



EL ABOGADO: ENTRE EL ESTADO DE DERECHO LEGAL Y EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Jaime Araujo Frias¹

Fecha de publicación: 01/10/2014

Sumario: 1. Introducción. 2. Derecho y cambio social. 3. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional. 3.1. Estado de Derecho Legal. 3.2. Estado de Derecho Constitucional. 4. A modo de conclusión: la filosofía del derecho como instrumento crítico. 5. Referencias bibliográficas.

“Tu deber es luchar por el derecho, pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha siempre por la justicia”.

Eduardo COUTURE, *Decálogo del abogado*.

1. Introducción

En presente artículo tiene por objeto mostrar que el derecho no es un saber definitivo, sino provisional y, que en consecuencia, su desarrollo depende de quienes lo practican: los abogados. De modo que son los llamados a recrear continuamente su saber en función de los problemas y cambios sociales que nuestros pueblos evidencian y de las soluciones que demandan. Así, tenemos que en cada época se produjo una manera de pensar, crear y operar el derecho que va desde el iusnaturalismo, el iuspositivismo y, actualmente, el iusconstitucionalismo; paradigma jurídico que demanda hoy del abogado ya no solamente una habilidad informativa

¹ Abogado. Bachiller en Filosofía. Ayudante de cátedra en filosofía del derecho, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Perú.

de su saber, sino sobre todo formativa, es decir, una disposición crítica en la forma de aprender, pensar y practicar el derecho y, que en nuestra opinión, la filosofía del derecho es el saber más indicado para llevar a cabo semejante labor requerida por el Estado de Derecho Constitucional.

En tal sentido, hemos ordenado nuestra reflexión en tres partes: en la primera parte, situamos al derecho como saber supeditado a los cambios sociales y contingencias del sujeto que lo produce; en segundo lugar, precisamos algunas de las características del Estado de Derecho Legal y el Estado de Derecho Constitucional y lo que este último demanda del abogado; y por último, a modo de conclusión proponemos la filosofía del derecho como el instrumento crítico más idóneo para pensar y operar los saberes jurídicos que el referido Estado de Derecho actual requiere.

2. Derecho y cambio social

El cambio es un rasgo inherente a la vida humana. Parafraseando al filósofo Heráclito de Éfeso, podemos decir que la única certeza que tenemos es el cambio, en él debemos hallar no una aspiración de acomodamiento a las circunstancias sino de aprovechamiento crítico a los signos de los tiempos.

El ser humano es un individuo situado, es decir, piensa, siente y actúa a través de un cerebro (cuando digo cerebro digo también pensamiento, pues no existe científicamente tal dualidad, al menos para la ciencia) en situación; lo cual, significa que está condicionado por un conjunto de circunstancias históricas, sociales y culturales que van modelando la subjetividad personal, que le impregna una manera de ver el mundo, de reflexionar, de enjuiciarlo y consecuentemente, de orientar su vida en ese mundo, en medio de los otros y con los otros.

De manera que si esto es así, hay que colegir que también los saberes jurídicos son provisionales, pues estos son producto de la creatividad humana y por tanto está sujetos a las contingencias: miserias y bondades del sujeto que lo produce. Cada teoría² jurídica lleva la impronta de la época en la que se gestó y el deber de engendrar a la que le sucederá pero sin anularla, sino más bien, recreándola y proponiendo nuevas formas de

² El término teoría procede del griego *theoreo*, que significa mirar, y de su derivado *theoros* con lo cual se designaba a los embajadores que los ciudadanos enviaban a una fiesta y cuya única función era observar sin participar en la misma. Actualmente el camino que rodea la Acrópolis y desde el cual se tiene una mirada panorámica sobre Atenas se llama el camino de la teoría. En el lenguaje culto que es el que nos interesa se llama teoría a un edificio conceptual formado por una colección organizada de nociones y proposiciones que codifica información acerca de cierto tipo de sistemas, fenómenos o procesos y típicamente sirve para dar explicaciones, hacer predicciones y resolver problemas. Cfr. Mosterín, Jesús y Torretti, Roberto (2002). *Diccionario de lógica y filosofía de la ciencia*. Madrid: Alianza, p. 556.

pensar. Y pensar significaría: inventar, agrietar, ensanchar las fronteras del saber jurídico para generar nuevas posibilidades de vida social. Porque “el pensador afirma la hermosa afinidad entre el pensamiento y la vida: la vida haciendo del pensamiento algo activo, el pensamiento haciendo de la vida algo afirmativo”.³

3. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional

El pensamiento creó el iusnaturalismo⁴, la filosofía jurídica dominante de la época premoderna, mientras faltó un sistema formalizado de fuentes basado en el monopolio estatal de la producción jurídica. Luego, inventó el iuspositivismo⁵, sistema formalizado de reglas característico de las codificaciones y el nacimiento del Estado moderno. Y ahora ingenió el iusconstitucionalismo⁶, sistema concertado de reglas y de principios que se han convertido en la teoría jurídica dominante, o en todo caso para decirlo con Ferrajoli, se está convirtiendo en ella.⁷

No obstante, pensar es pensar en situación, somos hijos de una determinada cultura jurídica, lo cual indica que tenemos que pensar y trabajar con ella. La nuestra se gestó en Europa, después de la Revolución Francesa y luego fue importado por América Latina. Esta cultura jurídica suponía una determinada concepción del Derecho, una particular manera de aprehender, de pensar y de operar el Derecho.

De la literatura jurídica podemos advertir que esa cultura o paradigma jurídico⁸ como lo denomina Luigi Ferrajoli, que aún sigue influenciando en el modo de concebir, enseñar y operar el Derecho en nuestros días, no porque sea la más adecuada, sino, por costumbre o tal vez por comodidad, es el Estado de Derecho Legal. Contrariamente, no cabe duda que el

³ Deleuze, Gilles (2002). *Nietzsche y la filosofía*. 7ma. Ed. Barcelona: Anagrama, p. 143.

⁴ El iusnaturalismo es una teoría jurídica que defiende la existencia de Derechos del Hombre superiores o independientes al ordenamiento jurídico positivo, es decir, a la creación humana.

⁵ Según el positivismo jurídico, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. Se sostiene el divorcio radical entre moral y derecho, o para decirlo con Alexy, la tesis de la separación entre ambas.

⁶ El iusconstitucionalismo propugna la tesis de la subordinación de las leyes a los principios y los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución. Así, una ley es válida, además de vigente, dice Ferrajoli, sólo si sus contenidos no contrastan con los principios y Derechos Fundamentales estipulados en la Constitución.

⁷ Ferrajoli, Luigi (2011). *Principia iuris. Teoría de derecho y de la democracia. 2. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, p. 41.

⁸ Entendemos por paradigma jurídico al conjunto de ideas, concepciones, representaciones que condicionan y en algunos casos determinan el modo de producir, pensar y operar el derecho propio de una determinada época.

paradigma de Estado de Derecho que hoy defendemos es el Estado de Derecho Constitucional. De modo que esto advierte una especie de esquizofrenia jurídica; por un lado hemos cambiado de paradigma de Estado de Derecho a nivel teórico, pero en la práctica seguimos enseñando, pensado y operando los saberes jurídicos para el Estado de Derecho Legal. El juez sigue siendo para decirlo con Motesquieu, la boca que pronuncia la ley y, los abogados, eximios recitadores de los enunciados legales contenidos en los códigos jurídicos, sin examinar previamente si merecen ser aplicados, mejorados o tal vez desechados.

Esto muestra la urgencia de que los operadores jurídicos no sólo asimilen los cambios teóricos del Estado Constitucional de Derecho, sino también que traduzcan su saber en consecuencias prácticas para ejercer su profesión justificada y coherentemente acorde a las demandas de nuestro tiempo.

En el Estado de Derecho Legal se estudiaba el Derecho estáticamente, puesto que se creía que el Derecho se reducía a lo que estaba contenido en la ley. En la actualidad, esto es en el Estado de Derecho Constitucional, es insoslayable un examen crítico y dinámico del mismo, considerando que el Derecho no es sólo un conjunto de reglas inmutables, sino que es una realidad social viviente⁹, lo cual requiere del abogado una destreza reflexiva y crítica de su saber, un aprendizaje, ya no sólo informativo sino fundamentalmente formativo del Derecho, puesto que el hoy del Derecho exige una profunda renovación de las numerosas concepciones jurídicas que operan en la práctica y cuyas consecuencias sociales incrementan cada día el número de víctimas del Derecho.

Por tanto, es de necesidad pública poner en correlación el texto jurídico con el contexto social. Pues como certeramente apunta Zagrebelsky, “la idea de derecho que el actual Estado Constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas”¹⁰. De modo que es imperioso asumir semejante tarea.

Veamos brevemente algunas características de cada uno de estos dos paradigmas de Estado de Derecho.

3.1. Estado de Derecho Legal

Podemos decir que el Estado de Derecho legal surgió a partir del último tercio del siglo XIX, la teoría más importante que respaldaba y

⁹ Sobrevilla, David (2013). *La filosofía del derecho en el Perú*. Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima, p. 128.

¹⁰ Zagrebelsky, Gustavo (1999). *El derecho dúctil*. 3ª ed. Trotta, Madrid, p. 10.

legitimaba este modelo de Estado de Derecho fue el iuspositivismo jurídico que, como es sabido, identifica plenamente el Derecho con la Ley, a la que define formalmente como un acto de voluntad del Congreso sin referencia alguna a sus posibles contenidos axiológicos o teleológicos, y sin que tampoco haya que buscar un especial sentido a las notas de generalidad, discusión y publicidad de la ley.

La ley es lo que el Congreso ha decidido que sea la ley a través de unas determinadas formas.¹¹ Hans Kelsen resumió esta tesis con la fórmula: “por ello cualquier contenido puede ser derecho”.¹²

La idea que propugnaba el Estado de Derecho legal y con ella la teoría que la legitimaba, el positivismo jurídico de corte Kelseniano, suponía una situación histórica concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional: la instancia legislativa. Esta concepción hacía de la actividad de los juristas un mero servicio a la ley, e incluso una simple exégesis, es decir, conducía a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador. Una praxis del Derecho reducida a esto no habría podido reivindicar ningún valor autónomo. Era más bien, apropiada la afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura¹³.

Algunas de las características más resaltantes de este Estado de Derecho son:

- a) la sinonimia entre Derecho y ley. Esto es, no hay más Derecho que lo contenido en la ley. En consecuencia, la moral y la política no cumplen ningún papel. El Derecho ha sido deducido por la razón y puesto en los códigos;
- b) la ley es fruto de una voluntad general infalible, pues los miembros de la sociedad renuncian a sus derechos y todos se benefician del renunciamiento de los demás. Por ende cumplir la ley es ser libre y sólo estamos obligados a ser lo que manda la ley; y
- c) el Derecho se enseña a partir de los códigos legales. Las materias que no tienen códigos son devaluadas.

¹¹ García Pelayo, Manuel. “Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho en el Tribunal Constitucional Español”. En: *ILANUD*, Año 9-10, pp. 23-24.

¹² Citado por Alexy, Robert (1997). *El concepto y validez del derecho*. 2da. Ed. Barcelona: Gedisa, p. 13.

¹³ Zagrebelsky, Gustavo. *Op.Cit.*, p. 33.

Todo esto generaba en el estudiante de Derecho dos características importantes: una memoria prodigiosa y una capacidad crítica casi nula. Disposición para memorizar muchos artículos legales pero desprovistos de reflexión crítica de los mismos.

Desde esta perspectiva, el jurista no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque memoriza el Derecho para luego repetirlo en la ley. Sin averiguar previamente si dichos contenidos necesitan alguna mejoría.

Así, la justicia se define como el cumplimiento de las leyes. Concepción que llegaría formalmente a su fin con el caso paradigmático de los juicios a los jerarcas de Núremberg, a quienes se les condena por cumplir la ley y violar el Derecho. Es decir, la reducción del Derecho a la ley, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho.¹⁴ Tales como La Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados internacionales, la Constitución, etc.

De modo que, para decirlo con Ferrajoli, si el primer cambio, Estado de Derecho Legal, se expresó en la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente y, al mismo tiempo, válido; el segundo cambio, Estado de Derecho Constitucional, se expresó en la afirmación de las constituciones rígidas como normas de reconocimiento, no sólo del derecho válido, sino también del derecho inválido, pero existente¹⁵. Lo cual, exhibió que el positivismo no era la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad a la que asistíamos después de la primera y segunda guerra mundial¹⁶.

3.2. Estado de Derecho Constitucional

Hoy nadie duda que vivimos es un Estado de Derecho Constitucional, donde la ley por primera vez, escribe Zagrebelsky, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.¹⁷ El Estado de Derecho Constitucional eleva la Constitución desde el plano programático que ocupaba en el Estado de Derecho Legal al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de primacía de la ley, sino que lo complementa con el principio de la primacía de la

¹⁴ Zagrebelsky, Gustavo. Op. Cit., p. 24.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara, p. 123

¹⁶ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. “*Dejemos atrás el positivismo jurídico*”. Disponible en: <http://pdf.cervantesvirtual.com/downloadpdf/dejemos-atrs-el-positivismo-juridico-0/?uuiid=021e547a-82b2-11df-acc7-002185ce6064>.18 de marzo del 2014.

¹⁷ zagrebelsky, Gustavo. Op. Cit., p. 34.

Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación de la ley si ésta, en su conjunto o en algunos de sus preceptos, no se adecua a la norma Constitucional. Así, la legalidad positiva en el Estado de Derecho constitucional no es ya únicamente condicionante, sino que ella misma está condicionada por límites y vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustantivos.¹⁸

El Estado de Derecho Constitucional tiene las siguientes características:

- a. La Constitución es fuente de Derecho.
- b. La Constitución está cargada de moral, bajo los rótulos de principios y Derechos Humanos.
- c. Se defiende la Constitucionalización de los Derechos Humanos y se reconoce a toda la Constitución como operativa.

En resumen, podemos decir que si el Estado de Derecho Legal se basa en el principio de legalidad, por el que todo acto del poder solo puede hacer lo determinado por la ley y todo acto privado es permitido en tanto no esté prohibido. El Estado de Derecho Constitucional en cambio, se basa en que los actos públicos y privados son sometidos a la Constitución, incluso a la ley.¹⁹ Así, la Constitucionalización del ordenamiento jurídico pone sobre la mesa un cambio de paradigma en la manera de producir, pensar y operar el Derecho.

4. A modo de conclusión: la filosofía del derecho cómo instrumento crítico

Finalmente, cabe considerar que es en este escenario donde hoy los abogados deben pensar, desarrollar y operar el Derecho, esto implica abandonar la idea de sinonimia entre Derecho y ley, o en el peor de los casos entre ley y justicia. Lo cual, inevitablemente requiere de los abogados un continuo ejercicio reflexivo y crítico del saber jurídico en su conjunto. Por que sin esta disposición a cuestionar y a cuestionarse, de pensar y obrar conforme a los intereses y necesidades que la ciudadanía evidencia, nuestros pueblos siempre serán víctimas de las decisiones judiciales que se tomen travestidos de justicia.

En suma, sin capacidad crítica, los abogados se tragaran toda clase de ideas, promesas, charlatanerías, etc., que “la industria de producción de

¹⁸ Ferrajoli, Luigi. Op. Cit., p. 123.

¹⁹ Ávila Santamaría, Ramiro. “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XV, Montevideo, 2009, p. 779.

dispositivos legales”²⁰ les arroje por delante. De manera que es imperioso un saber que sea capaz de sacar las reliquias del templo de Diké²¹, expulsar a los predicadores y juzgar sus sermones. Y la filosofía del derecho tiene mucho que decir respecto a ello y en orden al referido cambio de paradigma de aprehender, pensar y operar el Derecho.

5. Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert (1997). *El concepto y validez del derecho*. 2da. Ed. Barcelona: Gedisa.
- Ferrajoli, Luigi (2011). *Principia iuris. Teoría de derecho y de la democracia*. 2. *Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara.
- Gilles, Deleuze (2002). *Nietzsche y la filosofía*. 7ma. Ed. Barcelona: Anagrama
- Jaeger, Werner (1953). *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*. Madrid: Civitas.
- Mosterín, Jesús y Torretti, Roberto (2002). *Diccionario de lógica y filosofía de la ciencia*. Madrid: Alianza.
- Sobrevilla, David (2013). *La filosofía del derecho en el Perú*. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima.
- Zagrebelsky, Gustavo (1999). *El derecho dúctil*. 3ª ed. Madrid: Trotta.

Revistas y enlaces digitales

- Ávila Santamaría, Ramiro. “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XV, Montevideo, 2009.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. “*Dejemos atrás el positivismo jurídico*”. Disponible en:
<http://pdf.cervantesvirtual.com/descargapdf/dejemos-atrs-el-positivismo-juridico-0/?uuid=021e547a-82b2-11df-acc7-002185ce6064>. 18 de marzo del 2014.

²⁰ Con la industria de producción de dispositivos legales nos referimos al Poder Legislativo.

²¹ En la mitología griega Dike es la hija de Zeus que sentada junto al trono de su padre le refiere los actos de los hombres justos. En el pensamiento homérico, Dike era la línea de demarcación entre la barbarie y la civilización. Véase, Jaeger, Werner (1953). *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*. Madrid: Civitas, p. 20.