

APROXIMACIÓN A LA IDEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

*Daniel E. Florez Muñoz¹
Alexis Carrillo Menco²
Nicolás Torres Yabrudi³*

Resumen

El desarrollo del constitucionalismo contemporáneo parte del reconocimiento de la dimensión material de los textos constitucionales, esta lectura de la constitución como documento jurídico normativo dotado de contenidos expresados bajo la denominación de derechos fundamentales, generará al interior de los sistemas jurídicos y políticos una serie de tensiones inéditas hasta el momento. En el presente artículo se analizará el concepto de derechos fundamentales, abordando sus diferentes dimensiones y precisando las categorías claves para su correcta comprensión en el marco de los sistemas constitucionales actuales.

Palabra clave

Derechos fundamentales, Constitución material, Estado Constitucional, Mandatos de optimización

Abstract

The development of contemporary constitutionalism starts from the recognition of the material dimension of constitutional texts, this reading of the constitution as a normative legal document endowed with contents expressed under the denomination of fundamental rights, will generate a series of tensions within the legal and political systems unpublished so far. In this article, the concept of fundamental rights will be analyzed, addressing its different dimensions and specifying the key categories for its correct understanding within the framework of current constitutional systems.

Keywords

Fundamental rights, material constitution, constitutional state, optimization mandates

Introducción

A partir de la Segunda Guerra Mundial, buena parte de los países de Europa y América

1 Docente investigador, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Cartagena. Director del Semillero de Investigación en Derechos Humanos y Justicia Transicional.

2 Estudiante de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Cartagena. Miembro del Semillero de Investigación en Derechos Humanos y Justicia Transicional.

3 Estudiante de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Cartagena. Miembro del Semillero de Investigación en Derechos Humanos y Justicia Transicional.

Latinan emprenden procesos de transformaciones constitucionales que repercutirán directamente tanto en la comprensión de los límites al poder público, como en el lugar de la Constitución y del poder judicial al interior del sistema de fuentes y los procesos de creación del Derecho. Esta nueva forma de comprender el constitucionalismo, se encontró asociado, entre otras cosas, con la materialización de los textos constitucionales a través de la dogmática principialista y con la revaloración del rol del poder judicial a partir de la garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional⁴, esta última ya no supeditada al frío examen de los procedimientos y modelos de competencias, sino cualificada a partir de contenidos en términos de deberes positivos, libertades y garantías fundamentales, las cuales se experimentaron no solo como límites materiales a la actividad del Estado y de los particulares, sino que condicionantes al interior de los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho ordinario. Al interior de esta nueva realidad normativa, adscrita al naciente Estado Constitucional de Derecho, el fenómeno llamado constitucionalización del ordenamiento jurídico, cobra un especial lugar, como resultado de la redefinición de los textos constitucionales en términos de norma jurídica sustantiva con capacidad irradiadora, la profundización de las técnicas interpretativas y argumentativas al interior del razonamiento judicial, y la cualificación de las técnicas jurisprudenciales

asociadas con la garantía jurisdiccional de la integralidad y supremacía constitucional, típicamente asociadas con fallos modulatorios y la construcción jurisprudencial del derecho. Este fenómeno heterogéneo y fragmentario impactará las bases de buena parte de las áreas del derecho ordinario, redefiniendo el alcance de su normatividad y supliendo algunas de sus más tradicionales instituciones. El derecho constitucional se establece como fundamento de la validez de la totalidad de las ramas del derecho (Florez-Muñoz, 2010c; Bernal, 2005), y más que eso lleva la fuerza irradiadora de las cláusulas que consagran derechos fundamentales a escenarios históricamente reservados para principios tales como la autonomía de la voluntad en el campo del derecho privado entre otros. El presente trabajo tiene por objetivo desarrollar analíticamente una aproximación al concepto de derechos fundamentales a partir de las categorías claves para su comprensión y alcance. En ese orden de ideas abordaremos la noción de Estado Constitucional, Constitución Material y finalmente los diferentes niveles y dimensiones de análisis del concepto de derechos fundamentales a la luz de los principales referentes dogmáticos.

Siguiendo al profesor Werner Kägi (2005) podríamos afirmar que lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional es la incorporación de una dimensión material y normativa del texto constitucional, el cual

⁴ Un detallado estudio sobre el desarrollo del poder judicial al interior del Estado de Derecho moderno, en: Florez (2010b)



–parafraseando a Ihering– extiende “la fuerza vinculante bilateral de la norma” tanto a la totalidad de las autoridades estatales como a los ciudadanos en general, lo anterior en contraposición a toda forma de Estado de privilegios de viejo y nuevo cuño, por regla general afianzados en el principio de autoridad sin más que no encuentra sino en la reglamentación de sus procedimientos el único límite efectivo al ejercicio del poder. En ese orden de ideas, la Constitución jurídica⁵ transforma el poder desnudo, formalmente limitado, en un legítimo poder normativamente reglado y materialmente comprometido con valores y preceptos anclados en principios democráticos y la defensa de la dignidad humana, esto solo es posible precisando no sólo los criterios formales de actuación y de competencia orgánica sino adicionando los aspectos sustanciales que deben ser asegurados, promovidos y privilegiados tanto en la actividad estatal como al interior de las relaciones entre particulares.

En ese orden de ideas, el Estado constitucional nace íntimamente ligado con la existencia de Constituciones rígidas (Guastini, 2007; Haberle, 2003), con contenidos y fuerza normativa (Florez-Muñoz, 2012a), así como con un diseño institucional en el que se prevé la existencia de órganos llamados a asegurar el respeto de su supremacía a partir del control de la actividad de los poderes públicos y la extensión de dichas garantías al interior de

las relaciones entre los ciudadanos (Arango, 2004; Julio, 2007).

Para la realización de este trabajo se optó por un método cualitativo y se hizo uso de las técnicas propias de la investigación documental. El objetivo del presente trabajo es comprender los presupuestos y principales rasgos doctrinales del fenómeno de la constitucionalización del derecho en el marco del Estado Constitucional contemporáneo, el lector podrá, al finalizar el mismo, determinar si dicho objetivo fue satisfecho en su integridad.

Hacia un nuevo paradigma I: El Estado Constitucional

La realidad normativa anteriormente descrita impactará al interior de las formas en las que son comprendido, teorizado y aplicado el derecho al interior de los Estados constitucionales, especialmente a partir de la segunda posguerra en Europa y América Latina (Florez-Muñoz, 2013). Avanzando de un concepto restringido de Constitución, excesivamente abstracto y formal, típicamente asociado con una simple pieza lógico-sistemática, políticamente neutral y presente en cualquier tipo de Estado, de cualquier época y de cualquier signo y contenido (García Enterría, 1985: 43) hacia una visión mucho más concreta, material y actuante de Constitución. Condicionada por la experiencia histórica de la posguerra, el texto constitucional es ahora enten-

⁵ En relación al concepto de Constitucionalismo jurídico y Constitucionalismo político, ver: Carrillo (2015) y Bellamy (2010)

dido –siguiendo a García Enterría– como un instrumento jurídico y expresión histórica del principio de autodeterminación política comunitaria, un texto orientado tanto a la configuración y ordenación de los poderes del Estado, como al estableciendo de los límites al ejercicio del poder a partir de la definición de un contenido articulado con un conjunto de libertades y derechos fundamentales, así como con deberes objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad.

En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos, como a los ciudadanos (García Enterría, 1985:47)

El concepto de Constitución es un concepto dinámico (Mercado, 2008), supeditado no sólo a los presupuestos conceptuales desde donde se le aborde, sino fundamentalmente a las realidades políticas de los Estados que exigen del derecho constitucional, por una parte, nuevas y renovadas formas de establecer límites al poder, y por otra parte, creando garantías sustanciales y procedimentales para los asociados. Hablar de Constitución en la actualidad, implica a hablar en la ma-

yoría de los casos, de documentos con fuerza y contenido normativo, que establecen los diseños institucionales de los Estados y a su vez consagran garantías y libertades para sus asociados.

Esto nos lleva a afirmar, que la transformación del concepto de Constitución implica a su vez el desarrollo evolutivo del concepto de Estado de Derecho, en esto radica la importancia de la noción de Estado Constitucional⁶, dado que solo es al interior de esta realidad político-normativa encarnada donde es posible reconocer la problemática propia de la expansión de las garantías constitucionales sobre el ordenamiento jurídico. Está demás señalar que una concepción puramente competencial u orgánica de Constitución, carente de contenidos dogmáticos con fuerza normativa como los que se encuentran en las cartas de derechos del siglo XVIII, difícilmente cuenta con las condiciones objetivas e institucionales para el afianzamiento de un proceso de irradiación constitucional efectivo. En ese sentido, el proceso de constitucionalización del derecho es uno de los principales efectos que sobre la legislación ordinaria se deriva del concepto de constitución rígida y material que es propia del Estado Constitucional, tal como se dijo anteriormente, es éste el contexto institucional, político y jurídico-normativo que posibilita el desarrollo del principalismo constitucional y el control jurisdiccional con arreglo a contenidos en

⁶ Un estudio más amplio del Estado Constitucional de Derecho y los problemas de su recepción en Colombia, puede encontrarse en: Florez (2010a).

aras de asegurar la supremacía constitucional, ambas condiciones necesarias para la consolidación del fenómeno objeto de análisis en el presente texto.

En este punto conviene detenerse en la comprensión detallada de lo que entendemos por Estado Constitucional, para luego entrar a analizar con mayor detenimiento el contenido material propio del concepto de Constitución adscrito a este modelo estatal. En ese orden de ideas, ¿cuáles son los rasgos fundamentales del Estado Constitucional? podemos afirmar que el Estado Constitucional de Derecho supone una modificación evolutiva del modelo de Estado de Derecho clásico, conservando algunos de sus rasgos, pero agregando y modificando parcialmente otros. A la luz de lo expuesto por Comanducci (2010), el rasgo de mayor relevancia jurídica que incorpora el Estado Constitucional es la cualificación del principio de legalidad, en el entendido que el mismo involucra no sólo la clásica dimensión *per lege* ampliamente afianzada por el constitucionalismo del siglo XVIII y XIX, sino también una dimensión *sub lege* que sin lugar a dudas redefinirá algunas de las instituciones, modelos de competencia y sistemas de fuentes propias de modelos estatales previos.

Así pues, el Estado Constitucional es un modelo estatal que desde el principio de legalidad incorpora la dimensión *per lege* en

el entendido de que actúa a través de leyes generales –que se dirigen a clases de ciudadanos- y abstractas –que regulan clases de casos.

La generalidad es una característica que se opone a los privilegios y asegura la igualdad formal ante la ley. La abstracción es una característica que se opone a la retroactividad de la ley y asegura cierto grado de estabilidad y certeza del Derecho, así como cierto grado de previsibilidad de las decisiones judiciales. Estos rasgos ya estaban presentes en el modelo de Estado de Derecho decimonónico. (Comanducci, 2010: 47)

Por otra parte, el principio de legalidad en el Estado Constitucional trabaja igualmente bajo una dimensión *sub lege* en un doble sentido,

a.) Porque, en el plano formal todo poder se encuentra subordinado a leyes generales y abstractas que lo disciplinan, cuya observancia está controlada por jueces independientes (el tribunal constitucional para las leyes; los jueces ordinarios para las sentencias; los tribunales administrativos o los jueces ordinarios para los actos de la administración); b.) Porque, en el plano sustancial, todos los pode-

res están al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos (en la constitución hay obligaciones de los órganos públicos correspondientes a los derechos fundamentales; los ciudadanos tienen el derecho de activar la tutela judicial de sus derechos).

Un Estado *sub lege*, en el plano sustancial, es un Estado donde tiene vigencia el principio de legitimidad (es decir, el principio de legalidad en sentido sustancial): todos los actos normativos, incluso las leyes, deben conformarse al contenido de los derechos fundamentales. (Comanducci, 2010: 47)

Para Luigi Ferrajoli (2001: 31) bajo la expresión “Estado de Derecho” se pueden significar dos cosas diferentes, razón por la cual conviene entrar a distinguir con rigor cada uno de sus sentidos, el primero de ellos entiende la idea de Estado de Derecho desde un sentido lato, débil o formal, con el cual designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término *Rechtsstaat*, son estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una

forma legal. Por otra parte, en un segundo sentido que podríamos denominar fuerte o sustancial, Estado de Derecho designa, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos.

Bajo ese entendido, Ferrajoli (2001: 31) sostiene que estas dos acepciones corresponden a dos modelos normativos diferentes. El primero denominado “modelo paleo-iuspositivista” propio del Estado legislativo de Derecho (o Estado Legal), el cual tiene su nacimiento con el surgimiento de los Estado Nación en la Europa del siglo XVIII y que se fundamenta especialmente en el monopolio de la producción jurídica. El segundo modelo, es denominado por Ferrajoli como modelo neo-iuspositivista propio del Estado Constitucional de Derecho (o Estado Constitucional) que tiene como origen la crisis de la democracia representativa y los nuevos desafíos que a la concepción clásica de control institucional del poder suscitó la segunda posguerra, este modelo de Estado nace a partir de la subordinación del principio de legalidad a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez (Ferrajoli, 2001: 34).

Esta situación supuso tres alteraciones identificables en el tránsito del Estado legislativo

de Derecho al Estado Constitucional de Derecho. Al respecto señala Ferrajoli,

Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había dissociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.

Cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. En efecto, en el estado constitucional de derecho la constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los

derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.

Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten (Ferrajoli, 2001: 34)

Sin embargo, podemos identificar un cuarto cambio tributario del tránsito hacia modelo de constitucionalismo actualmente vigente. Me refiero a la subordinación del derecho a legislado a los principios constitucionales, lo cual equivale a incorporar una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de va-

lidad de las normas, sino también en la naturaleza misma de la democracia, para la cual los derechos fundamentales incorporados en las Constituciones rígidas representan un límite, a la vez que la complementan en tanto insumo para la convivencia comunitaria y la participación política. Al respecto, Ferrajoli agrega que los mismos pueden ser pensados como un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y por otra parte la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que —como la experiencia enseña— podrían de otro modo arrojar, junto con los derechos, al propio método democrático (Ferrajoli, 2001: 35).

Hacia un nuevo paradigma II: implicaciones institucionales de la dimensión material de la constitución rígida

Estas garantías y libertades que constituyen criterios sustanciales o materiales de la validez jurídica —entendidas como derechos fundamentales⁷— son, en principio, experimentados al interior del Estado Constitucional como límites materiales al poder público, es decir marcos que determinan el ejercicio de cada una de las ramas del poder estatal y sus respectivos órganos, en ese orden de ideas,

los procesos y decisiones propios de la administración pública, la legislación y la aplicación del derecho encuentran bajo la idea de derechos fundamentales, situaciones normativas prevalentes que deben ser necesariamente respetadas, so pena de quedar carente de validez jurídica previo control concreto o abstracto de constitucionalidad.

Sin embargo, esta eficacia de los derechos fundamentales al interior de la actividad del Estado viene acompañada también de un segundo tipo de efecto, se trata de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la cual se encuentra orientada a asegurar la prevalencia de los mismos al interior de las relaciones entre particulares, una notable característica de este concepto de Constitución cualificado con un contenido normativo compuesto por catálogos de derechos fundamentales, es que incorpora instrumentos e instituciones llamados a asegurar su prevalencia y el respeto de estas garantías, nos referimos a acciones judiciales y tribunales o cortes constitucionales que mediante su actividad jurisdiccional entran a redefinir no solo el respeto del principio de supremacía constitucional, sino también los sistemas de fuentes tradicionales del Estado de Derecho decimonónico, la comprensión de los sistemas frenos y contrapesos, los límites de la participación democrática y especialmente la construcción puramente legislativa del derecho.

⁷ Es amplia la literatura en torno a la naturaleza, criterios de definición y proceso de aplicación de los derechos fundamentales, al respecto ver: Alexy (1997), Florez-Muñoz (2012b) y Bernal (2014; 2005). En el segundo aparte del presente texto nos detendremos a analizar el concepto de derecho fundamental desde el constitucionalismo principalista.

A la luz de lo expuesto se entiende que bajo el modelo de Estado Constitucional el legislador pierde la omnipotencia que ostentaba en modelos estatales previos, esta situación viene acompañada del deber u obligación positiva en cabeza del Estado de implementar algunos tipos de derechos fundamentales. Una de las dimensiones explicativas propias del Estado Constitucional es justamente la asociada con el proceso de constitucionalización del derecho, término con el que se designa estrategias preponderantemente judiciales orientadas a “saturar” la formulación, interpretación y aplicación del derecho a la luz de las dogmática de los derechos fundamentales. Un derecho constitucionalizado –siguiendo a Comanducci (2010: 48)- se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los compartimientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto gradual: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado en conformidad a las necesidades de intervención atendiendo a criterios tales como asimetría material de los sujetos que entablan la relación jurídica y los derechos fundamentales comprometidos en el área dogmática específica.

La constitucionalización del derecho surge a partir de la sujeción de todas las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes constitucionales, según el profesor Arango dicho fenómeno se expresa de diferentes maneras:

La apropiación de los derechos fundamentales por la población en general, el establecimiento de acciones constitucionales para la protección de derechos –acción de tutela, de cumplimiento, de grupo, pública de inconstitucionalidad-, la adopción de diversos mecanismos de participación política. La constitucionalización del derecho se hace igualmente perceptible en el deber de respeto de los contenidos constitucionales por parte de los jueces ordinarios en el ejercicio de su jurisdicción, hasta el extremo de ser pasibles de la acción de tutela cuando sus decisiones, por incurrir en actuaciones arbitrarias, se convierten en vías de hecho que lesionan derechos fundamentales de las partes (Arango, 2004: 229)

En escenarios previos al modelo del Estado Constitucional, las problemáticas asociadas con la relaciones entre el texto constitucional y el derecho ordinario serían superadas a partir del criterio de autoridad del órgano encargado de resolver el conflicto competencial en el marco del diseño institucional vigente, en la actualidad, por el contrario, dicha discusión va más allá del argumento competencial y pasa por razones de tipo político, moral e incluso filosófico⁸, asumiendo criterios materiales de garantías y el compromiso abierto con valores y principios que regulan

8 Un detallado análisis respecto de la migración de la moral al derecho, puede verse en: Carrillo (2009)

especialmente los órganos encargados de la defensa constitucional.

Esta situación se problematiza aún más ante la naturaleza principialística de los derechos fundamentales, por tal razón, en el siguiente aparte precisaremos un concepto de derechos fundamental que nos permita comprender de forma más cabal los diferentes mecanismos mediante los cuales la garantía jurisdiccional de los mismos condiciona los procesos de producción, interpretación y aplicación del derecho.

La renovación de la teoría constitucional: la constitución material con vocación normativa

A la luz de lo expuesto hasta el momento, es posible afirmar que existe una estrecha relación tanto histórica como conceptual entre los conceptos de rigidez constitucional, contenido material de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad. La convergencia de todas estas condiciones al interior de un mismo diseño constitucional parecer ser una de las grandes particularidades del constitucionalismo normativo contemporáneo, a la vez que funge como presupuesto a nivel político para una verdadera y sólida democracia sustantiva vinculada al modelo de Estado Constitucional (Comanducci, 2010: 37-57). Este hecho permite afirmar –junto a Gloria Lopera (2004)- que para que un Es-

tado merezca el calificativo de “constitucional” es preciso que cuente con una auténtica Constitución normativa, esta idea ya venía siendo preconizada por Konrad Hesse desde 1959, cuando proponía rescatar la fuerza normativa de la Constitución con ocasión a la crisis política y jurídica que comprometía las bases del modelo estatal decimonónico, Hesse reconocía la fuerza normativa de la Constitución como una dimensión orientada a la posibilidad de construir puentes entre la norma y la realidad constitucional, lo anterior en atención a la necesidad de optimizar las condiciones para su efectiva realización. Esta pretensión hace que su propuesta cobre especial importancia explicativa en el actual contexto, dado que aquello que Hesse llamaba un proceso de “coordinación correlativa”, a través del cual el *ser* constitucional y el *deber ser* constitucional se condicionaban recíprocamente a partir de una relación dialógica, se constituye en el principal logro del constitucionalismo contemporáneo. El mismo viene enriquecido por el principalismo y las diferentes estrategias de intervención judicial que contribuyen en la construcción de puentes que posibilitan un texto constitucional viviente y en permanente actualización, lo cual repercute en la vigencia normativa del mismo ante los desafíos políticos, económicos y culturales propios de los contextos sociales actuales. Retomando lo planteado por Hesse, conviene anotar que

La constitución jurídica no es de ninguna manera el trozo de papel como la calificó Lasalle en cierto momento; la constitución no es radicalmente 'incapaz de controlar efectivamente el reparto del poder político' como nos enseñó Georg Jellinek y como aún nos quisiera hacer creer un naturalismo y un sociologismo sedicentemente escéptico. La constitución no es independiente de las circunstancias históricas concretas de su tiempo. Pero tampoco es pura y simplemente dependiente de ellas. Y en caso de conflicto entre la realidad histórica y el contenido de sus normas no tiene que ser necesariamente la más débil. Existen, por el contrario, presupuestos realizables bajo los cuales la constitución jurídica puede mantener su fuerza normativa en caso de conflicto. Sólo cuando estos presupuestos no se atienden devienen las cuestiones constitucionales cuestiones de poder (Hesse, 1983: 71)

De lo anterior se colinda la necesidad de avanzar en un concepto de Constitución que permita comprender el lugar jurídico de las garantías y libertades en ella incorporadas y sobretodo la forma en la que las mismas se desarrollan ante la garantía jurisdiccional de su supremacía. Constitución rígida y control de constitucionalidad son las condiciones

sine quanon para que el efecto irradiador de los derechos fundamentales se consolide como proceso de constitucionalización del derecho al interior del Estado Constitucional.

En ese orden de ideas, para una comprensión cabal de la naturaleza de los Derechos Fundamentales al interior de la Constituciones contemporáneas, es necesario inicialmente explorar la evolución de los diferentes conceptos de Constitución, que permita identificar las particularidades que el Constitucionalismo Principialista supone a la hora de incorporar normativamente el horizonte axiológico concreto que suponen los valores y principios constitucionales, elementos hasta el momento extraños en los procesos de adjudicación judicial, típicamente cimentado bajo el modelo de reglas propio del derecho legislado. Esto permitirá, de igual forma, superar una serie de debates en torno a la justificación de los mismo y la naturaleza política de las prestaciones iusfundamentales, debates que en buena medida vienen determinados por una configuración no compartida del objeto "Constitución", dificultad acrecentada por el hecho de que todo concepto de Constitución tiende a incorporar aspectos ideológicos y metodológicos abiertamente disimiles.

Por tal razón, es necesario seguir avanzando de lo general a lo concreto, ya habiendo expuesto los rasgos generales del Estado Constitucional, analizaremos los diferentes concep-

tos de Constitución que posibilitaron el surgimiento y desarrollo del constitucionalismo contemporáneo, para luego, entrar a abordar analíticamente la dogmática de los derechos fundamentales, en tanto contenido normativo objeto de irradiación constitucional que se realiza sobre los ordenamientos jurídicos.

Como es bien conocido la idea de Constitución es mucho más antigua que su concepto -comenta Manuel Aragon Reyes (2007: 29) este último será desarrollado en los modelos estatales productos de la independencia norteamericana y la revolución francesa y a partir de ahí emprenderán un desarrollo que ha traído una multiplicidad de debates doctrinales en torno a las características, naturaleza y especificidad del texto constitucional en relación a otros tipos de normatividad jurídica. Sin embargo, -siguiendo a Aragón- en la actualidad la única discusión rigurosa que sobre la Constitución se sostiene aún, es la que enfrenta a los partidarios de la Constitución como norma abierta y a los partidarios de la Constitución como sistema de valores, o hablando en términos de interpretación constitucional, la que enfrenta a los defensores del "originalismo" y el "no-originalismo" en los Estados Unidos o la que enfrentó a los partidarios del método hermenéutico clásico (representados casi exclusivamente por Forsthoft) y a los partidarios de los métodos "modernos" de interpretación (prácticamente todos los demás constitucionalistas alemanes).

De manera muy resumida podría decirse que, realmente, aceptado hoy, sin contradictores de relieve, el significado y valor jurídico de la Constitución, la única discusión que aún sigue existiendo es la que se apoya, de un lado, en las raíces (bien sólidas y fecundas, por cierto) del pensamiento kelseniano y, de otro, en los postulados (de difícil refutación radical, por cierto) de la llamada "jurisprudencia de valores". Lo que ya resulta hoy como un lugar común es el pensamiento jurídico (y político) más solvente, es que la Constitución es norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia, y así debe ser entendida (Aragón, 2007: 32)

Paolo Comanducci afirma que el vocablo "Constitución" se emplea en el ámbito jurídico con más de un significado, o dicho de otro modo, existen una pluralidad de conceptos de Constitución que cobran mayor relevancia al interior de debates asociados con la especificidad de la interpretación constitucional, los límites constitucionales a la de-

mocracia, el rol político de los tribunales y cortes constitucionales, por solo mencionar algunos ejemplos. Por tal razón, es necesario avanzar en la clarificación del concepto de Constitución, para así reducir en lo posible la ambigüedad propia del término.

En la actualidad pueden distinguirse al menos dos modelos compuestos cada uno por dos sub-modelos, sencillos, casi elementales, notablemente simplificadores respecto a la complejidad de los conceptos de Constitución que, desde el siglo XVIII hasta hoy, han circulado por la cultura jurídica (Comanducci, 2010: 117). Podríamos –siguiendo a Comanducci– denominar a los dos primeros como “modelos de la constitución como orden” y al tercero y cuarto “modelos de la constitución como norma”.

El primer sub-modelo de constitución adscrito a la idea de la constitución como orden, podría ser calificado como axiológico. La Constitución es entendida aquí como un conjunto de fenómenos sociales que en su conjunto y dentro de la esfera jurídico-política, aparecen dotados del máximo valor intrínseco o se presenta como generadores de normas. Como se infiere de lo expuesto hasta el momento, el sub-modelo de Constitución como orden axiológico, no hace alusión directa a las normas constitucionales, sino que designa una estructura de la sociedad y/o del Estado.

El segundo sub-modelo de constitución adscrito al modelo de constitución como orden, podría ser denominado como sub-modelo descriptivo de la Constitución. Para éste la Constitución designa una situación estable para un tiempo determinado de las relaciones de poder, sociales y políticas, también podría afirmarse que dicho sub-modelo describe los elementos más relevantes del sistema social y/o político equilibrados momentáneamente por un acuerdo de voluntades.

Dentro del modelo de la Constitución como norma, tenemos un primer sub-modelo de Constitución denominado como descriptivo de la Constitución entendida como norma. Al interior de éste, la Constitución designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, con respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales, entendiéndose por fundamentales el carácter fundante de las mismas en relación al ordenamiento jurídico.

El cuarto sub-modelo se refiere al modelo axiológico de la Constitución como norma, para el cual –nos precisa Comanducci– la Constitución designa un conjunto de reglas jurídicas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, con respecto a las otras reglas jurídicas son fundamentales, hasta aquí se mantiene la definición precedente, dado que este sub-modelo incorpora también un valor específico a los contenidos consti-

tucionales, por tanto la Constitución aparece cargada con un valor intrínseco, siendo un valor en sí misma.

En la siguiente tabla se podrá evidenciar de forma más clara las distintas acepciones del concepto de Constitución a la luz de lo expuesto hasta el momento.

	Constitución como Orden	Constitución como Norma
Axiológico	(1) La Constitución es un orden dotado de valor y productor de normas por sí mismo. Un ejemplo de este concepto se encuentra en la idea de “concepto positivo” de Constitución de Schmitt, así como en las ideas constitucionales de fines del siglo XVIII defendidas por filósofos tradicionalistas y contra-revolucionarios tales como Burke y De Maistre	(4) Es el modelo más reciente, se afianza después de la segunda posguerra y se encuentra ligado con la actuación de diferentes Cortes y Tribunales constitucionales en Europa. Dicha concepción para de una idea de Constitución que goza de una dimensión normativa y a su vez deseable o valorativamente positiva. Es sostenido por Alexy, Nino, Habermas y Dworkin entre otros
Descriptivo	(2) Identifican la Constitución con la estructura fundamental de la sociedad y se tienden a alimentar de marcos disciplinares próximos al campo de la sociología y la ciencia política. Habitualmente tal empleo aparece asociado con el uso de Constitución en el sentido de norma, y se presenta cuando se hacen saltos de un concepto normativo a uno socio-político de Constitución. Como ejemplo de este tipo de ejercicio tenemos a Zagrebelsky y Troper.	(3) Circunscribe las concepciones que identifican la constitución con un texto normativo específico, de tal modo que se habla de concepto documental de Constitución. Este modelo nace a partir de las revoluciones americana y francesa y se difunde después entre liberales y demócratas del siglo XIX y XX. Adscrito a este modelo encontramos la concepción de Constitución de Hans Kelsen.

Conviene en este punto que nos detengamos en las particularidades del cuarto sub-modelo de Constitución (Modelo Axiológico de la Constitución como Norma), dado que será la base para la comprensión del lugar jurídico y político de los derechos fundamentales, en tanto contenido material de los textos constitucionales. Al respecto señala Comanducci que para esta concepción la Constitución se

distingue de otros documentos normativos, tales como la ley, en razón a:

- a.) La Constitución se sitúa en el vértice de la jerarquía de las fuentes y, además, modifica cualitativamente esa jerarquía. El “legicentrismo” del modelo estatal francés es sustituido por la omnipresencia de la constitución,

que informa por sí misma a todo el sistema: por ejemplo, toda la legislación es entendida como actuación de la constitución y se interpreta a la luz de la constitución. Ya no resulta posible concebir los sistemas jurídicos como sistemas exclusivamente dinámicos: se entienden más bien como sistemas estáticos.

- b.) La constitución es un conjunto de normas (como en el tercer modelo). Sin embargo, no sólo contiene reglas, sino también principios, que son los que la caracterizan. Esos principios no son formulados necesariamente de modo expreso y pueden ser reconstruidos tanto a partir del texto como prescindiendo de él.
- c.) La constitución tiene una relación especial con la democracia, en un doble sentido: c1.) hay una conexión necesaria entre (una concepción de la) democracia –la democracia como isonomía- y (el cuarto modelo de) constitución (no puede haber constitución sin democracia, ni democracia sin constitución); y c2.) la constitución funciona necesariamente como límite de la democracia entendida como regla de la mayoría.
- d.) La constitución funciona como puente entre el Derecho y la moral (o la política), ya que abre el sistema jurídico a consideraciones de tipo moral en

un doble sentido: d1.) los principios constitucionales son principios morales positivizados; y d2.) la justificación en el ámbito jurídico (sobre todo la justificación de la interpretación) no puede dejar de recurrir a principios morales.

- e.) La aplicación de la constitución, a diferencia de la de la ley, no puede hacerse por el método de subsunción sino que, precisamente por la presencia de los principios, debe realizarse generalmente por medio del método de la ponderación. (Comanducci, 2007: 52-23).

Tal como se logra evidenciar, cada concepto de Constitución incorpora bien sea de forma explícita o de forma implícita, una visión de democracia y sociedad que dota de sentido sus márgenes, naturaleza y alcance. En ese orden de ideas, el concepto de Constitución propio del constitucionalismo de la segunda posguerra nace íntimamente ligado con una concepción de democracia sustantiva y una lectura del Estado soportada bajo el respeto de la dignidad humana y el compromiso abierto con los procesos reglados de participación ciudadana. El contenido material que alimenta los textos constitucionales en mención con la denominación de derechos fundamentales, han sido pensados bajo la lógica de brindar las condiciones materiales necesarias en términos de deberes positivos y

libertades negativas, para el desarrollo digno de la persona al interior de la sociedad y en el marco de la democracia, por tal razón los mismos se plantea en términos de mandatos de optimización, es decir, como máximas que direccionan la actividad estatal hacia un norte que asegure la profundización progresiva de las garantías iusfundamentales. En el siguiente aparte, analizaremos más en detalle la naturaleza de los derechos fundamentales y de esa forma comprenderemos los alcances normativos de la dimensión material que le es propia al concepto de Constitución adscrito al Estado Constitucional.

Las dimensiones y construcciones teóricas de los derechos fundamentales

Frente a la noción de los Derecho Fundamentales, el jurista alemán Robert Alexy distingue tres dimensiones de análisis. La primera de estas dimensiones la podríamos denominar “dimensión filosófica” de los derechos fundamentales, es la concerniente a los contenidos de los mismos y su fundamentación; la segunda dimensión atañe a su institucionalización al interior del sistema jurídico, esta dimensión la podríamos denominar “dimensión política”; y finalmente tenemos la referente a su interpretación, esta última dimensión hermenéutica la denominaremos, “dimensión jurídica” de los Derechos Fundamentales. Sin embargo, resulta difícil entender como algo puede sustanciarse, institucionalizarse e

interpretarse sin tener plena claridad de qué es aquello que ha de ser respaldado por razones, transformado en realidad o vivificado mediante la práctica interpretativa (Alexy, 2005), por tal razón el primer paso al interior del estudio de los Derechos Fundamentales es construir una noción que permita definir sus contornos y precisar sus contenidos.

En relación a la clasificación de las construcciones teóricas orientadas a definir los Derechos Fundamentales, Alexy identifica dos grandes grupos: La construcción cerrada y estricta, por un lado, y la amplia y comprensiva, por el otro. La primera de estas construcciones puede denominarse “construcción como regla”, mientras que la segunda puede llamarse “construcción de principios”. Sin embargo, es importante señalar que ninguna de las construcciones puede desarrollarse de forma pura, a pesar de que representan diferentes tendencias en lo concerniente a los límites de la interpretación judicial en los Estados Contemporáneos y las tensiones implícitas entre Derechos y Democracia. Según la construcción cerrada y estricta, las normas que confieren derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras normas del sistema jurídico.

Obviamente, al ser normas constitucionales se encuentran en un nivel jerárquico privilegiado en relación al resto de normas que conforman el ordenamiento, y su objeto son por

lo tanto derechos muy importantes que se encuentran formulados de manera abstracta. No obstante, según la construcción de reglas, ninguno de los rasgos señalados constituye una diferencia verdaderamente significativa o fundamental como para distinguir o privilegiar un proceso hermenéutico constitucional frente a uno legal. Esta posición en el mundo de habla hispana la viene desarrollando entre otros Juan Antonio García Amado. Para este autor español, las normas constitucionales (Derechos Fundamentales) son reglas jurídicas y son aplicables del mismo modo que las demás. Su característica distintiva es que protegen ciertas posiciones de los individuos frente al Estado abstractamente descritas.

Por otra parte, los derechos fundamentales también pueden ser entendidos como principios, para Alexy la noción de principio se concibe como un mandato de optimización, es decir, una disposición que ordena que algo se realice en la mayor medida posible atendiendo a las condiciones fácticas y jurídicas del caso. A diferencias de las reglas que deben ser cumplidas bajo la forma de todo o nada, los principios pueden ser cumplidos de forma gradual y de esa forma asegurar las garantías de dos principios que en determinado caso estén en confrontación (colisión). Los principios –señala Carrillo (2015: 14)– no contiene mandatos definitivos, ni exige un cumplimiento pleno de lo que ordenan, como las reglas que solo pueden ser cumpli-

das o no cumplidas. En el caso de las reglas, se da un supuesto de hecho que cae dentro de una de ellas, y esta se considera válida, se aplica; de lo contrario no se aplica; los principios, como ya se dijo, pueden ser cumplidos de manera gradual; de allí su carácter de *prima facie*. Analicemos esta lectura de los derechos fundamentales como principios a partir de un caso concreto, el Caso Lüth.

Por su parte, la construcción comprensiva u holística entiende –en contra posición al modelo de construcción de derechos fundamentales como reglas– que las normas que confieren derechos fundamentales no solo protegen posiciones de los individuos frente al Estado abstractamente descrita. Siguiendo a Alexy (2005), la función profunda de los derechos fundamentales se ubica en un marco más amplio. En el caso alemán, esa estructura amplia se presentó plenamente por primera vez en 1958, en la decisión del Tribunal Constitucional Federal en el caso *Lüth*. En este caso –que constituye la principal referencia para comprender el fenómeno de la constitucionalización del derecho desde la dogmática constitucional continental– el señor Erich Lüth había pedido al público, a los dueños de salas de cine y a los distribuidores que boicotearan los filmes producidos por Veit Harlam después de 1945, arguyendo que se trataba del más prominente director de películas de la época nazi. Más particularmente, Lüth se refería a la película “*Jud*

Süü”, película líder de propaganda antisemita. El Tribunal de Distrito de Hamburgo sostuvo que Lüth debía abstenerse de formular cualquier apelación para boicotear el nuevo film de Harlan “Amante Inmortal”. La razón presentada para esta decisión fue que llamar al boicot violaba el artículo 826 del Código Civil alemán, yendo en contra del orden público. Lüth interpuso un recurso de constitucionalidad contra esa decisión.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania consideró que la llamada de Lüth al boicot de esa clase de filmes estaban protegidos *prima facie* por la libertad de expresión garantizada por el artículo 5° de la Ley Fundamental contiene tres cláusulas que limitan la libertad de expresión garantizada por el artículo 1°. La primera de estas restricciones es la cláusula de “Ley General”. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo que el artículo 826 del Código Civil alemán aplicado por el Tribunal de Hamburgo era una ley general en el sentido de la primera cláusula limitante, la cláusula de “Ley General”. Es precisamente en este punto donde la dicotomía entre el sentido estricto y cerrado –es decir, la construcción de reglas- y el amplio y comprensivo –es decir, la construcción de principios- entra en juego. Si seguimos la construcción de reglas, la tarea consistiría, simplemente, en contestar dos preguntas. La primera, si en realidad la apelación de boicot de Lüth es un caso a ser incluido bajo la libertad de

expresión. A propósito, el Tribunal Constitucional dio una respuesta positiva, y yo considero que es correcto. La segunda pregunta es si el artículo 826 del Código Civil alemán es aplicable al caso. Este es el supuesto en el cual la llamada al boicot sería contraria al orden público. El Tribunal de Hamburgo argumentó que ciertamente era contraria al orden público, ya que pretendía prevenir que Harlan resurgiera como creador representativo, a pesar de haber pasado por un proceso de “desnazificación”, y de que no había sido condenado en ningún procedimiento penal por haber cometido crímenes nazis. En tal caso, la llamada al boicot debería ser declarada –en el mismo sentido que el Tribunal de Hamburgo- como contraria a “las convicciones democráticas del derecho y la moral del pueblo alemán”.

El Tribunal Constitucional –continúa señalando Robert Alexy- sostuvo que hacer aisladamente las dos subsunciones anteriores no era suficiente, por lo que exigió que se llevara a cabo una ponderación o balanceo de los principios constitucionales en cuestión, en la que se indicaran las condiciones en las que las reglas de Derecho civil pueden limitar un Derecho constitucional. El resultado de esta ponderación fue que debe dársele prioridad al principio de libertad de expresión sobre las consideraciones constitucionales en conflicto. Se estableció que la cláusula “en contra del orden público” del artículo 826 debía ser

interpretada de acuerdo con dicha prioridad. En otras palabras, la tesis de Lüth prevaleció. La decisión en el caso Lüth relaciona tres ideas que han servido de manera fundamental para dar forma al Derecho constitucional alemán y a los desarrollos teóricos de Robert Alexy. La primera es que la garantía constitucional de los derechos individuales no es simplemente la garantía de los clásicos derechos de defensa de los ciudadanos frente al Estado. Citando al Tribunal Constitucional Federal, puede decirse que los derechos fundamentales substancian, “al mismo tiempo, un orden objetivo de valores”. Se ha discutido acerca de lo que pudo haber querido decir el Tribunal con “orden objetivo de valores”. Después el Tribunal simplemente habla de “los principios... expresados por los derechos fundamentales”. En esta misma línea, se podría decir que la idea básica del caso de *Lüth* es que los derechos fundamentales no sólo tienen el carácter de reglas, sino también de principios.

La segunda idea, estrechamente relacionada con la primera, es que los valores o principios encontrados en los derechos en los derechos fundamentales no son sólo aplicables a la relación entre individuo y Estado, sino “a todas las demás áreas del Derecho”. Gracias a esto se produjo un “efecto de irradiación” de derechos fundamentales a todo el sistema jurídico. Los derechos fundamentales se tornaron ubicuos. La tercera idea viene pre-

supuesta por la estructura de los valores y de los principios. Tanto los valores como los principios tienden a entrar en conflicto. Un conflicto de principios sólo se puede resolver a través de la ponderación. Por lo tanto, la lección más importante de la decisión en el caso Lüth para el trabajo jurídico cotidiano es el siguiente: “una ponderación de intereses” se vuelve necesaria (Alexy, 2005: 72-75).

Dogmática de los derechos fundamentales

Desde la dogmática constitucional los Derechos Fundamentales pueden ser entendidos como “derechos subjetivos con un alto grado de importancia” al interior de un sistema jurídico determinado, los cuales supone una relación jurídica tan importante que es sacada o excluida del debate político parlamentario y protegida independientemente de las circunstancias de hecho o de derecho por las que atraviese determinado Estado; Robert Alexy en distintas ocasiones (2005; 2003) ha señalado que los Derechos Fundamentales son en últimas, la positivización constitucional de los Derechos Humanos, dejando claro de esta forma el contenido moral de los mismos y las difusas fronteras que separan la Filosofía Moral y Política de la Dogmática Constitucional.

En ese sentido, no es posible plantear el problema de la fundamentación o sustanciación de los Derechos Fundamentales sin que se planteen los mismos problemas respecto a los

Derechos Humanos. Cuando hablamos de Derechos Fundamentales –comenta Alexy (2005: 78)- entran en juego necesariamente tres tipos de conceptos: uno formal, uno sustancial y otro de naturaleza procedimental. Se utiliza un concepto formal cuando el derecho fundamental como un derecho contenido en la Constitución Política o en cierta parte de ella; si la Constitución clasifica dicho Derecho como Fundamental, o si la Constitución le otorga una protección especial.

Por otra parte, tenemos la idea de Derecho Fundamental desde la perspectiva sustancial, en este caso, el concepto de Derecho Fundamental debe incluir criterios que están por encima y que van más allá del hecho de que un derecho sea mencionado, recogido o garantizado en la Constitución. Carl Schmitt y Ernest Forsthoff, estos autores sostienen que los Derechos Fundamentales son derechos de defensa del ciudadano contra el Estado. Ahora bien para poder seguir a Schmitt y a Forsthoff en este punto, tendríamos que aceptar una concepción libertaria de los Derechos Fundamentales. Desde luego, tenemos buenas razones para incluir Derechos Libertarios en un concepto sustancial de los Derechos Fundamentales; sin embargo, también hay buenas razones para no restringir el concepto a este tipo de derechos.

El tercer concepto de Derechos Fundamental tiene un carácter procedimental. Este concep-

to refleja los problemas institucionales de la transformación de los Derechos Humanos en derecho positivo, a saber: la incorporación de Derechos Humanos en la Constitución y el sometimiento de toda autoridad del Estado al control de constitucionalidad supone limitar el poder del parlamento. En este orden de cosas, los Derechos Fundamentales son una manifestación de desconfianza en el proceso democrático, es decir, serían, al mismo tiempo, la base y la frontera de la democracia. En correspondencia con esta idea, habría un concepto procedimental de Derechos Fundamentales, sobre la base del cual se sostendría que los Derechos Fundamentales son tan importantes que la decisión de protegerlos no puede dejarse al arbitrio de las mayorías parlamentarias (Alexy, 2005: 48-51).

Vemos entonces que la noción estructural de Derecho Fundamental, se encuentra compuesta principalmente por dos categorías: Derecho Subjetivo e Importancia social. Por lo tanto, todo Derecho Fundamental de satisfacer las características propias de los derechos subjetivos y debe significar algún grado de importancia social inter-subjetivamente admitida. Al respecto Rodolfo Arango en su trabajo doctoral titulado “El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales” (2005), aborda la problemática de la caracterización de los Derechos Fundamentales en la doctrina internacional en los siguientes términos,

Según esta concepción de los derechos fundamentales, no existe ningún derecho fundamental que no sea al mismo tiempo un derecho subjetivo – es decir, que encuentre en la relación necesaria con por lo menos una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica- y ostente un alto grado de importancia. Las características de la norma jurídica (M1), la obligación jurídica (M2) y la posición jurídica (M3) adquieren una cualidad especial en el caso de los derechos fundamentales. Como normas jurídicas (M1) vale sólo un tipo especial de normas, las normas de derechos fundamentales. Como obligaciones jurídicas (M2) sólo cuentan las obligaciones jurídicas fundamentales y como posiciones jurídicas (M3) aquellas que sólo puedan ser obtenidas de las disposiciones de derechos fundamentales mediante una justificación jurídica fundamental correcta.

El grado de importancia del derecho (M4) encierra un juicio de valor que está ligado a una proposición normativa. Entre los juicios de valor (plano axiológico) y las proposiciones normativas (plano deontológico) existe una relación fundamental. Los juicios de valor que expresan el grado de importancia de un derecho fungen como razones para disposiciones de

derechos fundamentales. La introducción de un juicio de valor como una característica conceptual de los derechos fundamentales abre la puerta hacia la problemática que en el plano de la discusión sobre derechos fundamentales toca el problema de la justificación de las valoraciones sobre derechos fundamentales. (Arango, 2005: 33)

Los derechos fundamentales en tanto mandatos de optimización

Los derechos fundamentales concebidos como principios constituyen en la actualidad una teoría que goza de una importante aceptación tanto en la doctrina como en la práctica de tribunales y cortes constitucionales al largo del mundo. Una comprensión elemental de tal visión de las garantías iusfundamentales, no exige comprender la vinculación necesaria que existe entre los principios, entendidos como mandatos de optimización, y el juicio de proporcionalidad. Al respecto plantea Alexy, “el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquella” (1997: 111). Esto implica que la máxima de proporcionalidad se deriva lógicamente de la naturaleza principialista de los derechos fundamentales, pero que a su vez ésta máxima define lo que podemos entender por “optimización”.

La máxima de proporcionalidad, nos plantea Alexy insistentemente se encuentra compuesta por los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los dos primeros se derivan de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas, mientras que el tercer orienta la optimización con relación a las posibilidades jurídicas (Lopera, 2008: 214)

Para ver con mayor claridad esta implicación, examinemos cómo funciona la máxima de proporcionalidad cuando se trata de optimizar dos principios que entran en colisión como resultado de una intervención legislativa (M1) que, con el fin de proteger un derecho fundamental o un bien colectivo expresado en el principio P1 impone una restricción al derecho fundamental contenido en el principio P2. A través del examen de *adecuación* se lleva a cabo una selección de los medios idóneos para satisfacer P1, lo que constituye el primer paso necesario para establecer lo que ordena tal principio con relación a las posibilidades fácticas. El juicio de adecuación se orienta, por tanto, a determinar si, en el supuesto que se examina, M1 constituye un medio idóneo para satisfacer P1.

El segundo paso consiste en el examen de *necesidad*, donde se verifica que entre diversos medios igualmente idóneos (M1–M2) para satisfacer P1 sea escogido el que resulte más benigno con relación P2. Consideremos dos supuestos:

1) Si tanto M1 como M2 resultan igualmente idóneos con relación a P1 (P1: M1 = M2), pero M2 afecta menos intensamente que M1 al principio P2 o, dicho de otro modo, P2 puede ser realizado en mayor medida si se elige M2 y no M1 (P2: M1 < M2), entonces desde el punto de vista de la optimización de ambos principios con respecto a las posibilidades fácticas sólo M2 está permitido y M1 está prohibido.

2) Pero si, además de ser igualmente idóneos para satisfacer P1, desde la perspectiva de P2, tanto M1 como M2 resultaran ser igualmente restrictivos (P2: M1 = M2), entonces ambos medios estarían permitidos, lo que en este caso llevaría a considerar que la opción legislativa a favor de M1 representa una adecuada optimización de los principios en juego con relación a las posibilidades fácticas.

A su vez, el juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* expresa lo que significa la optimización en relación con las posibilidades jurídicas, es

decir, respecto a los principios que juegan en sentido contrario. Aquí el criterio lo suministra la *ley de la ponderación*, según la cual: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. De él se sigue que la ponderación, aplicada a nuestro ejemplo, puede dividirse en tres pasos que consisten en: 1) definir el grado de la no satisfacción o afectación de P2; 2) definir la importancia de la satisfacción del principio contrario (P1); 3) definir si la importancia de la satisfacción de P1 justifica la afectación o no satisfacción de P2. Los resultados de esta ponderación se expresan mediante una regla cuya estructura responde a la llamada *ley de la colisión* que establece lo siguiente: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.

A juicio del profesor Robert Alexy, los derechos fundamentales tienen la forma de principios jurídicos, señalando que la diferencia fundamental entre las reglas y los principios es justamente que estos últimos representan mandatos de optimización, o lo que es lo mismo, constituyen “normas que ordenan

que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídica y reales existentes” (Alexy, 1997: 86). Por tal razón, sobre la idea de optimización recae el argumento central de la separación entre principios y reglas, una distinción cualitativa más que gradual que permite que Alexy afirme: “toda norma es o bien una regla o un principio” (Alexy, 1997: 87). Finalmente podríamos anotar, siguiendo a Lopera (2008) que dicha concepción, goza de cuatro características fundamentales:

1. Gradualidad: Los principios ordenan que algo se realice “en la mayor medida posible”. Esto sugiere la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción del principio dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas y fácticas. Por el contrario, las reglas no admitirían gradación alguna en su cumplimiento, en tanto determinan una medida exacta de satisfacción.
2. Optimización: Afirmar que el cumplimiento de los principios debe tener lugar “en la mayor medida posible”, implica que para establecer si el principio ha sido cumplido en cada caso no basta con acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino el más alto posible en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas.

3. Deber ser ideal: El mandato de optimización que incorporan los principios cobra sentido desde la perspectiva de un “deber ser ideal” (ideales Sollen) que marca el horizonte normativo al que debe tender su aplicación, pero en cuya formulación aún no han sido consideradas las circunstancias fácticas (posibilidades reales) y jurídicas (presencia de otras normas en colisión) que condicionan su aplicación. Precisamente en no incorporar dichas condiciones radica su connotación de deber ser “ideal”. Así, en uno de sus primeros trabajos sobre el tema de los principios señala Alexy que, en lugar de mandatos de optimización, podría hablarse también de “deber ser ideal” (ideales Sollen) entendido, en un sentido general y débil, como “todo deber que no presupone que lo debido sea posible jurídica y fácticamente en su totalidad, y por ello exige sólo un cumplimiento aproximativo o en la mayor medida posible”. Por el contrario, las reglas, al establecer determinaciones referidas a las posibilidades jurídicas y fácticas, serían portadoras de un “deber ser definitivo o real”. Esta propiedad de los principios permitiría explicar el carácter prima facie de los mandatos que imponen al igual que su peculiar comportamiento en caso de colisión.
4. Carácter prima facie: El mandato que incorporan los principios no es definitivo sino sólo prima facie. Sólo alcanzan a ser mandatos definitivos una vez que, consideradas todas las circunstancias, se establece la medida ordenada de su satisfacción en cada caso, mediante la aplicación de la máxima de proporcionalidad. No obstante, la cualidad prima facie no es exclusiva de los principios, pues también las reglas pueden llegar a perder de su carácter definitivo y adoptar un carácter prima facie, si bien diferente al de los principios, pues el de aquellas tendría una mayor fuerza derivada, no sólo del principio sustancial que fundamenta la regla, sino del respaldo que les confiere el principio formal que ordena seguir las determinaciones normativas impuestas por una autoridad legítima (Lopera, 2008: 2016-217)

Justificación de los derechos fundamentales

Sin lugar a dudas, se debe distinguir entre la justificación filosófica y la justificación jurídica de los derechos fundamentales, en la medida en que frente a la pregunta qué derechos pueden ser tan importantes como para considerarlos inherentes a las personas, al punto en que su reconocimiento no puede dejarse sujeto a la libre disposición de la dinámica

política? Se pueden aducir una multiplicidad de argumentaciones y tesis filosóficas, sin embargo en una dimensión normativa la discusión adquiere otra dimensión, la cual funge en la misma como criterio de corrección. Teniendo en cuenta el hecho de que la disputa constitucional por los derechos lejos de librarse en un campo de batalla vacío, se libra al interior de una densa realidad normativa, una realidad plagada de normas (constituciones, declaraciones, convenciones, etc.) que permiten una más o menos justificación correcta de las valoraciones que sobre los derechos fundamentales realicen las altas cortes, a partir de las reglas y los principios de la argumentación jurídica.

Existe una evidente tensión entre los conceptos que constituyen la noción de Derecho Fundamental –derecho subjetivo y su grado de importancia- podríamos, por ejemplo, plantear los siguientes interrogantes: a.) ¿Todos los derechos acogidos en una Constitución poseen un alto grado de importancia? y b.) ¿Pueden ser considerados derechos importantes, pero aquellos que no se encuentren consagrados al interior del texto constitucional? En relación con la primera pregunta, la respuesta es absolutamente afirmativa, los derechos que se encuentran recogidos en el precepto constitucional (de forma independiente del lugar dado por la comisión redactora del mismo) gozan de especial importancia que permite diferenciarlos de los

denominados derechos legales. En la medida en que la incorporación de derechos en una Constitución está orientada a reconocer su importancia y a darles una mayor protección, no siendo posible su modificación por medio de simples leyes. El alto grado de importancia del derecho respectivo se reconoce automáticamente mediante su consagración constitucional (Arango, 2005: 33).

La segunda pregunta supone una discusión relativamente distinta, en la medida en que lo que termina constituyendo el sustrato de la discusión es la capacidad misma del poder judicial para crear derechos y obligaciones para el Estado vía interpretación constitucional. Es la cuestión concerniente a la cuestión de los Derechos Fundamentales innominados o no escritos. La problemática de esta discusión es de mayor envergadura en la medida en que toca directamente la conexión entre derechos fundamentales y derechos humanos. Existen derechos –por ejemplo- cuya importancia se reconoce en un plano supranacional como lo son aquellos cobijados por las declaraciones internacionales de derechos humanos, pero que no han sido positivizados en una Constitución en particular. Por lo que afrontamos la dificultad práctica de saber si estos derechos supranacionales pueden ser o no garantizados como derechos fundamentales por las autoridades judiciales nacionales. Por regla general, los derechos humanos requieren una positivización como

condición de validez jurídica en el orden jurídico interno, lo cual implica que “el grado de importancia de un derecho –como en el caso de los derechos humanos.

No es condición suficiente para la existencia de un derecho fundamental. Los derechos fundamentales, además, tienen que ser relacionados con la norma jurídica fundamental (M1), con una obligación jurídica (M2) y con una posición fundamental del derecho (M3); en resumen, deben conceptualizarse como derechos fundamentales.” (Arango, 2005: 34)

Sin embargo el requerimiento de la existencia de una relación necesaria entre derecho fundamental y norma jurídica fundamental, no supone como conclusión pensar que únicamente los derechos fundamentales que existen son los reconocidos expresamente en el texto constitucional. En la medida en que también pueden -y deben- ser reconocidos como fundamentales aquellos derechos obtenidos a partir de los desarrollos jurisprudenciales por vía de interpretación constitucional. En la medida en que el concepto de norma jurídica (M1) es entendido en sentido amplio, por lo que relacionar una posición jurídica fundamental con una disposición jurídica fundamental, es decir, justificarla constitucionalmente, hace parte constitutiva del concepto de derecho fundamental.

Consideramos en lo referente a la disputa entre derechos nominados y no nominados, que la misma es una discusión que resulta anacrónica frente a los enormes desarrollos del constitucionalismo contemporáneo, así como de las formas en las que disciplinas como la teoría del lenguaje, la hermenéutica y la filosofía analítica han tenido un impacto en nuestra visión del derecho, por lo tanto, es una discusión a la cual se debe renunciar, en la medida en que tal como lo plantea Ronald Dworkin,

La distinción entre derechos enumerados y no enumerados, como se usa comúnmente en la teoría constitucional, no tiene sentido, porque confunde la referencia con la interpretación (...) La Carta de derechos contiene principios amplios y abstractos de moral política que abarcan, de manera excepcionalmente abstracta, todas las dimensiones de moral política que en nuestra cultura pueden fundamentar el derecho constitucional individual. El punto central sobre aplicar principios a controversias políticas no es uno de referencia, sino uno de interpretación, que es muy diferente. (Dworkin, 1996: 78, 80)

Tal como hemos señalado anteriormente, todo derecho fundamental supone una relación entre un ciudadano y un Estado, dicha relación puede ser entendida como una injerencia o como una omisión. En el primer

caso el Estado constituye una amenaza para al interior del campo de acción del particular el cual requiere que el primero incurra en una omisión para de esta forma asegurar sus libertades, este tipo de relaciones se denominan acciones negativas y son propias de los Derechos Fundamentales de Defensa.

Sin embargo, dicha relación entre ciudadano y Estado puede estar encaminada a la intervención estatal como garante de la libertad ciudadana, este tipo de derechos suponen una acción positiva del Estado (un hacer estatal) y son denominados Derechos Fundamentales Prestacionales, Este tipo de derechos aseguran la participación del ciudadano en prestaciones normativas –tales como los derecho de organización y procedimiento- o la participación del ciudadano en prestaciones fácticas –tal como es el caso del mínimo vital- los primeros Derechos Prestacionales son denominados Prestacionales en sentido amplio y los segundos Prestacionales en sentido estrecho. Este tema es en la actualidad objeto de un prolífico debate al interior del constitucionalismo contemporáneo. Como queda en evidencia, aún son muchos los temas asociados con los derechos fundamentales que deben ser objetos de estudios analíticos y empíricos para lograr avanzar hacia una comprensión mucho más profunda y precisa de la importancia y alcance de este concepto al interior de los sistemas jurídicos contemporáneos.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1997) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales
- Alexy, R. (2002) “Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22, Núm. 66, Septiembre-Diciembre
- Alexy, R. (2003) *Tres escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Alexy, R. (2005) *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*. México: Fontamara
- Aragón, M. (2007) “La Constitución como Paradigma” en Carbonell, M. (Ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Aragón, M. (1999) *Constitución y Control del poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Arango, R. (2004) *Derechos, Constitucionalismo y Democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

- Arango, R. (2005) *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis
- Bellamy, R. (2010) *Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la Constitucionalidad de la Democracia*. Madrid: Marcial Pons
- Bernal, C. (2005) *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2014) *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. 4º Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Calderon, J. (2004) "Constitucionalización del Derecho Comercial desde la Dogmática de los Márgenes de Acción" en *Revista Precedente*. ICESI. Págs. 49-78.
- Carrillo, Y. (2009) "La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico" en *Revista Dialogo de Saberes*. Julio – diciembre. Págs. 213-229.
- Carrillo, Y. (2015) *Argumentación y Ponderación de Principios Constitucionales*. Cartagena: Editorial Universidad de Cartagena.
- Comanducci, P. (2007) "Modelos e Interpretación de la Constitución" en Carbonell, M. (Ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Comanducci, P. (2010) *Hacia una teoría analítica del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- Dworkin, R. (1996) *Freedom 's Law, The moral Reading of the American Constitution*, Oxford: Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2001) "Pasado y Futuro del Estado de Derecho" en *Revista Internacional de Filosofía Política*. N° 17, págs. 31-46.
- Florez-Muñoz, D. (2005) "Límites de la Democracia en el Estado Constitucional" en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. N°13.
- Florez-Muñoz, D. (2010a) "La Acción Pública de Inconstitucionalidad como garantía del Estado Constitucional en Colombia" en *Revista Opinión Jurídica*. Vol. 9, n° 18, julio - diciembre. Págs. 89-106.
- Florez-Muñoz, D. (2010b) "Aproximación a los orígenes de la revolución judicial" en *Revista Ambiente Jurídico*. N°12. Págs. 126-144.

- Florez-Muñoz, D. (2011) "Derecho y Sociedad en el Estado Constitucional: Una introducción desde Elster, Häberle y Kramer" en *Revista Derecho*. N° 35. Págs. 1-31.
- Florez-Muñoz, D. (2012a) "Aproximación a los límites del Neoconstitucionalismo como instrumento de transformación social en Colombia" en *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*. Vol 4, N° 17. Págs. 33-54
- Florez-Muñoz, D. (2012b) "El Principialismo como espíritu de la teoría neoconstitucional. Una aproximación a la obra iusfilosófica de Ronald Dworkin" En *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*. Vol. 7, N° 8., julio - diciembre. Págs. 125-144
- Florez-Muñoz, D. (2013) "Tres modelos explicativos de las tensiones entre Constitucionalismo y Democracia en América Latina" en *Revista Mario Alario D´Filippo*. Vol. 5, N° 9. Págs. 151-169
- García-Enterría, E. (1985) *La Constitución como Norma*. Madrid: Editorial Civitas
- Guastini, R. (2003) "La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano" en Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo(s)* Madrid: Trotta
- Guastini, R. (2007) "Sobre el concepto de Constitución" en Carbonell, M. (Ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2017) *La Sintaxis del Derecho*. Madrid: Marical Pons
- Häberle, P. (2003) *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México
- Hesse, K. (1983) *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- Julio, A. (2007) "Los Tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales" en Carbonell, M. (Ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Kägi, W. (2005) *La Constitución como orden jurídico fundamental del Estado*. Madrid: Editorial Dykinson
- Lopera, G. (2004) "Los Derechos Fundamentales como mandato de optimización" En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27. Págs. 211-243.
- Lopera, G. (2008) *La Aplicación del Derecho en los Sistemas Jurídicos Constitucionalizados*. Medellín: Universidad EAFIT

- Mercado, D. (2008) *Manual de Teoría Constitucional*. Cartagena: Rodrigo Quito Editores
- Payares, J. (2002) *Aspectos internacionales de la Constitución Política*. Bogotá: Doctrina y Ley
- Pozzolo, S. (2011) *Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico*. Lima: Editorial Palestra
- Rico, L. (2012) "Neoconstitucionalismo o Constitucionalización del orden jurídico ¿Desarrollo legislativo o concreción judicial?" en Botero, A. (coord.) *Filosofía del Derecho*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín
- Suarez, W. (2014) "La Constitucionalización del Derecho en el Ordenamiento Jurídico colombiano" en *Revista Vniversitas*. N° 129, julio –diciembre. Págs. 317-351.