta edición.
- Gozaíni, O. (2006). Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Guibourg, R y Ghigliani, A y Guarinoni, R. (1985) Introducción al conocimiento científico. Buenos Aires: Eudeba.
- Kennedy, D. (2010). Izquierda y Derecho, Ensayos de Teoría jurídica Crítica. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Klimovsky, G. (2001). Las desventuras del conocimiento científico, Una introducción a la epistemología. Buenos Aires: 5ª Edición, AZ Editorial.
- Nino, C. (1989). Consideraciones sobre la dogmática jurídica. México D.F : Universidad Nacional Autónoma de México.
- Olivecrona, K. (1962). Lenguaje jurídico y realidad. México DF: 1ª ed., Fontamara, 1991



(Primera publicación incluida en Ensayos de Teoría General del Derecho. en honor de Roscoe Pound, en el año 1962), traducción de Ernesto Garzón Valdés.

Popper, K (1994). Conjeturas y refutaciones. Barcelona: Editorial Paidós.

Rolla, G. (2002). Derechos Fundamentales, Estado Democrático y justicia constitucional. México: UNAM.

Vernengo, R. (1994). Curso de Teoría General del derecho. Buenos Aires: Editorial Depal-

ma. 4ª Reimpresión de la 2ª Edición. 1995

Von Kirchmann, J. (1949). El carácter a-científico de la llamada ciencia del Derecho. En "La ciencia del Derecho". Buenos Aires: Editorial Losada.

Wolf, E. (1962). El carácter problemático y necesario del Derecho. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Zagrebelsky, G. (2005). Derecho Dúctil. Ley, derechos y justicia. Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta. 6ª Edición.

