

## EDITORIAL

### **SOBRE EL PROBLEMA DEL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA PROPUESTA ALTERNATIVA**

### **ON THE ISSUE OF FOUNDATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN ALTERNATIVE PROPOSAL**

### **SOBRE O PROBLEMA DO FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA ALTERNATIVA**

DOI: 10.5294/DIKA.2016.25.1.1

Una de las cuestiones más importantes en la filosofía del derecho y en la teoría constitucional contemporánea es la relativa a la teoría de los derechos fundamentales. Entiéndase por tales una serie de derechos (sea cual sea el concepto de derecho que se asuma) reconocidos en la cúspide de la pirámide del sistema normativo. Robert ALEXY, interpretando la sensibilidad jurídica contemporánea, ha señalado que las disposiciones que consagran derechos fundamentales contienen normas que poseen el rango más alto en el ordenamiento jurídico porque usualmente están contenidas en el texto constitucional (norma jerárquicamente superior); tienen la máxima fuerza jurídica, de tal manera que son verdaderas normas jurídicas justiciables ante los tribunales y no meras aspiraciones políticas, y regulan los objetos de la mayor importancia en una comunidad política, toda vez que se trata de aquellos aspectos que constituyen la estructura básica de la sociedad<sup>1</sup>.

Estas normas, y los derechos que ellas reconocen, tiene además la importante función de servir de criterio para juzgar lo ordenado por las normas que se encuentran en los escaños inferiores de la estructura jerárquica del sistema jurídico: toda norma



Universidad de  
**La Sabana**

---

1 Cfr. Robert ALEXY, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 33-35.

jerárquicamente inferior, para ser legítima y jurídicamente válida, tiene que pasar la prueba de su conformidad con los mandatos derivados de las normas de derecho fundamental y, *a contrario sensu*, toda norma que contrarie algún mandato derivado de una norma iusfundamental, está en peligro de perder su lugar dentro de la pirámide normativa. Los derechos fundamentales son, por estas razones, la conquista más importante del constitucionalismo contemporáneo.

En virtud de esto, la teoría jurídica contemporánea ha iniciado una tarea de comprensión de la estructura, naturaleza, interpretación, aplicación y fundamentación de las normas de derecho fundamental. En este orden de ideas ALEXY, uno de los autores más representativos e influyentes en este campo, ha sostenido que una teoría de los derechos fundamentales debe responder a tres cuestiones que son, a su vez, las tres dimensiones de una teoría de los derechos fundamentales: i) la primera cuestión es la relativa a la institucionalización (positivación) de los derechos fundamentales. Este problema apunta a la dimensión política de la teoría de dichos derechos; ii) la segunda cuestión es la relativa al modo como se interpretan y aplican las normas de derecho fundamental. Este problema se relaciona con la dimensión jurídica de los derechos fundamentales; iii) la tercera cuestión a la que debe responder una teoría sobre los derechos fundamentales es la referida a su fundamentación. El problema del fundamento es el central de la dimensión filosófica de una teoría de los derechos fundamentales<sup>2</sup>.

Ahora bien, respecto de esta tercera dimensión de la teoría, ALEXY sostiene que el problema de cómo fundamentar los derechos fundamentales es básicamente el problema de cómo fundamentar derechos humanos. Esto es así porque el profesor alemán entiende que los derechos fundamentales no son otra cosa que derechos humanos institucionalizados (positivizados). ¿Puede hablarse de algo así como el fundamento de los derechos humanos? Si la respuesta es afirmativa ¿cuál es o en dónde se puede encontrar algo así como el fundamento de los derechos humanos? Según ALEXY, el problema de cómo fundamentar derechos humanos “puede formularse en términos de cómo pueden sustanciarse [fundamentarse] las normas o reglas morales que conceden esos derechos”<sup>3</sup>. “El problema de la sustanciación o justificación de los derechos humanos —afirma— no es otra cosa que un caso especial del problema general de la justificación de las normas morales”<sup>4</sup>.

Así las cosas, los derechos fundamentales son normas que, como ya sostuvo NINO, no tienen fundamento en una realidad de naturaleza jurídica, sino que remite a exigencias derivadas de un sistema de principios morales que han sido positivizados y, por lo mismo, la naturaleza de esa realidad en la que se encuentra su fundamento más radical es de índole moral<sup>5</sup>. En este orden, la dimensión filosófica a la que compete la tarea de abordar la cuestión del fundamento de los derechos fundamentales tiene por misión la construcción de una teoría acerca de la posi-

2 Cfr. Robert ALEXY, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Fontanarama, 2005, p. 47.

3 *Ibid.*, p. 53.

4 *Idem*.

5 Carlos S. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 11-48.

bilidad de fundamentar juicios morales sobre lo que es exigido por las normas de derechos humanos. El fundamento se debe buscar en una teoría moral o, para decirlo con una expresión más precisa, en una teoría de la razón práctica.

Ante esta cuestión surgen varias posibilidades. Lo primero que exige una teoría del fundamento de los derechos fundamentales es el abandono del escepticismo y del subjetivismo (que al fin y al cabo conducen a la misma consecuencia), que o bien rechazan la posibilidad de fundamentar juicios de valor acerca de las exigencias consagradas por los derechos humanos (escepticismo), o bien sostienen que tales juicios remiten única y exclusivamente a estados subjetivos (meros caprichos o intereses subjetivos), sin dar cuenta de la realidad a la que pretenden referirse (de su objeto). Ambas posturas conducen a la misma y nefasta consecuencia para una teoría del fundamento de los derechos fundamentales: una tarea de esa naturaleza es teóricamente imposible.

Otra posibilidad de fundamentación de juicios de valor o normas morales es la del objetivismo moral. Según esta perspectiva, las normas morales tienen algún referente objetivo, distinto a la voluntad arbitraria del agente moral. Tal referente pueden ser, por un lado, los fines a los que tienden ciertas inclinaciones humanas consideradas en algún sentido naturales y que, en la medida que constituyen precisamente el fin de esas tendencias, son bienes para el ser humano; por otro lado, tales referentes pueden ser ciertos bienes humanos básicos que pueden ser captados con evidencia analítica por la razón humana, y que constituyen el punto de partida (y por ello el de referencia) de todo razonamiento práctico. En ambas concepciones, la realización, promoción o prohibición de afectación de tales bienes constituyen la norma primera en la cual se funda la moralidad de toda acción y, por ello, la legitimidad de todo derecho considerado fundamental.

Por último, existe la posibilidad de fundar las normas morales en algún tipo de procedimiento intersubjetivo: la moralidad de las acciones, según esta perspectiva, no viene dada por la conformidad de la acción con la realización o no afectación de un determinado bien inherente a la persona humana, que se considera incognoscible, sino con una serie de exigencias procedimentales objetivas. La adecuación de una acción con tales exigencias relativas al proceso de discusión racional, que parte de las propias y subjetivas convicciones acerca de lo que debe hacerse u omitirse, establece la racionalidad (práctica) de dicha acción, sometiendo los juicios subjetivos a unas condiciones racionales de corrección formal. La subjetividad es superada porque, si bien las convicciones normativas responden a estados subjetivos del agente moral, las exigencias de racionalidad son inherentes a la racionalidad práctica y, por lo mismo, independientes del querer del sujeto. Además, este modo de fundamentación de las normas morales es respetuoso de la autonomía de los individuos racionales y capaces de autodeterminar su acción de conformidad con sus propias convicciones, es decir, respetuoso del principio moral de la autonomía.

Estos modelos de fundamentación de los derechos fundamentales suponen que este tipo de exigencias son derivadas de principios morales y carecen de juri-

dicidad propia. Así, los autores que defienden este modo de fundamentación asumen un concepto no positivista del derecho, en la medida que por medio de este razonamiento se establece una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Así lo hacen autores como ALEXY y casi todos los que defienden el denominado neoconstitucionalismo. Incluso hay quienes, con base en esto, llegan a sostener que aquellos que defienden este modelo de fundamentación de las normas iusfundamentales son en realidad iusnaturalistas, pues entienden que lo propio distintivo del iusnaturalismo es la tesis según la cual “hay principios [morales] que determinan la justicia de las instituciones sociales [...] que son universalmente válidos [y] que un sistema normativo [...] no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos”<sup>6</sup>.

Ahora bien, ante el panorama que se acaba de bosquejar surgen algunas inquietudes que pueden ser abordadas desde diferentes perspectivas. En primer lugar, resulta problemática la remisión que este modo de fundamentación de las exigencias iusfundamentales hace a los derechos humanos y, especialmente, a las normas morales, y ello es así porque tanto los derechos fundamentales como los derechos humanos quedarían privados de juridicidad intrínseca. En efecto, ello sería tanto como decir que los derechos fundamentales no son verdaderas exigencias jurídicas, sino exigencias derivadas de principios morales que, solo de modo extrínseco y, tal vez, en virtud de su institucionalización, se convierten en exigencias jurídicas. Así, por esta vía, lo que ha sido propio del discurso de los derechos fundamentales de después de la segunda mitad del siglo XX, queda oscurecido por esta teoría: el carácter jurídico *proprio vigore* de los derechos fundamentales, independientemente de su positivación o institucionalización a través de un acto institucional de poder o autoridad.

En segundo lugar, en realidad existe una mala lectura de la teoría del derecho natural en quienes sostienen (como lo hace NINO, por ejemplo) que este modo de fundamentación de las exigencias iusfundamentales sería el propio de esta escuela. Nada más lejano a la realidad. De hecho, habría quienes sostienen que la forma de fundamentación propia del iusnaturalismo sería la variante que asume el objetivismo como modo adecuado de fundar las exigencias de derecho fundamental, que coincidirían en su contenido con las exigencias del derecho natural. Sin embargo, y aunque es verdad que el iusnaturalismo realista asume el objetivismo en cuanto modo de determinar la corrección de las normas jurídicas y su interpretación (que no es otro modo que la derivación de un precepto singular y concreto de uno general y abstracto), un verdadero iusnaturalista clásico jamás aceptaría que los derechos iusfundamentales (los derechos naturales), no tienen auténtica naturaleza jurídica sino moral.

La moral y el derecho, en efecto, son dos perspectivas diferentes de estudio de una misma realidad que, aunque se relacionen (santo Tomás, por ejemplo, señala que el Derecho no puede promover conductas inmorales, sin prohibir todas las que resulten contrarias a ellas), se distinguen, pues lo que interesa al derecho y a la moral

---

6 *Ibid.*, p. 16.

del obrar humano son aspectos diferenciables: en el primero concierne a cómo, a través de ese obrar, se genera un orden social justo (un orden en el cual cada uno esté en perfecta y pacífica posesión de los suyos), mientras que en el segundo lo que interesa es cómo, a través de su obrar libre, el ser humano alcanza una cierta plenitud a la cual está llamado.

El reto que surge a partir de estas consideraciones es el ensayo de una fundamentación de las exigencias iusfundamentales que asuma la auténtica juridicidad de estos derechos, que admite que, en la naturaleza humana, en los bienes que persigue a través de su obrar libre, y en las instituciones sociales a través de las cuales aparece como persona y encuentra su plenitud, tienen una dimensión de juridicidad que le es inherente, y en la que encuentran su razón de ser última los derechos humanos y fundamentales, el derecho mismo, y todas las exigencias jurídicas que pueden ser exigibles incluso a través de la coacción, la cual sin este elemento de juridicidad intrínseca se torna siempre en violencia.

JOSÉ JULIÁN SUÁREZ-RODRÍGUEZ

Revista *Dikaion*

Editor

jose.suarez1@unisabana.edu.co