

# CAPÍTULO 3

## DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES: DISCUSIONES EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Félix Mendoza de la Espriella  
Abraham Zamir Bechara Llanos



# DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES: DISCUSIONES EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

*Félix Mendoza de la Espriella<sup>2</sup>, Abraham Zamir Bechara Llanos<sup>3</sup>*

## RESUMEN

### Palabras clave

Derechos Humanos,  
Derechos  
Fundamentales,  
Filosofía del  
Derecho e  
Interpretación  
Comparada.

Las distancias entre los Derechos Humanos y los Derechos fundamentales posibilitan en la presente reflexión investigativa instalar un diálogo alrededor de las conexiones y relaciones existentes entre los Derechos Humanos y los Derechos fundamentales, con la emergencia de diversas tendencias en la formación de un derecho de carácter cultural y político, que tiene origen en escenarios contextuales problemáticos diversos. Tales distancias existentes entre los Derechos Humanos y los Derechos fundamentales, con repercusión en la decisión judicial, implica asumir la temática con exhaustividad para lograr expresar una posición con sentido crítico y argumentativo. A este efecto se ha requerido de una revisión documental con un gran bagaje de Teoría del derecho y Filosofía del derecho, al igual que se hizo necesario agregar un buen número de contribuciones teóricas que han permitido un acercamiento al tema, en el caso singular, explorar una posibilidad de interacción con autores reconocidos y con conocimiento de la temática a profundidad. Se ha recurrido a diversos autores con miras a realizar una prueba a modo de parangón académico alrededor del mismo y hacer visible a connotados autores.

1. El presente capítulo, es resultado del proyecto de investigación titulado: *Derechos Fundamentales y Región Caribe: un modelo de regionalización jurídica*. Financiado por la Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Adscrito a su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y al Grupo de Investigación GISCER, vinculado a la línea: Derecho Público, sociedad y cultura.
2. PhD. en Ciencias de la educación por la Universidad Simón Bolívar. Docente de pregrado y posgrado en el Programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas e Instituto de Posgrados de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR- Email: felix.mendoza@cecar.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2603-1887>
3. PhD. en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Docente Tiempo Completo, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR. Profesor de las asignaturas; de Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Argumentación jurídica. Email: abraham.becharall@cecar.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6571-9804>

## **Keywords**

Human Rights,  
Fundamental  
Rights, Philosophy  
of Law,  
Comparative  
Interpretation.

## **ABSTRACT**

The distances between human rights and fundamental rights make it possible in this research reflection to install a dialogue around the connections and relations between human rights and fundamental rights, with the emergence of various trends in the formation of a right of a cultural and political nature, which has its origin in various problematic contextual scenarios. Such distances between human rights and fundamental rights, with repercussions on judicial decisions, imply assuming the subject matter with exhaustiveness in order to be able to express a position with a critical and argumentative sense. To this effect, it has been necessary to review documents with a great deal of background in the theory of law and philosophy of law, as well as to add a good number of theoretical contributions that have allowed an approach to the subject, in the singular case, to explore a possibility of interaction with recognized authors with in-depth knowledge of the subject. Various authors have been called upon with a view to testing the subject as an academic paragon around it and making well-known authors visible.

## INTRODUCCIÓN

En esta fase inicial del trabajo nos aproximaremos al concepto de Derechos Humanos. Para ello partiremos como ha señalado Pérez Luño (1988), del supuesto inicial de que con el concepto de derechos fundamentales nos referimos a “aquellos Derechos Humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”. Esta exposición descriptiva alude a la tradición, consistente en incorporar dentro de las constituciones una Declaración de derechos y libertades en la cual esencialmente se enlaza el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado. A partir de las postrimerías del siglo XVIII y tras un extenso proceso, los derechos fundamentales y las libertades públicas lograron gran relevancia, hasta lograr en la actualidad un papel central en el Estado constitucional, conformando un centro esencial de la parte dogmática de las constituciones, en las que por regla general se agrupan manifiestamente las garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales.

Asunto esencial es establecer la diferencia entre Derechos Humanos y Derechos fundamentales, concepciones éstas que en la práctica discursiva política y en la literatura científica son empleados asiduamente como intercambiables. Para un sector de la doctrina los Derechos Humanos y los Derechos fundamentales parecerían idénticos en su totalidad, con la advertencia de que los primeros estarían bajo la supervisión y castigo de los organismos supraestatales, ya sea a nivel regional o internacional, como la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos; en tanto que los Derechos fundamentales serían los vigilados por la preceptiva constitucional interna, *en cabeza de la Corte Constitucional*.

Tal afinidad en algunos aspectos llega a configurar un error de semejanza, considerando a los Derechos fundamentales como los derechos elementales o las condiciones mínimas que un ser humano requiere para realizarse como persona. Desde otra óptica la disimilitud entre Derechos Humanos y Derechos fundamentales se enmarcaría en el terreno de la jurisdicción: los Derechos Humanos se visibilizarían en los Convenios internacionales, en tanto que los Derechos fundamentales dimanarían en su forma de los sistemas constitucionales, y materialmente, de leyes orgánicas u ordinarias para reglar su protección. De acuerdo con esta conceptualización, los Derechos Humanos condensarían los anhelos e ideales del género humano, mientras que los Derechos fundamentales comportarían las posibilidades de una sociedad real para otorgar garantías a los individuos en su territorio.

Finalmente se podría señalar que los Derechos Fundamentales son los Derechos constitucionales, es decir, aquellos Derechos Humanos protegidos con jerarquía constitucional que se consideran como sustanciales en el sistema político, que la Constitución admite y que están especialmente ligados a la dignidad de la persona. Es decir, son los derechos que, incorporados al orden jurídico disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías de tutela y reforma.

## **METODOLOGÍA**

El presente capítulo responde a una investigación eminentemente dogmática, dentro del componente iusfilosofico, realizaremos una análisis conceptual y bibliográfico de los principales autores, referentes teóricos y paradigmas conceptuales, sobre la relación problemática entre derechos fundamentales y Derechos Humanos, además se generara un espacio para la discusión, en torno a ser esta ponencia una construcción a dos manos, como desarrollo concreto, propondremos la aplicación de la Filosofía garantista del derecho, sobre la visión y noción de los derechos fundamentales, para finalmente estructurar su noción en el ámbito del Estado constitucional y democrático de derecho.

## **DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES: RELACIONES, CONCEPTUALIZACIONES Y PROBLEMAS**

Los Derechos Humanos están constituidos por aquellas libertades, facultades o valores elementales que, de acuerdo con diversas concepciones filosóficas o fundamentaciones, pertenecen a toda persona por el solo hecho de su naturaleza y condición humana, para la garantía de una vida digna. Por consiguiente, no cabe fijar una conceptualización de “fundamentalidad” para los derechos que sea válido universalmente, en cuanto que los Derechos fundamentales son los aceptados con tal carácter en un ordenamiento jurídico

positivizado. Se trata de derivar un concepto material y técnicamente operacional a partir de la positividad histórica de los derechos. Pese a que en algunos casos atiendan un requerimiento ético, aceptado universalmente, ni existen Derechos Humanos per se, como realidades independientes de los deseos y valores de las personas y los pueblos, así como de los elementos y circunstancias históricas de su emergencia, a menos que se acoja la óptica iusnaturalista, ni hay tampoco en consecuencia, una concepción doctrinal y dogmática universalmente válida de Derecho fundamental. He aquí el problema más importante que enfrenta hoy la doctrina y las jurisdicciones constitucionales: el de la idea misma de Derecho fundamental, así como la de su contenido y, por consiguiente, el de precisar qué Derechos deben ser asegurados y protegidos al más alto nivel.

Tomando como punto de partida un núcleo central de derechos y libertades clásicos, elementales y coincidentes, los Derechos Humanos que incorporan el más alto grado de consenso: derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, a la libertad ideológica y religiosa, de asociación, de reunión, el sistema de derechos se presenta efectivamente oscuro. Con Bobbio (1991), se podría declarar que no es factible hallar un fundamento total, y único, irresistible, a los Derechos fundamentales, por cuya limitación histórica lo significativo no es fundamentarlos sino protegerlos. Afirma que son “los que en una determinada Constitución están atribuidos a todos los ciudadanos indistintamente, aquellos, en una palabra, respecto de los que los ciudadanos son todos iguales”.

En el entorno del pensamiento jurídico han sido diversos los patrones que se han puesto en juego para evaluar en qué consisten y cuáles son los Derechos Humanos, pues es una ineludible demanda precisar un criterio que nos posibilite conocer cuándo estamos realmente ante un auténtico Derecho humano, aspirando en efecto a su reconocimiento o garantía y cuándo ante solo intereses de grupos. Uno de estos patrones ha sido el iusnaturalista: partiendo de una definida mirada filosófica, ideológica o religiosa de la persona, del mundo y de la sociedad, se encuentran unos derechos que la persona invariablemente tiene por su carácter de tal y que están ligados a su dignidad, por lo que son entendidos como consustanciales a su propia esencia, anteriores al Estado, inalienables e inviolables, imprescriptibles, irrenunciables e intransmisibles. Esta mirada, que se ubica en el mismo origen de las primeras Declaraciones de derechos, no está libre de problemas y riesgos.

En primer lugar, porque asimismo la apelación totalizante y preconcebida a ciertos derechos que pretendidamente están sobre el Estado, a partir de una lectura única de su contenido, es susceptible de ser utilizada para deformar reivindicaciones personales o colectivas que se pretenden imponer al conglomerado social.

En segundo lugar, porque una principialística exclusivamente iusnaturalista de los Derechos Humanos corre el riesgo de establecerse en el terreno de los valores y no en el de su positivización.

En tercer lugar, porque su declaración difusa desde el ámbito valorativo puede comprometer el principio democrático,

imposibilitando, si su concepto se hace extenso y rígido, la existencia de un campo de desarrollo suficiente para la libertad de conformación del legislador.

En cuarto lugar, porque, como ha señalado Bobbio, igualmente está históricamente demostrado que el número y el contenido de los Derechos Humanos ha variado con el paso del tiempo según las necesidades e intereses de las clases en el poder, de los medios para su realización y de las evoluciones técnicas. Finalmente, porque no hay posibilidades de recurrir a ninguna instancia determinante o decisoria de cuáles sean o hayan de catalogarse como Derechos Humanos.

Otra manera de plantear el asunto, en tesis de Peces-Barba, (1994) es el denominado “escéptico”. Cabe incorporar en éste a los que rechazan la noción de Derechos Humanos como referido universal y declaran su duda ante la posibilidad de establecer un núcleo de derechos irreducibles de la persona. Para los que se han colocado al lado de estas posiciones, como Althusser y Foucault, el individuo y, en consecuencia, todo humanismo o individualismo, es el producto de un ideario muy concreto: el de la burguesía que empieza a manifestarse en el Renacimiento y termina en la configuración del Estado liberal. Esta postura conduce a una imposibilidad práctica de edificar cualquier teoría o doctrina acerca de los Derechos Humanos.

Un tercer patrón, que se puede llamar “positivista voluntarista”, opina que son Derechos fundamentales aquellos que el poderío escoge como tales, por lo que estaríamos frente a un Derecho humano o Fundamental cuando un señalado ordenamiento jurídico así lo establezca. El

Derecho pende en esta óptica, por tanto, del querer del Estado y obtiene su razón de ser desde el momento en que se instituye en precepto dentro del ordenamiento jurídico.

Uno de estos patrones, aislado y sin matices lleva directamente a una calleja sin salida para la cimentación y la determinación de los Derechos Humanos y por eso ciertos autores apoyan un criterio más pragmático, consistente en concentrarse únicamente en los aspectos técnicos y procesales de la protección de los Derechos, bien sea en el entorno internacional o interno. Este plano ha sido positivo en cuanto que a este se debe en gran proporción el alto grado de tutela que desde el punto de vista técnico han logrado algunos derechos; si bien separadamente no permite el levantamiento de un concepto convenientemente válido de los Derechos Humanos porque descuida los problemas generales que subyacen y resultan intratables desde apreciaciones de estricta técnica jurídica.

Cabe concluir que es posible salvar los problemas planteados y los reduccionismos si tomamos el modelo “dualista”, en la actualidad paradigmático en la doctrina jurídica, que se basa en fijar dos niveles de apreciación en el estudio de los Derechos Humanos: por un lado, el análisis de los Derechos Humanos como filosofía de los Derechos Humanos y por otro, el tránsito de los Derechos Humanos a Derechos fundamentales.

Desde la primera postura, es necesario encarar los factores sociales, económicos, ideológicos y políticos que han incurrido en la conceptualización de los Derechos fundamentales. Los derechos no se hallan

adscritos a ningún índice de validez universal, sino que se arraigan en la historia de las sociedades que han venido cimentando a través de diversas contingencias una teoría y una práctica de los Derechos Humanos. En esta cimentación han incidido de forma singularmente vehemente dos conceptualizaciones: el liberalismo y el socialismo. El liberalismo, porque la emergencia de la economía de mercado, del individualismo, de la teoría del contrato social, del Estado liberal modelan los factores que han posibilitado la aparición del pensamiento secular de un núcleo irreductible de derechos. El socialismo, porque denota ir más allá de enunciaciones solamente formales del liberalismo, a la par que la edificación de otros derechos y libertades hasta ese momento no enunciados: económicos, sociales y culturales.

En resumen, el concepto de los Derechos Humanos es una concepción histórica que se ha venido gestando, evolucionando y enriqueciendo con el transcurso del tiempo en cada sociedad específica, y en ello se separa y se contrapone el modelo dualista al iusnaturalismo. Aunque por su fundamento cultural los Derechos fundamentales tienen un origen preformativo en una estructura de valores compartida ampliamente por un conglomerado social, solamente consiguen su legítima naturaleza de derechos públicos subjetivos mediante su positivización. Además, sólo alcanzan la más plena garantía, incluso frente al legislador, con su constitucionalización. Únicamente en la Constitución consiguen los Derechos fundamentales, antes solo manifiestos, las singularidades que definen en una colectividad al Derecho. Implica conexionar a todos los poderes públicos y, por consiguiente, ser

inoponibles para el legislador, que deberá acatar su contenido sustancial, y tener efectividad directa, siendo exigibles ante los tribunales y activando una dimensión objetiva institucional protectora del orden social y político.

### **DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONTEMPORANEIDAD: DEFENSA DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO GARANTISTA**

La fundamentación del concepto de derechos fundamentales en la contemporaneidad, y por ende en el Estado constitucional y democrático de derecho los presenta como ley del más débil, como resultado de la relación entre derechos y garantías. “En el sentido de que los derechos fundamentales promulgados por las constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, estando encaminado a formular las técnicas de garantía”. (Ferrajoli, 2002, p. 16). En este entendido, se evidencia la preocupación del profesor italiano, primero por el cumplimiento en las obligaciones y deberes de las garantías primarias sobre la consagración misma de los derechos fundamentales en los órdenes normativos concretos, y segundo su inquietud teórica se centra en determinar los alcances por el cumplimiento de los derechos en la protección judicial de los mismos y en el resarcimiento de los daños ocasionados en la función de garantía primaria, ejercida en la actividad judicial y en la labor jurisdiccional de los derechos fundamentales, como despliegue efectivo de las garantías secundarias.

El papel preponderante de *los derechos fundamentales como leyes o ley de los más débiles*, va a estar concebido por la defensa fuerte de los mismos que no comprende un activismo judicial constitucional en sentido estricto, ya que desde esta “arquitectura constitucional”, los derechos fundamentales siempre van a estar inmersos en la *dicotomía primaria de cumplimiento y en la dicotomía secundaria de protección*. Se entendería por activismo judicial tal función si el poder judicial o el juez constitucional, se abrogara automáticamente tal función de tutela y judicialización iusfundamental, su despliegue institucional se posibilita por el diseño mismo de los derechos fundamentales antes de la relación derechos y garantías, garantismo primario-garantismo secundario, y la idea misma de positivización constitucional como un formalismo de los derechos fundamentales, dejando a un lado los elementos sustanciales de esta categoría de derechos esencial a los Estados constitucionales:

(El constitucionalismo garantista).

Este segundo modelo es el que, con sus matices, defiende Ferrajoli. En su opinión, los derechos fundamentales tienen una configuración de regla (no de principio), su aplicación es reconducible a un caso de subsunción (no de ponderación) y todo ello se enmarca en una teoría del Derecho positivista clásica, en el bien entendido de que el positivismo de Ferrajoli no es el «paleopositivismo» ajeno a la formulación de juicios de valor a la hora de la determinación de la validez de las normas jurídica. (García Figueroa, 2001, p. 128).



Ferrajoli explica la imperiosa necesidad de un constitucionalismo de los derechos fundamentales sustancial o en una dimensión sustantiva de los mismos como un *ius*. El *ius* como sustancia o dimensión sustancial es ampliamente descrito por Zagrebelsky (2004, pp. 11-24), como separación entre *lex* y *Ius*, separación entre el concepto de legalidad como derecho, y de justicia como derecho. De los derechos fundamentales específicos, con relación a un *ius* propio de los derechos fundamentales en su contenido sustancial. Lo que justifica el despliegue de un poder de garantía secundaria otorgado especialmente al juez constitucional dentro de la materialización misma del Estado constitucional y democrático de derecho, y a su vez fundamenta históricamente *la tesis de los derechos del más débil*:

Consiste en el hecho de que los derechos fundamentales, tal como han sido consagrados por la experiencia histórica del constitucionalismo, se configuran todos ellos —desde el derecho a la vida hasta los derechos de libertad, desde los derechos civiles y políticos hasta los derechos sociales— como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: de quien es más fuerte físicamente, como sucede en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte económicamente, como sucede en el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente, como sucede en la comunidad internacional. (Ferrajoli, 2008, p. 1138).

En la relación *derechos y garantías* el concepto de derechos fundamentales como

ley del más débil, implica más allá de un reconocimiento formal, expreso y explícito de los derechos constitucionales y de las normas procedimentales para su cumplimiento:

El punto de partida del discurso es la calificación de la jurisdicción como garantía secundaria, cuya función fundamental consiste en asegurar la justiciabilidad de las violaciones de los derechos. Ferrajoli aclara que se trata de garantías reparatorias que tienen la finalidad de eliminar o reducir el daño producido, o de intimidar y castigar a los responsables, y que la jurisdicción no garantiza la satisfacción inmediata de los derechos, dado que este es el carácter propio de las garantías primarias, pero asegura la anulabilidad de los actos inválidos y la sanción de los actos ilícitos realizados en violación de las garantías primarias. (Taruffo, 2008, p. 384).

La consagración misma de las garantías en este punto de la teoría de Ferrajoli se evidencia como una crítica plausible al derecho internacional y a los mismos Derechos Humanos al no poseer garantías directas en el cumplimiento por parte de los Estados o sujetos del derecho internacional ante un incumplimiento de estos, así como la superación de la propuesta de Kelsen quien ya destacaba en sus construcciones teóricas sobre el derecho constitucional, la necesidad del establecimiento de unas garantías a la Constitución, que posibilitaran un refuerzo jurisdiccional para su cumplimiento estatal y normativo, de los derechos y su carácter supranacional. <<Esta tesis cuya formulación clásica se debe a Hans Kelsen. Se concreta en la afirmación de que, más allá de su

proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho>>. (Ferrajoli, 2010, p. 59).

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

Desde el punto de vista estructural, los derechos fundamentales se forman a partir de una visión jerárquica como normas de principio y esas normas tienen preminentemente una textura de normas abiertas, es decir son totalmente distintas a las normas tipo reglas, ya que las primeras dependen de las situaciones fácticas y jurídicas del caso concreto, de la interpretación al juicio del aplicador o juzgador del derecho, y del sistema de protección judicial de los derechos. “Los principios se caracterizan respecto de las otras [disposiciones] porque desempeñan en el ordenamiento jurídico en su conjunto y/o en algunos sectores específicos el papel de [disposiciones] “fundamentales”. (Guastini, 1999, p.151). Bajo este entendido, una de las propuestas esenciales del trabajo de Ferrajoli sobre su *visión garantista* de los derechos fundamentales y por ende de los desarrollos normativos de dichos enunciados jurídicos, va a hacer su fundamento teórico que construye la idea de los derechos fundamentales como reglas constitucionales positivizadas. La cual desde la perspectiva

de la filosofía del derecho podría verse como una tesis contraria a la configuración del *no positivismo principialista* defendido por Alexy.

Resulta vital identificar los aspectos teóricos en los que Alexy sienta las bases, de su *no positivismo incluyente*, donde directamente entra a debatir con Joseph Raz, uno de los teóricos del derecho actual más importante, cuyas tesis defienden el concepto del derecho desde el positivismo jurídico:

El positivismo incluyente es una forma de positivismo, porque afirma que la decisión inicial, en un sistema jurídico particular, de incluir la moralidad en el derecho es contingente o convencional. El no-positivismo sostiene no solo, en contra del positivismo excluyente, que la moralidad no está necesariamente excluida, sino que también se sitúa en contra del positivismo incluyente al señalar que esta necesariamente incluida, por lo tanto, el no-positivismo es contrario a ambas formas de positivismo. (Alexy, 2013, p. 16).

Como muestra de una posición superior entre los partidarios de esta tesis en un *constitucionalismo garantista* como estadio de refuerzo del *positivismo jurídico*, Ferrajoli frente a esta tensión no niega la existencia ni la presencia de un constitucionalismo de principios como una especie de constitucionalismo ético y sus relaciones conceptuales como el fenómeno neoconstitucional. Su teoría se orienta en no discutir los criterios clásicos de distinción entre normas tipo regla y normas tipo principio, centrándose concretamente en los órganos de producción del derecho, tendiente

a la consolidación del *paradigma del Estado constitucional*.

Al respecto es importante profundizar en la críticas que establece Ferrajoli sobre el constitucionalismo ético o moral, defendido en una parte por Habermas y en otra medida por Alexy:

La idea ético-constitucionalista de Habermas, que identifica en la constitución en cuanto tal el fundamento de la legitimidad moral, y la iusnaturalista de Alexy, que asume la justicia como condición de validez-las que yo no comparto, justo en virtud de la separación iuspositivista entre derecho y moral (Ferrajoli, L. 2006)

En este orden de ideas, los derechos fundamentales se muestran como las garantías constitucionales de protección de los derechos, ya que muchas normas de este tipo no solo se consideran derechos fundamentales en sí mismos, sino garantías jurisdiccionales de protección y judiciabilidad de las mismas libertades:

La idea ético-constitucionalista de Habermas, que identifica en la constitución en cuanto tal el fundamento de la legitimidad moral, y la iusnaturalista de Alexy, que asume la justicia como condición de validez-las que yo no comparto, justo en virtud de la separación iuspositivista entre derecho y moral. (Ferrajoli, 2006, p. 29).

## **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU GESTACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

El Estado constitucional de derecho como paradigma superador del Estado liberal de derecho dentro de sus múltiples rasgos distintivos, pone de presente la incidencia de las *normas jurídicas de principio* en el desarrollo de la teoría del derecho contemporánea, como un modelo que plantea su construcción en la teoría del constitucionalismo. “La adhesión ideológica al Estado constitucional es una consecuencia del hecho de que tal forma de organización ius-política es considerada particularmente adecuada para realizar y tutelar valores determinados, como la democracia en sentido sustancial, la igualdad, los derechos fundamentales, etc.” (Pino, 2011, p. 205).

Sobre el neoconstitucionalismo se ha escrito mucho, y sobre diversos puntos de vista, desde un análisis estrictamente teórico, nos apoyamos en la lectura que al respecto hace Paolo Comanducci: “El neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que esta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos”. (Comanducci, 2002, p. 97).

En este sentido, la trascendencia del uso de la *teoría de principios* en los planos concretos de aplicación del derecho, han girado en torno a los *derechos fundamentales* y como estos a través de una *estructura distintiva* dentro del modelo del Estado constitucional, (Bechara, 2011, p. 65) posibilitan los *márgenes de acción* para la Constitución, y esta, no solo sea vista desde su fuerza normativa, sino desde los escenarios

reales para la construcción de la *decisión judicial*. (Molinares & Bechara, 2017).

Bajo esta perspectiva, los estudios contemporáneos de *teoría del derecho constitucional* giran en torno a la concepción de la Constitución y de los derechos fundamentales, algunos estudios como los que se han cuestionado por la idea de los modelos de interpretación y adjudicación del derecho en el Estado constitucional contemporáneo como la ponderación y el principio de proporcionalidad, mientras que otros trabajos desarrollados han conducido a la elaboración de las modernas tesis que han formado en la ciencia del derecho el actual constitucionalismo:

Resulta muy interesante constatar que la ubicación del fundamento constitucional del principio de proporcionalidad en diversos textos constitucionales es poco clara y muy debatida. En la Constitución española, por ejemplo, se discute su adscripción a los artículos 1.1, 9.1 y 10.2, este último en conexión con la convención europea de Derechos Humanos y su interpretación en la jurisprudencia de la Corte europea de Derechos Humanos. (Borowski, 2003, pp. 128-129).

El estudio que aquí proponemos muestra una coherencia y una pertinencia, en el estudio del derecho a través de los principios constitucionales, estudiando el derecho del Estado constitucional moderno. Así, bajo esta concepción entender cómo se dio el paso del Estado de derecho legalista y de tradición legislativa preponderante. Para mirar a un Estado donde se desmitifica la ley como única fuente del derecho, con apoyo a la propuesta

de *los principios y los derechos fundamentales* pensada para la construcción del derecho no solo constitucional sino en su sentido general, posibilitando reflexiones que construyen el derecho de nuestros días:

Para comprender el Derecho tal como es en las democracias constitucionales, debemos comprender el Derecho tal como debe ser según la filosofía política ilustrada. No se trata, es obvio, de una relación necesaria; pero para comprender cabalmente los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales debemos conocer aquello que estos ordenamientos jurídicos aspiran a ser. (Moreso, 2008, p. 285).

En este orden de ideas, como posición contraria a la defendida por la *corriente del positivismo jurídico*, se pensó que el derecho debía contener como modelo de validación contenidos y estándares de justicia, siendo el *principio de justicia en el derecho* el que integrara un modelo para la ciencia jurídica contemporánea, Bechara (2019, p. 92). Como ciencia de la jurisprudencia constitucional y ordinaria. La no observancia de la justicia en el derecho era el sustento que permitía considerar al derecho como tal, es decir, un derecho extremadamente injusto no podía ser considerado derecho, estructurándose el argumento de que la justicia extrema no es ni puede ser considerada derecho, lo que Alexy ha denominado como *la tesis de la injusticia extrema*. “Lo que tiene de particular esta fórmula es que deja que el Derecho positivo sea válido aun cuando sea injusto. Tan sólo si se traspasa el umbral de la extrema injusticia pierden las normas establecidas validez jurídica”. (Alexy, 2009, p. 77).

Al separar la ley del derecho, los principios jurídicos o principios constitucionales toman un papel preponderante, estas normas tienen condiciones totalmente distintas como las normas básicas, normas-reglas, ya que los principios en sí mismos, constituyen un marco u orden fundamental que integra todo el sistema jurídico. “El derecho, como disciplina práctica, está anclado en la realidad al ser esos criterios de valor, parte de esta; sin que por ello pretenda que exista una preeminencia de lo fáctico sobre lo normativo”. (Rodríguez, 2005, p. 34). Esta relación generó un cambio en la concepción del *constitucionalismo clásico*, el cual presentaba grandes inquietudes no descifradas o resueltas, por sus marcos fundamentales. Y era precisamente la necesidad de que aquellos derechos, que tenían una categoría especial referida a la fundamentalidad, gozaran de garantías materiales de protección, predicando además de altos contenidos de fuerza normativa, traduciéndose en una protección efectiva de los mismos.

Lo que configura a los principios como las normas características de los derechos fundamentales, y es en ese sentido, que las normas de principios actúan como valor fundante del Estado constitucional de derecho, con un fuerte valor axiológico, reclamado en su integridad por el derecho constitucional que vive en tiempos de constituciones normativas:

El derecho constitucional es en su integridad un ordenamiento fundamentalmente axiológico y por tanto orientado a la garantía de determinados valores, señaladamente la separación de poderes, los derechos

fundamentales y la democracia. (Díaz Revorio, 2009, p. 225).

## CONCLUSIONES

En la primera parte se analiza el concepto de Derechos Humanos en el sentido de Derechos Fundamentales y como ha señalado la doctrina, cabría concluir que con el concepto de Derechos Fundamentales nos referimos, en palabras de Pérez Luño (1988) a “aquellos Derechos Humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”. Esta conceptualización descriptiva lleva a la tradición que consiste en incorporar en las Constituciones una declaración de Derechos y libertades donde esencialmente se enlaza el sistema de vinculaciones entre el individuo y el Estado. De la misma manera en el estudio se hace referencia a las diferentes tendencias existentes en materia de establecer el concepto de Derechos Fundamentales, así como se ha pretendido analizar brevemente la diferencia entre Derechos Humanos y Derechos fundamentales, como la transición de aquellos a éstos.

En el Estado constitucional y democrático de derecho, los derechos fundamentales se estructuran concretamente como normas de principio. Los principios constitucionales no solo se instituyen en las normas jurídicas más importantes dentro de los sistemas de derecho actuales, su labor busca superar los índices concretos de adjudicación del

derecho, ya que estos (los principios) *corrigen el sistema* de manera *intra-sistémica*, pues el valor axiológico-deontológico de estas normas, supera la pretensiones personales o particulares de aplicar el derecho, y se integran en la pretensiones universales de materialización de la justicia en sentido unificador del mismo sistema de derecho, ya que desde la axiología de valores superiores dentro del Estado constitucional, precisamente desde la dignidad humana, posibilitan las esferas de realización, de los postulados reales de justicia material de los derechos fundamentales.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Alexy, R. (2012). “Law, morality and the existence of human rights” en *Ratio Iuris*, Vol. 25, No. 1.
- Alexy, R. (2011). “The existence of human rights” in *Law, Science, Technology*, Plenary lectures presented at the 25th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Frankfurt am Main.
- Alexy, R. (2013). *El no positivismo incluyente*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 36.
- Batista, J. (2018). *Derechos Humanos y Derechos Fundamentales*. En *IUS Labor*, pp.186-213. <https://www.upf.edu/documents/3885005/214133705/5.Batista.pdf/c2bdc633-455e-c287-f7d9-9ec2e1393acf>
- Bechara, A. (2011). *Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy*. *Saber Ciencia y Libertad*. v. 6, N°. 2. pp. 63-76.
- Bechara, A. (2019). *Jurisprudencia de principios. Metodología para la interpretación judicial de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia & Universidad del Norte. Barranquilla, Bogotá. D.C. Colombia,
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*, Sistema. Madrid.
- Bustamante Donas, J.: *La Sociedad de la Información. Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica*. Ed. Digital en: [www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm](http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm)
- Catalina Ayora J. I. y Ortega Terol J. M. (2003). (Coord.): *Globalización y Derecho. Reflexiones desde el Seminario de Estudios Internacionales «Luís de Molina»*. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Comanducci, P. (2002). *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. *Isonomía*. N°. 16. pp. 89-112.
- Cruz Villalón P. (1989). *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, “*Revista Española de Derecho Constitucional*”, n° 25, 1989.
- Díaz Revorio, F. (2009). *Justicia constitucional y justicia electoral: un examen comparado México-España*. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*. Núm. 13, Madrid. pp. 223-266.
- Fariñas Dulce, M. (2000). *Globalización, ciudadanía y Derechos Humanos*. Madrid. Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas». Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. 2000.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Cabo A. y Pisarello G. (EDS), Editorial Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2002). *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. *Isonomía*. N. 16. pp. 7-20.
- Ferrajoli, L. (2006a). “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales” en *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 29.

- Ferrajoli, L. (2006b). *Garantismo*. Editorial Trotta. Madrid, España.
- Ferrajoli, L. (2007). "Sobre los derechos fundamentales" en Teoría del Neo constitucionalismo. Ensayos escogidos, CARBONELL M., (ED), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2008). *Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XLI, núm. 122. mayo-agosto. pp. 1135-1145.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez & Andrea Greppi. Séptima edición. Editorial Trotta. Madrid, España.
- Fraguas, L. (2015). Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud. N.º 21, pp. 117-136.
- García Figueroa, A. (2001). *Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 121-137.
- García García E. (1999). Derechos Humanos y calidad de vida, en Graciano González (ed.), *Derechos Humanos: La condición humana en la sociedad tecnológica*. Madrid: Tecnos,
- García Morales A. (2002). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*. Madrid. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España.
- Julio A, (2013). Pluralismo jurídico y Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos, (9), pág. 62-85.
- Molinares, V; & Bechara. (2017). *Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional*. *Revista de Derecho*. No 48, pp. 163-188.
- Moreso, J. (2008). *Ferrajoli o el constitucionalismo optimista*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.º. 31. pp. 279-287.
- Peces-Barba G, (1994). La universalidad de los Derechos Humanos. *Revista Doxa*. Universidad de Alicante. pp.613-633
- Pérez Luño, A. E. (1988). *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1988.
- Pino, G. (2011). *Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.º. 34. pp. 201-228.
- Polanyi K. *La Gran Transformación* (Ed. La Piqueta). Se publicó por vez primera en Nueva York en 1944,
- Quiroga R. (2015) Las concepciones centrales del liberalismo y del socialismo sobre la nación en Europa: 1850-1914. *Revista Derecho del Estado* n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 255-287. DOI: 10.18601/01229893.n34.12
- Rodríguez-Zapata, J. (1996). *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Madrid: Tecnos.
- Solozábal Echavarría J. (1991). Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales, *Revista de Estudios Políticos*, N.º 71.
- Taruffo, M. (2008). *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 31. pp. 383-392.
- VVAA: (2005). *Derechos Humanos. Manual para parlamentarios*. N.º 8. ed. por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ed. Digital en: [http://www.ipu.org/PDF/publications/hr\\_guide\\_sp.pdf](http://www.ipu.org/PDF/publications/hr_guide_sp.pdf)
- Zagrebelsky, G. (2004). *La ley, el derecho y la constitución*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 24. Núm. 72. septiembre-diciembre. pp. 11-24.