

PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS

Francisco Javier Gutiérrez Suárez¹

Oscar Duque Sandoval²

Resumen:

Una teoría de los derechos para el mundo contemporáneo tiene como trasfondo la idea que se tenga acerca de su concepto y fundamento por cuanto su efectividad, en términos de reconocimiento, satisfacción y garantías para su concreción, exige decisiones y acciones que dependen en últimas del significado y justificación que de ellos se tenga. Desde esta perspectiva, y en razón al singular papel que los derechos juegan en el entramado ético, político y jurídico de las sociedades de hoy, se hace necesario construir marcos conceptuales que aproximen respuestas a dos tipos de problemas: primero, aquellos que se derivan de la globalización y constitucionalización del Derecho en tanto es desde ese espacio desde el que se asume la validez y legitimidad de las normas positivas que los consagran; y, segundo, los que se derivan de la aplicación judicial de las normas de derechos en tanto es desde aquí que se evalúa su real eficacia.

Presentación

El propósito central del presente trabajo es el de revalorar la vigencia, importancia y carácter permanente o cíclico de la tarea conceptual y fundamentadora de los derechos como trasfondo de toda teoría de los derechos y como aspecto básico para la construcción de marcos conceptuales que aproximen respuestas a los múltiples problemas de afrontan los derechos, y en especial por su carácter general para el plano internacional y nacional respectivamente, los problemas derivados de la globalización y de la constitucionalización del Derecho.

Para ello, en primera instancia se pondrá en evidencia el lugar central y paradójico de los derechos humanos como tópico articulador de la. Seguidamente, y derivando de los problemas conceptuales y ambigüedades de los derechos, el texto abre paso a una breve ubicación sobre el ser, el

1 Profesor e investigador del Grupo en Estudios Sociopolíticos "GIESP", de la Universidad Autónoma de Occidente, Cali.

2 Profesor e investigador del Grupo en Estudios Sociopolíticos "GIESP", de la Universidad Autónoma de Occidente, Cali.

que hacer e la importancia de la tarea conceptual y fundamentadora en relación con los problemas “generales” de los derechos y su lugar de apertura y cierre de toda reflexión en esta materia, finalizando con un apartado para la bibliografía utilizada.

Desarrollo

Los derechos humanos son un fenómeno y una noción teórica central de nuestra época: un tópico, un lugar común en la comunicación humana. Con más de dos siglos de existencia y más de sesenta años después de proclamada la Declaración Universal de Derechos Humanos gozan de una indudable existencia real y, en general, mantienen una indiscutible vitalidad³. Son, sin lugar a dudas, como afirmó Carlos Santiago Nino, “uno de los más grandes *inventos* de nuestra civilización”⁴.

Avances ciertos en materia de reconocimiento formal y material de los derechos humanos, impulsados por el derecho internacional y el derecho interno de la casi totalidad de los Estados democráticos, han servido de base para impulsar la idea de que éstos son una realidad que goza de una especie de “omnipresencia”. Los derechos integran el imaginario del ser humano de hoy, resultando ser uno de los términos más frecuentemente utilizados en la política, la filosofía y el Derecho en el momento actual. Es tal la fuerza del discurso de los derechos que hoy se habla de ellos en términos de una nueva religión del mundo⁵.

Lo cierto es que hoy en día, como afirma J. Rodrigues Toubes “la invocación de derechos humanos tiene una carga emotiva que supera la

3 VELARDE, C., *Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*. Civitas, Madrid, 2003, p.14.

4 NINO, C.S., *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 1.

5 GUTIERREZ, Francisco. *Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas*. Dirigida por Rafael de Asís Roig. Tesis doctoral inédita. Universidad Carlos III de Madrid, 2011.

fuerza de cualquier otro concepto moral”⁶. En esta dirección, y dada la importancia social y cultural que aún conservan los contextos religiosos, conviene resaltar como pese a que el fundamento actual de los derechos es claramente laico, la idea de derechos humanos es compatible con las más representativas concepciones religiosas del mundo contemporáneo, entre ellas, por supuesto, la iglesia católica.

Y, aunque, como él mismo afirma, la formulación como derechos no es aceptada universalmente, “ha tenido fortuna como bandera reivindicatoria y es asumida por gran número de personas como una realidad indudable, e incluso es utilizada por quienes no creen en ellos como una ficción valiosa”⁷. En palabras del profesor C. Douzinas, Los derechos humanos han ganado la batalla ideológica de la modernidad y su aplicación universal parece ser cuestión de tiempo y de ciertos ajustes entre el espíritu de la época y unos cuantos regímenes recalcitrantes⁸.

Lo cierto es que desde su consolidación en el tránsito a la modernidad hasta nuestros días, la idea de derechos humanos se ha ido consolidando en el imaginario colectivo hasta llegar a ser una noción generalmente entendida, un signo en el lenguaje y el pensamiento de nuestra época, una expresión del modo de pensar de nuestra cultura.

Y aunque todo lo anterior es cierto, también lo es que ese discurso se ha constituido en un lugar común que, tal vez por su excesiva carga emocional, ha llevado a un “abuso” en su invocación y a un empobrecimiento de su significado⁹. Hecho que explica en parte, según F. Laporta, la inflación del contenido de los derechos, la creciente abundancia

6 RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos: perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 28.

7 *Ibíd.*

8 DOUZINAS, C., *El fin de los derechos humanos*, Legis, Bogotá, 2008, p.2.

9 RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *Op. Cit.*, p.24.

de las apelaciones a los mismos¹⁰, con su consecuente falta de precisión o ambigüedad conceptual, que le restan fuerza y contribuyen a la falta de claridad sobre su razón de ser. Es decir, en el imaginario colectivo los derechos humanos tienen una existencia muy fuerte, los derechos “son”. El problema es determinar “qué son”, “cuáles son”, “cómo son” y por qué deben existir y ser universales¹¹.

Este singular y controvertido papel que juegan los *derechos en las sociedades contemporáneas*, se explica en buena parte por la propia esencia multidimensional ética, política y jurídica de los derechos. Resultando ser ésta multidimensionalidad uno de los rasgos o características más fuertes, centrales o definitorios de los derechos humanos.

Tres ámbitos o dimensiones (ética, política y jurídica) estrechamente relacionadas, que conviene distinguir con nitidez si queremos lograr una comprensión plena de la esencia y problemáticas de los derechos humanos¹². Comprensión necesaria además, como afirma el maestro Peces-Barba¹³, si pretendemos superar reduccionismos de todo tipo y deseamos comprender el lugar integrador de los derechos como punto de encuentro entre el Derecho, el poder y la moral.

Desde la dimensión ética (filosófico – moral) se considera que los derechos humanos son ante todo, son una propuesta de interpretación permanente de los seres humanos como personas morales, miembros de la familia humana, merecedoras por su dignidad del respeto y la estimación de los demás y de sí mismos. Es por ello la justificación de la pretensión

10 LAPORTA, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, No. 4, 1987, pp. 32 y ss.

11 GUTIERREZ, Francisco. *Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas*. Dirigida por Rafael de Asís Roig. Tesis doctoral inédita. Universidad Carlos III de Madrid, 2011.

12 DIAZ, E., “Socialismo democrático y derechos humanos”, en *Legalidad – Legitimidad en el socialismo democrático*, Cívitas, Madrid, 1978. Ideas similares en “Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo”, en CAMPS, V., (Coord.), *Historia de la Ética*, Vol. 3, Critica, Barcelona, 1989.

13 PECES-BARBA, G. y otros, *Curso de derechos fundamentales – Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 39 a 58.

moral en qué consisten los derechos, se basa en rasgos derivados de la idea de dignidad humana¹⁴.

Desde la “dimensión política” se resalta la relación paradójica de los derechos con el Poder, ya que como señala Rafael de Asís, “Los derechos limitan al poder pero a su vez necesitan de éste para su reconocimiento, garantía y desarrollo”¹⁵. Desde esta perspectiva, se conciben los derechos humanos como Ideal político y social¹⁶ con finalidades vinculadas con la convivencia pacífica, la legitimidad y el control al poder político.

De otra parte, La dimensión jurídica de los derechos humanos se ha venido desarrollando mediante la positivación de los mismos, tanto en el plano interno de los Estados como en el de la comunidad de Estados (Derecho Internacional). Los derechos humanos aparecen hoy en los ordenamientos de los estados constitucionales como un conjunto de instrumentos, normas, reglas y mecanismos de convivencia y regulación de las relaciones internas y externas, nacionales e internacionales¹⁷. Baste tener presente que hoy “el derecho no es sólo la norma sino también la garantía de su cumplimiento; y los derechos humanos no son una excepción en este sentido”¹⁸.

Estos tres niveles (ético, político y jurídico) contienen los elementos conceptuales básicos de una concepción global e integral de los derechos humanos. Sin embargo, esta tridimensionalidad de los derechos humanos frecuentemente se olvida o no se reconoce. Priman las visiones parceladas y muy pocas veces se logra una comprensión que logre incluirlas, pues como lo señala Rubio Carracedo,

14 PECES-BARBA, G., y otros, *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p.29.

15 ASIS ROIG, R., *Cuestiones de derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 44.

16 CORREA, H.D., *Nuestros Derechos Humanos como colombianos*, Editorial Presencia, Bogotá, 1993, p. 11.

17 CORREA, H.D., *Op. Cit.* p. 15.

18 *Ibíd.*

“Los pensadores tienden a enfatizar que los derechos humanos contienen los principios de una nueva moral universal, Los Teóricos de la política, y los mismos políticos, por el contrario, menosprecian casi siempre los aspectos propiamente morales para incidir en el papel estratégico que juega la universalización de los derechos humanos en el proceso de globalización. Por último, los juristas suelen considerar netamente prioritaria su formulación y fijación mediante tratados o convenciones internacionales vinculantes, que proporcionen exigibilidad, seguridad y garantía a los derechos humanos”¹⁹.

Lo cierto es que esas visiones parceladas contribuyen a la falta de precisión en el concepto de derechos humanos, lo que se traduce en la ambigüedad que en buena parte caracteriza los debates contemporáneos al respecto.

De allí, en razón al singular y paradójico papel de los derechos en las sociedades contemporáneas, se hace necesario redimensionar la vigencia e importancia de la tarea conceptual y fundadora, en la medida que la realidad fáctica y conceptual de los derechos tiene como trasfondo la idea que se tenga acerca de su concepto y fundamento.

En este sentido, hablar de Concepto y fundamento de los derechos es hablar de dos asuntos inseparables, imposibles abordar individualmente sin incidir de alguna forma en el otro, en tanto “todo concepto de los derechos humanos presupone una toma de postura sobre su justificación y toda

19 RUBIO CARRACEDO, J., “Problemas en la universalización de los derechos humanos”, *Diálogo Filosófico*, 51, 2001, pp. 247, 454.

justificación parte de un concepto previo de derechos humanos”²⁰. Es por ello que la relación existente entre el modo de entender los derechos y la justificación que podamos dar de ellos nos ubica teóricamente en el campo del “fundamento” y el “concepto” de los derechos²¹.

En general, el problema del concepto responde a la pregunta “qué son” , en tanto que el fundamento responde al “por qué”. En lo que nos ocupa, el “fundamento” de los derechos hace referencia a las razones a favor de su reconocimiento, validez y eficacia. Como afirmó N. Bobbio, fundamentar es “presentar motivos para justificar la elección que hemos hecho y que queremos que fuese hecha también por otros...”²².

La tarea conceptual y fundamentadora de los derechos humanos enfrenta, a juicio del R. de Asís, cinco grandes problemas. El primero es el de su relevancia (o irrelevancia); el segundo es el de su pertinencia; el tercero es el de la dificultad de hallar una fundamentación racional; el cuarto es la dificultad de lograr una fundamentación concluyente; y el quinto la dificultad de hallar una fundamentación universal²³.

Pese a estos los problemas o dificultades reales que enfrenta la tarea conceptual y fundamentadora de los derechos, no logran desvirtuar la importancia empírica y teórica de esta empresa, dado que “una mayor clarificación y dilucidación conceptual y fundacional (importancia teórica), además de no ser incompatible con una defensa efectiva, firme y radical de los derechos”²⁴, contribuye de forma directa a la solución de sus problemas de eficacia.

20 ASIS ROIG, R., “Concepto y fundamento de los derechos humanos”, Diez palabras clave sobre derechos humanos, Juan José Tamayo Acosta (Coord.), Verbo Divino, Estella, 2005, p. 1.

21 ASIS ROIG, R., “Concepto y fundamento de los derechos humanos *Id.*, p. 1 y ss

22 BOBBIO, N., *El tiempo de los Derechos*, (Trad.) Rafael de Asís, Sistema, Madrid, 1991, p. 54.

23 ASIS ROIG, R., *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001. p. 20 y ss.

24 AGUILERA PORTALES, R.E., “Universalidad de los derechos humanos y crítica de las teorías de la naturaleza en el pragmatismo de Richard Rorty, *Universitas*, n. 5, enero 2007, p.64.

En esta dirección (importancia empírica), el ejercicio conceptual y fundamentador, afecta los sistemas de garantías y la interpretación jurídica de los derechos. Los derechos, como normas básicas materiales de los ordenamientos jurídicos son referente necesario en la interpretación de cualquier enunciado o norma, bien como límites para determinar la validez y razonabilidad jurídica del resultado interpretativo, bien como guía interpretativa o como criterio para la propia interpretación de la norma básica material, y de la valoración que se haga de esa interpretación; y, de forma indirecta, en el sentido y contenido del propio ordenamiento, lo que determina que en la práctica se privilegie la protección de unos derechos en detrimento de otros y que por lo tanto se establezcan sistemas de garantías diferentes²⁵.

Es por lo anterior que puede afirmarse que la cuestión del concepto y el fundamento es el trasfondo de toda teoría de los derechos y, por ello determinante en la construcción de marcos conceptuales que aproximen respuestas a los múltiples problemas contemporáneos que afrontan los derechos, tales como: el problema del garante último de los derechos, la lucha contra la pobreza, la lucha contra la discriminación, la gestión de los avances científicos y tecnológicos, la exigencia de nuevos derechos, entre otros²⁶.

Buena parte de estos problemas de los derechos pueden explicarse en estrecha relación con dos procesos centrales del mundo contemporáneo, como son: la *globalización* y la *constitucionalización del Derecho*.

Sobre lo primero (la globalización), considera de forma Acertada Rafael de Asís, que pueden asumirse dos posiciones básicas: El escepticismo o el compromiso²⁷. La primera postura –el escepticismo– es totalmente contra

25 ASIS ROIG, R., "Concepto y fundamento de los derechos humanos", Cit., pp. 9 y ss.

26 Ver al respecto: PECES BARBA, G., Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, Espasa, Madrid, 2007, p. 189 y ss.

27 ASÍS ROIG, R., *Cuestiones de derechos*, Cit., p. 36.

fáctica e insostenible, dado que es clara la existencia real e implicaciones de este proceso, y es tal su fuerza que se constituye en uno de los rasgos característicos del mundo de finales del siglo XX y principios del XXI. La segunda postura – el compromiso – no entraña una necesaria valoración positiva de las consecuencias de la globalización en todos los casos y circunstancias. Se trata de una postura que contraria a la de los escépticos, reconoce la existencia, positiva o negativa, del fenómeno de la globalización en sí.

Al interior de esta segunda postura del “compromiso” es posible distinguir dos posiciones. Una, la de aquellos que consideran que derechos humanos y globalización, son dos conceptos necesariamente antagónicos. Para este tipo de pensamiento la relación es necesariamente de confrontación: la globalización es incompatible con el proyecto de los derechos humanos (“globalización Vs. derechos humanos”); otra posición es la de aquellos que pese a reconocer la importancia del fenómeno de la globalización y sus implicaciones, no lo consideran necesariamente antagónico o contradictorio con los derechos humanos, pudiéndonos referir a este binomio en términos “globalización y derechos humanos”. Desde aquí se considera que la globalización no tiene porqué ser presentada como una realidad necesariamente antagónica o enfrentada a los derechos.

Para una adecuada comprensión de esta forma la relación no necesariamente opuesta entre “globalización – derechos humanos”, resulta útil revisar la diferencia conceptual retomada por Rafael De Asís²⁸ entre globalismo, globalidad y globalización. Por globalismo entiende en profesor de Madrid la ideología del mercado mundial, por globalidad la existencia de

28 Con base en planteamientos del profesor de la Universidad de Múnich ULRICH BECK, expuestos en su obra: BECK, ULRICH, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1988,

una realidad plural e interdependiente y finalmente, por globalización las consecuencias resultantes de esa realidad plural e interdependiente²⁹.

Sin desconocer que la globalidad entraña peligros reales para los derechos humanos, esta forma “comprometida” de abordar la relación globalización – derechos humanos, considera necesario superar todo determinismo y pensar que la cuestión principal en el momento de cuidar los intereses de los derechos humanos es cómo gestionar la globalidad.

Desafortunadamente, lo que nos muestra la realidad fáctica es que generalmente la globalidad es gestionada inadecuadamente, de forma tal que le da la espalda al discurso de los derechos. Es decir, que la gestión de la globalidad se hace generalmente en términos económicos y no políticos, “agravando” la situación planetaria en materia de derechos humanos³⁰.

Las posturas comprometidas con la necesidad de regular el fenómeno de la globalidad³¹, están cruzadas por dos tópicos centrales: primero el enfrentamiento entre los planteamientos modernos y postmodernos, caracterizados por la defensa de planteamientos universalistas y culturalistas, respectivamente; segundo la existencia de propuestas que propugnan por una gestión de la globalidad al margen de la política³².

Sobre el primero de los tópicos cabe recordar que existen planteamientos modernos abiertos a la diferencia y sobre el segundo, que si bien el reconocimiento y protección de los derechos humanos debe estar al margen del regateo político, esto no puede ser óbice para justificar la

29 ASÍS ROIG, R., *Cuestiones de derechos, Cit.*, pp. 35 y 36.

30 *Id.*, pp. 37 a 39

31 DE ASÍS afirma que la indiferencia y el compromiso son las dos posturas posibles de adoptar frente a la globalización. La postura de la indiferencia supone defender que se trata de un fenómeno bueno en sí mismo que no debe ser objeto de regulaciones normativas, en tanto la postura del compromiso defiende la necesidad de regularlo. ASÍS ROIG, R., *Cuestiones de derechos, Cit.*, pp. 39 a 41.

32 *Id.*, pp. 41 -42.

necesaria dimensión política para una efectiva y positiva gestión de la globalidad en favor de los derechos humanos.

Con todo, y es lo que habría de tenerse en cuenta según lo señala Peces-Barba³³, la gestión de la globalización plantea a los derechos humanos, en principio, tres grandes problemas estrechamente relacionados entre sí: El problema de la legitimidad de los derechos, el problema de la construcción de un Estado de Derecho internacional y el problema de la tensión entre libertad y seguridad.

El primer problema (la legitimidad de los derechos) hace alusión a la capacidad de los derechos de fungir como referentes para la gestión de la globalización y sus consecuencias.

El segundo problema (construcción de un Estado de Derecho internacional) hace referencia al papel de los derechos en la configuración de un orden jurídico y político supraestatal eficaz en la gestión de la globalidad y del respeto efectivo de los derechos.

El tercer problema (la tensión entre libertad y seguridad) hace referencia a la capacidad de los derechos para pronunciarse, en el marco de un Estado de Derecho Nacional e Internacional, sobre el respeto al derecho de las víctimas, pero sin menoscabar las garantías procesales de los victimarios.

De allí que, y a modo de conclusión parcial sobre este tópico, puede afirmarse: primero, que la globalización es un hecho cierto de importantes consecuencias casi en todos los campos para los seres humanos hoy, y como tal no puede ser desconocida, ignorada o vista como un fenómeno de igual magnitud a lo ocurrido en los orígenes del capitalismo del siglo XVIII y segundo, que las posturas comprometidas sobre el tema deben, sin ignorar los riesgos existentes, pasar de una postura de confrontación a una de

33 PECE BARBA, G., Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, Cit., pp. 190-191.

gestión de la globalidad. Es decir, frente a una realidad que por el momento se torna incontenible, lo mejor para el progreso moral de la humanidad, lo mejor para la realización universal de los derechos humanos, es gestionar de la mejor forma la globalidad para reducir sus amenazas y potenciar las oportunidades a favor de una verdadera y pronta universalidad de los derechos humanos.

Ahora bien, y es el segundo de los tópicos a considerar, una teoría contemporánea de los derechos debe coadyuvar a la construcción de marcos conceptuales que aproximen respuestas a los problemas derivados de la constitucionalización del Derecho.

En efecto, y aquí conviene recordar, en primera instancia, como a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, y en gran medida gracias a la consolidación progresiva que a lo largo de la historia ha ido adquiriendo el discurso de los Derechos Humanos, se ha abierto camino un nuevo término, *neoconstitucionalismo*, que si bien en principio hace referencia a una forma de organización política, el *Estado Constitucional*, es en sí una expresión ambigua en tanto puede referirse a las características singulares de ese particular modelo de Estado, como a las transformaciones que sufre el Derecho en esa forma de Estado y su plasmación en el ámbito del pensamiento jurídico. Lo cierto es que las peculiaridades de ese modelo y las transformaciones sufridas por los ordenamientos jurídicos han traído profundas incidencias en la conceptualización tanto del Estado y su institucionalidad, como de la concepción del Derecho y, lo más importante, en su práctica y aplicación³⁴.

Con ello, y lo advierte Prieto Sanchís, los términos constitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo a secas, resultan expresiones que hoy sirven para referirse a distintos aspectos de lo que se ha dado por llamar una nueva cultura jurídica y política y que aluden, como lo señala Carbonell, a una categoría teórica vieja que, en los últimos años, ha asumido un nuevo significado.

34 COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En: COMANDUCCI, Paolo, Ma. Ángeles Ahumada y Daniel González Lagier. Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 85.

Ese nuevo significado, asegura, obedece a la emergencia de una serie de fenómenos que, si bien ya habían sido estudiados ampliamente por las corrientes teóricas tradicionales, sus efectos resultan novedosos cuando se los analiza conectados entre sí y bajo unas mismas coordenadas de espacio y tiempo³⁵.

Entre estos fenómenos sobresalen, primero, el papel mismo que cumplen las llamadas *Constituciones del constitucionalismo* que implican, de un lado, la reformulación conceptual de la noción misma de Estado y su papel en la complejidad de las relaciones sociales que caracterizan a las sociedades contemporáneas³⁶ y, de otro, la constitucionalización del Derecho a consecuencia del impacto, la irradiación, que las declaraciones de derechos incluidas en las Constituciones tienen sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto

Segundo, consecuencia del anterior, hace alusión a los cambios sufridos en las prácticas jurisprudenciales de los distintos tribunales por cuanto hoy los jueces, y en especial los de constitucionalidad, han tenido que aprender a realizar su tarea a partir de parámetros interpretativos que hacen el razonamiento judicial más complejo pues, y por razón de la mayor indeterminación y vaguedad de los sistemas jurídicos actuales causada por ese proceso de constitucionalización, obliga a usar técnicas interpretativas más refinadas que incluyen las propias de los principios constitucionales, la ponderación, la razonabilidad y la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, entre otros, con lo que, incluso se redefine su propia actividad³⁷;

Y, tercero, enmarcado en los dos anteriores, se refiere a los aportes teóricos de frontera en tanto pretenden explicar y justificar de manera novedosa el fenómeno jurídico y sus relaciones con la política y la moral y, lo más significativo, a comprender,

35 CARBONELL, Miguel. El constitucionalismo en su laberinto. En CARBONELL, Miguel (Editor) *TEORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO*. Ensayos escogidos. Editorial Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2007, pp. 10 – 11.

36 CRUZ, Luis M. *LA CONSTITUCION COMO ORDEN DE VALORES*. Problemas jurídicos y políticos. Editorial Comares, Granada, 2005, p. 2. En igual sentido, ALEXI, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En CARBONELL, Miguel. *NEOCONSTITUCIONALISMO(S)*. Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 31 – 32.

37 SEGURA ORTEGA, Manuel. *SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO*. Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, pp. 27 - 29.

desde lo estrecha de esta relación, el peso y alcance de las nuevas Constituciones y, con ello, la trascendencia de las nuevas prácticas jurisprudenciales asociadas a ellas y donde, al final, la Ley, con sus significados únicos intrínsecos, pierden toda primacía³⁸.

De allí que cuando hoy se habla de constitucionalismo, neoconstitucionalismo o Estado constitucional, a lo que se está haciendo referencia es a una estructura política soportada y condicionada por un ordenamiento jurídico caracterizado esencialmente por una Constitución fuertemente normativa que incluye principios sustantivos y derechos fundamentales que sirven como fines u objetivos de la actuación de los poderes públicos; poderes públicos que, ahora, no tienen una esencia predeterminada o anterior a aquellos principios y derechos, y los cuales, incluso, llegan condicionar la legislación, la jurisprudencia y la acción de actores políticos y las relaciones entre sujetos privados. Se pretende, así, obtener una radicalización de la eficacia práctica de las normas constitucionales en tanto dejan de ser simples límites o pautas para la actuación de las autoridades públicas, para convertirse en condición indispensable para su formación y legitimidad³⁹.

En esa dirección, el auge del constitucionalismo, que no es otra cosa que la consecuencia inmediata de la fuerza adquirida por el discurso de los derechos humanos, y las transformaciones que derivan en la constitucionalización del Derecho, imponen retos adicionales que merecen ser tenidos en cuenta.

El primero, y es signo de la relevancia del carácter axiológico-normativo de los textos constitucionales, consecuencia de la positivización de los derechos, tiene que ver con la necesidad de replantear el *Concepto de Derecho* para incluir entre sus rasgos definitorios, y como uno de los criterios que determinan la validez y pertenencia de las normas a un determinando sistema jurídico, la concurrencia simultánea tanto de condiciones formales, vinculadas a criterios de competencia, procedimiento y vigencia de la producción normativa, como de requisitos materiales o de contenido,

38 FERRAJOLI, Luigi. DERECHOS Y GARANTÍAS. La ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 33.

39 LA TORRE, Massimo. "Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos. Constitución y "Estados de excepción". *Derechos y Libertades*. Número 24, Época II, enero 2011, p. 50. ATIENZA. "Constitucionalización, Globalización y Derecho", Op. Cit., p. 20.

predeterminados en términos de valores y principios, esto es, en términos de derechos⁴⁰.

El segundo, íntimamente conectado al anterior, tiene que ver, de un lado, con la justificación en el juez de un cierto margen de discrecionalidad en la interpretación del Derecho, y en especial de la interpretación constitucional del ordenamiento, y, de otro, que la decisión por éste adoptada no sólo debe ser formalmente válida, lógicamente correcta, sino, también, materialmente correcta, en tanto no puede contradecir unos contenidos materiales, el respeto por los derechos, que hacen parte de la idea de Derecho y que a veces remiten a criterios de moralidad y de responsabilidad, criterios que de ser necesarios resultarían, en principio, inaceptables para algunas corrientes del positivismo.

No resulta extraño, entonces, que el orden jurídico de los ordenamientos constitucionalizados presuponga no solo la presencia de una Constitución que haga referencia a la estructura de un organismo político – el Estado - y al diseño y organización de los poderes de decisión colectiva de una comunidad, sino que, en forma adicional, incluya dos exigencias especiales: la primera, una declaración de principios, valores y derechos y, la segunda, una organización política inspirada en cierta interpretación del principio de separación de poderes que, a su vez, se convierta en garantía para la materialización efectiva de esos contenidos normativos.

De allí que lo primero que habrá de considerarse, es que por el impacto del discurso de los derechos, el Derecho constitucionalizado deje de verse sólo como un conjunto de reglas o pautas específicas de comportamiento para convertirse en algo, por naturaleza, más dúctil y poroso, y, por tanto, presentando como una de sus notas

40 CARBONELL, Miguel. El constitucionalismo en su laberinto. En CARBONELL, Miguel (Editor) TEORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Ensayos escogidos. Editorial Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, Madrid, 2007, pp. 10 – 11. Coinciden, en términos generales, ALEXY, Robert. EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO. Segunda Edición, Trad. de Jorge Malem Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 123 – 126, y, HABERMAS, Jürgen. FACTICIDAD Y VALIDEZ. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 8; y, FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional, en EPISTEMOLOGIA JURIDICA Y GARANTISMO, Trad. Lorenzo Córdova y Pedro Salazar. Fontamara, México, 2004, pp. 265 – 282.

distintivas la acentuación de la vaguedad léxica de sus textos y, la consecuente indeterminación conceptual y axiológica de sus preceptos.

Con ello, de un lado y simplificando mucho las cosas, el Derecho constitucionalizado se presenta bajo un modelo que toma en serio el discurso de los derechos y, por tanto, reclama respeto a la dignidad humana y a los valores propios en que se funda la democracia. De otro lado, y como consecuencia de la compleja y problemática relación entre Derecho y Moral que supone el asumir la moralidad de los derechos como contenido necesario, el Derecho al momento de su aplicación resulta más indeterminado e incierto, dúctil y poroso, por lo que, y a consecuencia del amplísimo poder que ello reporta a los jueces – y no sólo a los jueces constitucionales- en tanto, ahora, los “señores” del Derecho no son los legisladores, los representantes de la voluntad popular, sino órganos que carecen de una auténtica legitimidad democrática.

En esa dirección, y en lo que hace referencia concreta a la aplicación del Derecho y la discrecionalidad judicial, la ductilidad, porosidad y vaguedad de los textos normativos de los Estados Constitucionales, que conduce a la relativa indeterminación del derecho constitucionalizado y donde las paradojas comentadas se hacen visibles sólo en el momento de de la decisión judicial, reportan, como ya se anotó, retos específicos y concretos a la Teoría de los Derechos. Uno, aportar al juez elementos ciertos para, en los casos difíciles y a partir de su concepto y fundamento, justificar como en Derecho preexistente la decisión adoptada; otro, convertir su concepto y fundamento en razones que validen la decisión interpretativa, guiando la labor judicial y restringiendo, así, el margen de discrecionalidad del operador judicial ya que, sin tales criterios, resultaría difícil, sino imposible, distinguir entre una decisión fundada en el Derecho preexistente o una fundada en la subjetividad del juez – arbitrariedad -; ideas, en verdad, opuestas a la razón y justificación de una teoría de los derechos y su consecuente positivización.,

Así, y para concluir, no hay duda de que los derechos humanos son un criterio para medir la “calidad democrática” de un Estado Constitucional de Derecho. Y esto es

cierto, no solo por la forma como condicionan la estructura del Estado y las practicas de las autoridades públicas, sino, también y es lo relevante, por cuando mejora significativamente la calidad del debate democrático.

En efecto, y aunque tradicionalmente se ha considerado que la discusión sobre el concepto y el fundamento de los derechos se agota cuando se obtiene su positivización en textos vinculantes de carácter general, impersonal y abstracto, lo cierto es que la textura doblemente abierta del lenguaje jurídico, de la constitución y del ordenamiento, hace que la discusión se desplace del nivel legislativo, en el que se incorporan al ordenamiento, al nivel judicial en el que se desarrollan y se hacen efectivos en la práctica.

Lo cierto es que tanto la positivización de los derechos como el efecto de irradiación de ellos en el ordenamiento, genera problemas de vaguedad, conceptual y axiológica, que el juez debe atender y resolver en cada decisión. La polémica que genera la aplicación judicial, y la tensión abierta por la naturaleza indeterminada del Derecho en los casos difíciles en los que los derechos actúan como elementos de cierre del ordenamiento jurídico, hace que la discusión, iniciada en el plano general, impersonal y abstracto, concluya en el nivel práctico, particular y concreto de la decisión, reabriendo, así, y retroalimentando, en forma cíclica lo que de por sí es una discusión permanente y, por su naturaleza, de contenido inagotable, sobre el concepto y el fundamento de los derechos.

Bibliografía

AGUILERA PORTALES, R.E., “Universalidad de los derechos humanos y crítica de las teorías de la naturaleza en el pragmatismo de Richard Rorty, *Universitas*, n. 5, enero 2007

ALEXI, ROBERT. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. En CARBONELL, Miguel. NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta, Madrid, 2003

ALEXY, ROBERT. *El concepto y la validez del derecho*. Segunda Edición, Trad. de Jorge Malem Seña, Gedisa, Barcelona, 1994

ASIS ROIG, RAFAEL. *Cuestiones de derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005

ASIS ROIG, Rafael. “Concepto y fundamento de los derechos humanos”, Diez palabras clave sobre derechos humanos, Juan José Tamayo Acosta (Coord.), Verbo Divino, Estella, 2005

BOBBIO, NORBERTO. *El tiempo de los Derechos*, (Trad.) Rafael de Asís, Sistema, Madrid, 1991

CARBONELL, MIGUEL. “El constitucionalismo en su laberinto”. En CARBONELL, Miguel (Editor) TEORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Ensayos escogidos. Editorial Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2007

COMADUCCI, PAOLO, MA. ÁNGELES AHUMADA Y DANIEL GONZÁLEZ LAGIER. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009

CORREA, HERNAN DARIO. *Nuestros Derechos Humanos como colombianos*, Editorial Presencia, Bogotá

CRUZ, LUÍS M. LA CONSTITUCION COMO ORDEN DE VALORES. *Problemas jurídicos y políticos*. Editorial Comares, Granada, 2005

DIAZ, ELIAS. “Socialismo democrático y derechos humanos”, en *Legalidad – Legitimidad en el socialismo democrático*, Cívitas, Madrid

DOUZINAS, CONSTAS., *El fin de los derechos humanos*, Legis, Bogotá, 2008

FERRAJOLI, LUIGI. DERECHOS Y GARANTÍAS. La ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid, 2006

FERRAJOLI, LUIGI. Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional, en EPISTEMOLOGIA JURIDICA Y GARANTISMO, Trad. Lorenzo Córdova y Pedro Salazar. Fontamara, México, 2004

GUTIERREZ, FRANCISCO J. *Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas*. Dirigida por Rafael de Asís Roig. Tesis doctoral inédita. Universidad Carlos III de Madrid, 2011

HABERMAS, JÜRGEN. FACTICIDAD Y VALIDEZ. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998

LA TORRE, MASSIMO. "Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos. Constitución y "Estados de excepción". *Derechos y Libertades*. Número 24, Época II, enero

LAPORTA, FRANCISCO. "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa*, No. 4, 1987

NINO, CARLOS SANTIAGO. *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989

PECES-BARBA, GREGORIO. y otros, *Curso de derechos fundamentales – Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995

PECES-BARBA, GREGORIO. y otros, *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004

PECES BARBA, GREGORIO. *Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos*, Espasa, Madrid, 2007

RODRÍGUEZ-TOUBES, JOAQUIN. *La razón de los derechos: perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1995

RUBIO CARRACEDO, JOSÉ. "Problemas en la universalización de los derechos humanos", *Diálogo Filosófico*, 51, 2001

SEGURA ORTEGA, MANUEL. *Sobre la interpretación del derecho*. Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003

VELARDE, CARIDAD., *Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*. Civitas, Madrid, 2003, p.14.