

La fundamentación de los derechos fundamentales y la justicia constitucional*

The foundation of fundamental rights and constitutional justice

Rubén Alberto Duarte Cuadros**

Resumen

*Puede decirse que la búsqueda de fundamentación de los derechos fundamentales y el advenimiento de la justicia constitucional desde finales del siglo XX y principios del XXI, y sobre todo del reconocimiento del privilegio constitucional sobre la ley, ha producido cierta perplejidad dentro de la cultura del operador judicial, en tanto la defensa gira en torno de los derechos fundamentales, que a la vez, sólo pueden ser entendidos como cláusulas preferentes por sus altos contenidos valorativos, pues se fundan en principios. Esta circunstancia presenta tres características que a veces han sido consideradas de algún modo incompatibles entre sí: “los derechos fundamentales son derechos positivos, son derechos naturales y se concretan jurisprudencialmente”****

* FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, S.A., 2005, pág. 287-381.

** Decano de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre, Abogado y Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia, Especializado en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre, Maestría en Filosofía Pontificia de la Universidad Javeriana, Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Profesor e Investigador de Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica.

*** GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 261.

Palabras clave:

Fundamentación, Fundamento, Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, Constitución, Justicia Constitucional, Precedente Judicial, Corte Constitucional.

Abstract

It can say that the search of Fundamentation of the Fundamental Rights and the coming of Constitutional Justice from the end of XX century and the beginning of the XXI, and mainly of the recognition of the constitutional privilege on the law, have produced certain perplexity within the culture of the judicial operator, in as much, the defense turns surroundings of the Fundamental Rights, that simultaneously, it only can be understood like preferred clauses by its high values contents, on as much are based on principles. This circumstance presents three incompatible characteristics that sometimes have been considered of some way to each other: «the fundamental rights are rights positive, are rights natural and they make concrete in the jurisprudence.

Key words:

Fundamentation, Basis, Human Rights, Fundamental Rights, Constitution, Constitutional Justice, Judicial Preceding, Constitutional Court.

Introducción

Al pretender asumir el título de la “Fundamentación de los Derechos Fundamentales” se hace la exigencia de aclarar tal pretensión, sobre todo en una época como la de nuestro presente, en la que está de moda hablar de los Derechos Fundamentales. En tal sentido, vale el formularnos la siguiente pregunta ¿Es posible hoy hablar de los Derechos Fundamentales sólo desde la perspectiva del positivismo jurídico? O si por el contrario habrá necesidad de preguntar ¿si los postulados y principios inmanentes de la dogmática jurídica, han sufrido debilitamiento en su posibilidad de fundamentación del derecho en general y de los Derechos Fundamentales en particular?

En tal sentido, cobra importancia el lugar que ocupa la filosofía, la ética, la moral y por supuesto las ciencias sociales en general, como discursos especiales de fundamentación de los Derechos Fundamentales, que en apariencia tienden a desquebrajar la moderna tradición jurídica de Occidente. Recordemos que el derecho con la pretensión de ser ciencia estricta, se constituyó como el discurso validado por las tradiciones jurídicas modernas de corte positivista, y para lograr tal fin, buscó eliminar de su fundamentación, discursos que le fueran exógenos o extraños, so pena de perder en científicidad y criticidad jurídica.

Al respecto por ejemplo, Robert Alexy

se instala en una defensa dogmática del derecho en general y por supuesto en la construcción de una Teoría de los Derechos Fundamentales en particular, en su obra ya clásica de 1986, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, pero a la vez, se pueden constatar elementos o rastros de carácter iusnatural, de los que no ha sido ajeno un autor como Luigi Ferrajoli, que aún instalándose en la tradición de la dogmática jurídica e incluso apelando a la tradición kelseniana, busca construir una Teoría Formal de los Derechos Fundamentales, pero dejando un espacio en el que las fundamentaciones externas o axiológicas al derecho, se constituyan siempre en posibilidades nuevas y creativas de fundamentación.

Con base en lo anterior, considero por lo tanto, que existen varias instancias de fundamentación de los Derechos Fundamentales, los que por supuesto estarían a varios niveles de fundamentación. Es decir, común es el hecho en la cotidianidad, que al hablar de los Derechos Fundamentales el operador jurídico (abogados) y el operador judicial (jueces), abstraen normalmente el lugar desde el cual está hablando. Desde este punto de vista se justifica así el título de la conferencia, pero a la vez, me interesa proponerle al auditorio inicialmente, que pensemos en el lugar que ocupa la Constitución y la justicia constitucional, como espacio privilegiado de fundamentación de los Derechos Fundamentales.

La constitución y la justicia constitucional como fundamentos jurídicos de los derechos fundamentales

En la tradición jurídica occidental y como consecuencia de las dos grandes revoluciones emancipatorias de finales del siglo XVIII, la de 1776 la norteamérica y la de 1789 la francesa, estuvieron siempre vinculadas al aseguramiento, por una parte de los derechos humanos y por la otra, en la búsqueda de la construcción de un sistema normativo que tuviese un alcance de perennidad, es decir, la posibilidad de la construcción teórica y normativa de un sistema de cláusulas, que tuviesen la fuerza vinculante para todos y de la cual ningún poder pudiese sustraerse.

Tal pretensión fue alcanzada a través del Contrato Social, en el que todos fuesen reconocidos en sus derechos, nos referimos por supuesto a la Constitución, en este caso a la norteamericana y la francesa, las que dan inicio a lo que en nuestras tradiciones jurídicas entendemos como el Constitucionalismo Moderno. Hoy, no es posible entender a la constitución y al constitucionalismo, sino como garante de la defensa de los Derechos Fundamentales; en este sentido, creo que también, así lo entendieron los revolucionarios franceses y norteamericanos. Razón por la cual, fundamentaron un sistema de cláusulas, contentivas de las garantías

y ejercicio pleno de los derechos; y a la vez, definieron un aparato encargado de la vigilancia, control, promoción y aseguramiento de tales derechos; esta instancia de control, no es otra que las altas Cortes Constitucionales, encargadas básicamente de asegurar la permanencia de la Constitución y de los derechos allí contenidos, como garantía suprema del contrato social y de las cláusulas emancipatorias.

Veamos ahora, cómo se han perfilado estas dos grandes tradiciones del constitucionalismo, en la fundamentación de los derechos, por una parte, la norteamericana; y por la otra, la europea continental y su impacto en Latinoamérica.

1. La tradición de la Constitución y del Tribunal Constitucional norteamericano, como principio de fundamentación de los Derechos Fundamentales

Es de importancia señalar, que el Tribunal Constitucional es un aparato del sistema jurídico, inventado de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano¹, que a la vez, determinó el sentido y alcance de las cláusulas constitucionales, especificando que tales normas se constituyen como reglas superiores del sistema jurídico, en tanto encarnan los valores y principios supremos de un ordenamiento jurídico. De tal supremacía se construye el parámetro de validez de todas las demás

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas S.A., 1991, p 123.

normas del sistema jurídico y judicial. Esta concepción de la Constitución entendida como norma superior que vehiculiza los valores y principios de legitimidad del sistema, es la gran creación del constitucionalismo norteamericano y su aporte a la historia universal constitucional del derecho².

En Estados Unidos y distinto de alguna manera a la tradición europea continental, la Constitución americana de 1787 formulaba ya, en su art. VI, Sección Segunda, “el principio de que la constitución es el supremo derecho de la tierra, y que en este sentido vincula a los jueces, no obstante cualquier disposición contraria de las constituciones o de las leyes de los estados miembros; es la *Cláusula Básica Suprema* (Supremacy Clause)”³. Esta cláusula básica de exigirle al juez, que el derecho preferente y supremo es el consagrado en la Constitución, es a la vez, la cláusula que lo determinó a constituirse en juez constitucional y en consecuencia agente racionalizador de la justicia constitucional, que bajo el imperativo del deber-ser de la democracia liberal, deberá privilegiar sobre cualquier discusión jurídica a los Derechos Fundamentales como mandatos o cláusulas inalterables.

En nuestras tradiciones jurídicas positivas, seguimos discutiendo sobre el privilegio constitucional, pero sobre todo el de la justicia constitucional. Aun, nos escandalizamos cada vez que nuestra

Corte Constitucional asume el rol de garante de la constitucionalidad del sistema jurídico; pero aún más, cuando privilegia Derechos Fundamentales y se coloca como el supremo mediador entre el poder y los derechos de los ciudadanos. Al tiempo que la tradición norteamericana cumplirá 224 años aplicando la Cláusula de Preferencia señalada y colocada a la vez, en cabeza del juez.

Ahora bien, en la tradición norteamericana la Constitución, los Derechos Fundamentales y la justicia constitucional se funden en una amalgama tal, que las hace inescindibles, en el sentido que constitución en el vocablo más lato implica a la vez, la constitución de los derechos, por esto, sus cláusulas son altamente privilegiadas en todo debate jurídico, pero sobre todo de la legitimidad y validez del sistema, que no se entiende sino como garante de los derechos y libertades del pueblo americano. Esta observación anterior, es de tanta importancia que por ejemplo en el año de 1789 se incorporó a la Constitución, lo que en la tradición jurídica norteamericana se conoce como la “*primera enmienda*”.

La primera enmienda a la Constitución norteamericana, es la señal más significativa que tenemos de la tradición y vinculación entre Constitución y Derechos Fundamentales. En el entendido que los Derechos Fundamentales, fundamentan la Constitución

² GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional.*, p 123.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo. Op. cit. p 125.

y, a la vez, la Constitución funda a los derechos en sentido estricto. Esta enmienda, y de allí su valor no sólo histórico, sino sobre todo jurídico y político, fue la base de incorporación para establecer el sistema de derechos o los llamados "*Bill of Rights*" que faltaban en el texto originario de la Constitución norteamericana como es conocido por todos.

Esta primera enmienda es la expresión del pueblo americano, que tiene como fin último y supremo establecer el límite al poder legislativo en tanto que: "el congreso no podrá hacer ninguna ley que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa, o el derecho de reunirse pacíficamente, o de presentar peticiones al gobierno"⁴. Aquí, la idea de establecer límites al poder del Estado es absolutamente clara, pero a la vez, estos límites son inconcebibles sin el aseguramiento de los Derechos Fundamentales, como fuente de fundamentación de la legitimidad del sistema jurídico y político, y por lo tanto, del sistema constitucional garante de derechos.

De lo ya señalado y sobre todo, de la incorporación de la primera enmienda a la Constitución norteamericana y de la limitación ejercida al Congreso de producir leyes que disminuyan el ejercicio de los derechos, y conforme al artículo VI, sección segunda de la Constitución, son los jueces los encargados de hacer cumplir las

cláusulas supremas contenidas en la Constitución americana. Hecho éste de singular significación jurídica y política, en el entendido que tal mandato dotó de poder al Tribunal Supremo norteamericano, para que atendiendo básicamente a la gramática de resolución y configuración de casos tipo, que presuponen el uso de principios y reglas de argumentación jurídica fundadas en la praxis o a partir de decisiones que adoptan los jueces y la corte de la federación, configuren el derecho apelando irrestrictamente a la fundamentación e integración del sistema a partir de la construcción de precedentes judiciales que inmanentemente deben incorporar principios y valores, reservando así, un poder de cierre del sistema a la corte federal, que va más allá del poder legislativo.

Este punto de vista de configuración del derecho en general, y de la protección de los Derechos Fundamentales en particular, que realiza la corte federal norteamericana, a través del precedente judicial o el así llamado derecho de los jueces es el propósito de la presente exposición, en tanto ilustra un mecanismo de acceso a la comprensión de los Derechos Humanos, en el entendido que la Fundamentación de los Derechos Fundamentales, se traduce en un problema de justicia constitucional. Es decir, la prevalencia de la Constitución y de los derechos en general se fundamenta en este caso en la concreción y efectivización social y material del disfrute de los derechos,

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo. Op. cit. p 126.

que propicia o legitima la corte, constituyendo de este modo la superación dialéctica de lo formal a lo concreto, o de los contenidos generales y abstractos de la ley a la concreción material del sistema jurídico.

Es importante insistir que el criterio de Constitución como norma suprema o cláusula superior y a la vez, la creación del Tribunal Constitucional, son la invención del constitucionalismo norteamericano. Hecho este para la tradición jurídica europea continental y latinoamericana de gran importancia, para la construcción de la justicia constitucional que gira en torno de la defensa de la democracia y los Derechos Fundamentales, por lo menos, desde las rupturas paradigmáticas producidas desde principios de la década de los años 80 del siglo XX, en las que se ha producido un fuerte debate en torno al significado normativo de la Constitución y el privilegio de la misma en todo debate jurídico contemporáneo.

La consolidación de la idea de la justicia constitucional, fue el producto del famoso e histórico caso *Marbury Vs. Madison de 1803*, obra del mítico juez *Marschall*, quién por primera vez en tan famosa sentencia, produce la nulidad de una ley federal partiendo de la observación elemental pero trascendental, “de que cuando una ley se encuentra en contradicción con la constitución, la alternativa es muy simple: o se aplica la ley, en cuyo caso

se inaplica la constitución, o se aplica la constitución, lo que obliga a inaplicar la ley; él opta por esta segunda solución”⁵. Constituyéndose la solución del juez *Marschal* en el Precedente Judicial, que a la vez, fue constituido como un principio capital del derecho público norteamericano, pues se transforma como regla de obligada aplicación y la vinculación más fuerte del juez a la Constitución y a la vez, en el principio de control constitucional de todo el sistema jurídico y judicial norteamericano.

Puede decirse, que desde entonces, esta capital sentencia de 1803, este precedente judicial, ha sido entendido como el *Principio del Control Judicial Sobre la Constitucionalidad de las Leyes*. Principio que desde entonces, no ha dejado de desarrollarse, constituyéndose en una pieza fundamental del sistema jurídico e incluso de la sociedad americana en su integridad. Al respecto y desde la perspectiva de Dworkin y como ya es reconocido por todos, puede decirse que en muchos casos y en muchos niveles de la administración de justicia, entran en juego principios que hacen necesario una interpretación constructiva del caso particular y es precisamente el tribunal y los jueces quienes al tomar decisiones, lo hacen a partir de principios y cláusulas contenidas a nivel de la constitución, advirtiéndose siempre la preferencia de ésta sobre la ley, y a la vez, observar cómo se constituye el precedente judicial

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Poder Judicial*. Madrid: Civitas, 1981, p 10.

construido por el juez, en fuente de fundamentación de los Derechos Fundamentales.

En este punto, Habermas, tomando como ejemplo una resolución del 14 de febrero de 1973, emitida por el Tribunal Constitucional alemán, afirmará: “El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un *plus* en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional. De lo que en definitiva se trata es de “encontrar” la solución correcta, elaborándola, en una “argumentación racional”⁶. Y agregó, que siempre será tarea del juez, en este caso del juez constitucional como agente racionalizador⁷ del derecho, quien lo fundamenta a partir de los principios y valores contenidos ya en la Constitución y los Derechos Fundamentales que comportan un corpus axiológico dador de sentido para el sistema jurídico en general.

Desde esta perspectiva y pasando de la tradición norteamericana, veamos lo que ha acontecido en la tradición jurídica europea continental y latinoamericana inscritas en sistemas jurídicos positivos.

2. La tradición de la Constitución, los tribunales constitucionales en Europa Continental y Latinoamérica, como principio de fundamentación de los Derechos Fundamentales

Luego de acceder a la búsqueda de fundamentación de los Derechos Fundamentales en la tradición jurídica norteamericana, nos corresponde también pensar cómo esta fundamentación ha sido posible en la tradición jurídica del positivismo en Europa y América Latina. En principio hay que señalar el rechazo en toda Europa Continental de la justicia constitucional y de la prevalencia que debía tener la constitución sobre la ley.

Valga decir, sorprende que la concepción del juez Marschall, declarada en su sentencia de 1803, que era el principio que debía suponerse esencial en todas las constituciones escritas, en el entendido que una ley que contradice a la constitución debe ser declarada nula, no penetrase en Europa de los siglos XVIII y XIX donde tanto influyó la revolución americana.

Pero, parece ser, que la idea de constitución que tuvieron los revolucionarios franceses, no es muy distinta de la que tuvieron los constituyentes norteamericanos, y así por ejemplo, encontramos en el texto básico de la

⁶ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta S.A., 2001, p 317.

⁷ Ver la Sentencia C – 836 de 2001, de la Corte Constitucional Colombiana.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en el preámbulo de la declaración se establece que la constitución se hace “a fin de que los actos del *poder legislativo* y los del poder ejecutivo, pudiendo ser comparados en cada instante con el fin de toda institución política, sean más respetados”, y “con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas a partir de ahora sobre principios simples e indiscutibles, conduzcan siempre al mantenimiento de la Constitución”⁸.

A la vez, la misma declaración señala en su “artículo 2, que el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, lo que afecta de modo inmediato al poder legislativo; el artículo 5 formula expresamente límites a la Ley: “*La Ley no tiene derecho a prohibir* más que las acciones perjudiciales a la sociedad”, y el artículo 6 enfáticamente prohíbe leyes singulares y discriminatorias, el artículo 8 expresa de modo taxativo, “*la ley no debe* establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias”, finalmente, el artículo 16 establece como un contenido esencial de la Constitución asegurar “la garantía de los derechos”⁹, y por tanto, también de los que se formulan contra la Ley o imponen a ésta límites.

Añadamos que la Constitución francesa de 1791, en su título I, establecía que el

poder legislativo no podría hacer ninguna ley “que atentase y pusiese obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución”¹⁰.

Con base en lo anterior, podemos decir que en el espíritu de los revolucionarios franceses y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y de su Constitución de 1791, encontramos la fundamentación de los derechos, íntimamente vinculados a la constitución; y al parecer también a su inescindibilidad entre Derechos Fundamentales y Constitución. Lo que no es claro es el sistema de aseguramiento de los Derechos y de la Constitución. Al parecer, la recepción en Europa de la doctrina americana del control judicial de las leyes, será por tanto, tardía, concretamente se gestará ésta opción desde la primera posguerra del siglo XX, y concretamente entre los años de 1919-1920 con la obra de Hans Kelsen.

Es Hans Kelsen quien introduce con su Teoría del Derecho un cambio básico, consistente en crear la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes en un sólo tribunal. El proyecto de Constitución austriaca de 1920 introduce en Europa un nuevo tipo de justicia constitucional, que será opuesto al modelo americano genuino, en el que todos los tribunales lo ejercen, si bien

⁸ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Constitución Política francesa de 1791. Título I.

esta pluralidad de fuentes de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes, se ordena sobre el principio *stare decisis*, que vincula a todos los tribunales con la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal. La fórmula kelseniana consagra así lo que se ha llamado un sistema de “jurisdicción concentrada” frente al sistema de “jurisdicción difusa”, propio del constitucionalismo americano.

El profesor francés de derecho constitucional Louis Favoreu, señalaba en 1992: “En el sistema americano, la justicia constitucional se confía al conjunto del aparato jurisdiccional, y no se distingue de hecho de la justicia ordinaria, en la medida en que todos los litigios, cualquiera que sea su naturaleza, los juzgan los mismos tribunales y, en líneas generales, en idénticas condiciones. La dimensión constitucional puede hallarse presente en todos los litigios, y no precisa de un tratamiento específico: *a decir verdad, no existe un verdadero contencioso constitucional*, como tampoco existe un contencioso administrativo o judicial, pues no hay razón alguna para distinguir entre los asuntos presentados ante un mismo juez. El modelo europeo es enteramente distinto. Lo contencioso constitucional, que se distingue de lo contencioso ordinario, es competencia exclusiva de un tribunal especialmente creado con este fin, el cual puede resolver, sin que pueda hablarse con propiedad de litigios, por recurso directo

de autoridades políticas o jurisdiccionales, o, incluso, de particulares, y sus fallos tienen efecto de cosa juzgada”¹¹.

Observemos que el Profesor Favoreu, como buen francés positivista, sigue pensando todavía en 1992 en la inconveniencia que tienen los tribunales constitucionales, cuando estos se inmiscuyen en las decisiones del legislador, este prejuicio es propio de los ilustrados del siglo XVIII y XIX, quienes consideraban el ejercicio del juez creador de derecho, como atentatorio de la actividad del legislador, razón por la cual, lo ataron al imperium de la ley, el fundamento básico es evitar la valoración de la ley y con ello la discrecionalidad judicial. Por ejemplo, Beccaria habrá de decir: “*No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley*” para él la interpretación judicial es un atentado a la certidumbre que debe ofrecer el derecho, y en otro sentido es un dique o compuerta a las opiniones, intereses y predilecciones de los jueces. Montesquieu afirmará: “*es propio de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley*”. Y de un modo más radical Max Wolf dirá: “*preferimos la ley del más estúpido de los legisladores, que la del más sabio de los jueces; es preferible una mala ley de la mano del legislador, que una buena de la mano del juez*”. Con lo anterior, se muestra la exigencia de un

¹¹ FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*, Argentina: Ariel, S.A., 1994. pp 15 - 16.

positivismo a ultranza o formalismo radical, en el sentido que la ley obliga al juez a su aplicabilidad y se le exige su estricto cumplimiento, en cuanto no le es permitido hacer consideraciones de índole axiológica o predicamentos éticos o filosóficos”¹².

Por lo tanto, el hecho, que Hans Kelsen hubiese construido un modelo concentrado de control de constitucionalidad de la ley, en una y exclusiva corte o sala de constitucionalidad, tal hipótesis en modo alguno puede ser confundida con el activismo judicial del juez americano, quien en verdad construye una justicia constitucional en sentido estricto. En Europa es sólo después de la segunda potsguerra y concretamente en Alemania, que se constituye un Tribunal Constitucional que procurara dispensar una justicia constitucional, que básicamente girará en torno de la defensa de la democracia, de la Constitución y de la fundamentación de los Derechos Fundamentales.

Puede decirse, que sólo hasta este momento era inexistente una Corte Constitucional capaz de construir precedente judicial, que en materia de derechos obligara a los poderes públicos y al juez simultáneamente a su acatamiento. En este punto, es oportuno el comentario de Robert Alexy en cuanto, “hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales

a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal, que hasta la fecha ha registrado en total su benéfica actividad desde el 7 de septiembre de 1951. Los Derechos Fundamentales son lo que son, sobre todo a través de la Interpretación”¹³.

Hasta aquí podemos decir que la tradición americana de la justicia constitucional, llega a Europa sólo después de mediados del siglo XX, y en América Latina la experiencia de las cortes constitucionales defensoras de derechos y fundamentadoras de la justicia social, es una experiencia de los últimos 20 años, y en Colombia una experiencia ganada apenas hace 15 años, que busca acercarnos a la defensa, promoción y fundamentación constitucional de los derechos.

Pero, con base en lo anterior, aparece en el escenario académico y en la formación del abogado, un nuevo reto de carácter iusteórico, que se encuentra íntimamente vinculado a la fundamentación de los Derechos Fundamentales, que cobra un inusitado interés de carácter iusfilosófico, ético y moral. Tal hecho muta el estudio del derecho, al tiempo que debe transformar la cultura jurídica, pues hoy no es posible concebir el derecho como un sistema de reglas o normas previstas positivamente

¹² DUARTE CUADROS, Rubén Alberto, Revista Nueva Época, artículo: la Discrecionalidad en Sede Judicial, No. 24, año XI, junio 2005, Universidad Libre, Bogotá, D.C., pág. 115.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Instituto de Estudios Constitucionales, 2003, p 35.

en el ejercicio del poder del Estado, sino que, a la vez, deben incorporar un conjunto de principios o iusfundamentos que superan el marco legal, y en tal sentido, la fundamentación del sistema jurídico y su hermenéutica se traslada hacia la constitucionalización del derecho y con ello, hacia la construcción de una justicia constitucional, que forja un nuevo telos hermenéutico fundado en principios y valores.

Conclusiones provisionales

La búsqueda de fundamentación de los Derechos Fundamentales y el advenimiento de la justicia constitucional desde finales del siglo XX y principios del XXI, y sobre todo del reconocimiento del privilegio constitucional sobre la ley, ha producido cierta perplejidad dentro de la cultura del operador judicial, en tanto, la defensa gira entorno de los Derechos Fundamentales, que a la vez, sólo pueden ser entendidos como cláusulas preferentes por sus altos contenidos valorativos, en tanto se fundan en principios. Esta circunstancia “presenta tres características que a veces han sido consideradas de algún modo incompatibles entre sí: los derechos fundamentales son derechos positivos, son derechos naturales y se concretan jurisprudencialmente”¹⁴.

En el primer caso, cuando advertimos que los derechos fundamentales son

derechos positivos, acertadamente podría decirse, como lo advierte Gustavo Zagrebelsky, quien es un autor no precisamente positivista: “a pesar de la filiación iusnatural de los derechos humanos, la constitución no es derecho natural sino, antes bien, la manifestación más alta de derecho positivo”¹⁵. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales vienen a confirmar una concepción positivista del derecho.

En el segundo caso, cuando decimos que los derechos fundamentales son derechos naturales o derechos morales. Queremos significar que por su contenido y no por su forma, los derechos fundamentales suelen ser considerados como la plasmación jurídico-positiva de derechos morales, derechos humanos de origen iusnatural de corte racionalista, tal y como los asumió Kant. “Esta incorporación presupone que se trata precisamente de exigencias de la moral crítica, que han sido asumidas por el constituyente. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales vienen a confirmar una concepción iusnaturalista del derecho”¹⁶. Al respecto el filósofo del derecho Gregorio Peces Barba, escribe en tal sentido: “Todo derecho es un punto sobre la justicia, (...), pero en ningún campo está tan presente, tan inmediato ese mundo de la ética, de los valores; ese mundo del hombre y de sus necesidades, referencia ineludible de todo derecho que pretenda ser justo, como en

¹⁴ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p 236.

¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, 1995, p. 116.

¹⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Op. cit. p., 236.

este campo del derecho de los derechos fundamentales”¹⁷.

En el tercer caso, y tal como lo asumimos antes, respecto a la cláusula de preferencia de la constitución y de los derechos fundamentales, como lo ha concebido la tradición americana y a la vez, como lo acepta Robert Alexy, es decir, que los derechos fundamentales se concretan jurisprudencialmente, por tal afirmación, en modo alguno podrá acusarse a Alexy de ser realista, como tampoco podrá acusarse a Peces-barba de ser iusnaturalista. Desde este punto de vista y para terminar este artículo, podría decir que los Derechos Fundamentales vienen a confirmar una concepción del derecho realista, pues el “*contenido*” del derecho viene a depender de lo que órganos jurisdiccionales (ordinarios y constitucionales) determinen en sus decisiones, reforzando la importancia de la aplicación del derecho, de allí la magnitud de la justicia constitucional y del precedente judicial, como elemento integrador del

sistema jurídico en general y de la garantía de los derechos fundamentales en particular.

Valga decir por último, que en principio parece sorprendente, que la fundamentación de los Derechos Fundamentales sirva para confirmar tres teorías contradictorias entre sí, como el positivismo, el iusnaturalismo y el realismo jurídico, pero en realidad esto significa dos cosas: primero, que ninguna de estas teorías es suficiente para poder explicar y fundamentar las diversas dimensiones de los derechos fundamentales, y segundo: que todas ellas son necesarias en su específica dimensión, para poder comprender y fundamentar adecuadamente los Derechos Fundamentales, de allí su importancia para todos nosotros, que aquí nos hemos hecho presentes en nuestra condición de operadores jurídicos y judiciales, en un día que nos convoca nuestra propia condición de defensores de la justicia y de los derechos fundamentales.

¹⁷ PECES-BARBA, Gregorio, 1980, p. 78.

Bibliografía

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 2003.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Constitución Política francesa de 1791.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

DUARTE CUADROS, Rubén Alberto, Revista Nueva Época, artículo. La Discrecionalidad en Sede Judicial, No. 24, año XI, junio 2005, Universidad Libre, Bogotá, D.C.

FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Argentina, Ariel, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Trotta, S.A., 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas S.A.1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Poder Judicial*. Madrid, 1981.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid, Trotta S.A. 2001.

PECES-BARBA, Gregorio. *Kant y la Teoría Iusnaturalista*. 1980.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C – 836 de 2001.