

La perspectiva pragmática de la Constitución y la justicia constitucional, de los valores, principios y derechos fundamentales*

The pragmatic view of the Constitution and the constitutional justice of the fundamental values, principles and rights

RUBÉN ALBERTO DUARTE CUADROS¹
rcuadros14@hotmail.com.

RESUMEN:

El referente del problema se encuentra inscrito en lo que podemos comprender, en rasgos generales, como la “mutación de las teorías del derecho contemporáneo”. La propuesta se centra en la búsqueda de un nuevo camino, que sea capaz de resolver las insuficiencias teóricas propias del iusnaturalismo, del iuspositivismo y del iusrealismo jurídico; en tal sentido la investigación propone como hipótesis la construcción de una teoría pragmática del derecho, fundamentada en un postulado de la acción y del lenguaje.

PALABRAS CLAVES: Constitución, justicia constitucional, derechos fundamentales, valores, principios.

ABSTRACT

The relationship of the problem is enrolled in what we can understand, in general terms such as “the mutation of the theories of the contemporary law”. Therefore the proposal focuses on finding a new path, which is able to solve the shortcomings of natural law theory like the iusnaturalism, then iuspositivism, and the legal iusnaturalism. In this way, the research proposes as a hypothesis, the building of a pragmatic theory of Law, based on a postulate of the action and language.

KEYWORDS: Constitution, constitutional justice, fundamental rights, values, principles.

Fecha de recepción: 30/04/2012

Fecha de aceptación: 19/05/2012

* El presente artículo es un avance de la investigación que hace parte integral del proyecto intitulado “Aportes para la construcción de una teoría pragmática del derecho”, que se encuentra incorporado en la línea de investigación sobre Teorías contemporáneas del derecho, adscrito al Grupo de Investigación de Filosofía y Teoría Jurídica Contemporánea. Fue presentado como ponencia en el III Congreso Internacional de Derechos Humanos que desarrolló la Universidad Autónoma de Colombia, en mayo de 2011.

1. Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre. Magíster en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana. Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Decano de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre y Director de la Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Profesor de Filosofía del Derecho y Teorías Jurídicas Contemporáneas en la Universidad Autónoma de Colombia y en la Universidad Libre (pregrado y postgrado). Director investigador del Grupo de Filosofía y Teoría Jurídica Contemporánea, Registro No. Col-004778 de Colciencias – Categoría C-2010.

Planteamiento del problema

El referente del problema se encuentra inscrito en lo que podemos comprender, en rasgos generales, como la “mutación de las teorías del derecho contemporáneo”, en el entendido que una teoría jurídica hoy no es sostenible desde el positivismo jurídico clásico, y menos desde una postura formal del derecho, si esta teoría no es capaz de incorporar contenidos fácticos o concretos, propios de una tradición que nos ha sido ajena como es el caso del realismo jurídico y menos, si persiste en la eliminación de los contenidos valorativos provenientes del iusnaturalismo, en la perspectiva del concebido en la tradición del iusnaturalismo antropológico y racional. Por lo tanto, la propuesta se centra en la búsqueda de un nuevo camino que sea capaz de resolver las insuficiencias teóricas propias del iusnaturalismo, del iuspositivismo y del iusrealismo jurídico; en tal sentido la investigación propone como hipótesis la construcción de una teoría pragmática del derecho, fundamentada en un postulado de la acción y del lenguaje.

Metodología del proyecto

El proyecto de investigación está basado, metodológicamente, en dos fases: la primera comporta un proceso de deconstrucción teórica de los presupuestos fundamentales que suponen la construcción de una teoría jurídica, como es el caso del iuspositivismo, por ejemplo; la segunda, parte de un proceso reconstructivo teórico, que implica el uso del método analítico-comprensivo y presupone la configuración de conceptos en un nivel de abstracción de los fundamentos y categorías de lo

que entrañará una teoría pragmática del derecho, que de suyo es de por sí un método filosófico de pensamiento. Adicionalmente, incorpora elementos lingüísticos propios de la práctica del lenguaje y de la acción, que por vía de interpretación o hermenéutica de la realidad construye sentido significativo sobre el mundo de la vida a partir de la praxis lingüística. La conjunción de ese diálogo entre tradiciones de pensamiento y algunos autores, alrededor de sus fundamentaciones sobre valores, principios y derechos fundamentales en el marco constitucional del derecho, nos permitió arribar a unas conclusiones sobre la importancia de reconocer los aportes de las distintas visiones sobre la interpretación y aplicación del derecho desde una visión pluralista y metódica.

Introducción

El presente artículo es producto de un trabajo investigativo cuyo propósito básico fue discutir en torno a la significación que tiene hoy hablar de la Constitución, de valores, de principios, de derechos fundamentales y, por supuesto, de la justicia constitucional. Estas expresiones de por sí poseen una gramática valorativa significativa, en el entendido que toda teoría, sea esta de origen filosófico, político e incluso jurídico, debe iniciar por aclarar el contexto de la fundamentación desde la cual pretende acotar las instancias de clarificación de aquello que asumirá el contenido de un “valor”, “principio” o “derecho fundamental”. En tal sentido, este artículo pretende aclarar esos conceptos desde la perspectiva o visión del pragmatismo iusfilosófico, desde los avances epistemológicos que con recursos lingüísticos se han tomado desde el pensamiento kantiano, pa-

sando por Habermas² y Putnam³”, como realidad mediada en relaciones pragmáticas y constituida por proposiciones de modo intersubjetivo en procesos racionales lingüísticos, que al parecer solo son posibles de ser esclarecidos en el mundo con recursos hermenéuticos de la realidad práctica que nos constituyen como sujetos morales de acción y de lenguaje.

Resultados

Hipótesis

102

En este trabajo asumo como hipótesis de trabajo que, los Valores, los Principios y los Derechos Fundamentales son proposiciones lingüísticas constitutivas de acciones pragmáticas que se producen en procesos intersubjetivos o culturales y, en tal sentido, nos corresponde reflexionar en torno a cómo la realidad en las que habitarían las proposiciones normativas y valorativas, que nos empujan a realizar acciones encaminadas a la construcción de un mundo justo, por ejemplo, y

en el que la dignidad humana adquiera un contenido valorativo significativo, con relevancia de la realidad sociocultural y los fundamentos éticos y morales en los que el sistema de normas se debe comportar a modo de un derecho fundamental.

De los principios y valores

La hipótesis propuesta presupone la adopción de un modelo epistemológico comprensivo, que nos permita señalar la realidad en la que habitarían las proposiciones jurídicas. Para tal fin adoptaremos el modelo habermasiano, que mediante el “uso pragmático universal del lenguaje”, propenda por la construcción de la realidad en la que habitarían las proposiciones normativas y valorativas del derecho. Al respecto podemos señalar:

La realidad con la que confrontamos nuestras oraciones no es una realidad “*desnuda*”, sino que ella misma está ya siempre impregnada lingüísticamente. La experiencia con la que controlamos nuestros supuestos está estructurada de forma lingüística e incrustada en contextos de acción. Tan pronto como reflexionamos sobre la pérdida

-
2. Profesor emérito en la Universidad de Frankfurt y profesor visitante en Northwestern University. Como afirma Putnam en el texto *Normas y valores*, es “uno de los gigantes del pensamiento europeo de nuestro tiempo” y un autor cuyos trabajos “sobrepasan los límites de cualquier disciplina académica establecida”. Conocido ya por todos, por los ingentes trabajos desde *Teoría de la acción comunicativa* o teoría pragmática de la comunicación, la teoría moral, política y jurídica, con su fuerte componente epistemológico que deviene desde el modelo del pragmatismo kantiano, que desarrolla en su obra *Verdad y justificación*, Trotta, 2007.
 3. Profesor emérito en la Universidad de Harvard, es indiscutiblemente uno de los filósofos contemporáneos más importantes. La riqueza y la profundidad de su obra no solo destacan por la amplitud de sus discusiones sobre temas en diversas áreas filosóficas (como la filosofía del lenguaje, la filosofía de la ciencia, la epistemología y la filosofía de la mente), sino también por las notables transformaciones de sus posiciones realistas a lo largo de más de cinco décadas. Desde la segunda mitad de los años ochenta del siglo XX, ha venido elaborando una filosofía moral acorde con sus planteamientos realistas, al tiempo que ofrece una brillante rehabilitación de temas centrales del pragmatismo norteamericano tan lejano a nuestras preocupaciones cotidianas de reflexión filosófica, de allí el interés en esta conferencia de comentarlo en consonancia con la teoría pragmática universal del lenguaje de Habermas. Lo resaltado está tomado textualmente de la biografía de Putman que publica Trotta, de manera que debe, por lo menos, estar entre comillas y dar el crédito.

de alguna certeza ingenuamente asumida ya no podemos encontrar ninguna clase de enunciados básicos que se legitimen “*por sí mismos*”, es decir, ningún “*principio*” indudable más allá del lenguaje, ninguna experiencia evidente más acá de las razones. El concepto semántico-deductivo de fundamentación se nos queda corto; las cadenas de fundamentación retornan a los contextos de los que habían partido. La verdad de un enunciado parece que sólo puede ser garantizado por su coherencia con otros enunciados ya aceptados⁴.

Así, en los procesos de mutación en la comprensión del derecho al asumir un conjunto de valores y principios, incorporados al sistema positivo de derecho, nos exige una fundamentación en la que se buscaría “*refundir y refundar*” múltiples visiones de mundo en las que habitarían los enunciados jurídicos y en los que su verdad o corrección validada parece que solo puede ser garantizada por su coherencia con otros enunciados ya aceptados teóricamente, bien sea por las tradiciones jurídicas de corte europeo continental, la tradición latinoamericana o la tradición angloamericana que hoy de modo inconsciente aún, se encuentra *refundida* y merece ser *refundada*, es decir, circunscribirla a nuevos modos de esclarecimiento de la comprensión de lo que sea el derecho o una tradición jurídica determinada, en nuestro caso, por ejemplo, la colombiana.

En este sentido, es importante señalar que las distintas visiones en las que habitarían los enuncia-

dos jurídicos, que presumiblemente pretenden ser aceptados como verdaderos, correctos o válidos, exigen ampliar nuestro horizonte comprensivo sobre lo que pueda ser el Derecho, y para tal cometido se hace necesario en el caso concreto, hacer un uso extensivo a la realidad jurídica de la mediación lingüística, que es el lugar donde habitan las proposiciones del derecho como tal, máxime cuando estas proposiciones se presentan como enunciados fundados en *principios y valores*. Aquí, se hace necesario incorporar el siguiente argumento para ir acotando las instancias de fundamentación, en tanto nos permita ir esclareciendo lo que pueda ser el derecho desde la mediación lingüística de sus proposiciones a saber:

los pragmáticos tenían razón en opinar que no existe una relación única entre todas las proposiciones verdaderas y la realidad, y *que las proposiciones verdaderas están conectadas a la realidad en una increíble multiplicidad de formas diferentes, ya que continuamente estamos creando nuevos tipos de lenguaje*. Este era el punto de vista de Wittgenstein, y constituye la expresión de un pragmático genuino⁵

103

Para el desarrollo de esta iniciativa de esclarecimiento y comprensión del derecho, vista desde una comprensión de Principios y Valores, se ha privilegiado el modelo epistémico de la “pragmática formal o universal de Habermas”⁶, en cuanto permite señalar rupturas paradigmáticas de los enunciados jurídicos y valorativos, que no se

4. HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2002, p. 47.

5. PUTNAM, Hilary. *El pragmatismo: un debate abierto*. Barcelona: Gedisa S.A., 1999, p. 42. Nota del Texto No. 26.

6. “*La pragmática formal* toma en Habermas el nombre de pragmática universal, y en la filosofía de Apel el de pragmática trascendental, no sin razón. Habermas rehúsa utilizar en este título el adjetivo “trascendental” por temor a que los resultados de las

agotan en la ley, sino que se amplía su espectro de configuración comprensiva en las creaciones culturales y contextuales, las que se dan en el mundo de la vida. Esta postura, asumida desde tiempo atrás por el pragmatismo, Habermas la amplía de manera epistémica mediante la incorporación de recursos lingüísticos en el sentido que: “ningún *“principio”* indudable más allá del lenguaje, ninguna experiencia evidente más acá de las razones”⁷. En este punto puede advertirse un encuentro de Habermas, en lo relacionado con la tesis del pragmatismo señalada desde Hilary Putnam, en tanto, la realidad se encontraría mediada en una multiplicidad de formas diferentes con el lenguaje y donde la validez o veracidad de una proposición lingüística estaría, a la vez, vinculada a la realidad en una multiplicidad de formas diferentes y usos del lenguaje.

Nos encontramos ya ante la posibilidad de ofrecer desde Habermas y Putnam una salida en la que podamos resolver las contradicciones producidas entre la comprensión del derecho como ley y la comprensión del derecho asumiendo la existencia de *Principios y Valores*, en el sentido de ir perfilando una comprensión “pragmática del derecho”, definida en términos lingüísticos, que presuma una realidad fundada en las prácticas de los sujetos poseedores de lenguaje y acción,

que en el mundo y en procesos intersubjetivos o culturales hacen valer sus concepciones de vida con presupuestos racionales.

Al llegar a este punto podemos decir, significativamente, que un Valor o un Principio, hace referencia a un modo de ser o a una concepción que poseemos de la vida buena, justa o digna, por ejemplo. En la que los sujetos morales poseedores de acción y lenguaje hacen valer de modo racional sus cosmovisiones de mundo en procesos intersubjetivos o pragmáticos, haciendo uso del lenguaje de modo racional, con la expectativa de construir perspectivas de vida compartida o universalmente válida.

Un valor por sí mismo no existe como tal, ni posee una estructura de carácter ontológico, ni arrastra una esencia de contenido metafísico como antaño se nos hizo pensar, en el entendido que los valores nos eran dados por una divinidad allende al mundo o que un valor posee una esencia inmutable espacio temporal que se prolonga en la eternidad, etc. Al parecer es todo lo contrario, los valores en sí son creaciones culturales que buscan señalar visiones de mundo o “los muchos puntos de vista de doctrinas comprensivas de origen ético, moral, filosófico, religioso o político”⁸, que aunque diferentes pueden ser compartidas de

ciencias sean hasta tal punto formalmente diversos de los de la filosofía que resulte imposible una colaboración entre ambos saberes, de suerte que llega a afirmar en ocasiones el carácter falible de los enunciados de su pragmática, en el sentido de que son hipótesis comprobables, al parecer empíricamente. Apel, por su parte, señalará con su pragmática trascendental la diferencia de *método*, del *tipo de enunciados* y de modo de *comprobación* entre la filosofía y las ciencias que, precisamente por ser diferentes pueden colaborar, cosa que no ocurriría si fueran idénticos”. Ver: APEL, Kart-Otto. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Introducción de Adela Cortina. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 1998, pp. 11-12.

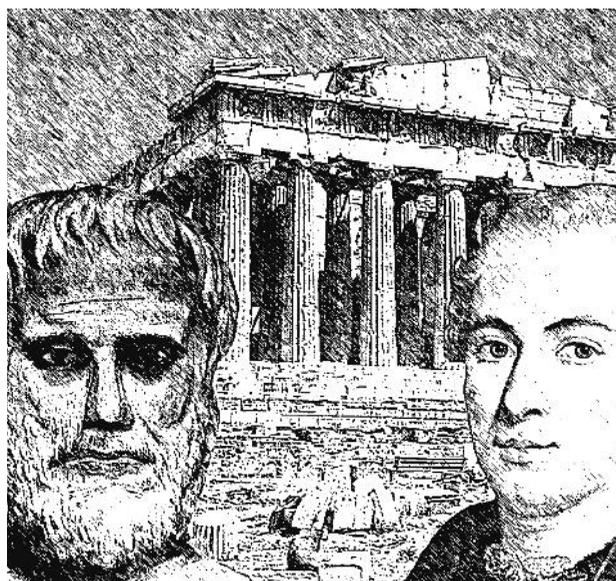
7. HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2002, p. 47.

8. RAWLS, John. *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica S.A., 1996, p. 29.

modo lingüístico pragmático por los sujetos en procesos intersubjetivos y racionales. Este es el aporte de discusión que, por ejemplo, John Rawls desde su texto *Liberalismo político* ha aceptado como cosmovisiones omnicomprensivas de mundo, que aunque diferentes pueden ser compartidas de modo razonable por los sujetos mediados ya lingüísticamente. Al respecto puede decirse por ejemplo que:

Los principios de la justicia política son consecuencia de un procedimiento de construcción en que las personas racionales (o sus representantes), sujetas a condiciones razonables, adoptan los principios que regulan la estructura básica de la sociedad. Los principios que se derivan de un apropiado procedimiento de construcción, uno que exprese apropiadamente los principios y concepciones necesarias de la razón práctica, deben ser razonables. Los juicios que se apoyen en esos principios también serán razonables. Cuando los ciudadanos comparten una concepción política razonable de la justicia, disponen de una base sobre la cual las discusiones públicas pueden llevarse a cabo, para decidir razonablemente acerca de las cuestiones políticas fundamentales; por supuesto no en todos los casos, pero, esperamos, en la mayoría de los elementos constitucionales esenciales y en asuntos de justicia básica⁹.

Así podemos decir que el estudio de los valores y los principios se ha constituido siempre en el quehacer de la “razón práctica universal”, tal y como lo ha entendido Kant, y desde la antigua Grecia hasta nuestros días, por cuanto al parecer lo más significativo de los valores y los principios, es que estos obedecen a nuestra pluralidad de cosmovisiones sobre el mundo, y en tanto esto sea de



La propuesta de una ética pluralista sin fundamentos, pero con equilibrios, intenta mediar en el debate contemporáneo entre kantianos y aristotélicos mediante una lectura de Dewey que pretende corregir las unilateralidades de una aplicación de un único principio moral y de una apelación a un catálogo de valores y vínculos comunitarios que resultan constitutivos para la identidad del sujeto moral.

105

este modo, nos compromete a todos en el esclarecimiento “de hacer justicia a la idea de que la ética no descansa en un único fin o preocupación humana, ni se identifica con un único conjunto de reglas o sistema de principios, sino con una pluralidad

9. *Ibidem*, p. 15.

de intereses humanos”¹⁰. Así, cuando pensamos en una “idea o valor” que hemos configurado en principio como la justicia o la dignidad humana, estos principios nos comprometen en nuestros ideales de vida y en una pluralidad de intereses culturales, políticos, económicos o sociales que se constituyen en esferas de acción, con un fuerte componente pragmático intersubjetivo que exige ser esclarecido, en tanto incorpora exigencias de índole lingüístico racional, que comporta a la vez la necesidad de evaluar estas ideas y sobreponerlas al interés propio y tender a su colectivización o extensión intersubjetiva (cultural).

106

Aquí aparece la idea de universalización de nuestras pretensiones de vida buena, justa, equitativa o de vida digna, que implican el transformar estas pretensiones de existencia o intereses humanos en Valores o Principios, que, a la vez, aspiran o tienen vocación de ser compartidos interculturalmente en relaciones pragmáticas de mundo. En este aspecto podemos tender un puente entre la tradición kantiana, en la que podemos hallar la mejor formulación de la moral universalista e igualitaria y Aristóteles, recuperando la mejor definición de florecimiento humano como perfeccionamiento moral, pero incorporando estas dos tradiciones dentro de un marco de referencia pragmática, tal y como la entendió por ejemplo John Dewey, quien propuso una reconceptualización de la ética como una forma de investigación, a la que le concierne ante todo la solución de problemas prácticos. Al llegar a este punto, puede

decirse en consonancia con Hilary Putnam, que la idea que está en juego es la del pluralismo como visión valorativa del mundo, y en tal sentido:

La propuesta de una ética pluralista sin fundamentos, pero con equilibrios, intenta mediar en el debate contemporáneo entre kantianos y aristotélicos mediante una lectura de Dewey que pretende corregir las unilateralidades de una aplicación de un único principio moral y de una apelación a un catálogo de valores y vínculos comunitarios que resultan constitutivos para la identidad del sujeto moral. Si bien el principio kantiano de universalización es a menudo necesario, no puede ser el único proceder moral ni tiene por qué ser el mejor en todos los contextos. De igual modo, la motivación moral no puede descansar en la “*dignidad de obedecer la ley moral*” y, por tanto, funcionar de manera separada y trascendente a nuestros intereses y valores interrelacionados, sino que descansa en esos intereses y aspiraciones distintivos y plurales, pero moralmente transformados. La idea aristotélica del perfeccionamiento moral es igualmente corregida mediante un enfoque holista de la transformación conjunta de nuestros intereses y aspiraciones, en la que el papel de la prudencia viene a ser sólo una parte dentro de un planteamiento general de la aplicación (experimental y autocorrectiva) de la inteligencia a los problemas morales, entendiendo esa misma aplicación de comprensión de los problemas morales como una obligación moral.¹¹

Tanto como la obligación moral, la racional se constituye a la vez en el ethos del pensar y el hacer prácticos, constitutivos del sujeto moral que guía sus acciones a través de la concepción de vida que

10. PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen. *Normas y valores*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2008, p. 43.

11. PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen. *Normas y valores*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2008, p. 43.

posea (con el uso del conjunto de valores y principios con los cuales guía su existencia concreta e intersubjetiva).

Decir que los valores expresan cosmovisiones de mundo o intereses humanos o culturales nos pone frente a la tensión escéptica clásica, que señala que los valores son propios y constitutivos del sujeto moral en contextos históricos específicos y comunitarios, y en tanto sea de este modo, se duda, por una parte, de la posibilidad de la universalización de un “Valor o Principio” tal como lo señaló Kant, y por otra parte se colocaría en duda la validez o veracidad de los “Valores y Principios”. Pero precisamente la tesis pragmática que ya la encontramos en Kant en términos trascendentales, es posible de ser destracendentalizada de modo lingüístico y pragmático con recursos racionales discursivos a la manera como Habermas o Rawls lo han entendido, para salvar la universalidad de las pretensiones valorativas y a la vez su veracidad, corrección o validez epistémica; en tanto, a lo que nos enfrentamos en realidad es a una concepción no relativista de los valores, sino a una concepción pluralista de los “Principios y Valores”. Así, cuando afirma Habermas que su Teoría de la Acción Comunicativa se funda básicamente en “Un concepto de entendimiento (*Verstandigung*) con un alto contenido normativo, opera con pretensiones de validez resoluble discursivamente y con presuposiciones pragmático-formales de “mundo” y remite la comprensión de los actos de habla a las condiciones de su aceptabilidad racional”.¹²

Entonces se presenta un doble problema, toda vez que se plantea un posible peligro en la objetividad del conocimiento y la confusión entre el mundo empírico o fáctico y la intersubjetividad o intramundanía de las relaciones culturales donde habitarían las proposiciones valorativas. Por tanto, se hace necesario introducir una hipótesis de Putnam, en el sentido que la búsqueda de objetividad en el conocimiento exige revisar nuestros presupuestos cognitivos, como forma de acceder al conocimiento. Esta idea se construye mediante la apuesta de destracendentalizar a Kant y pragmatizarlo, sin perder la dualidad epistémica prevista por él, a saber:

“En *Razón, Verdad e Historia*, he utilizado el término “argumento trascendental” exactamente en este sentido, un sentido que no está, como se podría pensar, en contraste con mi posición falibilista y antifundacionalista. En ese libro me he servido de un argumento de ese tipo para afirmar la existencia de una noción no relativista de la verdad, pero con eso no intento desarrollar otra cosa que una investigación sobre nuestras presuposiciones. Ciertamente, Kant consideraba tales investigaciones como una fuente de conocimientos a priori; un tipo de conocimiento según el cual ciertas cosas (verdad sintética a priori en la primera *Crítica*, verdad a priori de la razón práctica en la segunda, hasta ideales a priori relativos al sentimiento en la tercera) son necesariamente verídicas. No obstante, creo que Kant estaba desorientado, aunque de manera incomprendible, al sostener que la filosofía puede llegar a conclusiones a priori, a conclusiones inmutables e infalibles. Pero echaríamos por la borda lo que es cierto en Kant junto con lo que

12. HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2002, p. 9.



108

La crítica moral de la sociedad encerrada en lemas tales como libertad, igualdad, fraternidad, y la persecución de la felicidad, extrae su carácter moral del hecho de que invita a la reforma en nombre de algún valor o combinación de valores ya reconocidos (aunque quizás en una medida inadecuada) en todos los órdenes morales efectivos o en nombre de una versión de estos, refinada y extendida de modo que debe satisfacer la doble exigencia de racionalidad y generalidad.

es erróneo si descartáramos la idea según la cual, en filosofía, se hacen necesarias indagaciones sobre nuestras presuposiciones. Mi crítica hacia el relativismo se basa en que en un atento

examen indica que una posición de este tipo no existe en realidad¹³.

Desde Kant, y para el caso, pasando por Putnam y Habermas, se puede advertir la necesidad de mantener un concepto de lo trascendental, pero entendido en términos pragmáticos, es decir, que por una parte se supere todo tipo de relativismos sobre la veracidad de las proposiciones que versan sobre la realidad y en nuestro caso sobre la realidad de los Valores y Principios y, por otra, entender que toda proposición sobre la realidad es fundada desde lo lingüístico, como acceso mediado o interpretación del mundo de la vida en la que los participantes actúan intersubjetivamente haciendo valer sus cosmovisiones de mundo (valoraciones significativas de la realidad cultural). De este modo se hace necesario ganar en objetividad para el conocimiento sobre los “Principios y Valores” que informan hoy la comprensión del derecho contemporáneo.

Con lo anterior, no solo se atajan las objeciones escépticas y las objeciones relativistas en torno a la concepción sobre los “Principios y Valores”, sino se controlan las objeciones de aquellos que plantean una tesis aún más extrema, al considerar que todo intento de hablar sobre los “Valores y Principios” que informan a un sistema jurídico es propio de una tesis de corte iusnatural, con la carga que implica aclarar las distintas visiones iusnaturales existentes que devienen desde la antigua Grecia, pasando por la edad media y concluyendo en la modernidad que concibe al iusnaturalismo racionalista y an-

13. PUTNAM, Hilary. *El pragmatismo: un debate abierto*. Barcelona: Gedisa S.A., 1999, pp. 112-113.

tropológico. Pero atendiendo a este punto, Hart mismo se interesa por dilucidar la influencia de las visiones iusnaturales y el impacto que estas ejercen en la configuración teórica del derecho y señala que:

La pretensión de que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral tiene muchas variantes de importancia, no todas ellas conspicuas por su claridad. Hay muchas interpretaciones posibles de los términos claves “necesaria” y “moral” y ellas no siempre han sido distinguidas y consideradas separadamente por los partidarios o críticos. La forma más clara de expresión de este punto de vista, quizás porque es la más extrema, es aquélla asociada con la tradición tomista del derecho natural. Ella comprende una tesis doble: primero, que hay ciertos principios de verdadera moral o justicia, descubribles por la razón humana sin la ayuda de la revelación, aun cuando tienen origen divino. En segundo lugar, que las normas o leyes humanas que contradicen esos principios no son derecho válido. “*Lex iniusta non est lex*”. Otras variantes de este punto de vista general ven de modo diferente el status de los principios de la moral y las consecuencias de la contradicción entre el derecho y esta última. Algunos conciben a la moral no como principios inmutables de conducta, descubribles por la razón, sino como expresiones de actitudes humanas frente a conductas que pueden variar de sociedad a sociedad o de individuo a individuo¹⁴.

Esta preocupación de Hart en torno al relativismo de los “Valores y Principios” y el impacto que pueda tener una visión del derecho con un fuerte contenido metafísico, lo exhorta a dedicar los Capítulos VIII y IX de su obra *El concepto de*

derecho, escrito en el año de 1961, a plantearse varios interrogantes que son anticipatorios en el tiempo a hipótesis tipo Habermas, Putnam y Rawls, en el sentido del principio de universalidad, razonabilidad, intersubjetividad e interpretación del alcance de los contenidos valorativos del derecho, especificados en la aceptabilidad, corrección y validez de principios del tipo, por ejemplo, la justicia y la equidad de las relaciones sociales y de la configuración de sociedades bien ordenadas, que como lo hemos ya señalado, los principios son configuraciones culturales mediadas lingüística y pragmáticamente. En tal sentido presupone:

que las estructuras de la sociedad, incluida su moral aceptada, tiene que satisfacer dos condiciones formales, una de racionalidad y la otra de generalidad. Así, está implícito en tales críticas, en primer lugar, que las estructuras sociales no deben descansar en creencias cuyo error puede demostrarse y, en segundo lugar, que las protecciones frente al daño que la moral característicamente acuerda a través de las acciones y omisiones que requiere, debe extenderse por lo menos a todos los hombres que puedan y quieran aceptar tales restricciones. *Así la crítica moral de la sociedad encerrada en lemas tales como libertad, igualdad, fraternidad, y la persecución de la felicidad, extrae su carácter moral del hecho de que invita a la reforma en nombre de algún valor o combinación de valores ya reconocidos* (aunque quizás en una medida inadecuada) en todos los órdenes morales efectivos, o en nombre de una versión de éstos, refinada y extendida de modo que debe satisfacer la doble exigencia de racionalidad y generalidad¹⁵.

14. HART, Herbert. L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, pp. 194-195.

15. *Ibidem*. Pág. 227. La cursiva es mía.

Esta precomprensión de Hart aquí expuesta, en cuanto “sociedades encerradas en lemas morales como libertad, igualdad, fraternidad o la persecución de la felicidad”, permite construir juicios de familia del tipo visiones comprensivas del mundo o de doctrinas razonables tal y como Rawls las argumenta en *Teoría de la justicia o Liberalismo político*, o como Habermas lo explicita al señalar que los presupuestos de la intersubjetividad cultural se presupone en un mundo mediado en relaciones pragmáticas lingüísticas dadoras de sentido y en tanto esto sea de este modo, por ejemplo:

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”.¹⁶

El autor continúa con su explicación que siempre será tarea del juez, en este caso del juez constitucional como agente racionalizador del derecho, quien lo fundamenta a partir de los “Principios y Valores” contenidos ya en la Constitución que posee *per se* un corpus axiológico dador de sentido para el sistema jurídico en general, que a la vez se incorpora en la tradición de los derechos fundamentales. Al llegar a este punto podemos acceder ahora a un nuevo momento de configuración de

los “Principios y Valores”, entendidos estos en el corpus de los Derechos Fundamentales.

De la Constitución y de los derechos fundamentales como fundamento de la justicia constitucional

En la tradición jurídica occidental y como consecuencia de las dos grandes revoluciones emancipatorias de finales del siglo XVIII, la norteamericana de 1776 y la francesa de 1789, 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 garantes de la defensa de los “Principios”, los “Valores” y 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 ejerci-

16. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Trotta S.A., 2001, p. 317.

cio 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 el desarrollo de los derechos y principios en ella contenidos, como garantía suprema del contrato social y de las cláusulas emancipatorias.

Al respecto, por ejemplo, Gustavo Zagrebelsky ha redefinido el papel de la Constitución y por supuesto la tarea de las Altas Cortes Constitucionales en el entendido que:

La legitimidad de la Constitución depende entonces no de la legitimidad de quien la ha hecho y ha hablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar esas respuestas en la Constitución. En resumen: la Constitución no dice, somos nosotros los que la hacemos decir. En un momento como éste, habrá que subrayar suficientemente las responsabilidades de la ciencia constitucional *—comprendida en ella esa ciencia en acción que es la jurisprudencia constitucional— en el mantenimiento de un mínimo de caracterización constitucional de la época presente*. Es la revolución hermenéutica aplicada a la constitución¹⁷. (La cursiva es mía).

Veamos ahora cómo se han perfilado estas dos grandes tradiciones del constitucionalismo en la

fundamentación de los principios, los valores y los derechos, por una parte la Norteamericana y, por la otra, la europea continental y su impacto en Latinoamérica.

De la Constitución y de los Derechos Fundamentales en la tradición norteamericana

Es de importancia señalar que el Tribunal Constitucional es un aparato del sistema jurídico, inventado de arriba a abajo por el constitucionalismo norteamericano¹⁸, quien determinó el sentido y alcance de las cláusulas constitucionales especificando que las normas constitucionales se constituyen como reglas superiores del sistema jurídico, en tanto encarnan los valores y principios supremos de un ordenamiento jurídico, por determinación del pueblo constituido en asamblea o constituyente básico o primario determinante del telos social y político. Sobre tal supremacía se construye el parámetro de validez de todas las demás 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 derecho¹⁹.

En Estados Unidos, y distinto de alguna manera a la tradición europea continental, la Constitución

17. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: Editorial Trota S.A., 2005, p. 88.

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

19. *Ibidem*. P. 123.

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*)”²⁰. 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 en 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 Principios, los Valores y los Derechos Fundamentales como mandatos o cláusulas inalterables.

112

En nuestras tradiciones jurídicas positivas seguimos discutiendo sobre el privilegio constitucional, pero sobre todo el de la justicia constitucional. Aún nos escandalizamos cada vez que nuestra Corte Constitucional asume el rol de garante de la constitucionalidad del sistema jurídico; pero aún más cuando privilegia “Principios, Valores y 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 227 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 y la justicia constitucional se funden, en el sentido que Constitución en el vocablo más lato implica, a la vez, la

constitución de “Derechos, Valores y Principios”, por esto, sus cláusulas son altamente privilegiadas en todo debate jurídico, pero sobre todo en la legitimidad y validez del sistema, que no se entiende sino como garante de los derechos y libertades del pueblo americano, que encarnan lo más significativo de la moral o de los valores de la sociedad que se ha constituido en relaciones intersubjetivas y pragmáticas. Esta observación 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 nítida que tenemos de la tradición y vinculación entre “Constitución, Principios, Valores y Derechos Fundamentales”, en el entendido que vale la pena decir que los Derechos, los Principios, los Valores, fundamentan la Constitución y ella funda los derechos en sentido estricto. Esta enmienda, y de allí su valor no solo 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, que privilegia anticipatoriamente la democracia constitucional como valor singular del pueblo americano. En este punto, Rawls insistirá al subrayar respecto de los dos principios de la justicia expuestos en su obra *Teoría de la justicia y liberalismo político*, a saber:

Lo primero es que considero estos principios como ejemplos del contenido de una concepción política liberal de la justicia. El contenido de tal

20. *Ibidem*. P. 125.

concepción lo dan tres características principales: primera, la especificación de ciertos derechos, libertades y oportunidades básicas (de la índole que se conocen en los regímenes democráticos constitucionales); segunda, la asignación de especial prioridad a esos derechos, libertades y oportunidades, especialmente en cuanto a las exigencias del bien general y de los valores perfeccionistas; y tercera, medidas que aseguren a todos los ciudadanos todos los medios apropiados para hacer el uso efectivo de todas sus libertades y oportunidades²¹.

En tal sentido, esta primera enmienda constitucional es la expresión del pueblo americano, que tiene como fin último y supremo establecer el límite al poder legislativo al decir 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”²². 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 Principios, Valores y Derechos Fundamentales, como fuente de fundamentación de la legitimidad del sistema jurídico y político y, por lo tanto, del sistema constitucional garante de los derechos especificados como visones del mundo de las aspiraciones sociales y culturales del pueblo americano, que se funden en relaciones pragmáticas comprensivas de fines intersubjetivos o culturales previamente configurados por las aspiraciones de los anhelos e intereses humanos, que aunque

diferentes pueden ser compartidos a través de la edificación constitucional democrática y consensuada en sus proyectos de existencia compartida o universalizada de modo racional o razonable.

De lo señalado, y sobre todo de la incorporación de la primera enmienda a la Constitución norteamericana y de la limitación al Congreso para 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 este de singular significación jurídica y política, en el entendido que tal mandato dotó de poder al Tribunal Supremo Americano 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 existencia pragmática lingüística de proposiciones jurídicas o que 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 incorporan “Principios” y “Valores”, reservando así un poder de cierre del sistema a la Corte federal, que va más allá del poder legislativo.

En este punto específico, ya Hart aclaraba respecto a lo que ha entendido como: “*La influencia de la moral sobre el derecho*”, a saber:

113

21. RAWLS, John. *Liberalismo político*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica S.A., 1996, pp. 31-32.

22. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991, p. 126.

El derecho de todo Estado moderno muestra en mil puntos la influencia de la moral social aceptada como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran en el derecho ya abruptamente y en forma ostensible por vía legislativa, ya en forma silenciosa y de a poco a través del proceso judicial. En algunos sistemas, como en los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos. En otros sistemas, como Inglaterra, donde no hay restricciones formales a la competencia de la legislatura suprema, su legislación puede, sin embargo, conformarse escrupulosamente, en grado no menor, a la justicia o a la moral. *Las formas adicionales en que el derecho refleja la moral son numerosísimas, y todavía no han sido suficientemente estudiadas: las leyes pueden ser una mera envoltura jurídica y su texto expreso exigir que esa envoltura sea llenada con la ayuda de principios morales;* el campo de los contratos exigibles puede ser limitado tomando en cuenta concepciones de moral y equidad; la responsabilidad por delitos civiles y criminales puede estar adecuada a los puntos de vista predominantes sobre responsabilidad moral. *Ningún “positivista” podría negar que son hechos, o que la estabilidad de los sistemas jurídicos depende en parte de tales tipos de concordancia con la moral. Si es esto lo que se quiere decir al hablar de la conexión necesaria del derecho y la moral, su existencia debe ser concedida*²³. (La cursiva es mía)

Hart agrega al respecto de “La Interpretación”.

Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, *se hace pa-*

tente, como hemos visto en el capítulo VI, que la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa. Al interpretar las leyes o los precedentes, los jueces no están limitados a la alternativa entre una elección ciega y arbitraria, por un lado, y la deducción “mecánica”, a partir de reglas con significado predeterminado, por otro. *Con mucha frecuencia su elección está orientada por el presupuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que tras las reglas no hay la intención de cometer una injusticia o la de atentar contra principios morales establecidos. La decisión judicial, especialmente en materia de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado; porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta clara.* En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten de calificar de “legislativa” a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la “ponderación” y el “balance” característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto²⁴.

23. HART, Herbert L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998. Traducción de Genaro R. Carrió, pp. 251 a 253.

24. HART, Herbert L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998. Traducción de Genaro R. Carrió, pp. 251 a 253. La cursiva es mía.

Con argumentos como los señalados, en los que se hace patente el procedimiento de configuración del derecho en general y de la protección del sistema de “Principios”, “Valores” y “Derechos Fundamentales” en particular que realiza la Corte federal norteamericana, por ejemplo, a través del precedente judicial o el así llamado derecho de los jueces, en el propósito del presente artículo de investigación, y en tanto ilustra un mecanismo de acceso a la comprensión de configuración pragmática del derecho, que hace un uso extensivo de los recursos lingüísticos y racionales mediante la hermenéutica comprensiva que debe poder ponderar o ajustar las proposiciones de sentido que portan los Principios, los Valores y los Derechos Humanos, constata el proceder del juez que debe ser capaz de propiciar la maximización de la existencia de tales principios y derechos sin los cuales se tornaría en inexistente la supervalorada democracia constitucional, que de suyo arrastra una consideración igualmente valorativa, en tanto expresa una visión comprensiva de la realidad pragmática compartida intersubjetivamente por todos los miembros de una sociedad determinada, como lugar esclarecedor del contenido de las visiones de mundo, de los intereses y, por supuesto, de las visiones comprensivas de las realidades socioculturales ya existentes.

Así, se torna importante insistir en que el criterio de Constitución como norma suprema o cláusula superior y la creación del Tribunal Constitucional, son la invención del constitucionalismo norteamericano. Hecho este que desde finales del siglo XX y principios del XXI ha impactado a la tradición jurídica europea continental y latinoamericana, constituyéndose de gran importancia para la construcción de la así llamada “justicia



La “justicia constitucional” que gira en torno precisamente a la defensa de la democracia, los derechos fundamentales, los principios y los valores como horizontes de sentido significativo, en tanto, expresan una visión de mundo compartido que involucra sentimientos morales, proyectos de vida y aspiraciones de justicia y dignificación de la condición de la persona humana.

115

constitucional” que gira en torno, precisamente, a la defensa de la democracia, los derechos fundamentales, los principios y los valores como horizontes de sentido significativo, en tanto, expresan una visión de mundo compartido que involucra sentimientos morales, proyectos de vida y aspiraciones de justicia y dignificación de la condición de la persona humana. En estas consideraciones Habermas tiene razón al señalar que: “La verdad de un enunciado parece que sólo puede ser garantizado por su coherencia con otros enunciados ya

aceptados”²⁵, y tal aceptación puede ser probada de modo pragmático, en el entendido de la extensión racional y teórica que asumimos a la hora de hacer un uso del lenguaje con sentido significativo para tomar decisiones frente al mundo de la vida, que al oponernos resistencias nos obliga a tener en cuenta las múltiples visiones de la realidad que se nos transforma en plural y por lo tanto, nos exige hacer un uso pragmático del lenguaje para ponernos de acuerdo razonablemente en el mundo frente a nuestras expectativas sociales, política y morales.

116 En este punto parecería que Zagrebelsky, quien entiende que la interpretación de la Constitución es un acto que *relaciona un pasado constitucional asumido como valor y un futuro que se nos ofrece como problema para resolver en la continuidad*, para alcanzar la conciencia histórico-cultural del acontecimiento constitucional del que somos partícipes y alimentada a la luz de casos siempre nuevos e imprevisibles²⁶. (La cursiva es mía)

La consolidación de la idea de la “justicia constitucional” fue el producto del sonado e histórico caso *Marbury Vs. Madison de 1803*, obra del mítico juez Marschall, quien 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”²⁷. La solución del juez *Marschal* es el precedente judicial que a la vez fue constituido como un principio capital del derecho público norteamericano, en el entendido, que se transforma en la obligación y la vinculación más fuerte del juez a la Constitución y en el principio de control constitucional de todo el sistema jurídico y judicial.

Para la historia, esta sentencia de 1803, constituida en precedente judicial, ha sido entendida como el *principio del control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes*. Principio que se ha erigido en pieza fundamental del sistema jurídico e incluso de la sociedad americana en su integridad, como condición básica de existencia, en tanto mantiene a la sociedad pragmática y racionalmente unida a las visiones de mundo compartidas intersubjetivamente por el conjunto de principios morales que la atan a ella. 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 necesaria 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 esta sobre la ley, y a la vez, observar cómo se constituye el precedente judicial construido por el juez en fuente de fundamentación de los Principios, Valores y Derechos Fundamentales.

25. HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 47.

26. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: Editorial Trota S.A., 2005, p. 90.

27. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*. Madrid, 1981, p. 10.

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”²⁸.

El juez constitucional, como agente racionalizador del derecho, es el encargado de fundamentar, a partir de los Principios y Valores contenidos en la Constitución y los Derechos Fundamentales que comportan un corpus axiológico dador de sentido para la vida en general y para el sistema jurídico en particular. Desde esta perspectiva, y pasando de la tradición norteamericana, veamos lo que aconteció en la tradición jurídica europea continental y latinoamericana inscritas en sistemas jurídicos positivos.

De la Constitución y de los Derechos Fundamentales en la tradición europea continental y latinoamericana

Luego de acceder a la búsqueda de fundamentación de los “Principios, Valores y 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 a la justicia constitucional y a la prevalencia que debían tener “los Principios y los Valores” sobre la ley.

Sorprende que la concepción del juez Marschall, declarada en su sentencia que era el principio que debía suponerse esencial en todas las constituciones escritas, en el entendido que una ley que contradice “los Valores o Principios” e incluso a la Constitución debe ser declarada nula, no penetrase en la Europa de los siglos XVIII y XIX, donde tanto influyó la revolución americana.

La idea de Constitución que tuvieron los revolucionarios franceses, en ese aspecto, no es muy distinta de la que tuvieron los constituyentes norteamericanos. Por ejemplo, encontramos en el texto básico de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en el Preámbulo 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 Constitución²⁹.

La Declaración citada señala en su artículo 2, que el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescripti-

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

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



118

El juez constitucional como agente racionalizador del Derecho, es el encargado de fundamentar a partir de los Principios y Valores contenidos en la Constitución y los Derechos Fundamentales que comportan un corpus axiológico dador de sentido para la vida en general y para el sistema jurídico en particular.

bles 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”, 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”³⁰ y, por tanto también de los que se formulan contra la ley o imponen a esta límites. En este sentido, 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 vía de la Constitución”.

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 “Principios, Valores y 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 fue por tanto tardía; concretamente se gestara esta opción hasta 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 solo tribunal. El proyecto de Constitución austriaca de 1920 introduce en Europa un nuevo tipo de justicia constitucional, opuesto al modelo americano genuino en el que todos los tribunales lo ejercen, si bien esta pluralidad de fuentes de decisión sobre la constitucionalidad

30. *Ibidem*.

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 que:

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... En cambio que en el modelo europeo, 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 juzgada³¹.

El profesor Favoreu, siguiendo una visión de positivismo clásico, en 1992 se refiere a la inconveniencia que tienen los tribunales constitucionales cuando estos se inmiscuyen en las decisiones del legislador, este prejuicio es propio de los ilustrados de los siglos 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 afirmaría, “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: “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 positivismo a ultranza o formalismo radical, en el sentido que la ley obliga al juez a su aplicabilidad y le exige su estricto cumplimiento, en cuanto no le es permitido hacer consideraciones de índole axiológica o predicamentos éticos y filosóficos.³²

Por lo tanto, el hecho de que Hans Kelsen hubiese construido un modelo concentrado de control de constitucionalidad de la ley, en la Corte o Sala de Constitucionalidad no puede confundirse con el activismo judicial del juez americano, quien en verdad construye una justicia constitucional en sentido estricto. En Europa es solo después de la segunda postguerra, concretamente en Alemania hacia el año de 1951, que se constituye un tribunal constitucional que procurará dispensar una

31. FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*, Madrid: Editorial Ariel S.A., 1994, pp. 15 y 16.

32. DUARTE CUADROS, Rubén Alberto. La discrecionalidad en sede judicial. Bogotá, *Revista Nueva Época*, No. 24, año XI, junio 2005, Universidad Libre, p. 115.

justicia constitucional, que básicamente girará en torno a la defensa de la misma Constitución, de los Derechos Fundamentales, de sus Principios y Valores.

Puede decirse que solo hasta este momento era inexistente una Corte Constitucional capaz de construir precedente judicial, que en materia de “Principios, Valores y Derechos” obligara a los poderes públicos y al juez simultáneamente a su acatamiento. En este punto es oportuno el comentario de Robert Alexy, quien a propósito dirá: “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”.³³ Podemos hacer extensiva esta tesis de Robert Alexy a una Teoría de los Principios y Valores construidos por vía de interpretación y argumentación comprensiva de las distintas visiones pragmáticas de mundo, en tanto posibilidades de ampliación hermenéutica comprensiva de la realidad en la que habitan las proposiciones jurídicas en una visión pluralista de mundo compartido ya lingüísticamente.

Acceder a una visión pluralista de un mundo compartido por visiones omnicomprendivas implica entonces que una Constitución debe insertarse en principios universales y una regulación de

compatibilidad sobre la solución de colisiones y puntos de equilibrio, que exige mirar la aplicación de la Constitución a partir de la realidad, ahora lo que interesa entonces es encontrar la voluntad constituyente que expresan las fórmulas como inicio de respuesta a los problemas políticos y sociales de nuestro tiempo³⁴.

Hasta aquí podemos decir que la tradición americana de la justicia constitucional llega a Europa solo después de mediados del siglo XX; en América Latina la experiencia de las cortes constitucionales defensoras de Derechos, Principios y Valores como fundamento de la justicia social es una experiencia de finales del siglo XX; y en Colombia es una experiencia ganada hasta 1991, en cuanto buscar acercarnos a la defensa, promoción y fundamentación constitucional de los Derechos, Principios y Valores.

Con estas ideas y la reconfiguración conceptual surge 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 Principios, Valores y Derechos Fundamentales, con un inusitado interés de carácter iusfilosófico, ético y moral. Esos criterios mutan el estudio del derecho, al tiempo que tienden a transformar la cultura jurídica, en el entendido que no es posible hoy concebir el derecho como un sistema de reglas o normas previstas positivamente en el ejercicio del poder del Estado, sino la incorporación de un conjunto de principios o iusfundamentos que superan el

33. ALEXY, Robert. 2003, p. 35.

34. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: Editorial Trota S.A., 2005, pp. 87-88. La cursiva es mía.

marco legal; por tanto, la fundamentación del sistema jurídico y su hermenéutica se traslada hacia la constitucionalización del derecho en general y, con ello, hacia la construcción de una justicia constitucional que forja un nuevo telos hermenéutico fundado en principios y valores, que en el marco de esta investigación se construye con presupuestos lingüísticos pragmáticos y racionales del tipo Kant, Habermas, Rawls, Putnam, Dworkin, Hart, Robert Alexy, Zagrebelsky, etc., y crea un corpus comprensivo de la cultura jurídica contemporánea. En tal sentido propongo las siguientes conclusiones provisionales de este trabajo investigativo.

Conclusiones provisionales

A modo de conclusiones puede decirse que la búsqueda de fundamentación de los derechos fundamentales, de los Principios y Valores 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 Principios, Valores y Derechos Fundamentales que, a la vez, solo pueden ser entendidos como cláusulas preferentes por sus altos contenidos valorativos, puesto que se fundan en principios. Esta circunstancia “presenta tres características que a veces han sido conside-

radas de algún modo incompatibles entre sí: los derechos fundamentales, los principios y valores son derecho positivo, son derechos naturales y se concretan jurisprudencialmente”³⁵.

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, que: “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”.³⁶ 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 ético-morales en el más genuino de los sentidos, queremos significar que por su contenido y no por su forma, los derechos fundamentales suelen ser considerados como la plasmación jurídica-positiva de derechos de contenido ético-moral, 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”³⁷. Al respecto el filósofo del derecho,

121

35. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 236.

36. ZAGREBELSKY, Gustavo, 1995, p. 116.

37. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 236.

Gregorio Peces Barba, escribe: “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 este campo del derecho de los derechos fundamentales”³⁸.

En el tercer caso, y tal como lo asumimos antes, respecto a la cláusula de preferencia de la Constitución y de los Principios, los Valores y los Derechos Fundamentales, como lo ha concebido la tradición americana y lo aceptan Habermas, Rawls, Putnam, Dworkin y Robert Alexy en el entendido que los Principios, los Valores y 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 puede afirmarse 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 principios, valores y derechos fundamentales en particular y, en tal sentido una visión pluralista y pragmática de la realidad con la que nos enfrentamos en nuestro mundo sociocultural y político presente.

Por último, en principio parece sorprendente que: 1) la explicitación de los principios, los valores y los derechos fundamentales, en términos de una teoría pragmática del derecho cuando hace un uso extensivo de los recursos lingüísticos racionales, sirvan para confirmar tres teorías que en su naturaleza se presentan como contradictorias entre sí, como el positivismo, el iusnaturalismo y el realismo jurídico, pero que considerando sus métodos de acción, en realidad, significa que ninguna de estas teorías es suficiente para poder explicar y fundamentar las diversas dimensiones comprensivas de los derechos fundamentales; 2) que todas ellas son necesarias en su específica dimensión para poder comprender y fundamentar adecuadamente los derechos, valores y principios. De ahí que todas convocan nuestra condición de defensores de la justicia y de los principios morales desde las distintas visiones de mundo compartidas culturalmente en procesos intersubjetivos, vinculando a la pretensión de maximizar la realización de la dignidad humana como expresión de la condición de ser personas solidarias y reconocedoras de las diferencias plurales.

Bibliografía

APEL, Kart-Otto. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Introducción de Adela Cortina. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 1998.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO de 1789.

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

- DUARTE CUADROS, Rubén Alberto. La Discrecionalidad en sede judicial, *Revista Nueva Época*, Bogotá, D.C., No. 24, año XI, junio 2005, Universidad Libre.
- FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*. Madrid: Editorial Ariel S.A., 1994.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*. Madrid (España). Editorial Civitas S.A., 1981.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid (España). Editorial Civitas S.A., 1991.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 1997.
- HART, L.A., Herbert. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo- Perrot, 1998. Traducción de Genaro R. Carrió.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2002.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2001.
- PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo. Un debate abierto*. Barcelona: Gedisa S.A., 1999.
- PUTNAM, Hilary; HABERMAS, Jürgen. *Normas y Valores*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2008.
- RAWLS, John. *Liberalismo Político*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1996.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: Editorial Trota S.A., 2005.