

DERECHOS FUNDAMENTALES: UN DEBATE DESDE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, EL GARANTISMO Y EL COMUNITARISMO

NICOLE VELASCO CANO

JAIRO VLADIMIR LLANO

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA - SEDE CALI

Resumen

El presente artículo propone una reflexión sobre el concepto de los derechos fundamentales desde la perspectiva del profesor Alexy, quien expone como argumento central que, al positivizarse, los derechos humanos se convierten en fundamentales, esto es, que los derechos son vinculados formalmente a una Constitución. También reconoce que existen derechos fundamentales por fuera de la Constitución que son vinculados por vía de bloque de constitucionalidad. Desde otra perspectiva, según Ferrajoli, los derechos fundamentales son los adquiridos como titulares por las personas con capacidad de obrar y que deben garantizarse por las instituciones estatales. Estas perspectivas forman parte de lo que se ha conocido en la teoría del Derecho Constitucional como neoconstitucionalismo, de la cual Ronald Dworkin se ha convertido en impulsor por su concepción de que los principios son esenciales para el Derecho y son superiores a las leyes que son promulgadas desde una apreciación más particular por los intereses que caracterizan a los partidos que conforman el Parlamento. El punto de encuentro de estos teóricos está en que los principios y los derechos son superiores a las leyes y su interpretación por parte de los jueces y su cumplimiento determina sociedades más democráticas.

Palabras clave: derechos humanos, teoría legal, Constitución, jurista.

Los autores: Nicole Velasco Cano, abogada. Investigadora externa e integrante del grupo de investigación Derecho Constitucional, Administrativo y Derecho Internacional Público de la Universidad Libre seccional Cali. Correo electrónico: nicolcilla13@hotmail.com

Jairo Vladimir Llano, PhD en Derecho, antropólogo especialista en Antropología Jurídica. Profesor investigador de la Universidad Libre seccional Cali. Correo electrónico: jairoderecho1@hotmail.com

Recibido: 17 de julio de 2016; **evaluado:** 9 de agosto de 2016; **aceptado:** 30 de agosto de 2016.

FUNDAMENTAL RIGHTS: A DEBATE FROM THE PERSPECTIVES OF LEGAL ARGUMENTATION, GUARANTEEISM, AND COMMUNITARIANISM

NICOLE VELASCO CANO

JAIRO VLADIMIR LLANO

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA - SEDE CALI

Abstract

This article proposes a reflection on the concept of fundamental rights from the perspective of Alexy, who exposes as his central argument that, upon being transformed into positive law, human rights become fundamental, that is to say, these rights are formally linked to a Constitution. He also recognizes that there are fundamental rights outside the Constitution that are linked by means of a constitutional block. From another perspective, according to Ferrajoli, fundamental rights are those that are acquired by people with capacity to act as holders and they must be guaranteed by state institutions. These perspectives are part of what has been known in the theory of constitutional law as neo-constitutionalism; Ronald Dworkin has become a promoter of them due to the conception that principles are essential to the Law and are superior to the laws that are promulgated based on a more particular appreciation of the interests that characterize the parties that form the Parliament. The meeting point of these theorists is that principles and rights are superior to the laws and their interpretation by the judges and their fulfillment determines a more democratic society.

Keywords: human rights, legal theory, Constitution, jurist.

About the authors: Nicole Velasco Cano, lawyer. External researcher and member of the Research Group on Constitutional, Administrative, and Public International Law at the Universidad Libre in Cali. Email: nicolcilla13@hotmail.com

Jairo Vladimir Llano, PhD in Law, anthropologist with a specialization in Legal Anthropology. Researcher and Professor at the Universidad Libre in Cali. Email: jairoderecho1@hotmail.com

Received: July 17, 2016; **evaluated:** August 9, 2016; **accepted:** August 30, 2016.

Introducción

El debate sobre los derechos fundamentales en el marco de la teoría del Derecho ha sido notorio en las últimas décadas. Tiene entre sus protagonistas a los teóricos Robert Alexy, Luigi Ferrajoli y Ronald Dworkin, quienes desde diferentes tendencias han construido un concepto particular de derechos fundamentales que no se han limitado a la teoría, sino que han sido llevados a la práctica por tribunales o cortes constitucionales e internacionales de derechos humanos, jueces constitucionales, abogados que actúan en litigios internacionales y locales, corporaciones, asociaciones y ONG de derechos humanos y derechos fundamentales, entre una variedad de instituciones y organizaciones públicas y privadas que consideran el reconocimiento de los derechos fundamentales como esenciales para el bienestar de los ciudadanos en todo el mundo.

En la primera parte del presente artículo, titulada “La relación de los derechos humanos y los derechos fundamentales”, se ofrece una descripción histórica de los derechos y luego se vincula al profesor Robert Alexy, quien expone la relación de los derechos humanos con los fundamentales desde su teoría del Derecho reconocida como argumentación jurídica, postulado que comparte con Martin Borowski. El análisis sobre este postulado se realiza sin perder los aportes de un enfoque más crítico: el de la profesora española María José Fariñas.

En la segunda parte, “Deliberación sobre los principios y los derechos”, el protagonista es el profesor Ronald Dworkin, quien se ha distinguido como comunitarista. También se reconoce la influencia del realismo jurídico, que expone la importancia de los principios para resolver los problemas jurídicos, los cuales se encuentran en la Constitución y son el eje de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, como ruptura con las concepciones del positivismo jurídico tradicional.

En el último aparte del artículo, “Los derechos fundamentales y la teoría del garantismo”, se expone la concepción de derechos fundamentales del profesor Luigi Ferrajoli, fundador y representante más reconocido del garantismo. Plantea que debe exigirse la garantía de los derechos fundamentales por parte de las instituciones estatales a los ciudadanos que son sus titulares legítimos, con la pretensión de bienestar para la humanidad.

1. La relación de los derechos humanos y los derechos fundamentales

Los derechos han sido objeto de deliberación desde que aparecieron, se concretaron con las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII en el contexto europeo y estadounidense y se consolidaron en el siglo XIX y en especial el siglo XX.

Estas deliberaciones han llevado a que su concepción se transforme. Primero surgió la concepción de los derechos humanos —que aún persiste— por parte de los ciudadanos, los movimientos sociales, los Estados contemporáneos y las ONG, entre otras organizaciones que exigen el cumplimiento de estos derechos y, con la llegada del Estado social de Derecho, apareció la concepción de los derechos sociales; a partir de las reflexiones en las últimas décadas del siglo XX, varios teóricos del Derecho, en general, y del Derecho Constitucional, en particular, propusieron que los derechos fueran asumidos como fundamentales.

Entre los teóricos y filósofos del Derecho que reflexionaron sobre los derechos fundamentales, se encuentran las apreciaciones y los aportes de los profesores e investigadores alemanes Robert Alexy y Martin Borowski, quienes estiman la necesaria relación de los derechos humanos con los derechos fundamentales: “Los derechos fundamentales nacionales son los derechos individuales que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales de los Estados democráticos constitucionales y que por lo general representan un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo”.¹

Desde la perspectiva del teórico de la argumentación jurídica Borowsky, los derechos humanos son el soporte de los derechos fundamentales, debido a que al incorporar los primeros en las Constituciones adquieren el estatus de derechos fundamentales por la exigibilidad judicial que puede hacerse de ellos:

Cuando se trata del concepto material de derecho fundamental, la mirada se concentra en el hecho de que los derechos fundamentales son un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo. En el caso de los derechos fundamentales nacionales, que en lo sucesivo aparecerán siempre en el trasfondo de cuanto se diga, se trata de un intento de transformarlos en

¹ Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 33.

derecho constitucional. Los conceptos materiales de derecho fundamental pueden presuponer dos diversos tipos de relaciones entre los derechos fundamentales y los derechos humanos. El primer tipo de relación es de naturaleza definitiva. Según esta variante, los derechos fundamentales son derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo. De acuerdo con esta posibilidad, sólo puede considerarse como contenido de los derechos fundamentales a aquella sustancia normativa que antes del proceso de transformación ya formaba parte del contenido de los derechos humanos y que aún lo hace. Esta posibilidad presenta el inconveniente de que la discusión política acerca del contenido de los derechos humanos, la cual se debe a la existencia de diversas cosmovisiones, se convierte necesariamente en una discusión sobre el contenido de los derechos fundamentales. Por esta razón, es preferible establecer una relación más débil entre los derechos fundamentales y los derechos humanos. Este segundo tipo de relación es de naturaleza intencional. De acuerdo con este planteamiento, los derechos fundamentales son aquellos que se han admitido en la Constitución con la intención de otorgarle carácter positivo a los derechos humanos. En esta variante de concepto material de derecho fundamental, las posibles equivocaciones que existan acerca del contenido de los derechos humanos no tendrían repercusiones sobre el carácter de derecho fundamental de los derechos transformados.²

La importancia de los derechos fundamentales que están íntimamente relacionados con los derechos humanos es la responsabilidad que adquieren las instituciones estatales para garantizar estos derechos a los ciudadanos, por medio de políticas de implementación que se encuentran como mandatos desde el texto constitucional:

En esta visión sociológico-jurídica de los derechos, es necesario hacer mención, también, a aquellos “derechos” positivizados en los sistemas jurídicos particulares, esto es, los denominados “derechos fundamentales”. Estos últimos, desde el momento de su incorporación al sistema, pasan a ser unas “instituciones jurídicas” más de aquel. Como tales instituciones jurídicas, los derechos fundamentales pueden ser objeto, también de análisis sociológico-jurídico, siendo el proceso de “implementación” o puesta en práctica de los mismos el campo más destacado de dicho análisis. Se trataría del análisis del proceso de “puesta en práctica” de las normas reguladoras de derechos fundamentales, es decir, el análisis del conjunto de decisiones, actuaciones y medidas ejecutivas

² Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, 35-36.

realizadas por los diversos organismos, operadores jurídicos y grupo de presión, que interviene en el proceso de producción, interpretación, aplicación y ejecución de las normas jurídicas.³

Los derechos fundamentales no solo se encuentran en el espacio constitucional de los Estados. Paulatinamente han adquirido importancia internacional y son las mismas organizaciones supraestatales y supranacionales las que han determinado la exigencia de cumplir a plenitud con estos derechos. Esto posibilita la expresión de derechos fundamentales internacionales que los Estados deben realizar, no para vulnerar los derechos constitucionales, sino para tener legitimidad en el contexto internacional:

Es así como los derechos fundamentales que son derechos humanos positivizados en el orden nacional, según la propuesta teórica de Alexy y Borowski, se amplían al convertirse en derechos fundamentales supranacionales que se promueven para este caso desde la Unión Europea. Esta concepción de Estado refuerza los derechos fundamentales que se encuentran plasmados en las constituciones nacionales, al tener un carácter vinculante con los derechos fundamentales expuestos en los documentos jurídicos de las organizaciones supranacionales, como es el caso del Parlamento Europeo, la Corte Internacional de Justicia de la Haya y la naciente Corte Penal Internacional.⁴

En esta reflexión, los derechos humanos provienen de tratados internacionales que no son exigibles judicialmente, sino que obedecen a su carácter de voluntades sin la mayor obligatoriedad por parte de los Estados que los acojan. Al convertirse en derechos fundamentales, pasan de un discurso de voluntad al de obligatoriedad para los Estados y después, desde las mismas Constituciones, se incorporan al espacio internacional por medio de la vinculación de derechos fundamentales internacionales que, en el caso colombiano, forman parte del bloque de constitucionalidad.

Esta propuesta de Alexy y Borowski sobre los derechos fundamentales está asociada con la teoría del Derecho que ha sido reconocida como argumentación jurídica. En esta concepción, los derechos fundamentales deben relacionarse con un discurso

³ María José Fariñas Dulce, *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"* (Madrid: Dykinson, 2006), 51.

⁴ Jairo Vladimir Llano Franco, "Estado constitucional: la protección de derechos y dificultades en su concreción", *Criterio libre jurídico* 9, núm. 1 (2012): 46-47.

que, en primer momento, seguirían las reglas que propone otro alemán de las Ciencias Sociales, Jürgen Habermas:

Según HABERMAS “el criterio que permite que las proposiciones sean verdaderas es la posibilidad de la aceptación universal de una opinión, mientras que el criterio de corrección de una recomendación o una advertencia es la posibilidad del acuerdo universal sobre una opinión”. Una exitosa realización de los actos de habla pertinentes presupone reglas para un discurso imparcial. Son estas reglas las que hacen posible un consenso bien fundado entre los participantes en un procedimiento argumentativo; es decir, un consenso basado en el mejor argumento (el cual es obtenido bajo las condiciones del discurso ideal). De acuerdo con este criterio moral (el cual HABERMAS preferiría que fuese metaético), solo son derecho aquellos actos que se ajustan a las normas, la validez de los mismos está basada en el consenso potencial de todos aquellos que posiblemente se vean afectados por ellos bajo las condiciones de la comunicación ideal.⁵

El postulado del discurso de Habermas es referenciado por la teoría del Derecho de Alexy para determinar que los derechos fundamentales son legítimos y tienen el reconocimiento de la ciudadanía. La afectación de estos derechos por parte de las instituciones estatales o de los particulares llevaría a la intervención de los intérpretes de la Constitución, que son los jueces constitucionales. Estas intervenciones, según Alexy, deben realizarse racionalmente, con respeto por las reglas del discurso —en general—, las reglas del discurso jurídico —en particular— y las necesidades de la ciudadanía:

La relación entre la teoría del discurso y los derechos constitucionales es una relación estrecha, profunda y compleja que comprende tres dimensiones. La primera dimensión concierne a la fundamentación o sustanciación de los derechos fundamentales, y se le puede llamar la dimensión “filosófica” de los derechos constitucionales. La segunda dimensión atañe a la institucionalización de los derechos fundamentales. Para distinguir este problema del anterior, podría llamarse dimensión “política”. La tercera dimensión se refiere

⁵ Philippos Vassiloyannis, “Ética discursiva, positivismo jurídico y el Derecho” en *Derecho, derechos y discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy*, ed. George Pavlakos (Bogotá: Universidad Externando de Colombia, 2013), 160.

a la interpretación de los derechos constitucionales, por lo que se la puede clasificar de dimensión “jurídica”.⁶

Para Alexy, los derechos fundamentales y los derechos constitucionales (que son derechos humanos positivizados, ya que se encuentran en la Constitución) son considerados los mismos derechos; sin embargo, en el proceso de la reflexión teórica aparece una divergencia entre un derecho fundamental y un derecho constitucional. Esta divergencia consiste en que los derechos fundamentales —que también son derechos humanos positivizados— en repetidas ocasiones superan el formalismo constitucional, es decir, varios de los derechos fundamentales se encuentran en tratados internacionales y no necesariamente son incorporados en la Constitución:

Si se decide expandir el concepto de derecho constitucional, solo un criterio parece adecuado para definir un concepto sustancial: el concepto de derechos humanos. Pero, de nuevo, aquí también hay diferencias entre una primera impresión y las conclusiones a las que llega después de la reflexión. A primera vista pareciera que un concepto sustancial de derechos constitucionales se define, simplemente, por la positivización de los derechos humanos. Así, los derechos humanos y los constitucionales se convertirían en conceptos extensionalmente equivalentes. Sin embargo, este procedimiento tendría efectos supra e infra-incluyentes. Bien puede ser que las Constituciones incluyan derechos que no cabe considerar como derechos humanos, y, también que haya derechos humanos que no tengan cabida en una Constitución.⁷

Para la concepción de Alexy, incluso, ciertos derechos constitucionales pueden encontrarse reconocidos más allá de una Constitución y que se ha convertido en una acción recurrente en el constitucionalismo contemporáneo. A esto, el autor lo considera como una concepción sustancial de los derechos constitucionales:

La cuestión de que son los derechos fundamentales es la que concierne al concepto de derechos fundamentales. Cuando hablamos de derechos constitucionales entran en juego tres tipos de conceptos: uno formal; uno sustancial, y otro procedimental. Se utiliza un concepto formal cuando el derecho constitucional se define como un derecho contenido en la Constitución o en cierta parte de ella; si la Constitución clasifica dicho derecho como constitucional,

⁶ Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales* (México D. F.: Distribuciones Fontamara, 2007), 47.

⁷ Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, 50.

o si la Constitución le otorga una protección especial como por ejemplo, la posibilidad de recurso ante el Tribunal Constitucional. Sin duda, los conceptos formales son útiles, pero, si se pretende entender la naturaleza de los derechos constitucionales, son claramente insuficientes [...]. Ahora bien, solo es posible hacer esta afirmación si se cuenta, además, con un concepto sustancial de derecho constitucional, que sirva para revisar los resultados que emerjan de la aplicación del concepto formal. Visto así, un concepto sustancial del derecho debe de incluir criterios que estén por encima y que van más allá del hecho de que un derecho sea mencionado, recogido o garantizado en la Constitución.⁸

2. Deliberación sobre los principios y los derechos fundamentales

Las deliberaciones sobre los derechos fundamentales se han extendido hacia qué son para la Constitución y para la ley. Según Alexy, los derechos fundamentales no pueden reducirse a la mirada positivista de una simple norma o regla. Para este autor y para Dworkin, los derechos estarían más relacionados con los principios que con lo normativo:

Una de las ideas más importantes de la teoría del derecho contemporánea, tanto en el mundo anglosajón como en el derecho continental, es que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, es decir, por el tipo tradicional de normas jurídicas, sino también por principios [...]. Pues bien, a las reglas y a la subsunción, en la moderna teoría del derecho, y sobre todo a partir de las investigaciones de DWORKIN en el mundo anglosajón y de ALEXY en el germánico, se suman los principios y la ponderación. De esta manera, se ha impuesto la convicción de que junto a las reglas de estructura condicional hipotética existen los principios. Además, el reconocimiento de la existencia de los principios implica a su vez el reconocimiento de una nueva forma de aplicación del derecho: la ponderación. Los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados. Más bien, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario. Los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico. A pesar de que

⁸ Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, 48-49.

desde sus primeras sentencias la Corte Constitucional haya reconocido que los derechos fundamentales son normas, nadie puede decir que estas normas tienen la estructura condicional hipotética de las reglas.⁹

Para Dworkin, en el Derecho, los principios son más que una norma y resuelve los problemas jurídicos cuestionando el postulado positivista de la norma como eje. Esta concepción de que los principios son centrales en el ordenamiento o campo jurídico determina la importancia de concepciones o prácticas que eran criticadas por los positivistas jurídicos y otras perspectivas conservadoras, por ejemplo, la ubicación de los principios que en ciertos casos no se encuentran en un documento escrito, sino que provienen de la costumbre o la tradición jurídica, aunque también se encuentran en las Constituciones de los Estados contemporáneos:

Me propongo llevar un ataque general contra el positivismo y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H. L. A. Hart. Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas. Acabo de hablar de “principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”. En la mayoría de los casos usaré el término “principio” en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices [...]. Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.¹⁰

La interpretación e incorporación de los principios en el Derecho Constitucional ha sido referenciada por los jueces constitucionales en sus decisiones. Ejemplo de ello es el Tribunal Constitucional Federal alemán que, en sus pronunciamientos y

⁹ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos* (Bogotá: Universidad Externado, 2005), 95-96.

¹⁰ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 2004), 72.

decisiones jurisprudenciales, ha subrayado la importancia de los principios para resolver los complejos asuntos jurídicos de los Estados contemporáneos:

En Alemania, en el año 1958, en la sentencia del caso Lüth, el Tribunal Constitucional Federal desarrolló completamente este vasto campo por primera vez [...]. La sentencia de este caso vincula tres ideas que, básicamente, han determinado el derecho constitucional alemán. La primera es que la garantía jurídico-constitucional de los derechos individuales no se agota en una garantía de los clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. Los derechos fundamentales encarnan también, como dice el Tribunal Constitucional Federal, “un orden objetivo de valores”. Al respecto es discutible lo que ha considerado el Tribunal por un “orden objetivo de valores”. Después se ha referido simplemente a “los principios [...] que se expresan en los derechos fundamentales”. A partir del anterior se puede expresar que la primera idea esencial de la sentencia del caso Lüth radica en que los derechos fundamentales no tienen solo el carácter de reglas, sino también el de principios. La segunda idea, estrechamente ligada a la primera, tiene que ver con que los valores o principios de los derechos fundamentales no solo tienen aplicación a la relación entre el Estado y los ciudadanos, sino, mucho más lejos, “a todos los ámbitos del derecho”.¹¹

Los principios y derechos fundamentales que son esenciales para el devenir jurídico, social y político de los Estados, según Dworkin, deben cumplirse por parte de las instituciones estatales y los Gobiernos, sin detenerse en los costos en los que puedan incurrir los Gobiernos cuando cumplen con los derechos de los cuales son titulares los ciudadanos:

Cuando el Gobierno, o cualquiera de sus ramas, define un derecho, debe tener presente —de acuerdo con el primer modelo— el coste social de diferentes propuestas y hacer los ajustes necesarios. No debe conceder la misma libertad a las manifestaciones ruidosas que a la tranquila discusión política, por ejemplo, porque las primeras causan mucha más inquietud que la última. Una vez que decide en qué medida ha de reconocer un derecho, debe hacer valer plenamente su decisión, lo cual significa permitir que el individuo actúe en el marco de sus derechos, tal como los ha definido el Gobierno, pero no más allá de ellos, de modo que si alguien infringe la ley, aun cuando sea por motivos de

¹¹ Robert Alexy, “Dos construcciones de los derechos fundamentales” en *El canon neoconstitucional*, ed. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), p. 100-101.

conciencia, debe ser castigado. Es indudable que cualquier Gobierno cometerá errores, y lamentará decisiones que alguna vez tomó. Eso es inevitable, pero esta política intermedia ha de asegurar que, a la larga, los desequilibrios hacia un lado compensarán los desequilibrios hacia el otro [...]. La institución de los derechos se basa en la convicción de que esa es una injusticia grave, y que para prevenirla vale la pena pagar el coste adicional de política social o eficiencia que sea necesario. Si el Gobierno yerra hacia el lado del individuo, entonces simplemente, en términos de eficiencia social, paga un poco más de lo que tiene que pagar; es decir, paga un poco más en la misma moneda ya que ha decidido que se ha de gastar. Pero si yerra en contra del individuo, le inflige un insulto que para evitarlo, según el propio Gobierno lo reconoce, requiere un gasto mucho mayor de esa moneda.¹²

El cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de los Gobiernos sin importar sus costos, como propone Dworkin, también adquiere una dimensión de obligatoriedad en la teoría de la argumentación de Alexy, ya que los derechos fundamentales deben cumplirse por parte del Estado y sus instituciones en beneficio de los ciudadanos y su incumplimiento traería inconvenientes para los mismos derechos que no podrían realizarse a plenitud, como corresponde al Estado constitucional:

Ahora bien, esta institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional y democrático lleva aparejada una delimitación de su contenido desde el punto de vista material, subjetivo, espacial y temporal. El contenido de los derechos fundamentales se proyecta únicamente en el ámbito material, subjetivo, espacial y temporal del Estado, en el que rigen las normas constitucionales que los establecen. De este modo, los derechos fundamentales expanden su fuerza vinculante solo frente a las normas producidas por los cauces del derecho del Estado, imperan dentro del territorio en que este último es soberano, durante el lapso de vigencia de la Constitución, y vinculante únicamente a los sujetos del ordenamiento jurídico estatal. Aquí solamente debe importar el aspecto relativo a los sujetos de los derechos fundamentales. Es bien sabido que estos derechos relacionan entre sí a dos tipos de sujetos: los titulares y los destinatarios. Es más, estos derechos se definen como la relación en la que el titular de un derecho puede exigir del destinatario un comportamiento ordenado por la Constitución. El aspecto subjetivo es uno de aquellos en donde más se hace evidente que, en su concepción tradicional, los

¹² Dworkin, *Los derechos en serio*, 296-297.

derechos fundamentales son correlativos al entendimiento del Estado como referente exclusivo de la comunidad política, dentro del cual el individuo ejerce las dos facetas más importantes de su libertad: su libertad como autonomía privada y como autonomía pública. De este modo, el titular por antonomasia de los derechos fundamentales es el ciudadano, un individuo dotado a la vez de libertades individuales, libertades políticas y necesidades básicas dignas de tutela pública, que son respectivamente garantizadas por los derechos fundamentales de defensa, los derechos democráticos y los derechos prestacionales.¹³

Desde los postulados de Dworkin y Alexy, la exigencia de cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de los Gobiernos y las instituciones estatales determinan la configuración del Estado constitucional y democrático de Derecho donde los jueces constitucionales adquieren cierto reconocimiento, debido a que son los responsables de que estos derechos sean realizados a plenitud para beneficio de los ciudadanos y de controlar las decisiones del Ejecutivo y del Parlamento para que no sean vulnerados o transgredidos por los funcionarios o las instituciones públicas.

DWORKIN parte de un cognitivismo constitucional, según el cual todo juez es capaz de —y debe— interpretar de forma acertada la Constitución en todos los casos. Desde su visión, las disposiciones constitucionales, y sobre todo aquellas que anuncian los derechos fundamentales, contienen para cada controversia jurídica una única solución correcta, una verdad sustancial palpable [...]. La configuración de los derechos no está al vaivén de las decisiones fraguadas en los procesos democráticos, sino que está contenida de manera explícita o implícita en la Constitución, y en los valores de la comunidad en los cuales se funda su texto. Según este autor, es bastante dudoso que la interpretación constitucionalmente correcta de los derechos fundamentales sea una emanación de las deliberaciones democráticas, pues los participantes en ellas actúan movidos por intereses. Por lo tanto, estima que los derechos no pueden ser considerados como el objeto sino como el límite de los procedimientos democráticos [...]. Esta doctrina del control de constitucionalidad genera una contraposición entre el juez constitucional y el legislador. Aquel se convierte en un velador de los derechos fundamentales y de las minorías, que se sitúa frente a la voluntad general, expresada mediante las determinaciones del Parlamento.¹⁴

¹³ Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos*, 384-385.

¹⁴ Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos*, 40- 41.

3. Los derechos fundamentales y la teoría del garantismo

Desde otra perspectiva, se ha configurado otro concepto sobre los derechos fundamentales que aportan a la deliberación, con la intención de que estos sean plenamente realizados y los beneficiarios directos sean los ciudadanos titulares de los mismos. Esta teoría de los derechos fundamentales tiene en Luigi Ferrajoli uno de sus referentes destacables. Para el autor, los derechos fundamentales como concepto tendrían un reconocimiento de carácter universal:

Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de “derechos fundamentales”: son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derechos subjetivos” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas. Esta definición es una definición teórica en cuanto, aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por las leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia del hecho de que en este o en aquel ordenamiento tales derechos se encuentren o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan o no enunciados en normas de derecho positivo. En otras palabras, no se trata de una definición dogmática, es decir, formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto, como, por ejemplo, la Constitución italiana o la española. Conforme a esto, diremos que son “fundamentales” los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar.¹⁵

La concepción de derechos fundamentales de Ferrajoli se complementa con su concepto de garantía, esencial en el constitucionalismo contemporáneo. El garantismo pretende que los derechos fundamentales de los que son titulares los ciudadanos sean cumplidos de forma permanente por parte de quienes pueden realizar la garantía de los derechos:

¹⁵ Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid: Trotta, 2005), 19-20.

Es formal, ante todo, el concepto de “paradigma constitucional” o “garantista”. Como ya he adelantado, dicho paradigma equivale, en el plano teórico, al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que estos sean, impuestos a la totalidad de los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio. [...] mientras la tesis de la conexión con la (esto es, con una) moral debilita su valor teórico, reduciendo el constitucionalismo a una ideología más o menos compartida que sublima como código moral la Constitución existente. Prueba de ello es que el garantismo constitucional [...] a tenor de las concretas necesidades incorporadas en él como derechos fundamentales, avanzando en diversas direcciones: en la tutela tanto de los derechos sociales como de los derechos de libertad; frente a los poderes privados y frente a los poderes públicos en el plano internacional y en el estatal. No sólo el lenguaje de los derechos fundamentales no es más que el lenguaje específico, aunque ciertamente el más evolucionado, a través del cual han llegado a ser tratados, en la cultura occidental, aquellos intereses vitales que se reconocían como universales o de todos. Pero ello no es obstáculo para que una teoría jurídica del garantismo pueda sacar provecho también de otros lenguajes y conceptos, como por ejemplo el de los bienes fundamentales y los bienes comunes, elaborados por otras culturas y dotados de una diferente, si bien no menos importante, función garantista.¹⁶

De acuerdo con Ferrajoli, la responsabilidad de garantizar los derechos fundamentales que se encuentran en el texto constitucional está en el Gobierno y las instituciones públicas. Su cumplimiento debe ser total, debido a que estos derechos se enmarcan en las reivindicaciones políticas y sociales y a la vez se relacionan con el contexto social en donde serán llevados a cabo por las organizaciones estatales:

El paradigma constitucional desplaza, de hecho, al espacio privilegiado de la política fuera del derecho, colocándolo en las luchas y en las dinámicas sociales y culturales. Ya que, desde el punto de vista interno (o jurídico), la política queda vinculada por el derecho y, en particular, por el deber constitucional de garantizar los derechos fundamentales positivamente consagrados, de manera que si alguna vez solo el gobierno pudo ser llamado, en sentido amplio, “ejecutivo” con respecto a la legislación; hoy bien puede serlo también el Parlamento respecto a la Constitución. Pero ello no quita para que el derecho —todo el derecho, incluso, por tanto, el constitucional— sea según

¹⁶ Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia* (Madrid: Trotta, 2009), 42.

el modelo iuspositivista del cual el constitucionalismo es solo un perfeccionamiento, derecho “puesto”, es decir, producto de la política y de las luchas sociales mediadas y representadas por ella.¹⁷

La responsabilidad estatal de garantizar los derechos fundamentales adquiere una dimensión central en los Estados contemporáneos, pues afecta la organización política estatal. Por eso, las instituciones estatales reconocidas constitucionalmente se ponen al servicio de la garantía de los derechos fundamentales; este es el caso del Ejecutivo, del Parlamento o del Judicial, ya que una parte del soporte de estas organizaciones estatales es la democracia. Para la teoría y la práctica de la garantía de los derechos fundamentales ya no sería la democracia formal de las mayorías políticas, sino de la democracia sustancial que, para Ferrajoli, está relacionada con los derechos fundamentales:

Según la concepción predominante, la democracia sería un método de formación de las decisiones públicas. Más exactamente, consistiría en el conjunto de “reglas del juego” que atribuyen al pueblo, o mejor, a la mayoría de sus miembros, el poder, directo o a través de representantes de asumir dichas decisiones [...]. Esta noción de democracia podría llamarse formal o procedimental [...]. En esta intervención, intentaré rebatir esta concepción simplificada de la democracia. Y comenzaré diciendo que es indudable que la dimensión formal de la democracia como poder basado en la voluntad popular expresa un rasgo absolutamente necesario, una *conditio sine qua non*, en ausencia de la cual no se podría hablar de “democracia”. Ahora bien, ¿es esta la única condición necesaria? La definición de un término debe indicar las condiciones no solo necesarias sino también suficientes para predicarlo de un cierto caso. ¿Es suficiente una connotación puramente formal de la democracia para identificar todas las condiciones en presencia de las cuales un sistema político es calificable como “democrático” y, en particular, como una “democracia constitucional”? Yo pienso que no. Y enumeraré cuatro razones, ligadas a otras tantas aporías, que requieren que la definición de democracia comprenda la idea de límites y vínculos sustanciales o de contenido como son, típicamente, los derechos fundamentales [...]. Ya he dicho que todos los derechos fundamentales dan forma y contenido a la “soberanía popular” y a la “voluntad popular”, la cual no puede manifestarse de manera auténtica si no puede expresarse libremente, y no puede expresarse libremente si no

¹⁷ Luigi Ferrajoli, “Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid: Trotta, 2005), 171.

dispone de garantías no solo para los derechos políticos sino también para los derechos de libertad y para los derechos sociales [...]. Estos derechos, por consiguiente, no son solamente límites a la democracia política. Son además, la sustancia democrática, puesto que se refieren al pueblo en un sentido más concreto y vinculante que la propia representación política, es decir, a todos y cada uno de sus miembros en carne y hueso.¹⁸

El incumplimiento de los derechos fundamentales por parte de un Estado hacia sus ciudadanos afecta negativamente la concepción de democracia sustancial, lo que se expresaría en descontento ciudadano, inestabilidad política o pronunciamientos de rechazo internacional, puesto que la vulneración de derechos fundamentales esenciales como la alimentación, la salud y la vivienda pone en entredicho la responsabilidad estatal ante sus ciudadanos; por eso, los Estados permanecen elaborando estrategias conducentes a cumplir con los derechos fundamentales:

Pero ese experimento —no mental sino trágicamente real— ha sido realizado en este siglo por la humanidad con la catástrofe de los totalitarismos y de las guerras mundiales. Descubrimos entonces que ni siquiera la mayoría, que consistió la toma de poder por el facismo y el nazismo, ni siquiera el consenso de masas utilizado por los regímenes totalitarios, garantizan la calidad de los poderes públicos; que también la regla de la mayoría, si no está sometida a una ley superior, puede siempre degenerar y convertirse en la ley del más fuerte y legitimar guerras, destrucciones, violaciones de la vida y de la dignidad de las personas, así como supresiones de las minorías. Fue sobre la base de estas terribles experiencias —los “sufrimientos indecibles de la humanidad” (una vez más, el dolor) [...] al día siguiente de la Segunda Guerra Mundial fue refundado el constitucionalismo a través de su expansión hacia el derecho internacional y por medio de la rigidez impresa a las constituciones estatales. De esta manera se ha puesto fin tanto a la soberanía externa como a la soberanía interna: es decir una segunda revolución, una segunda mutación del paradigma del derecho, no menos importante que el producido con el nacimiento del Estado moderno y del positivismo jurídico. Gracias al constitucionalismo rígido, de hecho, la mayoría y por tanto la democracia política, dejan de ser soberanas y omnipotentes y encuentran límites y vínculos de derecho positivo en la forma rígida con que todos los derechos fundamentales —de los derechos de

¹⁸ Luigi Ferrajoli, “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías” en *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Luigi Ferrajoli, Josep Joan Moreso y Manuel Atienza Rodríguez (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 71, 74, 75, 89.

libertad a los derechos sociales— son estipulados y puestos a resguardo de su arbitrio. Pero se trata de una mutación que se produce en el interior del paradigma iuspositivista, no ya como su debilitamiento sino como su complemento, pues equivale a la sujeción a la ley, o sea a la Constitución que no es menos ley positiva que las leyes ordinarias, no solo de la forma sino también del contenido de las leyes mismas, y por ello a la positivación no solo de su ser sino también de su deber ser, no solo de sus condiciones de existencia y validez formales sino también de sus condiciones de validez sustanciales, es decir de las opciones por el legislador constituyente que el legislador ordinario está obligado a respetar.¹⁹

Para Ferrajoli, el cumplimiento de los derechos fundamentales no debe limitarse a los Estados-Nación contemporáneos hacia sus ciudadanos, sino que debe ser global. De no serlo, se estarían afectando negativamente derechos fundamentales como la igualdad y la justicia, entre otros, debido a que unos Estados garantizarían los derechos fundamentales a sus ciudadanos y otros los vulnerarían, situación que cuestionaría la estabilidad global:

[...] los derechos fundamentales y de los otros principios de justicia formulados en las normas constitucionales, respecto a la cual están, además ampliamente incumplidos. Pero sobre todo, si es cierto que los derechos fundamentales cuestan, también es cierto que cuestan mucho más sus violaciones y su falta de satisfacción [...]. La garantía de todos los derechos fundamentales —de los derechos sociales no menos que los derechos de libertad— no es, pues, solo un fin en sí, sino que está también un medio del desarrollo no solo civil sino también económico. La prueba histórica de este nexo entre satisfacción de tales derechos y desarrollo está, por lo demás, bajo la mirada de todos, siendo proporcionada por la experiencia de los propios países ricos. Seguramente el mayor desarrollo económico, el mayor bienestar, las mayores riquezas de estos países con respecto al resto del mundo, así como en relación a su pasado, son en gran parte debidos al mejoramiento de las condiciones de vida: a la mayor educación, al mejor estado de salud, a las mayores energías dedicadas por cada uno al trabajo y a la investigación. Al punto que podríamos decir, invirtiendo el prejuicio de la contraposición entre garantía de los derechos y desarrollo de la economía, que la mejor política económica (aquella más eficaz para promover el desarrollo, así como la mejor política en materia de seguridad y

¹⁹ Luigi Ferrajoli, “Derecho y dolor. La crisis del paradigma constitucional” en *El canon neoconstitucional*, ed. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 152-153.

de prevención de los delitos), es una política social dirigida a garantizar los derechos vitales de todos [...]. Contra las actuales tendencias de las políticas neoliberales al desmantelamiento de la esfera pública y Estado social, hace falta en fin más que nunca reconocer que donde no hay esfera pública no hay desarrollo; y que la historia del Estado de derecho y de la democracia y la historia del desarrollo económico son dos historias paralelas, desarrolladas ambas mediante una larga lucha contra los poderes salvajes, tanto públicos como privados, dirigida a hacer cada vez más funcional la garantía de un mayor número de derechos para todos.²⁰

Como se ha podido observar, los postulados de Robert Alexy, Ronald Dworkin y Luigi Ferrajoli presentan puntos de divergencia y otros de coincidencia. Entre las convergencias más importantes coincidencias se hallan: i) que los derechos fundamentales tienen que cumplirse por los Estados, los Gobiernos y las instituciones públicas; ii) que los jueces constitucionales se convierten en protectores de los derechos fundamentales y, por eso, el control constitucional que ejercen sobre las organizaciones políticas del Estado y responsables del cumplimiento de los derechos, y iii) que la garantía o el cumplimiento de los derechos fundamentales está relacionado con la democracia y, por ello, con el cumplimiento de los derechos fundamentales, los Estados contemporáneos no solo estarían fomentando el bienestar de sus ciudadanos, sino también la democracia y su estabilidad política y social.

Los derechos fundamentales adquieren dimensiones interesantes para los Estados-Nación contemporáneos. Lo crítico es que varios de los Estados de distintas regiones del globo, como América Latina, no logran garantizar o cumplir con los derechos fundamentales esenciales para los ciudadanos titulares, situación que ha llevado a inconvenientes en su estabilidad económica, social y política y a que, en ciertos eventos, la democracia formal y la sustancial sean cuestionadas por instituciones de carácter internacional.

Uno de los casos paradójicos en cuanto al cumplimiento o a la garantía de los derechos fundamentales es Colombia, debido a que la Constitución incorpora derechos fundamentales que pretenden mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos, pero tienen dificultades para materializarse porque los recursos son limitados o porque las instituciones públicas los vulneran.

²⁰ Luigi Ferrajoli, "Derechos sociales y esfera pública mundial" en *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, coord. Javier Espinoza de los Monteros y Jorge Ordóñez (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 54-56.

Conclusiones

La teoría del Derecho, en particular la relacionada con el Derecho Constitucional, ha transformado el quehacer del Derecho en las décadas recientes, debido a la ruptura con la concepción positivista de que la ley era la protagonista. Ello dio paso a que la Constitución fuera el documento jurídico más importante de los Estados contemporáneos, primero, porque organizan las instituciones estatales y, segundo, porque poseen un amplio catálogo de derechos fundamentales.

Los teóricos reconocidos en el constitucionalismo, la Filosofía y la teoría del Derecho como Alexy, Ferrajoli y Dworkin han hecho sus aportes para promover la ruptura con el hegemónico positivismo jurídico, desde teorías como la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo; en la actualidad, son referenciados por los tribunales o las cortes constitucionales, supremas de justicia e incluso tribunales internacionales y sus postulados han sido recogidos en el contexto latinoamericano tanto por la academia jurídica como también por los practicantes del Derecho.

Estas teorías, que se relacionan con el reconocimiento y la implementación de los derechos fundamentales, son plausibles porque promueven el bienestar de los ciudadanos desde los modelos de Estado social de Derecho y Estado constitucional y democrático de Derecho. Sin embargo, la realización plena en el contexto latinoamericano se ha dificultado, ya que los derechos no son garantizados para todos los ciudadanos y existe un margen considerable de exclusión que determina debilidad en el cumplimiento de los objetivos de estos modelos estatales. Por eso, las deliberaciones recientes en la Ciencia Jurídica de la región deberían llevar a pensar modelos más acordes con la realidad y el contexto regional, sin perder la pretensión de que los ciudadanos logren tener una aceptable calidad de vida.

Referencias

- Alexy, Robert. "Dos construcciones de los derechos fundamentales" en *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, 97-109. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Alexy, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México D. F.: Distribuciones Fontamara, 2007.
- Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado, 2005.
- Borowski, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2004.
- Fariñas Dulce, María José. *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"*. Madrid: Dykinson, 2006.
- Ferrajoli, Luigi. "Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías" en *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Luigi Ferrajoli, Josep Joan Moreso y Manuel Atienza Rodríguez, 71-116. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Ferrajoli, Luigi. "Derecho y dolor. La crisis del paradigma constitucional" en *El canon neo-constitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, 145-171. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Ferrajoli, Luigi. "Derechos fundamentales" en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 19-56. Madrid: Trotta, 2005.
- Ferrajoli, Luigi. "Derechos sociales y esfera pública mundial" en *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, coordinado por Javier Espinoza de los Monteros y Jorge Ordóñez, 47-59. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Ferrajoli, Luigi. "Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho" en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 139-196. Madrid: Trotta, 2005.
- Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2009.
- Llano Franco, Jairo Vladimir. "Estado constitucional: la protección de derechos y dificultades en su concreción". *Criterio libre jurídico* 9, núm. 1 (2012): 45-58.
- Vassiloyannis, Philippos. "Ética discursiva, positivismo jurídico y el Derecho" en *Derecho, derechos y discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy*, editado por George Pavlakos, 153-178. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.