



Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución

EUMÉNIDES CRUZ REYES*

RESUMEN

Las expresiones Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, tienen la particularidad de ser usadas por teóricos y prácticos para significar cosas distintas, ignorando en no pocas ocasiones, de manera deliberada, el vínculo que cada una tiene con la modernidad, lo cual hace que se desfigure su sentido y el carácter emancipatorio que las une. En este artículo, se busca, a partir de tomar la caracterización que en tal sentido han efectuado importantes teóricos, poner de presente el valor de las distinciones lexicográficas para desde allí poder construir un punto de referencia que sirva de partida a una discusión de mayor aliento en la construcción de una línea de investigación donde se explore a profundidad la historia de los Derechos Humanos y su filosofía.

PALABRAS CLAVE: Definiciones léxicas, derechos naturales, libertades públicas, derechos morales, derechos humanos, derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos, derechos individuales, derechos del ciudadano, Estado de Derecho, Constitución.

Fecha de recepción: abril 12 de 2010

Fecha de aceptación: junio 7 de 2010

ABSTRACT

The expression human rights, state of rights and constitution have the particularity of being used by theoreticians and practitioners to mean different things, ignoring that in many occasions, and even deliberately, they are linked modernity. This link disfigures the meaning and emancipatory nature that unites them. In this article, based on the characterization that has been made by theoreticians, we seek to explore the value of different lexicography in order to

build a reference point that will begin a wide-ranged discussion in establishing further research to explore in depth the history of human rights and its philosophy.

KEYWORDS: Lexical definitions, natural rights, public freedoms, moral rights, human rights, fundamental rights, subjective public rights, individual rights, civil rights, state of rights, constitution.

* Abogado de la Universidad Central del Valle del Cauca. Magíster en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana con sede en Cali. Especializado en Retórica y Argumentación Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid. Estudios de doctorado en el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Candidato a Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo en la Universidad Autónoma de Cali en convenio con la Universidad Carlos III de Madrid. Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá y profesor de la Universidad Autónoma de Colombia, Facultad de Derecho, área de Derecho Penal y Derechos Humanos.



El título de este trabajo¹, sólo constituye un pretexto para aproximarse a un ámbito mucho más amplio e importante como es el de los Derechos Fundamentales². Efectuar consideraciones en este campo es tocar temas interrelacionados y variados, que van desde la conceptualización misma de lo que se entiende por Derechos Humanos y de su fundamento, como de aquello a que nos estamos refiriendo cuando hacemos uso en el lenguaje ordinario de dicha expresión, así como del concepto de Estado³ en el que esta referencia se utiliza e incluso del valor mismo que a tales expresiones se les da en la Constitución Política. Es un tema vasto y de múltiples aristas, del que aquí sólo se van a hacer unas puntuales referencias.

Para ello, se tocarán tres aspectos interrelacionados: i) una aproximación léxica al concepto de Derechos Humanos; ii) poner de presente la relación que existe entre Derechos Fundamentales y Estado de Derecho, y; iii) enunciar la implicación

de tales conceptos en torno a la discusión judicial actual, en la cual se pone en evidencia la tensión de la vieja disputa entre iusnaturalistas y positivistas en el reconocimiento de los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales.

Una aproximación lingüística al concepto Derechos Humanos

El término Derechos Humanos es usado corrientemente como una referencia de “similitud con el derecho natural”, para recalcar la naturaleza de los derechos como algo inherente al hombre por el sólo hecho de serlo⁴; esta conceptualización no ha estado exenta en su evocación de un importante margen de emotividad lo que, paradójicamente, ha entrañado en no pocas ocasiones su manipulación, incluso por parte de activistas de los derechos humanos que hacen referencia a ellos desde perspectivas distintas para justificar intereses

1 El título del trabajo es similar al del libro del profesor Antonio Enrique Pérez Luño. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos. Sexta edición. 1999.

2 En el sentido que le da el profesor Gregorio Peces-Barba Martínez en su libro *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*. Elaborado con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón. Universidad Carlos III. Madrid, 1999. Capítulo I. Págs. 21-58.

3 El concepto de Estado de Derecho al cual se hace referencia en el texto es el elaborado por el profesor Elías Díaz en su libro *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Editorial Taurus, novena edición. Capítulo I, págs. 35 -55. Igualmente, se tiene en cuenta el aporte elaborado por el profesor Rafael de Asís Roig en *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, quien estudia el Estado de Derecho desde una perspectiva analítica, para diferenciarla de la perspectiva histórica y a partir de allí construir varios modelos de Estado de Derecho: restringido, estricto, amplio, destacando en este último los modelos democrático, liberal, exigente y garantista. Capítulos I y II, págs. 17 a 104.

4 En tal sentido se alude en la Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, artículo 1, igual en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776 y en el preámbulo y articulado de la Declaración Francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano. En este sentido dicho rasgo aparece mencionado en el texto *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones* de Maurizio Fioravanti. Editorial Trotta. Traducción de Manuel Martínez Neira. 3 edición 2000. Capítulo II, págs. 55 -75 y, puede observarse dicha referencia en *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, Volumen III, Siglo XVIII. *El Derecho positivo de los derechos humanos*. Elaborado con la dirección de los profesores Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig. Universidad Carlos III. Madrid: Editorial Dykinson, 2001.



concretos en momentos históricos puntuales⁵, al tiempo que Estados fallidos o en vías de serlo⁶, están apropiándose del discurso de los derechos humanos, con lo cual su carácter emancipatorio pasaría a ser determinado en su contenido y alcance por ellos, eliminando su sentido histórico de pretensión moral radicada en cabeza de los movimientos sociales⁷.

La emotividad y ligereza con la que suele utilizarse la expresión Derechos Humanos también ha engendrado lo que el profesor Gregorio Peces-Barba ha denominado la “dialéctica de la confusión”, en el sentido de generarse a su alrededor una “retórica negativa” que “aleja de las entrañas del significado del término el sentido moral que tiene como elemento importante que es de la justificación y legitimación de los sistemas democráticos”⁸.

A fin de evitar dichas suspicacias en la utilización del término a partir de la modernidad, entendida ésta como el proyecto político que arranca desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano con la Revolución Francesa y Americana⁹, se han perfilado varias definiciones léxicas del término. Es así como se habla de de-

rechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales, derechos individuales, derechos del ciudadano o derechos fundamentales, entre otras, expresiones todas que parecieran, *prima facie*, referirse a lo mismo, pero que en verdad no es así, ya que cada uno de estos términos ha tenido su origen en momentos históricos determinados y cada uno admite su propia explicación ideológica y contextual, aunque todos coincidan sí, en la afirmación de una cultura antropocéntrica individualista contraria a una de naturaleza objetivista y comunitaria como la que existió en la Edad Media¹⁰.

a) En cuanto al uso del término Derechos Humanos, que igualmente hace parte de las definiciones léxicas mencionadas, podría decirse que es “un concepto histórico que aparece a partir del tránsito a la modernidad que vino a sustituir la idea de orden o de derecho como orden creado por Dios acuñado y desarrollado en la Edad Media”, con lo que se crea una cultura de referencia individualista en torno a los derechos más que a las normas mismas¹¹. De esta forma, los derechos humanos vienen a expresar dos cosas distintas, de una parte, una pretensión

5 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*. Citado anteriormente. Págs. 22-23.

6 ROTBERG, Robert I. Estudio preliminar de Patricia Moncada Roa en *Los Estados fallidos o fracasados: un debate inclusivo y sospechoso*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes- Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2007, págs. 13-150.

7 DOUZINAS, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Estudio preliminar de Óscar Guardiola-Rivera y Ricardo Sanín Restrepo. Editorial Legis y Universidad de Antioquia. Primera edición en español, 2008, págs. xvii-xxxv.

8 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada, pág. 22.

9 Esta tesis aparece plasmada en *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I, Parte I, Capítulo I, pág. 13. Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII. Elaborado con la dirección de Gregorio Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García. Madrid: Editorial Dykinson S.L. e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 1998.

10 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, pág. 25.

11 En términos similares explica este tránsito del derecho arbitrario del antiguo régimen existente en la edad media a la modernidad, el profesor Óscar Mejía Quintana, al referirse a las distintas facetas del positivismo jurídico, en su artículo “La norma básica como problema iusfilosófico, tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación” publicado en Numas Gil



moral fuerte que debe ser entendida para hacer posible una vida digna, y, de la otra, para identificar un sistema de derecho positivo que protege normativamente los derechos subjetivos. Dicho de otra manera, implica, ideológicamente hablando, el enfrentamiento de dos concepciones distintas: el iusnaturalismo y el positivismo.

Esto es precisamente lo que hace que el término derechos humanos sea ambiguo y que exprese dos cosas diferentes¹².

Los Derechos Humanos suponen una dimensión moral y una jurídica de derecho positivo. Es de esta presentación antitética que se desprenden los dos usos más comunes de este concepto: derechos que no necesitan al derecho positivo y derechos positivos cuya raíz ética no se tie-



El Estado de Derecho comienza con los precedentes del mundo anglosajón, se perfila con la Revolución Francesa y se concreta con la implantación en el siglo XIX del Estado Liberal, construido sobre la doctrina del “imperio de la ley”.

ne en cuenta; es de esta tensión que resulta bastante complicado utilizarla para referirse indiscriminadamente a toda clase de derechos. La expresión Derechos Humanos no recoge adecuadamente la totalidad de opciones frente a los derechos subjetivos en un momento determinado. Su uso por ello resulta precario cuando

nos referimos a los derechos como un todo¹³.

- b) La expresión Derechos Naturales, por su parte, tiende a identificarse casi siempre con el iusnaturalismo¹⁴. Es una “terminología anticuada”. Hoy los modernos iusnaturalistas se refieren a los derechos como derechos morales, por ejemplo, Ronald Dworkin en su libro *Los Derechos en Serio*¹⁵.

(compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, págs. 195-268.

12 Una tensión como la mencionada la pone de presente igualmente el profesor Ángel Papacchini en su libro *Filosofía y Derechos Humanos*. Parte Tercera, Modelos de Fundamentación. Editorial Universidad del Valle, 2 Edición, 1997, págs. 171- 291.

13 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada. Pág. 26. Similar referencia aparece en la obra del profesor Antonio Enrique Pérez Luño *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos. 6 Edición, 1999. Capítulo I, págs. 21 -51.

14 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada, pág. 25.

15 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. 3 reimpresión, 1997, págs. 234- 275.



El origen y sus rasgos pueden ubicarse en las primeras declaraciones liberales del siglo XVIII de los modelos americano y francés¹⁶ pues aluden siempre a: derechos innatos, inalienables, sagrados, etc.; es la terminología propia del racionalismo de la Ilustración y puede verse en las obras de autores como Locke¹⁷ y Rousseau, entre otros.

Esta expresión supone tres elementos: i) los derechos entendidos como derechos previos al poder y al derecho positivo y el reconocimiento del derecho natural como derecho, como dimensión jurídica; ii) son descubiertos por la razón en la naturaleza humana, y, iii) se imponen a todas las normas de derecho creado por el soberano y son el límite a su acción¹⁸. El problema de este término es que su concepción prescinde de la historia y de la realidad social, pues se llega a desconocer por esta vía el ámbito de reivindicación que tienen los derechos.

- c) La locución Derechos públicos subjetivos también es inadecuada para su uso general, aunque sea un término mucho más moderno y técnico. Su empleo se refiere más bien a la cultura jurí-

dica interna de un país, es decir, aquella cultura que se produce entre los operadores jurídicos; al menos en su origen, así aparece planteada en el seno de la Escuela Alemana de Derecho en el siglo XIX¹⁹. Podría afirmarse que la expresión Derechos públicos subjetivos se refiere a la versión positiva de los derechos naturales, al menos en dicho contexto fue aplicada por Jellinek al derecho público, a través de la teoría de los estatus²⁰. Su revisión ha sido propuesta desde el Kelsenianismo y también por autores como Karl Larenz. La importancia del término derechos públicos subjetivos es que circunscribe a los derechos como límites al poder y sólo esgrimibles frente a los poderes, autoridades y funcionarios, pero no en las relaciones entre particulares, mientras que los derechos naturales, por ejemplo, se plantean siempre en su origen entre iguales, en el Estado de Naturaleza donde no existía poder. Podría decirse que la concepción de derechos públicos subjetivos es una categoría adaptada al funcionamiento de un tipo de Estado: el Estado Liberal y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico-social de nuestro tiempo. Es la concepción de los derechos crédito frente al poder²¹.

16 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada, pág. 25. También en *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I, Parte I, Capítulo I. Tránsito a la Modernidad siglos XVI y XVII. Elaborado con la dirección de Gregorio Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García. Madrid: Editorial Dykinson S.L. y el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 1998, págs. 15- 263.

17 Ver. *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*. Traducción de C. Mellizo. Madrid: Alianza Editorial, 1190.

18 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada. *Curso de Derechos Fundamentales*, Teoría General, pág. 26.

19 Ibidem, pág. 27.

20 DE LOS RÍOS, Fernando. *Obras completas III. Escritos Breves*. Significación de la doctrina del derecho público en Jellinek. Edición de Teresa Rodríguez de Lecea. En Libros google.com. Dirección <http://books.google.com>.

21 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos. 6 Edición, 1999. Capítulo I, pág. 33.



d) Otra de las expresiones utilizadas para referirse a los derechos es la de Libertades Públicas²². Es un término propio de la doctrina francesa y también entraña una dimensión positiva de los derechos como reacción al término genérico derechos del hombre que se sitúa más en el marco de la revolución y esencialmente de carácter iusnaturalista. Se identifica con unos derechos reconocidos por el sistema jurídico, protegidos por los jueces; en últimas esta expresión se identifica mucho más con la alemana Derechos Públicos Subjetivos. Su concepción está ligada mucho más a la idea de derechos entendidos como libertades que, a su vez, significarían “privilegios” y a veces “derechos” o en algunos casos “franquicias”, terminología que puede detectarse fácilmente en textos pre modernos y en los primeros siglos de la modernidad²³.

Su utilización estuvo ligada al reconocimiento de derechos corporativos a ciertos gremios, órdenes sociales, habitantes de ciertas ciudades, de ahí que la expresión se usase junta y casi como sinónimo de privilegios²⁴. Este término aparece en la Carta Magna de 1215: “para todos los hombres libres, para la ciudad de Londres y para las demás ciudades, villas y puertos” ingleses²⁵, lo que en un modelo de corte historicista y antiestatalista como el inglés, no significaba otra cosa que los derechos correspondían al otorgamiento de un privilegio originado en el orden natural de las cosas y el lugar que a éstas les corresponden en la sociedad de su tiempo, esto es, para los hombres libres de Inglaterra con cierto estatus.

Su utilización se sitúa en un contexto historicista²⁶, de ahí que puede ser un término adop-

22 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada. Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General, pág. 29.

23 FIORAVANTI, Maurizio. Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones. Editorial Trotta. Traducción de Manuel Martínez Neira. 3 edición 2000. Capítulo II, págs. 55 -75.

24 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada. Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General. Pág. 29.

25 En el numeral primero de la Carta Magna de junio de 1215 se indica lo siguiente: “... JUAN, por la gracia de Dios rey de Inglaterra, senhor (Lord) de Irlanda, duque de Normandía y Aquitania y conde de Anjou, a sus arzobispos, obispos, abades, condes, barones, jueces, gobernadores forestales (foresters), corregidores (sheriffs), mayordomos (stewards) y a todos sus bailios y vasallos, Salud...” “... TODOS QUE ANTE DIOS, PRIMERO, QUE HEMOS OTORGADO EN EL NOMBRE DE DIOS (That we have granted to God), y por la presente Carta hemos confirmado para Nos y nuestros herederos a perpetuidad que la Iglesia inglesa sea libre, conserve todos sus derechos y no vea menoscabadas sus libertades. Que así queremos que sea observado resulta del hecho de que por nuestra libre voluntad, antes de surgir la actual disputa entre Nos y Nuestros barones, concedimos y confirmamos por carta la libertad de las elecciones eclesiásticas –un derecho que se reputa como el de mayor necesidad e importancia para la Iglesia– y la hicimos confirmar por el Papa Inocencio III. Esta libertad es la que Nos mismo observaremos y la que deseamos sea observada de buena fe (in good faith) por nuestros herederos para siempre jamás (in perpetuity) (...) A TODOS LOS HOMBRES LIBRES DE NUESTRO REINO (To all free men of our Kingdom) hemos otorgado asimismo, para Nos y para nuestros herederos a título perpetuo, todas las libertades que a continuación se enuncian, para que las tengan y posean de Nos y de nuestros herederos para ellos y los suyos...”. Hptt//libros google.com.

26 FIORAVANTI, Maurizio. En la obra citada, señala tres formas de fundar (fondare) las libertades en el plano teórico doctrinal y, por tanto, de propugnar su reconocimiento y las oportunas formas de garantía por parte del ordenamiento: historicista, individualista y estatalista. En la primera de las formas mencionadas, pensar históricamente las libertades es situarlas en la historia y de esta forma sustraerlas de los poderes constituidos. Este modelo tiende a privilegiar las libertades civiles, las negativas, las libertades



tado como identificador de derechos, pero no abarca todas las posibilidades de los Derechos Humanos, más bien se le identifica con una categoría de ellos, con los derechos de autonomía, porque suponen la creación por el derecho de un ámbito exento para la libre acción de la voluntad; por ello no se pueden acomodar en esta categoría los derechos de participación, ni los de prestación, ni entraría en su ámbito de reconocimiento derechos tan importantes como el derecho a la educación, la vivienda, la salud, etc.²⁷

- e) Otra voz para referirse al ámbito de los derechos es la de Derechos Morales, utilizada en el ámbito anglosajón²⁸. El sentido de esta concepción es que estamos frente a unos derechos previos al Estado, considerados como triunfos frente al poder, como diría su impulsor Ronald Dworkin. Se trata de un concepto de derechos que se pueden esgrimir frente al poder, incluso al “poder democrático que sobrevive frente a

las leyes y sentencias autoritarias”. Para esta concepción un derecho moral –no es el concepto reduccionista de moral clerical–, es entender los derechos como poseídos por o como pertenecientes a individuos. Estas expresiones reflejan aquella idea de las reglas morales con arreglo a las cuales, éstas no se limitan a prescribir conductas, sino que, además, constituyen un tipo de propiedad moral de los individuos, a la que éstos tienen derecho en tanto que individuos. Esta concepción tiene rasgos muy parecidos a la de derecho natural, pero en su formulación no coincide necesariamente con sus postulados, pues a pesar de reconocer la existencia de unos derechos naturales éstos los identifican en el sentido de que no son producto de ninguna legislación, convención o contrato hipotético. La diferencia, como señala el profesor Peces-Barba, entre quienes pregonan una concepción de derecho natural y otra de derecho moral, puede estar en que el término derecho natural entraña una dimensión jurí-

que se traducen en capacidad de obrar en ausencia de impedimentos o de obligaciones, dentro de una esfera claramente delimitada y autónoma, sobre todo en relación con el poder político, de esta forma, se piensa en términos de la libertad personal y la propiedad privada, con sus correspondientes poderes de disposición por parte del propietario. Es el modelo inglés con base en el binomio liberty and property, donde se pone de presente la fuerza imperativa de los derechos adquiridos, los derechos confirmados por el tiempo y el uso y se vuelven indisponibles para quienes ostentan el poder político, privilegiando los tiempos históricos largos, en una polémica entre la edad media y la moderna. No se agota el tiempo histórico con el iusnaturalismo del siglo XVII, los Estados Absolutos, las revoluciones y declaraciones de derechos, sino que se extiende a las estructuras del Estado Posrevolucionario. Los sujetos están ligados por una relación de intercambio, en la cual es fundamental la relación de fidelidad y protección. Hay una dimensión contractual de reciprocidad, de quien está obligado desde su nacimiento y desde su condición a ser fiel a un señor concreto, sabe que éste está obligado a protegerle a él, a su familia y a sus bienes. Pero falta para aquellos que ocupan los grados más bajos de la escala jerárquica, la posibilidad de recurrir, sobre la base de una norma cierta y conocida a un tercero neutral que juzgue cómo ha ejercido el señor sus poderes de imperium y sus deberes de protección, aunque Fioravanti señala, no obstante lo anterior, que ello no implica la ausencia de derecho, porque no se puede buscar el derecho en la edad media usando categorías modernas. Ver *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Editorial Trotta. Traducción de Manuel Martínez Neira. 3 edición 2000. Capítulo I, págs. 25 -53.

27 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos. 6 Edición 1999. Capítulo I, pág. 35.

28 DWORKIN, Ronald. En *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. 3 reimpresión, 1997. Capítulo IV y V y págs. 146-208 y 209-233.



dica, mientras que el de derechos morales es más bien un concepto moral al que se añade un componente jurídico²⁹.

La concepción de Derechos Morales busca, según algunos autores, rechazar el positivismo ideológico y la reducción de los derechos a aquellos creados de manera exclusiva por el poder³⁰. El mayor problema de esta conceptualización es su carácter ahistórico a pesar de su formulación racional y abstracta, porque prescinde de necesarias conexiones con la realidad social frente a aquellos derechos que surgen en un momento determinado por especificidad social o por el progreso técnico. Por ejemplo, una concepción de esta naturaleza no podría haber concebido en el siglo XIX una teoría de los derechos que cobijara el derecho a la información, a la inviolabilidad de las comunicaciones o la velocidad en la red. De esta manera, el espectro de su abarcamiento de los derechos se reduce al reconocimiento de derechos en el ámbito de la autonomía que protegía, por ejemplo, el Estado Liberal; quedarían por fuera de ella los derechos de origen socialista como los económicos y sociales o los de raíz democrática como la participación política.

La crítica fundamental a la concepción neo ius-naturalista de los derechos morales se cimenta en que, por esta vía, sería muy difícil acabar o debilitar el positivismo ideológico, es decir,

La emotividad y ligereza con la que suele utilizarse la expresión derechos humanos ha generado a su alrededor una “retórica negativa” que “aleja de las entrañas del significado del término el sentido moral que tiene como elemento importante que es de la justificación y legitimación de los sistemas democráticos”

el reconocimiento exclusivo de derechos sólo por el Estado de acuerdo con sus particulares intereses o de las mayorías en un momento determinado, lo cual sólo se contrarresta con una conexión necesaria entre derecho constitucional y teoría ética, precisión que realiza el profesor Peces-Barba, para poner de presente la falencia de la formulación por parte de Dworkin.

- f) El último de los términos, esto es, Derechos Fundamentales³¹, sería el adecuado para referirse a los Derechos Humanos. Es el utilizado por el profesor Peces-Barba, aunque hay autores que precisan que éste hace referencia a una dimensión jurídica de los derechos, mientras los Derechos Humanos harían alusión a las convenciones y declaraciones a nivel internacional

29 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, pág. 32. También efectúa precisiones sobre el particular el profesor Luis Prieto Sanchís en su libro *Estudios sobre derechos fundamentales. Concepto y concepción de los derechos fundamentales*. Editorial Debate. 1ª Edición. 1990, págs. 87-93.

30 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada, págs. 34-35.

31 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada, pág. 36-38.



que reconocen derechos en términos generales para todos los seres humanos. Sin embargo, a través de dicha terminología pueden resaltar-se tres aspectos importantes que denotan lo adecuado de su utilización: i) es una expresión mucho más precisa, porque al contrario de las otras carece de lastres o ambigüedades; ii) puede abarcar las dos dimensiones que aparecen en el ámbito de los derechos sin incurrir en reduccionismos de naturaleza positivista o iusnaturalista, ya que puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral y también la preeminencia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento y en instrumento necesario para que el

individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades³². De esta forma, los derechos no sólo expresarían una moralidad básica, sino también una juridicidad básica relacionada con los valores superiores de la ética pública³³ y; iii) su utilización resulta mucho más adecuada que la de términos como derechos naturales, derechos morales, que mutilan los derechos de su fase jurídico-positiva o de derechos públicos subjetivos o libertades públicas que pueden perder de vista la dimensión moral de los derechos y ceñir la estipulación del sentido de los derechos a la fase de pertenencia a un ordenamiento jurídico.

El término Derechos Fundamentales sería el adecuado para denotar el ámbito de los derechos en su fase moral con vocación de ser

32 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada, págs. 36-38.

33 CAMPOY CERVERA, Ignacio. El reflejo de los valores Libertad, Igualdad y Solidaridad en la ley 51 de 2003, del 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Universidad Carlos III de Madrid. Vid sobre la Universidad de los Derechos, del profesor Gregorio Peces-Barba. Doha 15-16 de 1994. Págs. 613 a 632. Para el profesor PECES-BARBA la Universalidad es una pretensión que arranca desde la Ilustración. Se construye en contradicción con la perspectiva medieval que estaba basada en la trilogía de la ley eterna, la ley natural y la ley positivista tomista católica y que hoy se encuentra en discusión por la controversia que se origina con las concepciones relativistas, particularistas, perspectivistas o historicistas de los derechos humanos. Plantea el profesor PECES-BARBA la discusión en términos de la confrontación teórica entre la concepción universalista de los DH y el relativismo cultural o los particularismos antiuniversalistas. Señala que se hace referencia a la Universalidad en tres planos diferenciados pero vinculantes: i) el lógico que sería la titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos, con dos rasgos: racionalidad y abstracción, lo cual supone ubicarse en el ámbito de la razón; ii) el temporal, donde la universalidad supone que los derechos tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia y, iii) el espacial que se refiere a la extensión de la cultura de los derechos a todas las sociedades políticas, sin excepción, supone la cultura y el cosmopolitanismo. La universalidad implica que el ser humano es titular de los DH y basta con esa condición en cualquier contexto; no se sitúan en el ámbito del derecho positivo, porque su ámbito es el de la ética y la moralidad. La descontextualización de los derechos los desvincula de instituciones éticas concretas, culturas históricas, escuelas filosóficas o religiosas. Este camino conduce a considerar a todos los seres humanos como sujetos morales, superando moralidades locales a favor de una ética común y general. En la perspectiva del profesor PECES-BARBA la idea de universalidad surge desde el humanismo jurídico, el iusnaturalismo renacentista y alcanza su plenitud con la filosofía de la Ilustración que fortaleció la idea de universalidad desde principios racionales y abstractos válidos para todos los tiempos y todas las naciones. La declaración de 1789 era más un programa político y constitucional de la modernidad que señala: "... La Revolución Francesa (RF) no ha tenido territorio propio, más bien su efecto ha sido el de borrar, de alguna manera, del mapa todas las antiguas fronteras. La hemos visto acercar y dividir a los hombres al margen de las leyes, de las tradiciones, de los caracteres, de la lengua, haciendo a veces a los



positivizados y los derechos que ya han adquirido tal dimensión por reconocimiento de los canales democráticos que serían básicamente los del Estado de Derecho³⁴. Lo anterior lleva a puntualizar una respuesta en torno a qué se hace alusión cuando se invoca el Estado de Derecho como ente garantizador de los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales.

¿De qué hablamos cuando invocamos el Estado de Derecho?

A efecto de armonizar la primera parte con este acápite, se tendrán en cuenta básicamente las ideas puntualizadas al respecto por el profesor Elías Díaz, quien escribe en 1966 su libro titulado: *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*³⁵, en momentos en que comenzaba a sentirse en España las primeras reacciones de naturaleza democrática contra la dictadura del general Franco.

Si bien el texto tiene un carácter político bastante marcado contra la dictadura, aunque en él nunca se menciona de manera directa al caudillo o se hace una referencia específica al régimen, también lo es que tiene un importante aporte académico pues caracteriza los elementos conformadores de

lo que debe ser un Estado de Derecho, análisis del cual va a desprenderse que una dictadura no se aproxima a dichos presupuestos teóricos o incluso algunas mal llamadas democracias.

Como premisa básica debe plantearse la necesidad de avanzar en el estudio de un tema tan apasionante de la teoría política como es el referido al Estado de Derecho, porque éste es el escenario en el cual tienen reconocimiento “pleno” los derechos humanos como derechos fundamentales y, en este contexto, debe vincularse la concepción de Estado de Derecho a la de democracia y a la necesidad de construir una verdadera sociedad democrática.

Para el profesor Elías Díaz el Estado de Derecho es el imperio de la ley, perspectiva que exige la sumisión, la subordinación a ella de todos los poderes del Estado incluso los poderes no estatales, sociales, económicos, y, por supuesto, de todos los ciudadanos³⁶. En este contexto el poder Legislativo es el más importante porque representa al pueblo en el cual reside la soberanía, siendo el poder prevalente conforme la Constitución. Respecto a los dos poderes restantes: el Ejecutivo y el Judicial, va a sostener que éstos deben actuar dentro de su marco legal, para restringir las zonas de discrecionalidad que puedan tener, es

adversarios compatriotas y a los enemigos hermanos; o más bien ha formado por encima de las nacionalidades particulares, una patria intelectual común donde los hombres de todas las naciones han podido convertirse en ciudadanos...”, de manera que la RF plantea la universalidad de los Derechos pero también su positivización constitucional, es la visión laica de los Derechos, visión que no se encuentra en la declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia que tiene mayor influencia religiosa, por ello, opta, al defender el modelo laico de la universalización de los Derechos, por ello propone hablar de un “modelo ilustrado corregido” que implica conocer las críticas internas y externas, incluso las de la Iglesia.”

34 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Traducción y prólogo de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta. 2000.

35 DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Editorial Taurus, 9 edición. Capítulo I, págs. 35 -55.

36 DÍAZ, Elías. Obra citada, págs. 35 -55.



decir, que aunque tienen una función creadora e integradora, la misma debe desarrollarse dentro del sistema jurídico.

Sin embargo, lo paradójico de la reflexión es que estos caracteres básicos del Estado de Derecho no sólo pueden predicarse de una democracia, sino que pueden ser comunes a una dictadura, porque también los regímenes totalitarios invocan el imperio de la ley y tienen a sus “doctos y dóciles juristas” a su servicio, quienes se encargan de legitimar el discurso para que parezca sincronizado con la concepción de Estado de Derecho, administrando de esta manera el terror, el miedo, la mentira y la falta de libertad, potenciando la creación de un derecho que estaría sometido a las reglas del mismo sistema ideado para garantizar la perduración del régimen dictatorial³⁷.

El Estado de Derecho democráticamente entendido entonces es el imperio de la ley, pero es evidente que el Estado de Derecho es y habrá de ser por encima de todo imperio de la ley fundamental, el

imperio de la Constitución. Desde este punto de vista, todo Estado de Derecho es un Estado Constitucional de Derecho³⁸.

Esta concepción última de Estado Constitucional de Derecho implica entender el programa de la Constitución Política no solamente con un mero carácter programático, no prescriptivo, no directamente normativo, porque en una perspectiva de esa naturaleza la Constitución sólo se convierte en símbolo de los imaginarios colectivos para dar la sensación de ser la norma protectora de los derechos de los ciudadanos, pero, en realidad sólo se reduce a una función emblemática alejada del verdadero sentido que ésta debe tener³⁹.

Frente a la antigua concepción mencionada anteriormente, hoy se abre paso otra tesis que también podría señalarse tiene un carácter simplista o reduccionista. Esta última tesis consagra una extrema contraposición en modo excesivamente esencialista, pues se hace alusión a un “perverso

37 DÍAZ, Elías. Obra citada, págs. 35 -55.

38 DÍAZ, Elías. Obra citada, pág. 29.

39 LASSALLE, Ferdinand, en *¿Qué es una Constitución?* ha sostenido que la definición de lo que es o consiste una Constitución no debe buscarse en las conceptualizaciones de naturaleza exclusivamente jurídica, porque estas se limitan a describir exteriormente cómo se forman o en el mejor de los casos, cómo se hacen las constituciones. De la misma manera, deja en claro la sustancial diferencia que existe entre la Constitución y la ley, la que podría sintetizarse argumentando que la Constitución es el verdadero fundamento de las otras leyes, con lo cual se advierte que es ésta la que debe irradiar todo el sistema interpretativo legal vigente en una nación, porque la última ratio de las leyes lo serán los derechos fundamentales contemplados en la Carta Política, cualquiera sea la forma de gobierno que sustente. Las leyes serían entonces en sana hermenéutica el desarrollo de los principios rectores constitucionales. Pero lo que hace que realmente sea esa Constitución lo que es, son los factores reales de poder que rigen en un momento histórico determinado en una sociedad, son la fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas. De manera que existirán tantas clases de constituciones políticas como factores reales de poder existan, pasando por la monarquía, la aristocracia, la gran burguesía, los grupos de presión revelados a la condición de nuevos actores políticos, como banqueros, las clases obreras, las etnias, las culturas, etc. Todos son fragmentos reales de poder. Esos factores reales de poder se convierten en Constitución, cuando se les da expresión escrita, se erigen desde este ámbito en derecho y en instituciones jurídicas; en ley, quien los desconozca estará entonces subvirtiéndolos, desafiando el poder de los factores reales y, por tanto, será objeto de los mecanismos de control social de naturaleza punitiva en el mejor de los casos. Ariel, 1989, pág. 119.



Estado Legislativo de Derecho, frente a un perfecto Estado Constitucional de Derecho. En esta perspectiva se demoniza al primero como producto espurio de los políticos y de las mayorías y, por el contrario, se deifica al segundo como resultado excelso de la hermenéutica de sabios juristas y expertos minoritarios”.

Elías Díaz propone una tercera vía que armoniza una y otra perspectiva, donde plantea una aproximación entre Constitución y legislación, porque la raíz de una y otra es semejante y no radicalmente opuesta, de manera que, en la perspectiva de este autor todo Estado de Derecho es un Estado Constitucional, legislativo y hasta judicial de derecho, en el que la Constitución es la norma básica fundamental, que no es la norma lógica trascendental de Kelsen⁴⁰.

Sin embargo, se muestra cauto pero también crítico frente al entusiasmo reciente de la fórmula que actualmente se difunde de Estado Constitucional de



El Estado de Derecho es el escenario en el cual tienen reconocimiento “pleno” los derechos humanos como derechos fundamentales y, en este contexto, debe vincularse la concepción de Estado de Derecho a la de democracia y a la necesidad de construir una verdadera sociedad democrática.

Derecho, porque ello puede implicar, por un lado, que se favorezca una real infravaloración de las instituciones legislativas democráticas, y, por el otro, en cuanto que la interpretación y aplicación de los principios superiores y valores constitucionales pretendan atribuirse y reducirse de manera casi exclusiva o muy predominantemente a meras instancias y criterios de los órganos judiciales. Entre unos y otros, considera el autor, tienen que estar las normas legales en toda su legitimidad, pues son las que garantizan el orden de un trato más igual entre los ciudadanos.

La invocación del Estado Constitucional de derecho de ningún modo puede servir como pretexto para puentear, obviar, al Estado Legislativo de Derecho ni puede, por tanto, valer como disfraz ideológico para un reductivo Estado Judicial de Derecho, poco acorde con la legalidad (incluida la constitucional) y la democrática le-

gitimidad: en tal situación todos los conflictos y luchas políticas se trasladarían (aun más, como

40 MEJÍA. QUINTANA Óscar. La norma básica como problema iusfilosófico, tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación publicada en Numas Gil (compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D. C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, págs. 195-268.



acontece hoy en Colombia) al interior del poder judicial.

En este sentido no se opone determinantemente a la posibilidad de creación del derecho del juez (al activismo judicial), sino que más bien señala que esta actividad puede funcionar mejor dentro de una “magistratura democrática”⁴¹, en el “marco siempre abierto y crítico de una precedente y consecuente legislatura democrática”.

Plantea así que el Estado de Derecho no es sólo un problema de juristas como pudiera pensarse, *prima facie*, sino que importa a los ciudadanos, porque éste no ha sido creado para que los hombres lo sirvan, sino para que sirva a los hombres, a sus derechos, a sus necesidades y libertades, a aquellos que están menos protegidos económicamente. Pero para que el Estado de Derecho acepte esas demandas, esas exigencias éticas y sociales, éstas tienen que estar efectivamente reconocidas y garantizadas por ese Estado de Derecho, recogidas en normas, leyes, en la Constitución, en las decisiones administrativas y judiciales que incorporen contenidos prescriptivos de protección y realización de tales derechos fundamentales.

En este sentido los “Derechos Fundamentales constituyen la razón de ser del Estado de Derecho, su finalidad más radical, el objetivo y criterio que da sentido a los mecanismos jurídicos y políticos que componen a aquél”. Esta valoración implica un cambio de concepción en lo que es la demo-

cracia, porque ésta sería entendida como doble participación, como participación en decisiones, pero también en demanda de participación en resultados, es decir, en derechos, libertades, satisfacción de necesidades.

En síntesis, la tesis principal del profesor Elías Díaz señala que “no todo Estado es Estado de Derecho”, aunque es consciente que “todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico”. Difícilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad, y, sin embargo, “no todo Estado es Estado de Derecho”, porque la

existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva –a veces intencionalmente– al confucionismo⁴².

Como complemento de dicha tesis, señala Elías Díaz que “el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho; el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley”, El Estado de Derecho consistiría “fundamentalmente en el imperio de la ley”, donde el Derecho y la ley son entendidos como “expresión de la voluntad general”: en estas circunstancias

El Estado de Derecho, como Estado con poder regulado y limitado por la ley, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario, como Estados con poder ilimitado, en el sentido

41 Ver GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia. La importancia social y política de la justicia*. Madrid: Editorial Taurus, 1999, págs. 15-30.

42 DÍAZ, Elías. Obra citada, pág. 29.



de no controlado jurídicamente, o al menos insuficientemente y sometido al Derecho”⁴³.

Las ideas centrales que rondan al Estado de Derecho en la concepción de Elías Díaz son, entonces: limitación al poder, sometimiento a la ley, y regulación de la actividad del Estado por la ley, correlacionadas con el respeto al hombre, a la persona humana, a sus derechos humanos entendidos como derechos fundamentales.

Un Estado de Derecho no sería aquél que esté limitado por un determinado tipo de creencias religiosas o de exigencias morales como en el antiguo régimen, donde el “absolutismo del príncipe” estaba limitado por el respeto y obediencia a unos preceptos religiosos, a la ley eterna de Dios, a la ley moral, incluso a la ley jurídica natural “a la concepción de derecho natural comentada anteriormente”; tampoco admitiría la construcción de la ética pública desde las éticas privadas de los individuos o de las agrupaciones de diverso orden⁴⁴.

Dentro de esa variedad de controles que han existido en torno al Estado, desde el antiguo régimen a la modernidad, el único que ofrece garantías es el control jurídico, el control que el Derecho puede

ejercer sobre el poder y la actividad del Estado. Por tanto, antes del control jurídico no puede hablarse de Estado de Derecho, sino de Estados más o menos absolutos;

las limitaciones de carácter religioso, ético o ius-naturalista son insuficientes para dar lugar a un auténtico Estado de Derecho. Éste sólo surge con los controles y regulaciones marcados al Estado por la ley positiva⁴⁵.

El Estado de Derecho comienza con los precedentes del mundo anglosajón, se perfila con la Revolución Francesa y se concreta con la implantación en el siglo XIX del Estado Liberal, construido sobre la doctrina del “imperio de la ley”. De la articulación entre Estado Liberal y Estado de Derecho, surge el Estado Liberal de Derecho que sería en ese momento la expresión jurídica de la democracia liberal. Sin embargo, hoy la discusión se centra en establecer si la superación del Estado Liberal de Derecho, implica igualmente la superación de la fórmula Estado de Derecho o si ésta es válida para aplicarse a sociedades actuales donde no tiene tanto peso ideológico y económico el liberalismo clásico, como en nuestro caso.

Lo indicado permite señalar que la construcción de una línea de investigación en torno a los Dere-

⁴³ Díaz, Elías. Obra citada, pág. 29.

⁴⁴ El profesor Gregorio Peces-Barba en su libro *Ética, Poder y Derecho* distingue entre la ética pública y la privada. Señalando que la distinción abarca una dimensión histórica y analítica. Igualmente, que las dos son imprescindibles y no se puede entender la una sin la otra, pero que no deben confundirse en la actualidad. Señala que existió confusión en torno a los términos desde la Edad Media e incluso hasta la Edad Moderna y la actualidad, cuando se pretende que la ética defendida por una Iglesia, una confesión religiosa o una escuela filosófica, sea al tiempo ética pública. También en la Edad Moderna y sobre todo en la contemporánea, surge otro modo de desconocer la distinción cuando una concepción política totalitaria pretende que su ideal político y jurídico (ética pública) se convierta también en el ideario moral de cada uno de sus ciudadanos. La ética pública es sinónimo de justicia (tradicionalmente fue el nombre que le dio Platón y Aristóteles). Es la moralidad con vocación de incorporarse al derecho positivo, orientando sus fines y sus objetivos como derecho justo. Ver *Cuadernos y Debates* número 54, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 15.

⁴⁵ Díaz, Elías. Obra citada, pág. 30.



chos Humanos, pasa por precisar a qué derechos humanos se está haciendo referencia y en torno a qué concepción de Estado de Derecho. Estos dos aspectos forman un todo inescindible, sin el cual no es posible fijar una postura con relación al tema de los Derechos Humanos entendidos como Derechos Fundamentales. Como se ve, en este texto, se ha optado por la concepción de Derechos Humanos como derechos con vocación moral susceptibles de ser convertidos en Derechos Fundamentales en el contexto del Estado de Derecho como imperio de la ley y, sobre todo, imperio de la Constitución, para tomar distancia de la idea de Estado de Derecho existente en la antigüedad, en la Edad Media, en el antiguo régimen o en el que algunos maliciosamente denominan “Estado de opinión”.

En este sentido se parte de aceptar, como premisa básica para entender la idea de Estado de Derecho que aquí se pretende establecer y relacionar con los Derechos Fundamentales, que dicha concepción, al igual que la de los Derechos Humanos es producto de la modernidad, entendida a partir de los ideales políticos fundadores de la Revolución Francesa y Americana, aunque sin desconocer que existen precedentes más o menos precisos de la idea de “imperio de la ley” en la Antigüedad, la Edad Media y el Ancien régime⁴⁶.

En el contexto espiritual-cultural de la Edad Media se dan tendencias doctrinales, teológicas y filosóficas que plantean la limitación omnímoda de la autoridad, especialmente cuando choca con los principios valorativos que por dichas tendencias se consideran deben inspirar la legislación y la acción de gobierno, pero debe indicarse que se trata de limitaciones y controles de carácter más bien ético-religioso y iusnaturalistas, que no autorizan en modo alguno a hablar de Estado de Derecho.

Al hacer referencia a la Edad Media no se alude a la época del “absolutismo”, porque los Estados Absolutos sólo surgen cuando termina la Edad Media y perduran hasta la Revolución Francesa. La organización feudal medieval no permitía todavía la imposición soberana de un monarca absoluto, porque

toda una complicada red de privilegios y derechos fundados tradicionalmente y enseguida “naturalmente” en la pertenencia a un cierto estatus, limitaban realmente la autoridad del monarca.

Con razón Bertrand de Jouvenel señala que la “autoridad política” en la Edad Media, “no es en modo alguno legisladora, o lo es solamente a condición de no parecerlo”, y agrega:

para los individuos (y por otra parte, para los entes sociales), la atribución de un estatus aparece como presunción casi insuperable para la titularidad de un derecho, y la autoridad débil, viéndose obligada

46 VERDÚ, Lucas, por ejemplo, señala al referirse a la Antigüedad griega que ésta mantuvo “el ideal del dominio de la ley frente al capricho despótico”, consideración que puede extenderse a algunos otros momentos y pueblos de la antigüedad, aunque debe advertirse que “ese ideal no llegó a institucionalizarse”, pero existía como pretensión, como “meta deseable” de ser gobernados por leyes “antes que por el puro arbitrio y voluntad de los hombres” y al referirse a la “Edad Media Cristiana” que las controversias sobre el constitutivo formal de la ley entre voluntaristas e intelectualistas contribuyó a perfilar las características de la racionalidad de la ley frente a los caprichos de la voluntad despótica”. En este mismo sentido, Legaz y Lacambra sostiene que: “la doctrina escolástica sobre la justicia de la ley y la obligatoriedad en conciencia de las leyes injustas y sobre todo la doctrina de la vinculación del príncipe por sus propias leyes, deben considerarse como jalones importantes en la etapa que ha conducido a la juridización racional del Estado y a la eliminación de la arbitrariedad”. Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho. Salamanca, Acta



a respetar este derecho, lo que hace es justificarle filosóficamente considerando ese derecho como natural”, de ahí que se hablara de derechos naturales⁴⁷.

Es, por tanto, siguiendo a los autores mencionados, un equívoco hacer una reinterpretación de la Edad Media como “nueva Edad Media” para justificar que la “defensa” eventual de los derechos por aquellos que tenían la posibilidad de oponerse al monarca, sobre la base del estatus que les reconocía como nobles, implicara, a su vez, una garantía de los derechos y libertades del hombre, es decir, de todos los hombres, incluso de aquellos que no tenían dicha opción. Dicho de otra manera: es cierto que no existe un Estado Absoluto, pero hay señores feudales y estamentos dotados con respecto al pueblo de un poder absoluto que puede incluso oponerse al monarca. Por ello, no es posible hablar de Estado de Derecho en esa época basándose en las características propias de la organización feudal, en consecuencia, es erróneo sostener que el Estado Feudal fuera un Estado de Derecho, porque un entresijo de derechos subjetivos y privilegios impedía toda acción política, toda intervención personal del monarca⁴⁸.

En el mismo sentido Legaz Lacambra señala que es “inconcebible la idea de Estado de Derecho

en su sentido actual”; sin embargo, también hay una

complicada malla de situaciones jurídicas estamentarias por cuyo respeto se vela escrupulosamente; el rey jura mantener los fueros y franquicias de los vasallos –y entonces el juramento tiene un valor social paralelo a su hondo sentido religioso (...); a pesar de esto, no puede hablarse entonces –concluye con razón– de “imperio de la ley” al modo actual; faltan los “supuestos sociológicos del mismo.

En la Edad Media la autoridad del monarca aparece limitada moral y religiosamente por el estamento eclesiástico y social y fácticamente por el estamento nobiliario, sin llegar al pueblo. Incluso a nivel minoritario del estamento privilegiado tampoco existe una institucionalización jurídica de las interrelaciones, no existe ni siquiera un “Estado nobiliario de Derecho” válido para las relaciones entre el monarca, los nobles y el estamento eclesiástico, de manera que las limitaciones recíprocas del poder se amparan más en criterios ético-religiosos y sociales que en estrictamente jurídicos. Es este último rasgo el que marca una diferencia importante frente a la burguesía del denominado Estado Liberal, pues esta última sí institucionalizará criterios jurídicos dando origen al Estado Liberal de Derecho.

Salmanticensia, 1955. Págs. 8 y 9 y Estado de Derecho e idea de la legalidad” en *Revista de Administración Pública I.E.P.*, Madrid, número 6 (septiembre-diciembre de 1951), recogido en el libro *Humanismo, Estado y Derecho*, Barcelona: Edición Bosch, 1960, pág. 73. citados por Elías Díaz en la obra comentada.

47 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada. *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I, Parte I, Capítulo I. Tránsito a la Modernidad siglos XVI y XVII. Elaborado con la Dirección de Gregorio Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García. Editorial Dykinson S.L. y el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid. 1998, págs. 15- 263, y FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*. Editorial Trotta. Traducción de Manuel Martínez Neira. 3 edición 2000. Capítulo I, págs. 25- 54.

48 DÍAZ, Elías. Obra citada, pág. 37.



Es dentro de la perspectiva de los criterios éticos-religiosos y iusnaturalistas que deben entenderse los textos legales que en la Edad Media comienzan a establecer una cierta protección jurídica de algunos derechos considerados como fundamentales, figurando como precedentes de lo reconocido en la modernidad como declaraciones de derechos. En este sentido se podrían citar los siguientes: i) el de-

Podría decirse que la concepción de derechos públicos subjetivos es una categoría adaptada al funcionamiento de un tipo de Estado: el Estado Liberal y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico-social de nuestro tiempo. Es la concepción de los derechos crédito frente al poder.

creto de Alfonso IX en España en las Cortes de León en 1188, donde ya se comienza a reconocer una amplitud en dichos términos; ii) la Magna Carta del rey Juan II de Inglaterra de 1215, que constituye uno de los textos legales medievales otorgados inicialmente como concesiones del monarca, pero en verdad producto de la presión del pueblo, una especie de contrato de dominación como lo denomina Fioravanti, aunque aparecen formalmente como decretos y cartas que emanan de la voluntad de los monarcas sin intervención legislativa del pueblo. Es ese carácter de concesión unilateral otorgado por el monarca lo que va a resultar superado en los documentos modernos en el contexto del pensamiento político liberal, y lo que los va a convertir en antecedente válido directo

de lo que será el Estado de Derecho cimentado en el discurso de los Derechos Humanos⁴⁹, especialmente: i) el Bill of Rights Inglés de 1689, que aparece como pacto o convención entre el rey Guillermo de Orange y el pueblo representado en el Parlamento, aunque su institucionalización jurídica se prolongue hasta los siglos XIX y XX; ii) la Declaration of Rights del Estado de Virginia, en los Estados

Unidos, en 1776, que se trata ya de una “declaración formulada y aprobada por los representantes del pueblo reunidos en Convención o Asamblea”, y no de una carta otorgada por un soberano como la Carta Magna de 1215, ni tampoco un pacto entre el rey y el pueblo como el Bill of Rights de 1689, sino de una declaración emanada del pueblo que es ahora considerado como único soberano⁵⁰.

Son estas tres etapas las que van a conducir a la formalización del sistema político liberal en términos de Estado de Derecho, proceso que comienza a realizarse en el siglo XIX tras la amplia difusión del ideario político de la Revolución Francesa y concretamente de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen del 26 de agosto de 1789,

49 FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Editorial Trotta. Traducción de Manuel Martínez Neira. 3 edición 2000. Capítulo I y II, págs. 25- 54 y 55- 97.

50 Ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio y DE ASÍS, Roig Rafael en *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, Volumen III, Siglo XVIII. El Derecho positivo de los derechos humanos. Elaborado con la dirección de los profesores Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig. Madrid: Universidad Carlos III, 2001.



dada por “los representantes del pueblo Francés constituidos en Asamblea Nacional”⁵¹.

La Revolución Francesa o burguesa marca en el plano político el fin del antiguo régimen y el comienzo de la instauración de los regímenes liberales. Sociológicamente significa el paso de una sociedad estamental a una sociedad clasista. Es la institucionalización jurídica de lo que se denomina el Estado de Derecho.

El artículo 16 de la Declaración de 1789 ya señalaba: “la sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada carece de Constitución”, de lo que se desprende que no toda sociedad tiene en rigor una Constitución, porque no serán sistemas constitucionales aquellos en los cuales dicha garantía no se cumpla. De aquí se desprende la tesis en el sentido de que no todo Estado es un Estado Constitucional o no todo Estado es Estado de Derecho. Hacen falta algunos requisitos para ello. Si se observa cuidadosamente el artículo 16, citado, se notará cómo esta disposición establece por lo menos dos: la garantía de los derechos fundamentales del hombre y la separación o división de poderes.

Por otro lado, los artículos 3 y 6 de la Declaración de 1789 proclaman la absoluta primacía de la ley, que “es expresión de la voluntad general” en cuanto que “el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación”. La referencia al imperio de la ley como base de toda construcción es entendida en la declaración como las disposiciones

emanadas de la Asamblea Nacional que priman sobre todos los demás entes estatales (administrativos, judiciales, legislativos) que deben a ella someterse⁵².

Este aspecto de la ley, entendida en el sentido mencionado, también es importante porque a través de la Revolución Francesa y su declaración se produce otro paso importante: el del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII al positivismo liberal del siglo XIX, porque, recuérdese que, el iusnaturalismo racionalista es el antecedente directo de la doctrina del imperio de la ley; de esta manera la dignidad y racionalidad del Derecho natural de los siglos mencionados pasa a ser en el XIX atributo del Derecho positivo y de esta perspectiva van a ser variantes importantes el pensamiento de autores como Grocio, Locke, Puffendorf, Rousseau o Kant.

Por consiguiente, no se puede menospreciar la importancia del Estado Liberal, pues a pesar de sus contradicciones, de su individualismo, de su apoyo a la sociedad burguesa, debe decirse que como símbolo del espíritu de la modernidad, como oposición al absolutismo, constituye una conquista histórica irreversible y en este sentido debe mirarse su insistencia en el respeto a la legalidad para limitar a los gobernantes y en la importancia que otorgó a la ley como producto de la soberanía de toda la nación, precisamente no como producto de un dictador o de un monarca absoluto. Así, su lucha, la del liberalismo, por los derechos y libertades del hombre constituye un aporte a tener en cuenta en la construcción del

51 FIORAVANTI, Maurizio. Obra citada. Capítulos I y II, págs. 25- 54 y 55- 97.

52 DÍAZ, Elías. Obra citada, pág. 40.



concepto de Estado de Derecho, como anota el profesor Elías Díaz, cuando señala que tiene razón Lucas Verdú al indicar que “el Estado de Derecho es el Estado Nacional que ha surgido tras lenta evolución rebasando las cuatro especies anteriores: el Estado patriarcal, patrimonial, teocrático y despótico”. De esta forma puede decirse que el concepto de Estado de Derecho se vincula así en su origen y desarrollo al Estado Liberal, pero no se agota en éste.

Las insuficiencias del Estado Liberal estaban presentes en el texto mismo de la Declaración de 1789, que no debe olvidarse es expresión de la burguesía triunfante. Efectivamente, en el artículo final (Art. 17) de la misma declaración se fija la propiedad como un “derecho inviolable y sagrado”; ello en un contexto capitalista como el que se tenía genera claramente la insuficiencia del respeto de los derechos y libertades de los no propietarios, visión que va afectar la consideración misma de la ley pues va a ser más un producto de la soberanía nacional (la nación como un todo) que de la soberanía popular (la soberanía perteneciente a todos los ciudadanos), y es por lo que los ciudadanos van a ser divididos en dos grupos: activos y pasivos, en razón a su contribución tributaria tomando como base impositiva la propiedad privada, donde sólo los primeros, los contribuyentes, van a formar parte del cuerpo electoral⁵³.

Esta insuficiencia del liberalismo se agrava con una etapa de contrarrevolución y es por esta

vía como se abren fases de superación a través de un proceso de ampliación de reconocimiento de los derechos con un carácter democrático y socialista.

De esta forma las insuficiencias del Estado Liberal de Derecho vendrán a ser corregidas por el Estado Social de Derecho, que en una formulación más amplia y concreta sería Estado Social Democrático de Derecho”⁵⁴.

Se resalta cómo la formulación de Estado de Derecho ha sido común a las diferentes variantes originadas después del Estado Liberal de Derecho y la posibilidad de que esta fórmula sea articulada a diferentes contextos socioeconómicos e ideológicos y no exclusivamente al liberalismo clásico; por ello, es necesario definir sus características fundamentales para no desfigurar su concepto, con lo que se impediría que Estados absolutistas y totalitarios se llamen así mismo Estados de Derecho, expresión utilizada por primera vez por el alemán Rober Von Mohl⁵⁵. Serían características del Estado de Derecho: i) el imperio de la ley, la ley como expresión de la voluntad general; ii) la división de poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; iii) la Legalidad de la Administración: actuación según la ley y suficiente control judicial, y iv) los Derechos y Libertades fundamentales: garantía jurídica formal y efectiva realización material⁵⁶.

Con relación al primer aspecto: el imperio de la ley, constituye la nota primaria y fundamental de todo Estado de Derecho (rule of Law). Por

53 FIORANATI, Maurizio. Obra citada. Capítulo II, págs. 55-96.

54 DÍAZ, Elías. Obra citada. Capítulo I, págs. 35-56.

55 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Traducción y prólogo de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta. 2000. Capítulo I.

56 DÍAZ, Elías. Obra citada, pág. 44.



ley debe entenderse la formalmente creada por el órgano popular representativo (Parlamento o Asamblea Nacional) como expresión de la voluntad general. En el Estado de Derecho la ley es la concretización racional de la voluntad popular. La ley ordinaria se conexiona y subordina a la ley fundamental y el control constitucional de las leyes asegura precisamente esa conexión y subordinación. Por tanto, no hay imperio de la ley cuando ésta se origina en la voluntad exclusiva de un dictador o mediante procedimientos legislativos distorsionados, aunque sí sea derecho, porque el sólo imperio de la ley que no se origine del órgano popular representativo no es suficiente para hablar de Estado de Derecho. Habría que precisar sin embargo, que no se trata sólo de una exigencia formal, porque tampoco podría hablarse de Estado de Derecho en una democracia que sólo sea remedo de las ideas y postulados democráticos, donde ésta sólo se invoca como mero método para garantizar relevos en los órganos de dirección del Estado cada período determinado o donde el Parlamento no obre con autonomía suficiente y clara conciencia de su compromiso político, como cuando, por ejemplo, de manera irreflexiva, se adhieren sus miembros, so pretexto de mantener la disciplina de partido, a las propuestas unidireccionales jalonadas por el Ejecutivo, sin réplica y valoración propia.

La existencia de un régimen de división o separación de poderes, es también exigencia ineludible para la configuración de un Estado de Derecho. No es separación rígida como si se tratara de compartimientos estancos, sino más bien de una distribución o división de funciones y poderes que necesita de una serie de relaciones y controles mutuos y recíprocos. Un sistema de “pesos” y “contrapesos” que equilibran el régimen de

división de poderes, donde debe existir primacía del poder Legislativo, creador del derecho, frente a los poderes Ejecutivo y Judicial, aplicadores del mismo, es decir, imperio de la ley.

La independencia del poder Judicial frente a las presiones tanto del Legislativo como, sobre todo, del Ejecutivo, constituyen una pieza insustituible del Estado de Derecho. Requiere éste que la Administración de Justicia se realice a través de un sistema procesal regular, ordenado y coherente; un sistema que garantice adecuadamente la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Este punto es, en efecto, esencial para comprobar si existe un verdadero Estado Derecho; así, cuando faltan garantías procesales, cuando los detenidos o procesados no son respetados, cuando hay amplias zonas de la actividad pública a las que injustificadamente no llegan los recursos jurídicos, cuando el poder político se inmiscuye bajo formas diferentes en la actuación de los Tribunales, cuando las jurisdicciones especiales actúan con demasiada frecuencia en sustitución de la jurisdicción ordinaria —estados de excepción—, etc., puede decirse que no existe en modo alguno Estado de Derecho.

Con relación al principio de legalidad de la Administración, puede enunciarse como exigencia de sometimiento de la administración a la ley. Quiere ello decir que la Administración, en su actuar, deberá siempre respetar esa primacía de la ley, ajustando a ella su modo de proceder; la Administración realizará sus actos sobre la base de lo permitido por normas preexistentes.

El objetivo básico de todo Estado de Derecho y de sus instituciones básicas es lograr una suficiente garantía y seguridad jurídica para los derechos fundamentales de la persona humana, exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constitu-



yen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho.

El liberalismo clásico, con su trasfondo de individualismo burgués, constituye insuficiente garantía para esa realización y protección de los derechos y libertades de todos los hombres. En efecto, en la ideología del Estado Liberal y en su orden social los “derechos naturales” o Derechos Humanos se identifican sobre todo con los poderes de la burguesía, derechos que sólo de manera formal y parcial se conceden también a los individuos de las denominadas clases inferiores. En el sistema económico capitalista que sirve de base a ese orden social se protegen mucho más eficazmente la libertad y seguridad jurídica que la igualdad y la propiedad: se entiende la propiedad de todos.

Una ampliación de la zona de aplicabilidad de esos derechos, pero sin alterar sustancialmente los supuestos básicos económicos, se produce con el paso del Estado Social de Derecho. Constituido éste como intento necesario de superación del individualismo a través del intervencionismo estatal y de la atención preferente a los llamados derechos sociales, lo que aquél pretende es la instauración de una denominada sociedad o Estado de Bienestar⁵⁷.

A manera de conclusión provisional

Las provisionales puntualizaciones que pueden hacerse al respecto buscan poner de presente tres aspectos: i) la necesidad de precisar a qué estamos haciendo referencia cuando hablamos de Derechos Fundamentales, a fin de no propiciar abigarradas precisiones que impiden fijar elementos serios en materia de concepto y fundamento de los derechos, al aplicar términos con origen y contextos diferentes a derechos reconocidos hoy como producto de la secularización de la sociedad a partir de la modernidad; ii) poner de presente el concepto de Estado en el que es posible ubicar el tema de los derechos humanos como derechos fundamentales, sin caer en reduccionismos conceptuales, ligando al mismo tiempo el núcleo de protección de los derechos con la forma como se origina su reconocimiento o positivización y la manera como evolucionan los derechos fundamentales coetáneamente con el concepto de Estado de Derecho y, iii) poner las bases para una línea de investigación en torno al tema de los derechos humanos y una reflexión mucho más concreta que estaría ligada a la manera como en el caso de la Constitución colombiana los derechos fundamentales operan, son reconocidos y tutelados efectivamente. Reflexión que implicaría

57 El núcleo esencial de los Derechos Fundamentales que se protegerían en un Estado de Derecho serían, grosso modo, los siguientes: derecho a la vida y a la integridad física; respeto a la dignidad moral de la persona; derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; derecho a una veraz información; derecho a la libertad religiosa y de creencias, con manifestación externa de culto; derecho a la libertad de reunión y asociación (partidos políticos y sindicatos); derecho a la libertad de circulación y residencia, inviolabilidad de domicilio, correspondencia; derechos económicos y sociales tendentes a una efectiva nivelación e igualdad socioeconómica (derecho al trabajo, a la seguridad social, huelga, etc.); derechos políticos básicos para la institucionalización de la democracia y del Estado de Derecho (intervención y fiscalización efectiva en las funciones del gobierno, elecciones libres, etc.); derecho efectivo de todos los hombres a una participación igualitaria en los rendimientos de la propiedad, que podría adoptar formas de carácter colectivo; derecho de igualdad ante la ley; derecho en la seguridad y garantía en la administración de justicia, concebida ésta independientemente de toda instancia política (derecho a no ser arbitrariamente detenido, derecho del detenido a no ser objeto de malos tratos, derecho a un proceso dotado de las suficientes garantías, derecho a contar con recursos jurídicos adecuados, etc.). Este esquema no agota la lista de los derechos y sólo constituye el núcleo central de los derechos a reconocer y proteger en el Estado de Derecho.



retomar el tema de su concepto y fundamento en términos de la vieja disputa iusnaturalista-positivista planteada al inicio de este trabajo, a efecto de caracterizar su condición de reglas teóricas que en la práctica operan como verdaderos principios que son cerrados eventualmente en cada decisión por la Corte Constitucional. Discusión que cobijaría aspectos tan variados como la ponderación judicial de los derechos, la textura abierta de los mismos, las zonas de penumbra que colman su ámbito de aplicación

y, en fin, anotar elementos destinados a fijar una clara concepción en torno a una Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales.

Estos aspectos estarían en la base de una reflexión mucho más amplia del tema apuntado al inicio del trabajo, porque constituyen el fundamento básico a tener en cuenta para cimentar una discusión desprovista de dogmatismos y distorsiones interpretativas en torno al tema de los derechos humanos. ☹