



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO LA MEJOR SEGURIDAD DE SU CUMPLIMIENTO.**

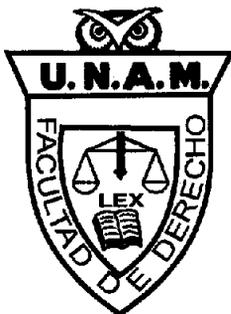
## TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

**ERIKA GARCIA LANDEROS**

ASESOR: **PROF. ARTURO BERUMEN CAMPOS**



MEXICO, D. F. 2005

m344211



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mi hija mariana.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la  
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el  
contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: ERIKA GARCÍA LAZAROS

FECHA: 19 / MAYO / 2005

FIRMA: 

## AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a mis padres por haberme brindado su apoyo siempre, pero principalmente por su cariño y comprensión y por ser un modelo en mi vida.

A mis hermanos por su apoyo y su cariño.

A mis tíos porque siempre están conmigo y porque son un ejemplo de constancia y superación. Especialmente a mi tía Ana por el gran cariño que nos une.

A mi abuelita, a quien no terminaría de agradecer todo lo que me ha dado.

A mi tía la señora Asunción Rivas, por haber tenido el placer de que nuestras vidas coincidieran.

Quiero agradecer especialmente a mi esposo por toda su ayuda para la elaboración de este trabajo, por su amor y comprensión.

A mi hija, que es mi motivación y que sembró en mí la preocupación por el respeto a los derechos humanos.

A todos los maestros que han tenido la generosidad de enseñarnos algo, especialmente al maestro Arturo Berumen Campos, asesor de este trabajo, porque sin su interés y comprensión este trabajo no hubiera sido posible.

También quiero darles las gracias a todas las personas que me han brindado su ayuda y su tiempo en mi trayecto escolar, especialmente al Ingeniero Ignacio Hernández y a la Química Isabel Hernández por todo su apoyo, pero sobretodo por ser mis amigos.

Finalmente agradezco a Dios por haber puesto a todas estas personas en mi camino y por toda la riqueza que hay en mi vida.

# ÍNDICE

PÁG.

INTRODUCCIÓN..... 1

## CAPÍTULO I

### TEORÍA DEL PRINCIPIO DE LA CONSISTENCIA GENÉRICA DE ALAN GEWIRTH.

1.1. Acerca del autor.....	1
1.2. Concepto de derechos humanos.....	3
1.2.1. Condiciones generales para la acción.....	3
1.2.2. Que tienen todos los seres humanos.....	4
1.2.3. Que todos los seres humanos están obligados a cumplir.....	4
1.3. Fundamento de los derechos humanos.....	5
1.3.1. Exigencias y derechos.....	6
1.3.2. Necesidad normativa.....	8
1.3.3. Inconsistencias lógicas.....	9
1.3.4. Método dialéctico.....	10
1.3.5. Derechos prudenciales, derechos humanos y derechos morales.....	13
1.3.6. Principio de la Consistencia Genérica.....	15
1.3.7. Capacidad de actuar.....	18
1.4. Clasificación de los derechos humanos.....	21
1.4.1. Derecho a la libertad.....	21
1.4.2. Derecho al bienestar.....	23
1.4.2.1. Básicos.....	23
1.4.2.2. No sustractivos.....	23

1.4.2.3. Aditivos.....	24
Cuadro: Clasificación de los derechos humanos.....	25
1.5. Conflictos entre los derechos humanos.....	26
1.5.1. Criterios para la solución de conflictos.....	28
1.5.1.1. Aplicaciones directas del Principio de la Consistencia Genérica.....	29
1.5.1.1.1. La evitación o eliminación de la inconsistencia transaccional.....	30
1.5.1.1.2. El grado de necesidad para la acción.....	31
1.5.1.2. Aplicaciones indirectas del Principio de la Consistencia Genérica.....	32
1.5.1.2.1. Aplicaciones procedimentales.....	33
1.5.1.2.1.1. Optativas.....	33
1.5.1.2.1.2. Necesarias.....	33
1.5.1.2.2. Aplicaciones instrumentales.....	33
1.5.1.2.2.1. Estáticas.....	34
1.5.1.2.2.2. Dinámicas.....	34
Cuadro: Criterios de solución de conflictos.....	34
1.6. Clases de derechos que deben recibir imposición jurídica.....	35
1.6.1. Justificación estático-instrumental de las reglas sociales.....	35
1.6.2. Justificación dinámico-instrumental de las reglas sociales.....	36
1.6.3. Justificación necesario-procedimental de las reglas sociales.....	38
1.7. Libertades civiles.....	38

1.8. Visiones acerca de cómo los derechos económicos y sociales figuran en la imposición y protección jurídica de los derechos humanos.....	40
1.8.1. Primer enfoque. Los derechos económicos y sociales no son universales.....	40
1.8.2. Segundo enfoque. Los derechos económicos y sociales son más importantes que los derechos civiles y políticos.....	43
1.9. Justificación del orden jurídico y político.....	45
1.10. Críticas.....	46
1.10.1. Concepto restrictivo.....	46
1.10.2. Fundamento puramente lógico.....	47
1.10.3. Solución de conflictos.....	47

## **CAPÍTULO II**

### **TEORÍA DEL GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI.**

2.1. Acerca del autor.....	49
2.2. Definición de derechos fundamentales.....	51
2.2.1. Características de la definición.....	52
2.2.1.1. Definición teórica.....	52
2.2.1.2. Definición formal o estructural.....	53
2.2.2. Elementos.....	55
2.2.2.1. Todos aquellos derechos subjetivos.....	55
2.2.2.2. Que corresponden universalmente a todos los seres humanos.....	55
2.2.2.3. En cuanto dotados del estatus de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar.....	57

2.3. Una teoría de la democracia constitucional. Cuatro tesis fundadas en la definición de derechos fundamentales.....	59
2.3.1. Derechos fundamentales y derechos patrimoniales.....	60
2.3.1.1. Motivos de la confusión.....	60
2.3.1.1.1. En que consiste la confusión.....	60
2.3.1.1.2. Ejemplos.....	62
2.3.1.2. Diferencias.....	63
Cuadro: Diferencias entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales.....	63
2.3.1.3. La polémica no es contra la propiedad privada.....	65
Cuadro: Dimensiones de la democracia.....	66
2.3.2. Los derechos fundamentales y la democracia sustancial .....	66
2.3.2.1. La estipulación y la garantía de los derechos fundamentales.....	66
2.3.2.2. Dimensión sustancial de la democracia.....	67
2.3.2.3. Posiciones contrarias.....	68
2.3.2.4. La relación sustancial entre los derechos fundamentales y la democracia constitucional.....	69
2.3.2.5. La filosofía contractualista. Origen del paradigma de la democracia constitucional.....	73
2.3.2.6. Relación entre política y derecho.....	75
2.3.3. Los derechos fundamentales y la ciudadanía.....	76
2.3.3.1. Los derechos fundamentales son supraestatales.....	77
2.3.3.2. Tesis contraria.....	77
2.3.3.3. Relanzamiento de la tesis.....	78

2.3.3.4.	Lagunas y antinomias.....	80
2.3.3.5.	Soberanía estatal. Ya no es más <i>potestas legibus soluta</i> .....	82
2.3.3.6.	Un constitucionalismo mundial puede ser real....	83
2.3.4.	Los derechos fundamentales y sus garantías.....	85
2.3.4.1.	Diferencias.....	85
2.3.4.2.	Tesis contraria.....	86
2.3.4.3.	Porque es necesario distinguir los derechos de sus garantías.....	87
2.3.4.4.	El derecho positivo es un sistema nomodinámico.....	88
2.3.4.4.1.	Antinomias.....	89
2.3.4.4.2.	Lagunas.....	90
2.3.4.5.	Los derechos existen en tanto que producidos y no como deducidos.....	93
2.3.4.6.	Coherencia y Plenitud.....	94
2.4.	El paradigma constitucional.....	98
2.4.2.	Positivismismo jurídico. Revoluciones.....	98
2.4.3.	Condiciones de validez de las leyes.....	99
2.4.4.	La jurisdicción y la ciencia del derecho.....	101
2.5.	Características de los derechos fundamentales.....	102
2.5.1.	La forma universal de su imputación.....	102
2.5.2.	Son establecidos por normas téticas.....	104
2.5.3.	Indisponibles e Inalienables.....	104
2.6.	Clasificación de los derechos fundamentales.....	106

2.6.1. Subjetiva.....	106
2.6.1.1. Derechos humanos.....	107
2.6.1.2. Derechos públicos.....	107
2.6.1.3. Derechos civiles.....	107
2.6.1.4. Derechos políticos.....	107
Cuadro: Clasificación subjetiva de los derechos fundamentales.....	108
2.6.2. Objetiva.....	109
2.6.2.1. Derechos primarios o sustanciales.....	110
2.6.2.1.1. Derechos de libertad.....	110
2.6.2.1.2. Derechos sociales.....	110
2.6.2.2. Derechos secundarios o formales.....	110
2.6.2.2.1 Derechos civiles.....	111
2.6.2.2.2. Derechos políticos.....	111
Cuadro: Clasificación objetiva de los derechos fundamentales.....	111
2.7. Tipos de libertad. Libertad negativa y libertad positiva. Derechos de libertad y derechos de autonomía.....	113
2.7.1. Confusiones.....	113
2.7.2. Libertad negativa y libertad positiva.....	114
2.7.3. Libertad negativa y libertad positiva. Significados específicamente jurídicos.....	115
2.7.4. Figuras deónicas.....	118
2.8. Fundamento de los derechos fundamentales.....	121
2.8.1. Diferencias entre los distintos tipos de fundamentos.....	122
2.8.2. Criterios axiológicos.....	123

2.8.2.1. La igualdad. La aporía de la ciudadanía y la convivencia de las diferencias.....	126
2.8.2.1.1. Cuatro modelos de configuración jurídica de las diferencias.....	126
2.8.2.1.2. Que es la igualdad.....	129
2.8.2.1.3. Igualdad y desigualdad jurídica.....	131
2.8.2.1.4. Dimensiones de la igualdad.....	132
2.8.2.1.5. Relación con los derechos fundamentales.....	133
2.8.2.1.6. Diferencias, desigualdad y discriminaciones.....	134
2.8.2.1.7. Calidad o valor axiológico de la igualdad.....	134
2.8.2.1.8. Discriminación sexual y garantías sexuadas de la diferencia.....	135
2.8.2.1.9. Diferencias, igualdad y derecho sexuado.....	138
2.8.2.1.10. Conflictos.....	139
2.8.2.1.11. Ciudadanía universal.....	140
2.8.2.2. La democracia constitucional. El método democrático y los conflictos entre derechos.....	143
2.8.2.2.1. Nexo de los derechos fundamentales con la democracia constitucional.....	143
2.8.2.2.2. Distintas dimensiones de la democracia.....	144
2.8.2.2.3. Naturaleza y caracteres del Estado democrático-constitucional de derecho.....	145
2.8.2.2.4. Conflictos entre derechos.....	150
Cuadro: Conflictos.....	151

2.8.2.3. La paz. El derecho a la autodeterminación de los pueblos.....	153
2.8.2.3.1. Derechos fundamentales y su nexos con la paz.....	154
2.8.2.3.2. La paz internacional.....	154
2.8.2.3.3. La autodeterminación de los pueblos.....	157
2.8.2.4. La tutela del más débil. Las falacias del relativismo cultural.....	162
2.8.2.4.1. Los derechos fundamentales y su nexos con la tutela del más débil.....	163
2.8.2.4.2. Las falacias del relativismo cultural.....	163
2.9. Conflictos.....	170
2.10. Futuro del Garantismo Constitucional.....	173
2.10.1. Absolutismos derrotados.....	173
2.10.2. El constitucionalismo democrático. Un programa para el futuro.....	174
2.11. Críticas.....	175
2.11.1. La pretendida universalidad de los derechos fundamentales.....	175
2.11.2. Derechos absolutos.....	176
2.11.3. La democracia.....	177

**CAPÍTULO III**  
**TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRINCIPIOS DEL DISCURSO DE ROBERT ALEXY.**

3.1. Acerca del autor.....	178
3.2. Concepto de derechos fundamentales y de derechos humanos.....	180
3.2.1. Estructura de la disposición de derecho fundamental.....	180

3.2.2. Reglas y principios.....	181
3.2.2.1.Reglas.....	181
3.2.2.2. Principios.....	182
3.2.3. Las disposiciones de derecho fundamental como reglas o como principios.....	183
3.2.3.1. Modelo puro de reglas.....	183
3.2.3.1.1. Derechos fundamentales otorgados sin reserva alguna.....	183
3.2.3.1.1.1. Restricción de carácter lógico- jurídica inmanente.....	184
3.2.3.1.1.2. Restricción socialmente inmanente.....	184
3.2.3.1.1.3. Restricciones moralmente inmanentes.....	185
3.2.3.1.2. Derechos fundamentales otorgados con reserva simple.....	186
3.2.3.1.3. Derechos fundamentales otorgados con reserva calificada.....	187
3.2.3.2. Modelo puro de principios.....	189
3.2.3.3. Modelo regla/principios.....	190
3.2.3.3.1. Nivel de los principios.....	190
3.2.3.3.2. Nivel de las reglas.....	192
3.2.3.3.3. El carácter doble de las normas de derecho fundamental .....	193
3.2.4. Definición de disposición de derecho fundamental.....	194
3.3. Estructura y clasificación de los derechos fundamentales.....	194
3.3.1. Clasificación de los derechos fundamentales.....	195

3.3.1.1. Derechos a algo.....	196
3.3.1.1.1. Derechos a acciones negativas (derechos de defensa).....	196
3.3.1.1.1.1. Derechos a que el Estado no impida o no obstaculice determinadas acciones.....	197
3.3.1.1.1.2. Derechos a la no afectación de propiedades y situaciones.....	199
3.3.1.1.1.3. Derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas.....	199
3.3.1.1.2. Derechos a acciones positivas (derechos a prestaciones).....	201
3.3.1.1..2.1. Derechos a acciones positivas fácticas.....	201
3.3.1.1.2.2. Derechos a acciones positivas normativas.....	201
3.3.1.2. Libertades.....	202
3.3.1.2.1. Libertades no protegidas.....	203
3.3.2.1.1. Libertades no protegidas personalmente absolutas y personalmente relativas.....	204
3.3.2.1.2. Libertades no protegidas objetivamente absolutas y objetivamente relativas .....	205
3.3.1.2.2. Libertades protegidas.....	205
3.3.1.2.2.1. Protección directa y subjetiva.....	206
3.3.1.2.2.2. Protección indirecta y objetiva.....	207
3.3.1.3. Competencias.....	207
3.3.1.3.1. Competencias del ciudadano.....	208
3.3.1.3.2. Competencias del Estado.....	210

Cuadro: Clasificación de los derechos fundamentales.....	211
3.4. Derecho fundamental como un todo.....	212
3.5. Conflictos entre derechos fundamentales.....	213
3.5.1. Solución de conflictos de reglas.....	213
3.5.1.1. Excepción.....	213
3.2.1.2. Anulación.....	214
3.5.2. Solución de colisiones de principios.....	214
3.5.2.1. La ponderación.....	215
3.5.2.1.1. Relación de precedencia condicionada.....	215
3.5.2.1.2. Máxima de proporcionalidad.....	219
3.5.2.1.3. Ley de colisión.....	222
Cuadro. La ponderación.....	224
Cuadro: Ejemplo de ponderación.....	225
3.5.2.2. Objeciones.....	226
3.6. Fundamento de los derechos fundamentales .....	226
3.6.1. Argumento de autonomía.....	226
3.6.1.1. La fundamentación del principio de autonomía.....	227
3.6.1.1.1. Primera. Teórica.....	228
3.6.1.1.2. Segunda. Práctica.....	229
3.6.1.2. Autonomía y derechos.....	232
3.6.1.2.1. Un catálogo concreto de derechos humanos y fundamentales .....	233
3.6.2. Consenso.....	234

3.6.2.1. Objeciones.....	237
3.6.2.2. Contraobjeciones.....	240
3.6.2.2.1. Primer argumento.....	240
3.6.2.2.2. Segundo argumento.....	241
3.6.2.2.3. Tercer argumento.....	242
3.6.3. La democracia.....	244
3.7. Críticas.....	245
3.7.1. La ponderación.....	245
3.7.2. Concepto.....	246
3.7.3. Fundamento discursivo.....	246

## **CAPÍTULO IV CONFRONTACIONES ENTRE LAS TEORÍAS.**

4.1. Concepto de derechos humanos.....	247
4.1.1. Alan Gewirth.....	247
4.1.2. Luigi Ferrajoli.....	248
4.1.3. Robert Alexy.....	248
4.1.4. Comentarios.....	248
4.2. Clasificación de los derechos humanos.....	255
4.2.1. Alan Gewirth.....	255
4.2.2. Luigi Ferrajoli.....	256
4.2.3. Robert Alexy.....	256
4.2.4. Comentarios.....	257
4.3. Conflictos de los derechos humanos.....	262
4.2.1. Alan Gewirth.....	262

4.2.2. Luigi Ferrajoli.....	262
4.2.3. Robert Alexy.....	262
4.2.4. Comentarios.....	263
4.4. Fundamento de los derechos humanos.....	266
4.4.1. Alan Gewirth.....	266
4.4.2. Luigi Ferrajoli.....	267
4.4.3. Robert Alexy.....	267
4.4.4. Comentarios.....	267
4.5. Derechos Absolutos.....	271
Cuadro: Axiomas del garantismo penal.....	272
CONCLUSIONES FINALES.....	274
Cuadro comparativo de conclusiones.....	279
BIBLIOGRAFÍA.....	281

## INTRODUCCIÓN.

Es común escuchar que indagar el fundamento de los derechos humanos no es importante, sino proponer mecanismos institucionales para garantizar su cumplimiento. Es esta una postura limitada porque separa el fundamento de los derechos fundamentales de su eficacia, cuando, en realidad, el fundamento de los mismos parece ser un elemento muy importante para lograr una mayor eficacia de los derechos humanos.

El fundamento de los derechos fundamentales contribuye a su cumplimiento y respeto porque si las personas que son las titulares de los derechos y las autoridades que son las obligadas a respetarlos no están convencidos de su existencia, necesidad y obligatoriedad, entonces es muy difícil que se sientan inclinados a defenderlos o a respetarlos. Por ello, el fundamento de los derechos humanos es un argumento teórico que puede llegar a contribuir al convencimiento del cumplimiento de los derechos humanos. De esta manera indirecta, tal fundamento contribuye a la eficacia de los derechos.

El fundamento tradicional de los derechos humanos, el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, resulta insuficiente en la actualidad. Después de las críticas hegeliana, marxista y posmoderna al individualismo del sujeto moderno, ya no es posible fundamentar los derechos humanos en la "naturaleza racional del hombre" (1), porque tal naturaleza sólo es el resultado del propio discurso jurídico capitalista. (2)

---

1 Hegel, *Filosofía del Derecho*, UNAM, México, 1975, p.238, 233: "Pero la sociedad civil arranca al individuo de este lazo (familiar), aleja unos a otros a los miembros de este vínculo y los reconoce como personas autónomas (...) Así el individuo se ha tomado hijo de la sociedad civil, la cual tiene tantas pretensiones respecto a él, como derechos tiene él respecto a ella", Berumen, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, Cárdenas, México, 2003, pp. 78, 415 y ss.

2 Correas, Oscar, "Derecho y posmodernidad en América Latina" en *Crítica Jurídica*, núm. 22, México/Brasil, 2003, p. 108.

Pero no por ello podemos concluir, como hacen los marxistas y los posmodernos, que los derechos humanos sean pura ideología, es decir, que los derechos fundamentales solo sirvan para justificar intereses políticos o de clase y que no puedan fundamentarse racionalmente.

Al contrario, si utilizamos la interpretación que el maestro Berumen hace de la dialéctica hegeliana (3), podemos considerar que el fundamento de los derechos humanos es ideológico porque esta concebido de una manera abstracta, o sea de una manera unilateral y por lo tanto, lo que se requiere es conceptualizarlo de una manera completa, tomando en cuenta los aspectos relevantes más importantes.

Con ese objetivo, he tomado las teorías de tres de los autores actuales más importantes que proponen diversos fundamentos de los derechos humanos con el propósito de compararlos y confrontarlos, para obtener, a partir de sus aportaciones, una propuesta sintética o concreta del fundamento de los derechos fundamentales.

Tales autores son: Alan Gewirth, Luigi Ferrajoli y Robert Alexy. El primero nos puede aportar una adecuación moderna de la universalidad kantiana que caracteriza a los derechos humanos. Nos parece una teoría deontologista de los derechos fundamentales. El segundo, por su parte, nos puede aportar una visión consecuencialista de los derechos humanos, pues propone un fundamento teleológico-axiológico de los mismos. Y el tercero propone vincular los derechos humanos con la teoría del discurso que, es una de las maneras con las que se pretende enfrentar el reto de la posmodernidad a la racionalidad del mundo moderno.

---

3 Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, p.p. 356 y ss. y Smith, Steven B., *Hegel y el liberalismo político*, trad. Eric Herman, Ed. Coyoacán, México, 2003, pp. XVII, 9, 67, 83 y ss.

Analizamos, en cada autor, solamente cuatro aspectos: el concepto de los derechos fundamentales, su clasificación, la manera de resolución de conflictos entre los mismos y su fundamento. En las conclusiones proponemos un concepto sintético de cada uno de estos aspectos.

La única pretensión de este trabajo de tesis es hacer un ejercicio dialéctico de análisis y síntesis sobre el fundamento de los derechos fundamentales y de ninguna manera un estudio exhaustivo sobre el tema.

## CAPÍTULO PRIMERO.

### TEORÍA DEL PRINCIPIO DE LA CONSISTENCIA GENÉRICA DE ALAN GEWIRTH.

#### 1. 1. Acerca del autor.

Aunque no sea tan famoso como Dworkin y Rawls, la propuesta de Gewirth sobre los derechos humanos es una referencia necesaria para conocer la concepción liberal actual en relación con la fundamentación de los mismos. El tema central del que se ocupa Rawls es la justicia y, a pesar de que Dworkin se ocupa de los derechos de una manera importante, el problema de su fundamento es secundario para él.

En cambio, la teoría de Gewirth parece más completa pues se ocupa de los problemas centrales de los derechos humanos como son: su concepto, su clasificación, sus conflictos y su fundamentación o justificación.

Gewirth se inscribe, dentro de la corriente "analítico-liberal" que busca vincular a la tradición liberal con el kantismo. En este proyecto podemos ubicar al mismo Rawls con su teoría de la justicia como imparcialidad (4); a Hare y a Suigen con sus versiones del principio moral de la generalización. (5)

Con su "Principio de la Consistencia Genérica", sostiene el maestro Berumen, Gewirth le proporciona al imperativo categórico kantiano "la

---

4 Campell, Tom, *La justicia*, trad. Silvina Álvarez, Gedisa Editorial, Barcelona, 2002, p.110.

5 Hoerster, Norbert, *Problemas de ética normativa*, trad. Ernesto Garzón Valdez, Distribuciones Fontamara, México, 1997, p. 167.

concreción que tanto le reclamaron sus críticos, a la vez que el imperativo categórico kantiano, parece darle un fundamento sólido a la validez universal de los derechos humanos." (6)

Antes de comenzar a exponerlo, mencionaremos las obras más importantes de Gewirth: *The Generalization Principle* (El Principio de la Generalización) (1964); *Reason and Morality* (Razón y Moralidad) (1978), *La base y el contenido de los derechos humanos* (1981).

---

6 Berumen Campos, Arturo, *La Ética Jurídica como Redeterminación Dialéctica del Derecho Natural*, Ed. Cárdenas, México, 2000, pp. 431, 432.

## **1. 2. Concepto de derechos humanos.**

Para Alan Gewirth, los derechos humanos son "las condiciones generales para la acción que tienen todos los seres humanos y que todos los seres humanos están obligados a cumplir." (7)

A continuación se desglosarán los elementos de este concepto:

### **1.2.1. Condiciones generales para la acción.**

En este apartado comenzaremos por analizar el término acción sobre el cual, si bien tiene un significado muy general, existe una noción sociológica que pienso, describe el tipo de acción que Gewirth esta considerando en su teoría, esta noción es de Talcott Parsons quien señala en su "esquema de la acción" que esta implica

- Un agente o un actor.
- Un fin o futuro estado de cosas respecto al cual se orienta el proceso de la acción.
- Una situación inicial que difiera, en uno o más aspectos importantes, de la finalidad a la cual tiende la acción.
- Un determinado conjunto de relaciones recíprocas entre los precedentes elementos. (8)

En este sentido, la acción entraña un hacer que se orienta a un fin y que

---

7 Berumen, *La Ética Jurídica como Redeterminación Dialéctica del Derecho Natural*, p. 430.

8 Abbagnano, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, p. 12,13.

produce un cambio en el estado actual de las cosas, lo cual tiene algunas implicaciones en la atribución de derechos humanos a determinadas personas por estar sujeta a la capacidad de actuar de las mismas, a este respecto se abundará en el siguiente inciso.

Ahora bien, ¿Cuáles son las condiciones generales para poder actuar? Según Alan Gewirth son la libertad y el bienestar, las que incluso deben considerarse como rasgos genéricos de la acción.

La libertad y el bienestar se tratan en el apartado correspondiente a la clasificación de los derechos humanos.

### **1.2.2. Que tienen todos los seres humanos.**

Lo señalado en el inciso anterior respecto a la noción de la "acción" pone de manifiesto que el hacer al que se refiere Alan Gewirth no es un hacer cualquiera ya que el agente que realiza la acción debe ser un ser racional, capaz de tener propósitos, de establecer jerarquías y de decidir entre distintas alternativas. Lo anterior limita, en esta teoría, la atribución de derechos a las personas que carecen de esta capacidad, quienes no gozarían de ellos en forma plena, sino hasta el grado en que no resulten daños para ellas mismas ni para sus beneficiarios. Este tema es abordado por el autor en el apartado correspondiente a la "Capacidad de Actuar".

### **1.2.3. Que todos los seres humanos están obligados a cumplir.**

Generalmente el sujeto pasivo, a quien se asignan deberes de dar, hacer o abstenerse con respecto a los derechos humanos es el Estado, sin embargo, en ésta teoría esos deberes se extienden a la sociedad.

La sociedad tiene un deber de no hacer, al no poder interferir o negar el ejercicio de los derechos fundamentales de las minorías o de ciertos individuos que en conciencia se opongan a algunas determinaciones así adoptadas, ni siquiera escudándose en una decisión mayoritaria.

Ahora bien, en esta teoría cada miembro de la sociedad también tiene deberes positivos de dar o hacer, siempre y cuando no les representen un costo mayor para ellos mismos.

### **1. 3. Fundamento de los derechos humanos.**

Sobre este tema, primero debemos señalar que lo que Gewirth trata de fundamentar es la existencia normativa de aquellos títulos que *deben* reconocer las disposiciones jurídicas y las regulaciones sociales y no sólo la de aquellos que de hecho reconocen. Esto significa que para él existe un sustento para los derechos humanos independiente y previo al derecho positivo, por esta razón considera insuficiente el razonamiento jurídico el que nos llevaría a la conclusión de que los derechos humanos no existen si no cuentan con un reconocimiento de este tipo.

La justificación de estos títulos la encuentra el autor en el criterio moral, ya que considera que para que existan los derechos humanos deben estar justificados en principios morales válidos que prueben que todos los seres humanos en cuanto tales tienen esos derechos así como sus correlativos deberes.

Gewirth nos presenta entonces lo que ha llamado un *núcleo de significado de la moralidad*, tomado de diversas moralidades, como:

... un conjunto de exigencias para la acción categóricamente obligatorias que se dirigen, al menos en parte, a todo agente actual o

futuro y que pretenden promover los intereses – en especial los más importantes – de personas o receptores distintos del agente o hablante, o conjuntamente considerados con él. (9)

Entonces, el contexto de la moralidad siempre será las acciones de los agentes, y su objetivo el promover sus intereses, con base en los cuales prescribirán o prohibirán acciones según las consideren correctas o incorrectas.

Existe en este concepto un elemento variable que es el contenido de la moralidad el cual cambiará dependiendo de “que” intereses de “cuales” personas se van a considerar como importantes y merecedores de apoyo.

Como en ésta teoría la moralidad es la base de los derechos humanos, y este “elemento variable” pudiera contraponerse con la esencia de los mismos, considero necesario reiterar que, según el autor, todas las moralidades apoyan y resguardan los intereses “más importantes” de las personas, los que, en el contexto de esta teoría, constituyen “bienes necesarios” en un sentido racional, universal e invariable.

Gewirth basa los derechos humanos, en las acciones que regula la moralidad, la razón de ello la encontraremos al analizar la conexión entre exigencias y derechos.

### **1.3.1 Exigencias y derechos.**

Las personas tienen distintas exigencias de derechos y todas ellas piensan que sus exigencias tienen razones fundadas, esto nos lleva a la necesidad de saber cual de estas exigencias es la correcta.

---

9 Gewirth, Alan, “La Base y el Contenido de los Derechos Humanos”, Trad. A. Ruiz Miguel, en Betegón, Jerónimo y de Páramo, Juan Ramón (comp.), *Derecho y Moral*, p.129.

Para Gewirth, la respuesta la encontramos en el hecho de que *ciertos contenidos* son las condiciones necesarias inmediatas de la acción humana, pues de este hecho se puede deducir racionalmente que todos los agentes racionales deben mantener o exigir lógicamente, al menos en forma implícita, que tienen derechos a tales objetos.

Pero, ¿Cómo es que se deduce racionalmente que todos los agentes deben exigir que tienen derechos a las condiciones necesarias para la acción, del hecho de que ciertos contenidos son las condiciones necesarias inmediatas para actuar?

Si bien lo que se infiere directamente es una aseveración sobre la exigencia de derechos de las personas y no de los derechos en sí, y, por otro lado, las exigencias no son suficientes para justificar sus objetos como derechos, esta afirmación proporciona un razonamiento suficiente para la existencia de los derechos humanos porque:

La exigencia debe ser realizada o aceptada por todo agente humano racional en su propio nombre de modo que se mantiene universalmente dentro del contexto de la acción en el cual se aplican todos los derechos morales, (porque yo exijo esos derechos para mí pero también acepto que mis beneficiarios tienen derecho a las condiciones necesarias para la acción, o sea, son derechos de todos) este argumento (todos los agentes racionales deben mantener o exigir lógicamente, al menos en forma implícita que tienen derecho a las condiciones necesarias de la acción) es dialécticamente necesario en el sentido de que se origina de lo que todos los agentes deben exigir o aceptar so pena de contradicción.

El autor prueba lo anterior remitiéndonos a los aspectos centrales de la acción:

Todos los mandatos morales se refieren a como deben actuar las personas, como las acciones son los objetos posibles de estos preceptos, son ejecutadas por agentes con propósitos.

Todos los agentes consideran como valiosos sus propósitos (de otra manera no controlarían su conducta mediante su libre elección con el fin de lograrlos) de acuerdo con los criterios contenidos en su actuar para alcanzarlos, esto se expresa por ejemplo en el esfuerzo o al menos en la intención (de querer realizarlos) con que el agente realiza sus propósitos. Por tanto, con mayor razón considerarán a las condiciones para alcanzarlos o sea la libertad y el bienestar como bienes necesarios.

A partir de esta consideración se sigue la adscripción y el contenido de los derechos humanos porque hay una conexión lógica entre bienes necesarios y derechos, que consiste en que los derechos comportan necesidad normativa, como se explica en el siguiente apartado.

### **1.3.2. Necesidad normativa.**

Gewirth aborda este tema a partir de la correlatividad entre derechos y deberes:

El juicio "A tiene un derecho a X" implica y esta implicado por "todas las demás personas deben abstenerse al menos de interferir con la posesión (o la acción) de X por parte de A".

Este juicio incluye la idea de que algo le es debido a A, y además implica que cuando el sujeto o titular del derecho A es incapaz de tener X por sus propios esfuerzos, todas las demás personas deben ayudarle a tener X.

Estos deberes estrictos implican una necesidad normativa, porque establecen lo que como correcto otras personas han de hacer.

Si bien esta necesidad normativa es una parte elemental en la atribución de derechos, no es suficiente para fundamentar lógicamente esta adscripción, porque lógicamente no se puede inferir que tenemos derecho a *X* porque *X* es un bien necesario.

Antes de seguir tenemos que aclarar que el autor se refiere con la expresión "bien necesario" a las exigencias del actuar verdaderamente fundadas, a las condiciones indispensables que todos los agentes deben aceptar como necesarias para sus acciones, se utiliza en este contexto en un sentido racional, universal e invariable.

Ahora, si bien los derechos comportan necesidad normativa, el que exista esta necesidad no es suficiente para suministrar el fundamento lógico a la atribución de un derecho, esto por las cuestiones que se mencionan a continuación.

### **1.3.3. Inconsistencias lógicas.**

Las inconsistencias lógicas entre los juicios sobre bienes necesarios y adscripciones de derechos son las siguientes:

- "A tiene un derecho a *X*" implica que otras personas tienen deberes correlativos hacia A, estos deberes a cargo de B, C, D, etc. no pueden derivarse lógicamente de "*X* es un bien necesario para A" porque este juicio se refiere únicamente a A y no a otras personas.
- Los derechos comportan, además de necesidad normativa y deberes, la idea de título, de que algo es debido al titular del derecho, no hay

correlatividad lógica entre "A tiene un derecho a X" y "otras personas deben abstenerse de interferir con la posesión de A y deben también, bajo determinadas circunstancias, ayudar a A a tener X" a menos que se considere que estos deberes indican aquello de lo que A posee título para tener o ha de tener como debido a él.

- Un juicio sobre derechos es prescriptivo: defiende que el titular del derecho A tiene X objeto del derecho. Pero la afirmación "X es un bien necesario para A" no conlleva ninguna defensa o respaldo a favor de A por la persona que hace la afirmación incluso si reconoce su verdad.

En cambio, si estos juicios se formulan por el agente o titular mismo de acuerdo con el método dialécticamente necesario, el concepto de bienes necesarios generará lógicamente el concepto de derechos como se explica en el siguiente apartado.

#### **1.3.4. Método dialéctico.**

Debemos tener presente que:

...el método comienza por afirmaciones o juicios que necesariamente son formulados o aceptados por los protagonistas o agentes, infiriendo entonces el método lo que estos juicios necesariamente implican. Así, en el presente contexto de la acción, el método requiere que los juicios acerca de los bienes necesarios y los derechos se consideren formulados por el agente mismo desde dentro de su propio punto de vista interno, conativo, en el actuar con arreglo a propósitos". (10)

Así, las inconsistencias lógicas entre los juicios sobre bienes necesarios y adscripciones de derechos se solucionan de esta manera:

---

10 Gewirth, *op. cit.*, p.132.

Se representa al agente diciendo: "Mi libertad y bienestar son bienes necesarios", lógicamente el juicio posterior sería: "Yo tengo derechos a la libertad y al bienestar", esta afirmación conlleva ya una defensa puesto que la hace el agente mismo desde su propio punto de vista conativo en el actuar con arreglo a propósitos, por ello dice: "Yo debo tener libertad y bienestar para perseguir con mis acciones cualquiera de los propósitos que quiera e intente perseguir", así su afirmación es prescriptiva. Esta afirmación implica también la idea de algo que se le debe al agente, a lo que tiene título.

Por otra parte, de este juicio se deriva una exigencia del agente hacia otras personas, porque dice que puesto que debe tener libertad y bienestar para actuar debe tener cualquiera de las condiciones posteriores para realizar sus necesidades, esto incluye que otras personas se abstengan al menos de interferir con la libertad y el bienestar que posee y en ciertos casos que lo ayuden a obtenerlos.

Se ha demostrado entonces que el agente debe exigir o aceptar, al menos implícitamente, que tiene derechos a la libertad y al bienestar, porque existe una conexión lógica entre derechos y bienes necesarios, en tanto estos últimos comportan necesidad normativa, prescriptividad y títulos cuando se les ve desde el punto de vista interno del agente que formula o acepta estos juicios.

En el presente contexto el criterio del agente es prudencial, pues la razón por la que exige libertad y bienestar esta fundamentada en las necesidades que le implica el perseguir sus propósitos. Dice que tiene derechos a la libertad y al bienestar porque estos bienes se le deben desde su propio punto de vista como agente futuro con propósitos ya que los necesita para actuar.

En resumen, si un agente niega que tiene derechos a la libertad y al bienestar puede demostrarse que se contradice a sí mismo porque debe aceptar:

1. Mi libertad y bienestar son bienes necesarios. Luego;
2. Yo, como agente efectivo o potencial, debo tener libertad y bienestar, por lo tanto
3. Todas las demás personas deben al menos abstenerse de quitarme mi libertad y mi bienestar o de interferir en ellos. (Si se los quitan o interfieren en ellos no tendrá lo que ha dicho que debe tener).

Supongamos que el agente niega:

1. Yo tengo derechos a la libertad y al bienestar. Por lo tanto debe negar también, que
2. Todas las demás personas deben al menos abstenerse de quitarme mi libertad y mi bienestar o de interferir en ellos, entonces debe aceptar:
3. No es el caso de que todas las personas deben al menos abstenerse de quitarme mi libertad y mi bienestar o de interferir en ellos. Y por tanto debe aceptar también, que
4. Otras personas pueden (o tienen permiso para) quitarme mi libertad y mi bienestar o interferir en ellos.

Pero esta aseveración "Otras personas pueden quitarme mi libertad y mi bienestar o interferir en ellos" contradice a "todas las demás personas deben

al menos abstenerse de quitarme mi libertad y mi bienestar o de interferir en ellos”.

Puesto que, todo agente debe aceptar que “todas las demás personas deben al menos abstenerse de quitarme mi libertad y mi bienestar o de interferir en ellos”, no puede aceptar coherentemente que “otras personas pueden quitarme mi libertad y mi bienestar o interferir en ellos”.

Y puesto que “otras personas pueden quitarme mi libertad y mi bienestar o interferir en ellos”, está implicado por la negación de “yo tengo derechos a la libertad y al bienestar”, se sigue que, cualquier agente que niega que tiene derechos a la libertad y al bienestar se contradice a sí mismo.

#### **1.3.5. Derechos prudenciales, derechos humanos y derechos morales.**

Hasta aquí los derechos humanos son únicamente derechos prudenciales porque su lógica es exclusivamente la realización de los propósitos del agente. Para que además sean morales y humanos se debe mostrar que todo agente debe aceptar que todos los demás seres humanos tienen estos derechos, porque así estará comprometido a tomar en cuenta, además de sus intereses, los de otras personas.

Para ello el autor empleará el principio lógico de “razón o condición suficiente” que consiste en que “ningún hecho puede ser verdadero o existente y ninguna enunciación verdadera sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo” (11)

---

11 Wiechers Rivero, José W., *Lógica, texto y cuaderno de trabajo*. México, D. F., 1997, p.21.

La razón que el agente debe aceptar se enuncia de la siguiente manera:

“Que él es un agente futuro que tiene propósitos que quiere realizar”.

Esta razón no obedece a la decisión voluntaria o cambiante del agente, y es el único fundamento que todos los agentes deben aceptar lógicamente como condición que justifique la posesión de los derechos genéricos, es decir de la libertad y el bienestar.

Aplicando el principio lógico de universalidad:

“Si algún predicado P pertenece a algún sujeto S porque (condición suficiente) S tiene la cualidad C entonces se sigue lógicamente que todo sujeto que tiene C tiene P”

es decir:

“Si los derechos genéricos pertenecen a los agentes actuales o futuros, porque estos tienen propósitos que quieren realizar entonces se sigue lógicamente que todo agente actual o futuro con propósitos tiene derechos genéricos”

Como vemos, la razón suficiente para tener derechos se generaliza a través del principio lógico de universalidad, entonces todo agente so pena de autocontradicción debe aceptar que todos los agentes futuros con propósitos tienen derechos genéricos, si un agente negará esta generalización en el caso de uno de sus semejantes se contradiría a si mismo.

De esta manera los derechos prudenciales se han convertido en derechos morales y humanos, pues, señala el autor, son humanos “puesto que todo ser

humano es un agente actual, futuro o potencial” (12), además por estar fundados en un criterio o principio moral válido. Ahora bien, “son morales porque se dirigen a desarrollar los intereses o bienes de otras personas distintas o junto al agente” (13), que son los fundados en sus necesidades para las condiciones necesarias del actuar.

Este último argumento proporciona los elementos para crear un principio moral supremo porque, como se mencionó anteriormente:

- a) Todo agente futuro con propósitos debe aceptar que tiene derechos genéricos a la libertad y al bienestar.
- b) Toda persona debe abstenerse de interferir en la libertad y el bienestar de las demás personas en la medida en que son agentes futuros con propósitos.
- c) Bajo ciertas circunstancias, todas las personas deben ayudar a otras a tener libertad y bienestar cuando éstas no puedan tenerlos mediante sus propios esfuerzos y el auxilio no implique un costo comparable para ellas mismas. Para el autor esta ayuda opera sobre todo por medio de las instituciones adecuadas.

### **1.3.6. Principio de la Consistencia Genérica.**

Ya que estas acciones del agente concuerdan con los derechos genéricos de sus beneficiarios, está lógicamente obligado, so pena de autocontradicción a aceptar el Principio de la Consistencia Genérica, precepto que consiste en:

---

12 Gewirth, *op. cit.*, p. 134.

13 *Ídem.*

“Actúa de acuerdo con los derechos genéricos de tus beneficiarios tanto como con los tuyos”.

Este principio combina la consideración formal de consistencia con la material de los rasgos genéricos y los derechos del actuar.

Cuando los agentes actúan de acuerdo con el derecho de libertad de otra persona, en parte, se abstienen de forzarle y cuando actúan conforme al derecho de bienestar de otra persona se abstienen de dañarle mediante la afectación de sus bienes básicos, no sustractivos o aditivos.

Por lo tanto estos derechos son morales porque se dirigen a desarrollar los intereses o bienes de otras personas distintas o junto al agente.

Así la exigencia moral central del Principio de Consistencia Genérica es la igualdad de derechos genéricos, puesto que demanda que todo agente convenga para sus beneficiarios los mismos derechos a la libertad y al bienestar que necesariamente exige para sí mismo.

Este argumento proporciona la justificación racional del Principio de la Consistencia Genérica como principio supremo de la moralidad porque:

La libertad y el bienestar inevitablemente se imponen para todo agente, si cualquier agente niega o viola este principio se contradice a sí mismo porque es necesariamente cierto que todo agente se atribuye a sí mismo derechos genéricos y actúa de acuerdo con ellos, de ahí que no pueda rehusar racionalmente la atribución de estos derechos a sus beneficiarios.

Para el autor, el principio de la consistencia genérica es el principio supremo de la moralidad, sus exigencias son impersonales, y al derivarse de los rasgos genéricos de la acción, es decir de necesidades materiales,

racionalmente no pueden ser esquivadas por ningún agente. El principio no esta basado en propósitos, inclinaciones o ideales por los que circunstancialmente pudiera actuar cualquier agente y con base a los cuales esquive dichas exigencias cambiando sus deseos u opiniones.

Al proceder por el método dialécticamente necesario, este argumento ha evitado el problema de cómo los derechos pueden ser lógicamente derivados de los hechos, ya que ha permanecido inmerso en los hechos de los juicios que los agentes formulan sobre bienes y derechos.

Y es que el argumento ha establecido, no que las personas tienen derechos a secas, sino que, todos los agentes deben exigirlos o por lo menos aceptar que tienen ciertos derechos.

Esta relatividad de los agentes y sus exigencias no elimina el carácter absoluto de los derechos o el carácter categórico del Principio de la Consistencia Genérica.

Es decir, en el plano de los hechos encontramos que al ser agentes actuales o futuros con propósitos necesitamos de ciertas condiciones para actuar, por ello debemos tener derechos morales a la libertad y al bienestar, pero no por el hecho de ser agentes con propósitos ni de necesitar de determinadas condiciones para realizarlos, sino porque al necesitarlos para accionar debemos exigirlos, siendo nuestra exigencia moralmente correcta y al formularla por el método dialéctico puede derivar en derechos porque, al ser formulado por el agente mismo desde su propio punto de vista interno, esta exigencia implica, no sólo necesidad normativa, sino la idea de título y de prescriptividad.

Hasta aquí los derechos son prudenciales, pero cuando se aplica el principio de razón suficiente se convierten en morales y generalizándolos por medio del principio lógico de universalidad son derechos humanos.

El actuar es el contexto general inmediato de toda moralidad, cualquier cosa que se justifica necesariamente dentro del contexto del actuar es también necesaria para la moralidad y lo que lógicamente debe ser aceptado por todo agente está necesariamente justificado dentro del contexto del actuar.

Así el argumento ha establecido que puesto que todo agente debe aceptar lógicamente que tiene derechos a la libertad y al bienestar, tener esos derechos es moralmente necesario.

Por tanto se cumple la exigencia antes indicada:

Los derechos a la libertad y al bienestar existen como derechos humanos porque hay un criterio moral válido, el principio de consistencia genérica que justifica que todos los seres humanos tienen tales derechos.

### **1.3.7. Capacidad de actuar.**

Ahora bien, el autor considera que para ser derechos humanos, estos deben ser tenidos por todo ser humano por esa sola condición, sin embargo, los derechos genéricos son derechos a las condiciones necesarias del actuar.

Por tal razón algunos seres humanos, que no son capaces de actuar en algún grado pueden carecer de algunos derechos, por ejemplo niños, personas mentalmente deficientes, parapléjicos, personas con daños cerebrales, fetos, etc., parece que de estos casos se sigue que los derechos genéricos a las condiciones necesarias de la acción no son derechos verdaderamente humanos en el sentido definido.

Esto depende, en parte, de una variante del dicho de que "debe" implica "puede", porque supone que para que una persona tenga un derecho a algo, esta debe ser capaz de tener o hacer ese algo. Sin embargo la capacidad debe ser interpretada correctamente.

Todos los humanos adultos normales son completamente capaces de acción en el sentido en que ésta se ha interpretado, como conducta voluntaria y con algún propósito, porque tales personas tienen la aptitud inmediata para controlar su conducta mediante libre elección con vistas a conseguir sus objetivos y con conocimiento de las circunstancias relevantes en que actúan.

Esto se aplica incluso a los parapléjicos, a pesar del bajo grado de control del que son inmediatamente capaces, porque pueden pensar, elegir y hacer planes.

En los demás casos, las capacidades para la acción son menores y proporcionalmente sus derechos también.

Los niños son agentes potenciales en el sentido de que con una maduración normal, desarrollarán plenas aptitudes del actuar, pero en su caso, al igual que en el de las personas mentalmente deficientes y con daños cerebrales, su posesión de los derechos genéricos debe ser proporcional al grado en que tienen aptitudes para actuar. Esto debe tender a que asuman los derechos genéricos de los que sean capaces en el grado más pleno hasta el punto en que no les dañe a sí mismos o a otros. Todos los demás seres humanos adultos tienen los derechos genéricos en forma completa.

Yo considero que esto es una consecuencia que se deriva del carácter de los derechos humanos los cuales no tienen más límite que los propios derechos humanos, pues cuando un agente adulto *normal* mata o lesiona a alguien, viola los derechos de sus recipiendarios, de la misma manera, se

presenta una violación de derechos cuando un agente que tiene alguna deficiencia mental lesiona o mata a otra persona, por ejemplo, al tratar de manejar un vehículo o al maniobrar con un arma de fuego ejerciendo su *libertad de hacerlo*.

Como vemos, el problema no reside en que la persona con alguna deficiencia mental ejerzan sus derechos en forma plena, sino en que al hacerlo pongan en peligro o afecten los derechos de sus beneficiarios o de ellos mismos.

Por otra parte señala Gewirth, que de esta manera la ecuación de los derechos genéricos con los derechos humanos, no se quiebra por la universalidad de los últimos sino que nos permite entender los variables grados en que los derechos son poseídos por ciertos seres humanos, al igual que la conexión de los derechos humanos con la acción y la práctica.

Al respecto, creo que todos deberíamos ejercer nuestros derechos hasta el grado en que somos capaces de ejercerlos y me parece que hay que hacer hincapié en que el autor no se refiere únicamente a las personas incapaces mentalmente sino también a las incapaces físicamente, pues habla de las personas parapléjicas.

Por ejemplo nadie permitiría que una persona con ceguera manejara una maquinaria peligrosa y esto no implicaría una violación a sus derechos sino una salvaguarda a los suyos y a los de sus beneficiarios.

Por otra parte, la derivación de estos derechos del Principio de la Consistencia Genérica hace que éstos estén fundados en la razón, de modo que tienen una necesidad normativa u obligatoriedad categórica que va más allá del contenido variable de los usos sociales o leyes positivas.

Esto significa, además, una garantía en el cumplimiento de los derechos humanos, ya que, al ser agentes racionales quienes deben observarlos no pueden negar su otorgamiento sin contradecirse lógicamente.

#### **1.4. Clasificación de los derechos humanos.**

El autor clasifica los derechos humanos en libertad y bienestar, los que son bienes necesarios para la acción de cualquier agente y de sus beneficiarios. El agente debe admitir lógicamente que sus beneficiarios tienen tanto derecho a ellos como él, pues la base o razón por la que racionalmente los exige para sí es la misma para sus beneficiarios.

El criterio primario para tener derechos morales consiste en que todas las personas tienen ciertas necesidades para lograr propósitos, necesidades de libertad y de bienestar como condiciones necesarias de la acción.

Por virtud de ser agentes actuales o futuros que tienen ciertas necesidades de actuar, las personas tienen derechos morales a la libertad y al bienestar y puesto que todos los seres humanos son agentes que tienen tales necesidades, los derechos morales genéricos a la libertad y al bienestar son derechos humanos, a continuación se analizan cada uno de ellos:

##### **1.4.1 Derecho a la libertad.**

Para el autor, el derecho a la libertad consiste en que:

... una persona controle sus acciones y su participación en transacciones mediante su propia elección o consentimiento no forzados y con conocimiento de las circunstancias relevantes, de modo

que su conducta no resulte ni compelida ni impedida por las acciones de otras personas. (14)

Implica además un ámbito de autonomía personal y de intimidad en el que el agente puede estar solo si así lo desea, o bien, puede permitir la introducción de otros agentes.

Este derecho es violado cuando el agente es sometido a engaño, violencia, coerción u otro procedimiento que atente contra el control libre e informado de su conducta.

Cabe señalar que este derecho corresponde a lo que se ha llamado la primera generación de los derechos humanos:

La división por generación de los derechos humanos se refiere al momento histórico en que fueron plasmados en textos legales. La primera generación se encuentra ligada a la Revolución Francesa y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; la segunda, a la Revolución Mexicana y a la Constitución de 1917; y por último, la tercera, (derecho al desarrollo, a la paz, a la democracia, al medio ambiente) a la posguerra. La barrera entre las tres generaciones es muy tenue y encontramos derechos que pueden considerarse en diferentes generaciones. (15)

Además, éste derecho incluye las libertades civiles en los procesos políticos y en los procesos judiciales, en los que se abundará en el apartado correspondiente.

---

14 Gewirth, *op. cit.* p. 137.

15 Reyes Retana, Ismael, en Berumen, *La Ética Jurídica como Redeterminación Dialéctica del Derecho Natural*, p.p. 433, 434.

## **1.4.2. Derecho al bienestar.**

El bienestar es el "conjunto de aptitudes y condiciones requeridos para el actuar" (16), las cuales son jerarquizadas por Gewirth según la importancia que tienen para la acción en:

### **1.4.2.1. Básicos.**

Son las precondiciones esenciales para actuar como la vida, la integridad física y el equilibrio mental.

Estos derechos son violados por acciones, como cuando una persona mata a otra, la incapacita físicamente, la atemoriza o le proporciona drogas que le causen alteraciones mentales, y por omisiones como cuando una persona deja a otra morir de hambre o no la rescata cuando se esta ahogando pudiendo salvarla sin correr el mismo riesgo.

Cuando los derechos básicos son violados el agente sufre un daño básico.

### **1.4.2.2. No sustractivos.**

Son las capacidades y condiciones que se requieren para que los agentes no disminuyan su nivel de cumplimiento de propósitos y sus capacidades para acciones específicas.

Son violados cuando se afectan las habilidades de los agentes para planear su futuro, tener conocimiento real relevante para la preparación de sus acciones y para utilizar sus recursos para hacer lo que desea, por ejemplo cuando la persona es estafada, robada, engañada, difamada, cuando no se le

---

16 Gewirth, *op. cit.*, p.136.

cumplen las promesas que se le han realizado, cuando es sometida a condiciones peligrosas, degradantes o extenuantes en el trabajo físico, en la vivienda o en otras situaciones claves para vivir cuando se dispone de recursos para su mejora.

Al ser violados estos derechos el agente sufre un daño específico.

#### **1.4.2.3. Aditivos.**

Son las aptitudes y condiciones que el agente necesita para aumentar su grado de cumplimiento de propósitos y su capacidad para acciones concretas.

Se violan cuando se ataca su autoestima, se le niega educación hasta el límite de su capacidad, se le discrimina por razones de raza, nacionalidad, religión, etc. Estos derechos también son violados cuando el desarrollo de virtudes como la valentía, la templanza y la prudencia, es obstaculizado por acciones que fomentan un ambiente de miedo y opresión o que alientan la difusión de prácticas física o mentalmente nocivas como el uso de drogas, o que contribuyen a la desinformación, la ignorancia y la superstición, sobretodo si aluden a la habilidad de las personas para conducirse acertadamente en la realización de sus propósitos.

Cuando se violan estos derechos se sufre un daño específico.

Cuando un agente viola uno de estos derechos, su conducta determina que un derecho que el necesariamente exige para sí mismo en tanto que agente futuro con propósitos, no lo tenga una persona que también es un agente futuro con propósitos, lo cual es racionalmente injustificable, por tanto las acciones moralmente malas no pueden ser lógicamente defendibles.

## CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

<p style="text-align: center;"><b>DERECHOS DE LIBERTAD</b></p> <p>Consiste en que una persona controle sus acciones y su participación en transacciones mediante su propia elección o consentimiento no forzado y con conocimiento de las circunstancias relevantes.</p>	<p style="text-align: center;">INCLUYE LAS LIBERTADES CIVILES EN LOS PROCESOS POLÍTICOS Y EN LOS PROCESOS JUDICIALES.</p>	
<p style="text-align: center;"><b>DERECHOS DE BIENESTAR</b></p> <p>Son el conjunto de aptitudes y condiciones requeridos para el actuar.</p>	<p style="text-align: center;"><b>BIENESTAR BÁSICO</b></p>	<p>Son las precondiciones esenciales para actuar como la vida, la integridad física y el equilibrio mental.</p>
	<p style="text-align: center;"><b>BIENESTAR NO SUSTRACTIVO</b></p>	<p>Son las capacidades y condiciones que se requieren para que los agentes no disminuyan su nivel de cumplimiento de propósitos y sus capacidades para acciones específicas.</p>
	<p style="text-align: center;"><b>BIENESTAR ADITIVO</b></p>	<p>Son las aptitudes y condiciones que el agente necesita para aumentar su grado de cumplimiento de propósitos y su capacidad para acciones concretas.</p>

## 1.5. Conflictos entre los derechos humanos.

En este apartado comenzaremos por analizar una característica de los derechos humanos que explica la generación de conflictos entre ellos, ésta es que los derechos humanos no son absolutos.

Parece más prudente, sin por ello caer en un relativismo ético radical, adjetivar a los derechos humanos como *prima facie* antes que como absolutos. Es decir que en principio se impondrían a otras exigencias morales hasta en tanto no se demostrara, con toda la complejidad que comporta este tipo de análisis moral, que otro valor, ponderados contextos y circunstancias, ha de prevalecer. Entonces cabría volver a preguntar ¿qué otro valor excluiría a un derecho humano? Por lógica sólo un derecho humano, es decir, otro de igual naturaleza y rango. Consecuentemente los derechos humanos no sólo no son absolutos sino que su límite está dado por los propios derechos humanos. (17)

Además, si por absoluto entendemos aquello que es único y singular, esto nos lleva a comprender que dicho término no puede aplicarse a los derechos humanos dado que el carácter de "absoluto" se opone a la pluralidad. "Lo absoluto es único y singular, es *per se* excluyente, no es lógicamente sostenible hablar de varios absolutos,..." (18)

Gewirth plantea algunos conflictos entre derechos:

"A usa de su libertad para matar, robar o insultar a B", dice el autor que, en esta situación entra en conflicto el derecho a la libertad y el derecho al bienestar, además se produce también un conflicto entre los deberes de C, D,

---

17 Álvarez Ledesma, Mario I. *Acerca del concepto 'derechos humanos'*, p. 84.

18 *Ibid.* p. 82.

E, etc., porque ellos tienen la obligación de no interferir en la libertad de A, pero también de evitar que B sufra un daño en su bienestar.

Yo considero que, en este ejemplo, en principio, no hay forma de que se presenten conflictos entre los derechos humanos, porque de acuerdo con la teoría de la consistencia genérica, los agentes solo tienen derecho a los *bienes necesarios* para actuar, recordemos que se trata de exigencias *verdaderamente fundadas*, de *condiciones indispensables* que todos los agentes deben aceptar como necesarias para sus acciones y, pienso que nadie podría tener derecho a estas libertades, porque generalmente se presentan otras alternativas a los agentes para poder realizar sus propósitos distintas a matar, robar o insultar a otro agente.

Aunque, por otro lado, suponiendo que se tratará de una circunstancia extrema, en donde el agente no tuviera otra opción más que matar a alguien, como en el caso de la legítima defensa, tal vez sí habría conflicto de derechos, el que, como se verá más adelante, se resolvería mediante la aplicación del Principio de Consistencia Genérica, que autoriza al agente a realizar dicha acción.

Ahora, si se trata de una situación en donde un agente, arbitrariamente, decide privar de la vida o de la propiedad a alguien, creo que no existiría ningún conflicto de derechos porque el agente que mata o roba no tiene el derecho de hacerlo y como consecuencia tampoco existe un conflicto de deberes.

Por otra parte, se pueden presentar situaciones en donde entran en conflicto el derecho a la libertad y el derecho al bienestar de un mismo agente como cuando A decide suicidarse o drogarse, al igual que en el ejemplo anterior, dice Gewirth que, la conducta de este agente genera un conflicto en

el deber del resto de los individuos de evitar, por un lado, la pérdida de los bienes básicos y por el otro respetar su libertad.

Yo pienso que no se podría generalizar, con base en esta teoría, el suicidio como ejemplo de conflicto de derechos, pues hay casos en los que el agente, momentáneamente, no tiene pleno uso de sus facultades mentales, por ejemplo un muchacho que no pudo conseguir un trabajo y decide quitarse la vida. En este caso, creo que no hay conflicto de derechos porque el agente no presenta, por el momento, facultades mentales para actuar, como exige Gewirth, por lo que no tiene ese derecho a quitarse la vida y sus beneficiarios tienen el deber de evitar que lo haga.

Para estar en posibilidades de solucionar estos conflictos necesariamente ha de optarse por un derecho y desplazar al otro, sin embargo, esto para el autor no significa que el Principio de Consistencia Genérica no sea un principio moral absoluto, pues el mismo proporciona los criterios para poder dar solución a este tipo de problemas, superando justificablemente un derecho por otro.

### **1.5.1 Criterios para la solución de conflictos.**

Estos criterios están basados en la exigencia central del principio consistente en el mutuo respeto para la libertad y el bienestar entre todos los agentes futuros con propósitos. No obstante, cuando se presenta un incumplimiento a esta exigencia es justificable apartarse del mutuo respeto para: prevenir o rectificar incumplimientos precedentes, evitar mayores incumplimientos, o bien, es necesario ajustarse a reglas sociales que reflejen el respeto mutuo en las formas indicadas en las aplicaciones procedimentales e instrumentales del propio principio.

Considero necesario señalar en este punto que, para Gewirth, los derechos humanos figuran en dos ámbitos, el jurídico o institucional y en el de las transacciones interpersonales individuales.

Por ejemplo: los derechos a la libertad y al bienestar de un agente son violados si es secuestrado o si es sometido a prisión injusta; la tortura inflingida por un particular es una violación de derechos del mismo grado que aquella cometida por un funcionario público.

Para el autor, una gran parte de los derechos humanos que deben ser jurídicamente impuestos consiste en la protección jurídica de los agentes respecto de las violaciones a sus derechos básicos por parte de individuos y de grupos distintos de los que representan al Estado.

Ahora bien, para resolver este tipo de conflictos el Principio de Consistencia Genérica tiene dos tipos de aplicaciones:

#### **1.5.1.1. Aplicaciones directas del Principio de Consistencia Genérica.**

En ellas, las exigencias del principio se imponen sobre las acciones de los agentes, las que son moralmente correctas y los agentes cumplen sus deberes morales cuando actúan de acuerdo con los derechos genéricos tanto de sus beneficiarios como de sí mismos.

Dentro de las aplicaciones directas encontramos dos tipos de solución de conflictos, el de *la evitación o eliminación de la inconsistencia transaccional y el del grado de su necesidad para la acción.*

#### **1.5.1.1.1 La evitación o eliminación de la inconsistencia transaccional.**

Los agentes deben acordar o convenir para sus beneficiarios los mismos derechos que exigen para sí mismos, cuando un agente no respeta alguno de estos derechos rompe este acuerdo o transacción y se presenta entonces la inconsistencia transaccional.

Este criterio se aplica a una persona o un grupo de personas cuando viola o está a punto de violar los derechos de otra, entonces, para eliminar o prevenir la inconsistencia, el principio autoriza una acción que puede consistir desde una coerción hasta un daño básico, los que únicamente se ejercerán si son importantes para la acción subsiguiente.

Además de eliminar la inconsistencia, esta coerción también cumple la función de castigo y de prevención de daños básicos.

Mediante la aplicación de este criterio queda sobrepasado el derecho a la libertad del agente que la utiliza, o pretende utilizarla, para afectar el derecho a la libertad o al bienestar de otro agente, se trata de derechos del mismo grado.

La superación procede de la exigencia general del Principio de Consistencia Genérica, que consiste en que cada persona debe actuar de acuerdo con los derechos genéricos de sus beneficiarios, esta exigencia crea límites sobre la libertad de acción de los agentes, pues, como señala el Doctor Álvarez Ledesma, ya citado, los derechos humanos no sólo no son absolutos sino que su límite está dado por los propios derechos humanos.

Para Gewirth, la prohibición de coerción o daño que prescribe el Principio es sobrepasada por dos consideraciones que derivan del mismo principio:

La primera de ellas consiste en que una "persona A puede ejercer coerción o dañar a otra persona B para evitar que B ejerza coerción o dañe bien a A o a C. Así, si B ataca físicamente a A o a C, A puede atacar físicamente a B para resistir o evitar el ataque" la segunda señala que "la coerción o daño puede justificarse si se inflinge de acuerdo con reglas sociales o instituciones que están a su vez justificadas por el Principio de Consistencia Genérica" (19)

#### **1.5.1.1.2 El grado de su necesidad para la acción.**

Este criterio se encuentra dentro del mismo contexto de evitación de la inconsistencia transaccional, se aplica cuando entran en conflicto derechos de diferentes grados, ya sea de diferentes agentes o bien de una misma persona, como cuando un agente utiliza su libertad para atacar su bienestar.

Se parte de la consideración de que un derecho tiene preferencia sobre otro si el bien objeto del primero es más necesario para la acción y si no puede ser protegido sin violar el último.

Por ejemplo: "el derecho de A a que no se le mienta resulta sobrepasado por el derecho de B a no ser asesinado o esclavizado cuando B o C tiene que mentir a A para evitar que cometa esos crímenes contra B."(20)

Otro ejemplo lo tenemos cuando el agente pretende quitarse la vida.

Como podemos observar, mediante la aplicación de este criterio también se sobrepasa el derecho a la libertad.

---

19 Gewirth, *op. cit.* p.139.

20 *Idem.*

Al respecto se debe señalar que la afectación de la libertad de los agentes solo se justifica para evitar un daño a su bienestar básico, que es el más necesario para la acción, pero no para evitar la disminución de su bienestar no sustractivo o aditivo porque dentro de la jerarquía de los derechos el de la libertad se encuentra en un nivel más elevado que estos.

#### **1.5.1.2. Aplicaciones indirectas del Principio de Consistencia Genérica.**

Estas aplicaciones se imponen sobre reglas e instituciones sociales, las que deben proteger y promover la libertad y el bienestar de las personas que están sujetas a ellas para poder ser moralmente correctas, por consecuencia cuando los agentes actúan acorde a ellas cumplirán sus deberes morales. Estas aplicaciones están relacionadas con la imposición jurídica y la efectividad política de los derechos humanos.

Al aplicarse el Principio a las reglas e instituciones los agentes pueden ser forzados o dañados sin que esto signifique una violación a sus derechos, porque están justificadas por el mismo Principio de Consistencia Genérica.

Por ejemplo:

También un juez que sentencia a un delincuente a prisión actúa para forzarle o dañarle, pero esto está moralmente justificado y los derechos del delincuente a la libertad y el bienestar no resultan violados en tanto las normas del Derecho penal sirven para proteger y restablecer la reciprocidad prescrita por el PCG en mantener la ausencia de daño.

(21)

Las aplicaciones indirectas son de dos clases:

---

21 Gewirth, *op. cit.* p.140.

#### **1.5.1.2.1. Aplicaciones procedimentales.**

Proviene del componente del Principio de Consistencia Genérica relativo a la libertad y señalan que las reglas e instituciones sociales deben ser aceptadas libremente por los agentes sujetos a ellas para poder ser moralmente correctas, además de que deben existir procedimientos consensuales que estén libremente disponibles para ellos.

Estas aplicaciones a su vez son de dos tipos:

##### **1.5.1.2.1.1. Optativas.**

Son optativas cuando existe el consentimiento de las personas en fundar o participar en asociaciones voluntarias.

##### **1.5.1.2.1.2. Necesarias.**

Cuando el consentimiento que requieren opera mediante un procedimiento de decisión general que usa las libertades civiles para servir como base autorizada de leyes específicas o de los funcionarios públicos, se realiza a través de elecciones y otros métodos consensuales,

##### **1.5.1.2.2. Aplicaciones instrumentales.**

Se derivan del componente del Principio relativo al bienestar y establecen que las reglas e instituciones sociales deben proteger y promover el bienestar de las personas para ser moralmente correctas.

**1.5.1.2.2.1. Estáticas.**

Están incorporadas en el Estado mínimo con su Derecho penal, protegen a las personas de violaciones de sus derechos a bienes básicos y otros importantes, además castigan estas violaciones.

**1.5.1.2.2.2. Dinámicas.**

Integradas en el Estado asistencial, protegen a largo plazo los derechos básicos y otros cuando no pueden ser obtenidos por las personas mediante sus propios esfuerzos. Me parece que un ejemplo de éstas aplicaciones sería las casas de asistencias social, el Instituto para el Desarrollo Integral de la Familia DIF, el INFONAVIT, etc.

**CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.**

APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE CONSISTENCIA GENÉRICA	DIRECTA	LA EVITACIÓN O ELIMINACIÓN DE LA INCONSISTENCIA TRANSACCIONAL.
		EL DEL GRADO DE SU NECESIDAD PARA LA ACCIÓN.
		PROCEDIMENTALES OPTATIVAS NECESARIAS
	INDIRECTA	INSTRUMENTALES ESTÁTICAS DINÁMICAS

## **1.6. Clases de derechos que deben recibir imposición y protección jurídica.**

En este apartado hay que puntualizar que, para Gewirth, no todos los derechos humanos que protege el Principio de Consistencia Genérica deben ser impuestos jurídicamente. Según el autor, hay algunos derechos que, por su menor impacto en el bienestar del agente, no justifican los recursos legales coactivos del Estado - que junto con el derecho encuentra su justificación como medio para imponer los imperativos más trascendentes del Principio - para combatir su violación.

Por ejemplo: la violación a los derechos no sustractivos como las mentiras o las violaciones de promesas.

Las clases de derechos que requieren imposición y protección jurídica son: los derechos de seguridad personal protegidos por el Derecho penal; los derechos sociales y económicos protegidos por el Estado asistencial y los derechos y libertades civiles y políticos protegidos por la Constitución con su método de consentimiento. (22)

Estos derechos están comprendidos en las tres últimas aplicaciones indirectas del Principio de Consistencia Genérica, cada una de ellas justifica determinadas reglas sociales y establece exigencias tanto para los agentes como para el estado. Las justificaciones son las siguientes:

### **1.6.1 Justificación estático-instrumental de las reglas sociales.**

Esta justificación se refiere al Derecho penal que protege los derechos

---

22 Gewirth, *op cit.* p.141.

básicos y otros derechos de importancia contra los ataques de otras personas, ejemplos de estos derechos son la vida, la integridad física y el honor. Esta justificación intenta restablecer la existencia de un previo *status quo* (en la misma situación de antes) de recíproca ausencia de daño.

El Principio establece que sólo las personas que violan estos derechos deben ser castigadas; todas las personas deben ser iguales ante la ley; los procesos deben ser imparciales; el habeas corpus debe estar garantizado y que las penas no deben ser crueles, vengativas o inhumanas.

#### **1.6.2. Justificación dinámico-instrumental de las reglas sociales.**

Reconoce que los agentes tienen posiciones desiguales en su aptitud para alcanzar y resguardar sus derechos genéricos, como los derechos al bienestar básico.

Esta justificación intenta crear o aproximarse a una igualdad de posiciones mediante las reglas sociales que suministran asistencia a los diversos componentes del bienestar, en especial del básico.

Los tipos de contenidos de estas reglas son:

- Suministro de bienes básicos como alimento y vivienda para quienes no pueden alcanzarlos mediante sus propios esfuerzos.
- Rectificación de desigualdades respecto al bienestar aditivo mediante la mejora de capacidades para el trabajo productivo de personas con deficiencias en este aspecto.
- Educación que, como un medio para mejorar las capacidades para el trabajo, deberá también reforzar la vida familiar. La formación que

otorguen los padres debe ser constructiva, benéfica, positiva, inteligente y cariñosa.

- Suministro de bienes públicos que ayuden a los miembros de la sociedad y además sirvan para aumentar las oportunidades de empleo productivo.
- Regulación de condiciones importantes de bienestar con el objetivo de eliminar las condiciones de trabajo y de vivienda peligrosas o degradantes.

Creo que ésta justificación se asemeja a la redeterminación de la justicia realizada por el Lic. Arturo Berumen Campos:

La justicia redistributiva sería, entonces, darle a cada quien según sus necesidades (Marx), con el objeto de que pueda haber igualdad de oportunidades (Rawls), y pueda dársele así, a cada quien según sus méritos (Aristóteles). (23)

Gewirth esta reconociendo que entre los agentes existe una desigualdad de oportunidades para poder alcanzar sus derechos genéricos, entonces propone que, mediante estas reglas sociales, se satisfagan las necesidades mínimas de los agentes para actuar.

Una vez satisfechas las necesidades más apremiantes de los agentes (sociales y económicas), estos se ocuparían en mayor grado de sus derechos políticos.

---

23 Berumen, *La Ética Jurídica como Redeterminación Dialéctica del Derecho Natural*, p. 324.

### **1.6.3 Justificación necesario-procedimental de las reglas sociales.**

A través de ella el componente relativo a la libertad del Principio de Consistencia Genérica, se aplica a la estructura constitucional del Estado.

Dispone que las leyes y los funcionarios públicos deben ser designados a través de procedimientos que utilicen el método del consentimiento.

El método del consentimiento consiste en que los agentes deben tener disponibles y utilizar sus libertades civiles dentro del proceso político. Estas libertades comprenden hablar, publicar, asociarse con otros, de tal manera que, como exigencia constitucional, toda persona pueda discutir, criticar y votar a favor o contra el Gobierno y trabajar con otras personas para promover sus fines políticos, incluso para promover los daños de origen social, así cada persona tiene el derecho de participar activamente en el proceso político.

### **1.7. Libertades civiles.**

Las libertades civiles se extienden también a otros contextos de actividad individual y social.

El Principio de Consistencia Genérica requiere, para poder proteger el derecho a la libertad, que todo agente sea libre de poder comprometerse en cualquier acción o transacción según su libre elección en tanto no dañe a otras personas. Para ello se necesita establecer límites a los poderes legítimos del Estado, como no interferir en la libertad del agente a menos que sea para evitar que dañe a otros afectando su bienestar, ya sea el básico o importante por alguna razón.

En este punto hay que aclarar que el criterio para determinar la importancia de un bien "se basa en lo que afecta a las aptitudes y condiciones

que las personas necesitan para la acción con propósitos” (24) Por ello muchas clases de acción tienen que ser excluidas del control del estado, pero al mismo tiempo la libertad para que los agentes las realicen tiene que ser protegida por él.

Estas libertades civiles se llaman así en razón de las tres relaciones diferentes que deben tener las libertades con el Estado.

I. Son pasivas y negativas porque el Estado no debe limitarlas ni interferir en ellas.

II. Son pasivas y positivas porque deben ser protegidas por el Estado como derechos de los agentes.

III. Son activas porque las acciones que constituyen su objeto se ejercen en el proceso político y ayudan a determinar quien gobierna en el Estado.

En estas relaciones el principio exige que las libertades civiles correspondan igualmente a todo agente futuro con propósitos. A excepción de los delincuentes, toda persona tiene un derecho igual a usar su libertad, no coactiva ni nocivamente, para participar libre y activamente en el proceso político y ser protegida por el Estado, tanto en esta participación, como en las demás acciones en uso de su libertad en la forma indicada.

En la medida en que existen distintos Estados, este derecho igual pertenece a todo ciudadano y toda persona tiene derecho a ser ciudadano de un Estado con libertades civiles.

Cabe señalar que, para Gewirth, los derechos sociales y económicos

---

24 Gewirth, *op. cit.* p.142.

comprenden importantes fases del derecho al bienestar y los derechos y libertades civiles y políticos abarcan gran parte del derecho a la libertad.

### **1.8. Visiones acerca de cómo los derechos económicos y sociales figuran en la imposición y protección jurídica de los derechos humanos.**

Antes de exponer estos enfoques hay que señalar que los derechos económicos y sociales incluyen el de recibir alimentos y demás bienes necesarios para aminorar serios obstáculos e inestabilidades económicas.

#### **1.8.1. Primer enfoque: los derechos económicos y sociales no son universales.**

Según este enfoque los derechos económicos y sociales no pueden ser *derechos humanos* al no superar las pruebas de universalidad y practicabilidad.

La universalidad consiste en que:

... para que un derecho moral sea humano debe ser un derecho de todas las personas frente a todas las personas: todas las personas deben tener el deber estricto de actuar de acuerdo con el Derecho, y todas las personas deben tener el derecho estricto a ser tratadas en la forma adecuada. Así todas las personas deben ser a la vez agentes y beneficiarios de los modos de acción exigidos por el Derecho. (25)

Esta característica se presenta en los derechos a la vida y a la libertad de movimientos porque, en cuanto a la vida, todos tienen el deber de abstenerse de matar a otras personas, y en cuanto a la libertad de movimientos todos

---

25 Gewirth, *op. cit.* p.143.

tienen el deber de abstenerse de interferir en ella, a la vez que todos tienen derecho a que su vida y libertad de movimientos sean respetados por los demás.

Según esta perspectiva, en el caso del derecho a la eliminación de la inanición o de la severa privación económica, sólo algunos tienen el derecho: los amenazados por estas necesidades y sólo algunos tienen el deber: los que están en la posibilidad de evitar o eliminar tal inanición proveyendo ayuda.

Respecto a este enfoque, Gewirth señala que estos derechos son universales pero en un sentido débil, "según el cual mientras todas las personas tienen el derecho a ser salvadas de la inanición o la privación, sólo algunas personas tienen el deber correlativo." (26)

Respecto a la practicabilidad, todas las personas tienen tanto el derecho como el deber, porque todas se encuentran bajo la protección y las exigencias del Principio de Consistencia Genérica en tanto que son agentes futuros con propósitos. Por lo tanto, todos los derechos genéricos que sostiene el Principio tienen la universalidad requerida para ser derechos humanos.

El autor considera que no es posible, lógicamente, que cada persona sea a la vez tanto el rescatado como el rescatador, y no obstante que en determinado momento los agentes puedan no necesitar ser rescatados de la privación, o bien, no tengan la posibilidad de librar a otros de ella, cada persona conserva el derecho a ser rescatado cuando lo requiera, así como también se mantiene el deber de rescatar cuando se esté en aptitud de hacerlo y se presenten otras condiciones relevantes.

Este deber se origina de la exigencia que el agente, necesariamente, hace

---

26 *Idem.*

de que tiene los derechos genéricos por ser un agente futuro con propósitos, es decir, proviene del mismo fundamento para tener derechos genéricos.

Gewirth señala que la universalidad de un derecho obedece a que cada agente tiene invariablemente el derecho a ser tratado en la forma apropiada cuando tiene la necesidad, así como el deber de actuar correlativamente con el derecho cuando se presentan las circunstancias que lo exigen y se encuentra en aptitud de hacerlo sin costo considerable para sí mismo.

El derecho a ser aliviado de la privación económica y el deber correlativo incumben a todas las personas en tanto que son agentes futuros con propósitos, sin que esto signifique una restricción, pues para tener derechos humanos sólo hace falta ser humano.

Señala el autor que todos los seres humanos normales son agentes futuros con propósitos, el objetivo de esta descripción es llamar la atención sobre el aspecto del ser humano, que más evidentemente crea los derechos a la libertad y al bienestar.

En este sentido, el derecho en cuestión difiere de los derechos que pertenecen a las personas, no simplemente por virtud de que son agentes futuros con propósitos, sino sólo de alguna atribución, como la de los profesores frente a los estudiantes, la de los árbitros frente a los jugadores o la de los jueces frente a los acusados.

La universalidad de los derechos humanos deriva de su conexión directa con las condiciones necesarias de la acción frente a los contenidos más restrictivos con que se conectan los derechos no genéricos. Y puesto que tanto el rico como el pobre son agentes futuros con propósitos, el derecho del último a ser ayudado por el primero es un derecho humano.

Estas consideraciones se aplican también al argumento de que los derechos económicos y sociales no son derechos humanos porque no pasan la prueba de la practicabilidad, ya que muchas naciones no poseen los medios económicos para que estos derechos puedan ser realizados.

Pero, si bien, los derechos económicos requieren el uso positivo de los recursos económicos para su efectiva realización, esto no va en contra de que los Gobiernos den pasos para proporcionar ayuda, en la medida en que sus recursos disponibles lo permitan, a las personas que no pueden allegarse de bienes económicos básicos por sus propios esfuerzos.

Al respecto, creo que podríamos señalar como ejemplo las pensiones que el Gobierno del Distrito Federal otorga a las personas de la tercera edad.

Señala Gewirth que, si bien no en todos los países son alcanzables los mismos niveles de bienestar económico, esto no quiere decir que una distribución más equitativa de bienes y de medios de producción no sea factible en los países pobres.

Este argumento es relevante para la visión que se sitúa en el extremo opuesto y que se presenta a continuación.

### **1.8.2 Segundo enfoque: los derechos económicos y sociales son más importantes que los derechos civiles y políticos.**

Consiste en que, para la mayoría de las personas en diversas partes del mundo, concretamente las que viven en un país tercermundista, los derechos sociales y económicos son los únicos derechos humanos que deber ser jurídicamente realizados

Según esta perspectiva, las personas del Tercer Mundo damos poca importancia a los derechos civiles y políticos, por el predominante analfabetismo, tradicionalismo, pobreza, ethos no individualista y despreocupación por el dominio de la ley. El enfoque se resume en la frase "La comida primero y la libertad después", esta libertad consiste particularmente en las libertades civiles y políticas.

Según esta visión hasta que los derechos económicos a la subsistencia, vivienda y empleo sean realizados, las personas privadas de ellos tienen poco interés, oportunidad o necesidad de los derechos civiles y políticos, así que el cumplimiento de los primeros es un requisito previo para el cumplimiento de los últimos.

Sin embargo, para Gewirth, los derechos políticos del método de consentimiento, con sus libertades civiles de palabra, prensa y asociación proporcionan importantes garantías para los derechos de seguridad personal, como el habeas corpus y la no inflicción de torturas o de penas crueles.

Los derechos políticos y los de seguridad personal no son incompatibles o innecesarios a los derechos sociales y económicos. En realidad, su jerarquía puede ser opuesta a la que sostiene este enfoque, porque la efectiva repartición de las libertades civiles puede facilitar en gran medida la distribución posterior del alimento, vivienda y atención sanitaria.

Cuando los Gobiernos no están sometidos al proceso político del método de consentimiento, hay menos garantía de que las autoridades sean receptivas a las necesidades materiales de todos sus ciudadanos. Como lo muestra una triste experiencia en muchos países subdesarrollados, la falta de participación política efectiva de las masas

de pobres permite una drástica despreocupación por sus necesidades de alimento incluso cuando se dispone de él en el lugar. (27)

### **1.9. Justificación del Orden político y jurídico.**

El autor concluye que:

... todos los derechos humanos tienen un fundamento racional en las condiciones necesarias o necesidades de la acción humana, de modo que ningún agente humano puede denegarlas o violarlas so pena de autocontradicción. Así las demandas que los derechos humanos hacen a las personas se justifican por el PCG en cuanto principio supremo de la moralidad. Es también a través de las exigencias morales establecidas por este principio como el orden político y jurídico recibe su justificación central en cuanto provisor de la protección de los derechos humanos. (28)

Independientemente de la misión instrumental que realizan, la dignidad y autonomía racional de todo agente futuro con propósitos requiere la posesión de las libertades civiles, además de la capacidad real para participar en el método del consentimiento. Los requerimientos, justificados racionalmente, de la acción humana proporcionan el fundamento, además del contenido, de todos los derechos humanos, tanto de los que se aplican en las transacciones individuales como los que se resguardan a través de las instituciones y reglas sociales.

---

27 Gewirth, *op. cit.* p.145.

28 *Idem.*

## 1.10. Críticas.

Se le pueden hacer a este autor varias críticas. Señalaremos las tres más importantes.

### 1.10.1. Concepto restrictivo.

El concepto de derechos humanos de Gewirth es demasiado restrictivo, pues "los derechos se predicen normalmente de sujetos que, como los niños pequeños y las personas mentalmente discapacitadas, carecen de capacidad para la elección racional y la acción autónoma". (29)

Gewirth acepta, en parte, esta crítica cuando dice que los derechos humanos están condicionados por la capacidad que se tiene para actuar, y si la capacidad se encuentra disminuida los derechos humanos deben estar restringidos, lo cual no quiere decir que se puedan restringir los derechos básicos. (30)

La contra argumentación de Gewirth parece ser insuficiente, pues si los derechos son las condiciones generales de la acción, entonces los niños y los discapacitados requieren de mayores condiciones para alcanzar mayores niveles de acción.

Esto nos llevaría a concluir que los discapacitados deberían tener más derechos de bienestar, pues requieren de mayores condiciones para alcanzar el máximo nivel de capacidad de actuar que puedan realizar. En cambio, tal vez, sus condiciones de libertad se podrían condicionar al límite que encuentre el desarrollo de su capacidad de actuar.

---

29 Campbell, Tom, op. cit. p. 61.

30 Cfr. 1.3.7.

### **1.10.2. Fundamento puramente lógico.**

Otra crítica que se le puede hacer a Gewirth es que el fundamento de los derechos humanos que propone, es puramente lógico, al apelar al principio de no-contradicción para argumentar que debemos aceptar que todos necesitamos de ciertas condiciones generales para alcanzar nuestros propósitos valiosos mediante nuestras propias acciones. (31)

Esta objeción nos parece válida en el sentido de que un fundamento puramente lógico de los derechos humanos es incompleto, pero si es necesario, pues, los derechos humanos entendidos como condiciones generales para la acción, deben ser racionales para poder ser aceptados por los titulares y los responsables de respetarlos. Se requiere, sin embargo, conservar dicho fundamento lógico, para complementarlo con un fundamento axiológico (Ferrajoli) y un fundamento discursivo (Alexy).

### **1.10.3. Solución de conflictos.**

Por último, se puede señalar que los criterios para la resolución de conflictos entre distintos derechos humanos, no son muy convincentes, sobre todo, en lo que se refiere a los conflictos entre derechos de libertad (primera generación) y derechos de bienestar (restantes generaciones).

Parece aceptable preferir los derechos básicos de bienestar a los derechos de libertad. Pero no es muy claro por que, los derechos de libertad prevalezcan sobre los derechos de bienestar no sustractivos o aditivos. Pues si ambos tipos de derechos son condiciones generales para la acción, deberían prevalecer, en caso de conflicto, las condiciones generales más necesarias para la acción autónoma de cada uno de los titulares de los

---

31 Cfr. Guariglia, Osvaldo, *Moralidad, Ética universalista y Sujeto moral*, FCE, Buenos Aires, 1996, pp.109,153.

mismos, sean de libertad o de bienestar.

Queda claro, en este criterio, que es insuficiente un fundamento puramente lógico de los derechos humanos, y que se requiere un fundamento también axiológico (Ferrajoli), como podría ser la igualdad, en cuyo caso, en el conflicto entre condiciones de libertad y de bienestar, prevalecerían las condiciones más necesarias para alcanzar la igualdad.

## CAPÍTULO SEGUNDO. TEORÍA DEL GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI.

### 2. 1. Acerca del autor.

Luigi Ferrajoli es Catedrático de Filosofía del Derecho y de Teoría general del Derecho en la universidad de Camerino. Ha sido magistrado entre 1967 y 1975. Su investigación se ha desarrollado en las áreas de Teoría del Derecho, lógica jurídica, metodología de la ciencia jurídica y crítica del derecho.

Según Norberto Bobbio, el bagaje de Ferrajoli se compone, en cuanto a su orientación teórica, de un positivismo jurídico de ascendencia kelseniana; y en cuanto al método, de la filosofía analítica de raíz bobbiana, la cual es, en este autor, reelaborada para desembocar en un normativismo especial, ya que Ferrajoli es un normativista realista y crítico, que pone de manifiesto la naturaleza compleja del derecho actual, incluyendo las divergencias entre su realidad empírica y el deber ser jurídico-constitucional al que debería ceñirse.

Ferrajoli ha impartido cursos y conferencias en numerosas universidades de Europa y América.

Entre sus obras se encuentran: *Teoria assiomatizzata del diritto* (Teoría axiomatizada del derecho) (1970), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Derecho y razón. Teoría del garantismo penal) (1989), *Derechos y garantías. La ley del más débil* (1999). Asimismo, su obra ha sido objeto de análisis y ha suscitado importantes debates como: *Le ragioni del garantismo*. (La razón del garantismo) *Discussendo* (Discutiendo) *con Luigi Ferrajoli* (1993) ó *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001).

La originalidad de su teoría radica en el carácter puramente formal de su definición teórica de "derechos fundamentales", la cual prescinde de los valores expresados y garantizados históricamente por ellos.

A partir de esta definición, se abordan cuatro tesis que constituyen el núcleo central de su teoría: la distinción estructural entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales; la identificación de los derechos fundamentales con la dimensión sustancial de la democracia; la no necesaria coincidencia entre derechos fundamentales y derechos de ciudadanía; la separación entre los derechos y sus garantías tanto legales como jurisdiccionales.

Ferrajoli considera que su teoría no puede abordar cuestiones como los fundamentos axiológicos de los derechos, sin embargo, finalmente el autor no puede eludir este tema. Ferrajoli señala que los derechos fundamentales son valiosos porque contribuyen a la paz, a la igualdad, al aseguramiento de la democracia y a la protección de los más débiles. En ésta última función podrían reunirse todas las anteriores.

A continuación se tratarán de exponer, estos elementos.

## 2. 2. Definición de los derechos fundamentales.

Para Luigi Ferrajoli los derechos fundamentales son, desde el punto de vista teórico, "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar." (32)

Al respecto, debemos tener en cuenta que el tema de los derechos humanos es muy complejo, entre otros motivos, porque está presente en diversos ámbitos como el filosófico, el político, el jurídico, etcétera.

Ferrajoli, al señalar que los derechos fundamentales son *derechos subjetivos*, nos introduce ya al ámbito jurídico, además, al analizar las características de su definición nos pone sobre aviso acerca de su carácter puramente teórico.

Creo que, dentro de la teoría jurídica, la definición cumple con el objetivo, que según el autor debe tener, de decir "que son" los derechos fundamentales más no cuales son o cuales deberían de ser.

Considero que el realizar este deslinde contribuye a clarificar el tema que nos ocupa, y aún cuando su concepto no se refiera a cuestiones axiológicas, su teoría no deja de tomarlas en cuenta, pues para el autor, como se verá más adelante, el fundamento de estos derechos es necesariamente axiológico.

Respecto a la expresión *derechos fundamentales*, Ferrajoli explica que eligió este término y no otros, como libertades fundamentales (John Rawls), derechos (Ronald Dworkin) o derechos del hombre, porque en el léxico de

---

32 Ferrajoli, Luigi. "Derechos fundamentales" en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. por Perfecto Andrés, et. al., Madrid, Editorial Trotta, 2001, p.19.

su teoría tienen un significado más concreto.

Esta expresión, como otras, por ejemplo, *derecho subjetivo*, no pertenecen al vocabulario normativo de ningún texto constitucional u ordenamiento jurídico moderno, sino que son conceptos teóricos de la teoría general del derecho, cuyas reglas de uso no se encuentran en el lenguaje legal sino que son dictadas precisamente por las definiciones estipulativas construidas por la teoría.

Ahora bien, a partir de esta definición, el autor funda otras cuatro tesis, también pertenecientes a la teoría del derecho, que son el núcleo central de su propuesta y con las que pretende esclarecer las siguientes cuestiones:

La distinción estructural entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales; la identificación de los derechos fundamentales con la dimensión sustancial de la democracia; la no necesaria coincidencia entre derechos fundamentales y derechos de ciudadanía y la separación entre los derechos y sus garantías tanto legales como jurisdiccionales.

Estas tesis son esbozadas en el apartado 2.3.

Retomando la definición de derechos fundamentales, sus características son las siguientes:

### **2.2.1. Características de la definición.**

#### **2.2.1.1. Definición teórica.**

Ferrajoli explica que su definición ha sido creada con relación a los derechos fundamentales positivamente sancionados por las leyes y constituciones de las actuales democracias. No obstante, su definición es de

carácter teórico, pues no toma en cuenta que en determinados ordenamientos estos derechos estén o no formulados en sus cartas constitucionales (o en otras normas de derecho positivo), ya que esto es sólo una garantía de su cumplimiento por parte del legislador ordinario.

Por otra parte, su definición no es dogmática, es decir, no es rígida por qué no esta formulada con referencia a las normas de un ordenamiento *concreto*.

Con base a ello son fundamentales los derechos que un ordenamiento jurídico asigne a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar, aunque algún ordenamiento jurídico, por ejemplo totalitario, carezca de derechos fundamentales.

#### **2.2.1.2. Definición formal o estructural.**

Para el autor, una definición de este tipo únicamente debe decir cuál es la forma o estructura lógica de los derechos fundamentales. Esta definición es formal o estructural porque, se basa únicamente en el carácter universal de su imputación, prescindiendo de la naturaleza de los intereses y de las necesidades que se protegen mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, por ejemplo: si fuera establecido como universal un derecho superfluo o inútil, como el derecho a fumar, este sería un derecho fundamental. Otro ejemplo es que en una sociedad esclavista serían alienables y por tanto no universales, ni fundamentales, los derechos generalmente tutelados como universales, como la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares.

Respecto a este ejemplo, yo creo que, en una sociedad esclavista, el derecho a la libertad personal de los esclavos no podría ser un "derecho" alienable porque no tendría el carácter de derecho.

Por otra parte, para Ferrajoli su definición tiene el valor de una definición de teoría general del derecho, porque prescinde de circunstancias de hecho, por tanto, puede ser válida para cualquier ordenamiento, incluso los totalitarios y los premodernos, pues es independiente de los derechos fundamentales previstos (o no) en ellos.

Además, esta definición es ideológicamente imparcial porque es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales, por lo que es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese, positivista o iusnaturalista, liberal o socialista, incluso antiliberal y antidemocrática.

Señala el autor que esta definición sirve para identificar la estructura que permita tutelar a los derechos fundamentales como derechos iguales, universales e indisponibles. Asimismo, pone en evidencia los rasgos estructurales de tales derechos como formas idóneas, exigidas por una teoría jurídica de la democracia, para la tutela y garantía de necesidades consideradas esenciales.

A pesar de su carácter formal, el autor considera que, en su definición, es posible identificar la base de la *igualdad jurídica* de los derechos fundamentales debido a su universalidad, la cual se expresa en la cuantificación universal de los tipos de sujetos que de tales derechos son titulares, configurándose como un rasgo estructural que implica el carácter inalienable e indisponible de los intereses sustanciales en que estos consisten. Estas características se analizan en el apartado 2.5.

Por otro lado, Ferrajoli señala que, en la experiencia histórica del constitucionalismo, estos intereses, que han sido conquistados mediante luchas y revoluciones, coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y

la dignidad de los seres humanos, garantía que se realiza precisamente a través de la forma universal.

## **2.2.2. Elementos.**

### **2.2.2.1. Todos aquellos derechos subjetivos.**

Ferrajoli considera a los derechos subjetivos como *cualquier* expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.

Es decir, los derechos subjetivos son el género y los derechos fundamentales la especie. Lo que hace que un derecho subjetivo sea derecho fundamental es su universalidad, inalienabilidad, indisponibilidad, invariabilidad, etc.

### **2.2.2.2. Que corresponden universalmente a todos los seres humanos.**

Para Ferrajoli, los derechos fundamentales son *universales* en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares, están concedidos a todos ellos en la misma forma y medida.

Esto implica además que los derechos fundamentales sean *inclusivos* y por tanto que constituyan la base de la *igualdad jurídica*.

Tal vez en el tema de la universalidad, valdría la pena reflexionar acerca de dos cuestiones, una relativa al ámbito de validez de los sistemas jurídicos y la otra referente a los sujetos pasivos de los derechos fundamentales.

▪ **Ámbito de validez de los sistemas jurídicos.** Algunos autores hablan del problema consistente en que: "... los derechos reconocidos en un

ordenamiento no pueden reputarse nunca universales ni, por tanto, fundamentales, por la obvia razón de que todos los sistemas jurídicos conocidos presentan un ámbito de validez limitado..." (33)

... si admitimos el rasgo de universalidad entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto, no hablamos de unos derechos que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que vivan. (34)

Sin embargo creo que, para Ferrajoli, esta dificultad puede superarse, pues, como el mismo señala, las constituciones de la mayoría de los estados y las convenciones internacionales asignan estos derechos a todos independientemente de su ciudadanía, otra cosa es que en la práctica esto no sea así. (apartado 2.3.3.)

- Sujetos pasivos de la relación. La universalidad no se refiere únicamente a la titularidad de los derechos, sino también a los deberes jurídicos correlativos que recaen en los sujetos pasivos, así, podemos considerar como sujetos pasivos de los derechos fundamentales a la sociedad, los poderes y la autoridad.

Respecto del Estado no parece existir ningún problema, pues tradicionalmente se le han asignado deberes de dar, hacer o abstenerse con respecto de los derechos fundamentales. Tampoco existen dificultades respecto de los deberes jurídicos de no hacer impuestos a la sociedad pues, señala el autor, ninguna de ellas puede, "ni siquiera escudándose en una decisión mayoritaria, interferir o negar el ejercicio de los derechos fundamentales de las minorías o de ciertos individuos que en conciencia se

---

33 Álvarez Ledesma, Mario I. *Acerca del concepto derechos humanos*, México, Mc. Graw-Hill, 1998, p.79.

34 *Ibidem*.

oponen a algunas determinaciones así adoptadas". (35)

Sin embargo, los problemas surgen al referirnos a deberes positivos generales de la sociedad mundial, que surgirían de una relación jurídica creada con base a unos derechos fundamentales universales.

"¿Podría obligarse a todas las personas a dar (piénsese en un impuesto de caridad universal) o a actuar positivamente en función de y por los derechos humanos?. (36)

Según Ferrajoli sí, el autor hace alusión al constitucionalismo mundial creado por la Carta de la ONU y por las declaraciones, convenciones y pactos internacionales de derechos humanos, el cual, considera, está privado de toda garantía de efectividad y expuesto a violaciones y rupturas. Por ello señala la necesidad, entre otras cosas, de un sistema de obligaciones internacionales, capaz de tutelar los derechos sociales y los mínimos vitales en los países más pobres, estableciéndose, por ejemplo, una tasa por el uso, abuso, apropiación y distribución de recursos ambientales y bienes comunes del planeta por parte de los países más ricos.

#### **2.2.2.3. En cuanto dotados del estatus de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar.**

Para Ferrajoli, el estatus es la condición (posición) de un sujeto, prevista por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad (capacidad) para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

---

35 *Ibid.* p. 81.

36 *Ibidem.*

Los estatus se dividen en estatus de personas, de ciudadanos y de capaces de obrar. En virtud del estatus de personas, estas pueden imputarse actos o situaciones jurídicas. El estatus de ciudadanos, es, para el autor, sólo un accidente de nacimiento superable e injustificable en el plano ético-político. Finalmente, en virtud del estatus de capaces de obrar, los sujetos pueden ser autores de actos jurídicos, este estatus es transitorio para todos (a excepción de los enfermos mentales) y, según Ferrajoli, es un obstáculo insuperable para alcanzar la igualdad de todos los seres humanos por que es un presupuesto de los derechos-poder o derechos de autonomía.

Para Ferrajoli, los estatus son parámetros de la igualdad y desigualdad en cuanto a derechos fundamentales, porque, históricamente, estos estatus han sido objeto de múltiples restricciones y discriminaciones, por ejemplo cuando por sexo, nacimiento, censo, instrucción o nacionalidad se excluía de ellos a la mayor parte de las personas físicas.

Si bien los estatus se han ido ampliando, aún no se llega a una extensión universal que comprenda a todos los seres humanos, pues en la actualidad la ciudadanía y la capacidad de obrar son las únicas diferencias de status (una superable y otra insuperable) que limitan la igualdad de las personas, ya que muchos derechos están adscritos sólo a los ciudadanos y muchos otros sólo a los mayores de edad, aunque por inevitables razones, como los derechos civiles (o de autonomía privada) o los derechos políticos.

Por ejemplo: no tendría sentido otorgar el derecho de voto a los recién nacidos.

Todos los derechos fundamentales son adscritos a las personas, pero no a todas las personas, por ello, Ferrajoli no identifica los derechos fundamentales con los derechos de la persona, pues esto no permitiría dar cuenta de la

estructura de los derechos fundamentales tal y como se establecen en los ordenamientos actuales.

Por el contrario, son fundamentales y además universales, por ser atribuidos a todos en cuanto personas, los derechos a la salud o a la educación, aún cuando se condicionen a determinados presupuestos en los que todos puedan encontrarse o se hayan encontrado, como el padecimiento de una enfermedad, la edad, etc.

### **2.3. Una teoría de la democracia constitucional. Cuatro tesis fundadas en la definición de derechos fundamentales.**

Estas tesis se plantean a partir de la definición de derechos fundamentales, son proposiciones que se integran en una teoría totalmente formalizada del derecho y de la democracia constitucional, la cual es creada a través de un repertorio de conceptos afines estipulativos, primitivos o determinados y estructurales, tales como: garantía, norma o derechos fundamentales.

Señala Ferrajoli que estas tesis, que constituyen el eje de su propuesta, están fundadas, no en posiciones axiológicas externas, sino en el tipo de expectativas que, como la tutela de la vida, la libertad, la autonomía y la supervivencia, han sido sancionadas como derechos fundamentales en las actuales constituciones, es decir bajo la forma de derechos universales e indisponibles, adscritos a todos sólo por el hecho de ser personas, ciudadanos o capaces de obrar.

Las tesis son las siguientes:

### **2.3.1. Derechos fundamentales y derechos patrimoniales.**

Ferrajoli señala que ambos derechos son incluidos dentro de una misma clase, la de los derechos civiles. En esta tesis el autor aborda la diferencia entre ellos en cuanto a su estructura.

#### **2.3.1.1. Motivos de la confusión.**

Los motivos por los que estos derechos se consideran como de la misma clase son, según Ferrajoli, los siguientes:

- Por que el primer liberalismo los incluye a ambos dentro de la misma clase de derechos (los civiles). Esto significa fusionar las doctrinas iusnaturalistas y contractualistas de los siglos XVII Y XVIII, que son la ascendencia teórica de los derechos fundamentales, y la tradición civilista y romanista, ascendencia teórica de los derechos patrimoniales, lo que ha limitado, hasta la actualidad, la teoría de los derechos y, por tanto, la teoría del Estado de derecho.
- Porque la noción de “derecho de propiedad” tiene un carácter polisémico, pues por él se entienden, tanto el derecho a ser propietario y disponer de los propios derechos de propiedad, como el concreto derecho de propiedad del que cada uno es titular sobre determinados bienes.

##### **2.3.1.1.1. En que consiste la confusión.**

Tenemos dos derechos fundamentales y reconducibles a la clase de los derechos civiles: por un lado, el derecho a ser propietario, que es un derecho de la persona, que constituye un aspecto de la capacidad jurídica y es independiente de la edad (pues incluso los recién nacidos pueden convertirse en propietarios por sucesión hereditaria o por actos de adquisición realizados por los padres o tutores que son sus representantes legales). Por otro lado, el

derecho a disponer de los propios derechos de propiedad, que es un derecho de autonomía, un aspecto de la capacidad de obrar, que en nuestro ordenamiento corresponderían a todos los sujetos no suspendidos en sus derechos que hayan alcanzado la mayoría de edad.

Ahora bien, estos derechos se confunden con otro, que, para Ferrajoli, no es fundamental, que es el concreto derecho de propiedad del que cada uno es titular sobre determinados bienes, por ejemplo: mi derecho de propiedad sobre el coche con matrícula "X".

Este derecho se contrapone por su forma y estructura, tanto a los derechos mencionados, como a todos los derechos fundamentales. De los derechos fundamentales a convertirse en propietario y a disponer de los bienes de su propiedad, son titulares, respectivamente, todas las personas en cuanto tales y todos los capaces de obrar, en cambio, del concreto derecho de propiedad "soy yo y nadie más", mientras que no disponga de esos bienes.

Estos derechos son completamente diferentes, tanto que se puede ser titular de los primeros, sin ser titular de ningún derecho de propiedad.

Entonces, por lo que refiere a los derechos del primer tipo, todos somos iguales, pero, en lo que respecta a los segundos todos somos desiguales.

Ahora bien, ambas clases de derechos están estrechamente relacionadas, pues una es presupuesto de la otra. Si bien los derechos de la primera clase son derechos iguales porque se adscriben a todos en cuanto personas o capaces de obrar, son vehículo de las desigualdades económicas, pues a través de su ejercicio se adquieren, transfieren, acumulan y sustraen los derechos de propiedad pertenecientes a la segunda clase.

Estos derechos han sido defendidos, junto a la libertad, por el pensamiento liberal, según el autor, de un modo intransigente. Pero no por ello dejan de ser derechos estructuralmente distintos entre sí, y distintos a la libertad cuyo ejercicio no consiste en actos contractuales regulados por normas.

Estas confusiones, señala Ferrajoli, han provocado dos incomprendiones, por un lado, que el pensamiento liberal valorice el derecho de propiedad como un derecho del mismo tipo que la libertad y por otro lado, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, en el que se denigran como derechos "burgueses" al igual que la propiedad.

#### 2.3.1.1.2. Ejemplos.

Esta diferencia ha quedado oculta en nuestra tradición jurídica por que se utiliza la expresión "derecho subjetivo" para hacer referencia a determinadas situaciones subjetivas, a pesar de ser desiguales y opuestas en varios aspectos como derechos inclusivos y derechos exclusivos, derechos universales y derechos singulares, indisponibles y derechos disponibles.

Un ejemplo de ésta asociación entre libertad y propiedad se contiene en el capítulo II del Segundo Tratado sobre el Gobierno de John Locke, de 1690, quien considera la vida, *la libertad y la propiedad* como los derechos fundamentales cuya tutela y garantía justifican el contrato social.

Otro ejemplo se encuentra en el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que establece: "El fin de toda asociación política es la defensa de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son *la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión*" (37)

---

37 Ferrajoli, *ob. cit.* p. 26.

### 2.3.1.2. Diferencias.

Para Ferrajoli existen, entre los derechos fundamentales y derechos patrimoniales, diferencias en cuanto a su forma y estructura:

#### DIFERENCIAS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS PATRIMONIALES.

DERECHOS FUNDAMENTALES	DERECHOS PATRIMONIALES (DE LA PROPIEDAD PRIVADA A LOS DERECHOS DE CRÉDITO.)
<p>Universales. Son <i>universales</i> en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares, o sea, están reconocidos a todos ellos en igual forma y medida.</p> <p>Inclusivos. Son la base de la igualdad jurídica, pues todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento, igualmente titulares del derecho a la salud y a la educación, etc.</p>	<p>Singulares. Por que para cada uno de ellos existe un titular determinado con exclusión de todos los demás, pertenecen a cada uno de manera diversa tanto por la cantidad como por la calidad.</p> <p>Exclusivos. Son la base de la desigualdad jurídica, cada uno es propietario de cosas diversas en medida diversa, así como cada uno es acreedor de cosas diversas.</p>
<p>Indisponibles. están resguardados de las decisiones de la política y del mercado. La indisponibilidad puede ser:</p> <p>Activa. Porque no son alienables por el sujeto que es su titular, nadie puede vender su libertad personal.</p> <p>Pasiva. Porque no son expropiables o limitables por otros sujetos, ni el Estado ni ninguna mayoría puede privar a nadie de sus derechos, por ello son universales. "</p>	<p>Disponibles. La disponibilidad también podría dividirse en:</p> <p>Activa. Que consistiría en los actos de autonomía privada que las normas que los prevén como hipótesis les otorgan como efectos. Por ejemplo: la constitución, modificación o extinción de un derecho patrimonial.</p> <p>Pasiva. Son susceptibles de expropiación por causa de utilidad pública.</p>
<p>Inalienables. Porque no pueden venderse, por ejemplo no puede venderse el derecho a la vida, a la integridad personal o los derechos civiles y políticos.</p>	<p>Alienables. Negociables. Un bien sí puede consumirse, venderse, permutarse o darse en arrendamiento.</p>
<p>Inviolables. La inviolabilidad es una garantía primaria de estos derechos, consiste en la prohibición para el legislador ordinario de lesionarlos cuando se trate de derechos negativos, como son las libertades fundamentales, o en la obligación de satisfacerlos cuando se trate de derechos positivos, como son los sociales.</p>	

<p>Invariables. Porque no se puede llegar a ser jurídicamente, por ejemplo, más libres, las libertades no se cambian ni se acumulan, no varían por la forma en que se ejerzan ni pueden consumirse.</p>	<p>Modificables. Pueden acrecentarse, por ejemplo: se puede llegar a ser jurídicamente más ricos.</p> <p>Consumibles. Estos derechos, al tener por objeto un bien patrimonial, pueden adquirirse, cambiarse, venderse, sufrir alteraciones y podrían extinguirse por su ejercicio.</p> <p>Por ser singulares los derechos patrimoniales pueden ser objeto de intercambio en la esfera del mercado.</p>
<p>Tienen su título en la ley, son <i>ex lege</i>, están conferidos a través de reglas generales de rango casi siempre constitucional.</p> <p>Son <i>normas</i>, se igualan con las mismas normas (o reglas generales) que los atribuyen.</p>	<p>Tienen por título <i>actos de tipo contractual o actuaciones singulares</i>, por ejemplo, contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas, por las que se producen, modifican o extinguen.</p> <p>Estos derechos son actuaciones singulares, dispuestas por actos también singulares que <i>están predispuestos por las normas</i> que los prevén como efectos de las mismas, por ejemplo: las normas del código civil disponen que la compraventa tenga como efecto la propiedad de la cosa (ese derecho patrimonial no es dispuesto sino predispuesto por la norma).</p>
<p>Son "verticales" en dos sentidos:</p> <p>Primero. Porque las relaciones que se producen entre los titulares de los mismos son del individuo sólo o frente al Estado.</p> <p>Segundo. Porque a los derechos fundamentales, cuando tienen expresión en normas constitucionales, les corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, su violación causa la invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas, su observancia es condición de legitimidad de los poderes públicos.</p>	<p>Son "horizontales", en dos sentidos:</p> <p>Primero. Porque las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de estos son intersubjetivas de tipo civilista (contractual, sucesorio, etc.)</p> <p>Segundo. Porque les corresponde la genérica prohibición de no lesión en el caso de los derechos reales y obligaciones de deber en el caso de los derechos personales o de crédito.</p>

\*La indisponibilidad de los derechos fundamentales, se refiere a su titularidad, que no deja de existir independientemente de lo que hagamos o queramos, pues los derechos fundamentales son normas. Un derecho fundamental no comporta, una obligación a cargo de su titular, sino una obligación para los demás, por ejemplo, puedo realizar actos autolesivos, pero esta facultad no equivale a la de obligarme a cumplirlos. Puedo no votar, pero no obligarme a no votar o allanar mi voto, etc.

Estableciendo estas diferencias, se confirma, según Ferrajoli, su noción *formal* de derecho fundamental, la vida, la libertad personal, etc. son fundamentales porque son universales e indisponibles, independientemente de que correspondan o no a valores o intereses vitales. Donde estuviera permitida la disposición de estos derechos, serían degradados a derechos patrimoniales.

Por ejemplo: Si un derecho real fuera universal e indisponible sería fundamental, como la asignación a todo ciudadano, en la antigua Esparta de una parcela de tierra inalienable e inenajenable. Otro ejemplo, en nuestro ordenamiento, serían los ejidos, los que se pueden vender bajo ciertas circunstancias, pero mientras no se den siguen siendo inalienables. (38)

Como consecuencia de sus características, señala el autor que, los derechos fundamentales se convierten en un límite a los poderes públicos y a la autonomía de sus titulares, pues, aún voluntariamente, no es posible transferir o alienar la propia vida o libertad, constituyen por tanto un límite lógicamente insuperable.

Ferrajoli considera que en este conjunto de límites y vínculos puestos para tutelar los derechos fundamentales se halla la esfera pública del Estado constitucional de derecho, la que el autor llama la dimensión "sustancial" de la democracia y que es opuesta a la esfera privada de las relaciones patrimoniales.

### **2.3.1.3. La polémica no es contra la propiedad privada.**

Ahora bien, Ferrajoli aclara que su crítica no es contra la propiedad privada ni como derecho patrimonial disponible, ni como derecho fundamental

---

38 Artículo 64 y 74 de la Ley Agraria.

indisponible, sino contra la confusión entre las dos clases de derechos, así como entre ambos y los derechos de libertad.

Señala el autor que, la referencia empírica de la teoría del derecho, así como su propia teoría, la constituyen los ordenamientos jurídicos de las democracias modernas, los que son capitalistas y es a causa de la extensión y contenidos que tienen en estos ordenamientos que el autor ha basado, en los cuatro tipos de derechos fundamentales (derechos de libertad, civiles, sociales y políticos) otras tantas dimensiones de la democracia:

### DIMENSIONES DE LA DEMOCRACIA.

Democracia sustancial.	*Democracia liberal, asegurada por los derechos de libertad. *Democracia social, asegurada por los derechos sociales.
Democracia Formal	*Democracia política, asegurada por los derechos políticos. *Democracia civil, asegurada por los derechos civiles, incluidos los de autónoma iniciativa económica.

#### 2.3.2. Los derechos fundamentales y la democracia sustancial.

Esta tesis hace referencia a la identificación entre los derechos fundamentales constitucionalmente sancionados y la dimensión sustancial de la democracia, es decir el ámbito de lo que no podría ser decidido y de lo que no podría dejarse de decidir por la democracia formal ni por el mercado.

##### 2.3.2.1. Estipulación y garantía de los derechos fundamentales.

Para el autor, la estipulación y garantía de los derechos fundamentales son condiciones necesarias pero no suficientes para la democracia, porque tanto los derechos como sus garantías son, de cualquier modo, normas que bien

pueden permanecer sin efecto, y además sólo aseguran la dimensión jurídica de la democracia.

La democracia no es un fenómeno esencialmente jurídico, sino que éste es uno frente a muchos posibles como el económico, el sociológico, el político-institucional, el psico-antropológico, el sistémico, etc. Para Ferrajoli el jurídico es previo a todos los demás, así lo confirma el fracaso de los socialismos reales, que para el autor se debió al total desprecio por el *derecho* y por los *derechos*.

### 2.3.2.2. La dimensión sustancial de la democracia.

El constitucionalismo esta formado por la democracia sustancial y la democracia formal ó política. La democracia sustancial es, según Ferrajoli, el conjunto de límites y vínculos (garantías) impuestos por los principios fundamentales del constitucionalismo ó democracia formal o política, los que están asegurados por el paradigma del estado de derecho. La democracia política se funda en un tipo específico de derechos fundamentales, el de los derechos políticos adscritos a todos en cuanto ciudadanos.

Entre las distintas dimensiones de la democracia, existe un nexo asegurado por la rigidez constitucional que impone, a la democracia política y civil, el respeto a los límites y vínculos correlativos a los derechos sustanciales, de libertad y sociales. Este nexo, no anula la democracia política y civil, sólo las limita, orientándolas, y restringiendo sus espacios de autonomía que de otro modo serían absolutos.

Ahora bien, para el autor, el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y de lo que él llama "la dimensión sustancial de la democracia" son los derechos fundamentales porque son "intereses y expectativas de todos",

en cambio, el fundamento de la dimensión política o "formal" son los poderes de la mayoría, por ello la dimensión sustancial es previa a ella.

Ferrajoli considera que el Estado de derecho, modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede ser ampliado (luego del reconocimiento constitucional como "derechos" de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia) al "Estado social" que está en crisis por haberse desarrollado (en el siglo XX) sin las formas y garantías del Estado de derecho y sólo en las de la mediación política.

### **2.3.2.3. Posiciones contrarias.**

Existen posiciones que, lejos de considerar a los derechos fundamentales como límites y vínculos constitucionales de los poderes públicos, los consideran como "Derechos Públicos", consistentes en una serie de efectos del derecho público que radican en la existencia abstracta de la ley y no tanto en la esfera jurídica del individuo.

Esta posición se puede ejemplificar con la monografía de 1852 del **iurpublicista** alemán del siglo XIX Karl Friedrich von Gerber quien afirma lo siguiente:

- La posición estatal de un súbdito es la de un dominado estatalmente, los derechos del ciudadano tienen un significado "negativo" pues el Estado en su dominio y sujeción (del individuo) se mantiene dentro de sus límites naturales y deja libre aquella parte de la persona humana que no puede someter a la acción coercitiva de la voluntad general.

- Todos los derechos públicos encuentran su fundamento, contenido y fin en el organismo estatal, en el que debe realizarse la voluntad nacional que tiende a la realización de la vida colectiva.
- Los derechos públicos son elementos orgánicos constitutivos de un Estado concreto, son percibidos por los individuos como efectos reflejos del poder estatal.

Esta tesis fue adoptada por la doctrina del derecho público de finales del siglo XIX, representada por autores como Laband, Jellinek, Santi Romano y Vittorio Emanuele Orlando, que, en resumen, consideraban lo siguiente:

Que los derechos fundamentales son sólo concesiones discrecionales anulables o limitables, contradiciendo así dos paradigmas, el paradigma iusnaturalista de los derechos fundamentales, como fundante y no fundado en relación con el artificio estatal, y el paradigma constitucional, el cual, al positivizar los derechos fundamentales los ha configurado como vínculos y límites a los poderes públicos en su conjunto, de cuya legitimidad los derechos fundamentales son el fundamento y no al revés.

Para Ferrajoli esto es fruto de una incomprensión del constitucionalismo, por lo que pretende demostrar que los derechos que nos ocupan son vínculos y límites constitucionales de los poderes públicos.

#### **2.3.2.4. La relación sustancial entre los derechos fundamentales y la democracia constitucional.**

Para explicar esta relación el autor acude al plano de los caracteres estructurales de los derechos fundamentales, así como al plano de su contenido, consistente en la naturaleza de las necesidades protegidas por los derechos fundamentales.

**Primer plano.** Los caracteres estructurales de estos derechos son la universalidad, igualdad, indisponibilidad, atribución *ex lege* y rango habitualmente constitucional y por ello supraordenado a los poderes públicos como parámetros de validez de su ejercicio. Por su estructura, a diferencia de los demás derechos, son vínculos sustanciales, normativamente impuestos a las decisiones de la mayoría y al libre mercado.

Estos caracteres constituyen la técnica o garantía prevista para la protección de las necesidades sustanciales y por tanto fundamentales (como la vida, la libertad, la subsistencia, etc.) cuya satisfacción es la condición de la convivencia civil y la razón social del Estado.

**Segundo plano.** El contenido de los derechos fundamentales. Para Ferrajoli, cuando se quiere garantizar una necesidad o un interés se le sustrae del mercado y de las decisiones de la mayoría. Ningún contrato puede disponer de la vida, ninguna mayoría política puede decidir que una persona sea condenada sin pruebas o privada de la libertad personal, de sus derechos civiles, etc.

Señala Ferrajoli que hay dos tipos de normas:

**Sustanciales.** Son las normas que otorgan los derechos fundamentales, tanto los de libertad, que imponen prohibiciones, como los sociales, que imponen obligaciones al legislador. Son sustanciales porque son relativas a la "sustancia" o contenido, o sea "al que" de las decisiones y "al qué no es lícito decidir o no decidir."

Los derechos fundamentales circunscriben la esfera de lo indecible, de lo no decidible que, o sea las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad que el legislador no puede violar, y de lo no decidible que no, es decir,

las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales, pues, el legislador debe establecer la obligación de su satisfacción.

Los derechos fundamentales imponen, (mediante las normas sobre la creación) obligaciones y prohibiciones a la legislación, que tienen que ver con la sustancia de las decisiones, por eso podemos llamar a esas normas "sustanciales", pues establecen las condiciones de su validez. Estas prohibiciones y obligaciones se imponen incluso contra las voluntades contingentes de las mayorías, así se desmiente la concepción corriente de la democracia como sistema político que se funda en reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría.

**Formales.** Son las normas sobre representación y sobre el principio de la mayoría. Se refieren a lo que es "decidible" por la mayoría. Dictan las condiciones de vigencia de las decisiones, si estas se identifican con las reglas de la democracia política (en cuanto disciplinan las formas de las decisiones que aseguran la expresión de la voluntad de la mayoría), las normas sustanciales sobre la validez al vincular el respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos en ellas (bajo pena de invalidez) a la sustancia de las decisiones mismas, corresponden a las reglas con las que bien se puede caracterizar la democracia sustancial.

Ahora bien, el paradigma de la democracia constitucional es la sujeción del derecho al derecho, generada por la separación entre vigencia y validez, mera legalidad y estricta legalidad, legitimación formal y legitimación sustancial. Por ello, la "presunción de regularidad de los actos realizados por el poder en los ordenamientos positivos" (39) se desvanece, sobre todo si los ordenamientos son políticamente democráticos, pues el principio formal de la democracia

---

39 Gianformaggio, Letizia, citada por Luigi Ferrajoli en "Derechos fundamentales", p.37.

política, relativo al *quien* y *como* se decide (o sea el principio de la soberanía popular y la regla de la mayoría), se subordina a los principios sustanciales expresados por los derechos fundamentales relativos a lo *que no es lícito decidir* y a lo *que es lícito no decidir*.

Así, los derechos fundamentales estipulados en las constituciones son fuentes de invalidación y de deslegitimación (más que de legitimación). Su configuración como "elementos orgánicos del Estado" y "efectos reflejos del poder estatal" en la doctrina de los derechos públicos (elaborada por la iuspublicística alemana e italiana del siglo pasado), es una inversión de su significado y expone una incomprensión del constitucionalismo y del modelo del Estado constitucional de derecho. Si bien, estos derechos existen como situaciones de derecho positivo ya que son establecidos en las constituciones, precisamente por ello, representan un sistema de límites y vínculos supraordenados al poder soberano (y no una autolimitación revocable del mismo).

Por lo tanto no se trata de "derechos del Estado", "para el Estado" o "en interés del Estado" sino derechos "hacia" e incluso "contra el Estado", es decir contra los poderes públicos aún los democráticos o de mayoría.

Los derechos fundamentales son normas, lo que retroactúa sobre la naturaleza de la relación entre los sujetos y la Constitución, pues de la parte sustancial de la Constitución son "titulares" (más que destinatarios) todos los sujetos a los que esta adscribe los derechos fundamentales. Por ello, la imposibilidad de que estas normas sean modificadas por decisión de la mayoría, pues en principio, están dotadas de rigidez absoluta porque son los mismos derechos fundamentales establecidos como inviolables, de manera que todos somos sus titulares.

### **2.3.2.5. La filosofía contractualista. Origen del paradigma de la democracia constitucional.**

Ferrajoli considera que el modelo de la democracia constitucional tiene su origen en la filosofía contractualista en dos sentidos:

- Primer sentido. Las constituciones son contratos sociales escritos y positivos, en los que se funda la convivencia civil, generados históricamente por movimientos revolucionarios con los que, en ocasiones, se han impuesto a los poderes públicos (que de otro modo serían absolutos) como fuentes de su legitimidad.
- Segundo sentido. La idea del contrato social es una metáfora de la democracia política, porque alude al consenso de los contratantes y por tanto vale para fundar una legitimación del poder político desde abajo, así también de la democracia sustancial, porque este contrato tiene como cláusulas (y como causa) la tutela de los derechos fundamentales, su violación, por parte del soberano, justifica la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia.

Ahora, si bien los derechos fundamentales son el contenido del pacto constituyente, hay que reconocer a Thomas Hobbes teórico del absolutismo, la invención del Estado, creado para la protección del derecho a la vida como derecho inviolable de todos, y de cuya tutela depende la superación del estado de naturaleza y la justificación misma del Estado.

Con Thomas Hobbes nace la figura del Estado como esfera pública instituida y garantía de la paz y de los derechos fundamentales.

Si bien Hobbes limita el papel garantista del Estado a la exclusiva tutela del derecho a la vida, esta función se ha extendido históricamente a otros

derechos que fueron afirmándose como fundamentales, por ejemplo: los derechos civiles y de libertad, por obra del pensamiento ilustrado y de las revoluciones liberales, de las que nacieron las primeras declaraciones de derechos y las constituciones decimonónicas; los derechos políticos, con la progresiva ampliación del sufragio y de la capacidad política; posteriormente al derecho de huelga y los derechos sociales en las constituciones de este siglo; hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente y a la información que actualmente son objeto de reivindicación, pero que aún no se constitucionalizan. Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte.

La historia del constitucionalismo es la de la creciente extensión de la esfera pública de los derechos, los que fueron conquistados mediante rompimientos institucionales, por ejemplo: las revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas, etc.

Las diferentes generaciones de derechos corresponden a las generaciones de movimientos revolucionarios: desde las revoluciones liberales contra el absolutismo real de siglos pasados, hasta las constituciones del siglo XX en la que se incluyen la italiana de 1948 y la española de 1978, surgidas del rechazo al fascismo como pactos fundantes de la democracia constitucional.

De esta historia también forma parte la extensión del modelo constitucionalista al derecho internacional, pues, con la institución de la ONU y de las cartas internacionales de derechos humanos, se produjo una ruptura del antiguo régimen internacional surgido hace tres siglos de la paz de Wesfalia, construido en el principio de soberanía absoluta de los Estados y que ocasionó las dos guerras mundiales.

### 2.3.2.6. Relación entre política y derecho.

En el modelo del Estado constitucional, la política queda subordinada al derecho, debido a que las opciones administrativas y de gobierno están sujetas a las leyes y las opciones legislativas a la constitución. Sin embargo esto no anula los espacios y el papel de la política, los que si bien son, por una parte, restringidos también son ampliados:

- Son restringidos (más no anulados) desde el punto de vista interno del ordenamiento. Que la política legislativa esté subordinada a la constitución no significa que sea meramente ejecutiva, (o al menos no que sea más ejecutiva de cuanto lo es la política del gobierno el cual incluso tradicionalmente se califica como poder ejecutivo) sino que, supone, que el proyecto constitucional es vinculante para la política, que diseña normativamente un espacio en el cual la legislación tiene, sin embargo, amplísimos márgenes de autonomía.

Desde el punto de vista *interno* (o jurídico), la política queda vinculada por el derecho, en particular por el deber constitucional de garantizar los derechos fundamentales positivamente consagrados, de manera que no sólo el gobierno con respecto a la legislación, sino también el parlamento respecto a la constitución puede ser llamado ejecutivo.

- El papel de la política se amplía desde el punto de vista externo al ordenamiento. El paradigma constitucional desplaza el espacio privilegiado de la política fuera del derecho, colocándolo en las luchas y dinámicas sociales y culturales.

De cualquier manera, señala Ferrajoli, el derecho es, según el modelo iuspositivista, producto de la política y de las luchas y revoluciones que históricamente lo han modelado incorporándole otras tantas generaciones de

derechos fundamentales. Este producto es contingente, así como puede retroceder, también puede progresar con la pérdida de viejos derechos o la conquista de nuevos, en virtud del papel de la política y de la lucha por el derecho (hecho y por hacer) que es siempre una lucha social y cultural.

En este sentido puede hablarse, incluso, dentro de la teoría del derecho, de una superioridad desde el punto de vista *externo*.

En un estado constitucional de derecho la relación entre política y derecho es de recíproca dependencia, el derecho esta subordinado a la política como su producto e instrumento y la política esta subordinada instrumentalmente al derecho, al hallarse sus opciones vinculadas a los principios constitucionales normativamente supraordenados a ella.

Pero lo anterior no significa, para el autor, que dichas elecciones sean meramente ejecutivas en relación con la constitución, pues se tratan de opciones aunque vinculadas. Tampoco implica que sean actuaciones derivables de la teoría, solo impone el *deber ser* de la coherencia interna entre normas constitucionales y normas legales por respeto al principio de no-contradicción, el que por desgracia, no pertenece al derecho sino a la teoría.

### **2.3.3. Derechos fundamentales y la ciudadanía.**

En esta tesis, Ferrajoli describe la naturaleza supranacional actual de gran parte de los derechos fundamentales, asimismo, pone en relieve la antinomia entre su universalismo, proclamado en las actuales cartas constitucionales, y el presupuesto de la ciudadanía, al que en la práctica permanecen sujetos.

### **2.3.3.1. Los derechos fundamentales son supraestatales.**

Para Ferrajoli los derechos de la ciudadanía son solo una subclase de los derechos fundamentales, así como un específico estatus subjetivo al igual que la personalidad.

Después del nacimiento de la ONU, y como consecuencia de su establecimiento en las cartas y convenciones internacionales, los derechos son "fundamentales", tanto dentro de los estados, en cuyas constituciones se encuentran formulados, como a nivel supra-estatal, pues los Estados se encuentran vinculados y subordinados a ellos en el plano del derecho internacional, por lo tanto los derechos fundamentales pertenecen a las personas con independencia de sus diversas ciudadanía.

Estos derechos son los cimientos normativos de una democracia internacional que, aunque este lejos de ser practicada, se encuentra delineada normativamente.

### **2.3.3.2. Tesis contraria.**

Sin embargo, la actual filosofía política desconoce este avance. El sociólogo Thomas Marshall en su ensayo *Citizenship and Social Class* (La Ciudadanía y la Clase Social) de 1950, señala que existen tres clases de derechos fundamentales: los civiles, los políticos y los sociales, todos ellos concebidos como derechos del ciudadano y no de la persona.

Para Marshall, la ciudadanía es el estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad, la cual confiere los derechos y los deberes sobre los que se funda la igualdad de todos los que la poseen.

Se encuentra aquí, según Ferrajoli, una deformación del concepto de ciudadanía, entendida como "el presupuesto de todos los derechos fundamentales", de esta manera ocuparía el lugar de la igualdad como la categoría básica de la teoría de la justicia y la democracia, contradiciendo a la Declaración Universal de Derechos de 1948 y a la mayoría de las constituciones estatales.

Esta tesis abandona la categoría de la igualdad, precisamente después de que, mediante las nuevas constituciones estatales de posguerra y la Declaración de 1948, se reconoce la calidad de persona y la titularidad universal de los derechos a todos los seres humanos.

Para Ferrajoli, ante la crisis del Estado nacional y de la soberanía estatal, a la que esta conectada la ciudadanía, es todavía menos legítimo declinar los derechos fundamentales en términos estatistas, puesto que la soberanía, y los límites impuestos a esta por la estipulación de los derechos, se ha desplazado a sedes supranacionales.

#### **2.3.3.3. Relanzamiento de la tesis.**

Ferrajoli considera que esta tesis ha sido relanzada ante las inmigraciones masivas que constituyen una amenaza a los países ricos, esto significa que en el momento en que son puestos a prueba los derechos fundamentales se niega su universalidad y se les limita a la ciudadanía, sin tomar en cuenta que todos los derechos, excepto los políticos y los sociales, son otorgados por el derecho positivo estatal e internacional a todas las personas.

Si bien, en los tiempos de Marshall, los procesos de globalización y de integración mundial y los fenómenos migratorios aún no ponían en tan evidente contradicción los derechos del hombre y del ciudadano, estos procesos, así como el crecimiento de las dependencias y de las desigualdades entre países

ricos y pobres, advierten una integración mundial, dependerá del derecho la forma en que se llegue a ella, si mediante la opresión y la violencia o mediante la democracia y la igualdad.

Lo anterior, porque la categoría de la ciudadanía puede utilizarse para fundar una idea regresiva y falsa de la democracia en los países occidentales ricos, a costa de la no-democracia en el resto del mundo. El resultado sería una grave pérdida del valor de los derechos fundamentales y de nuestro modelo de democracia, pues su credibilidad está completamente ligada a su universalismo.

Ahora bien, estos derechos siempre han sido universales solo de palabra, pues, desde la Declaración Francesa de 1789 se han proclamado siempre como derechos de la persona, normativamente, pero, de hecho, han sido siempre derechos del ciudadano. Y es que, en la época de la revolución francesa y posteriormente durante el siglo XIX y la primera mitad del XX hasta la Declaración Universal de 1948, la separación entre persona y ciudadano no representaba ningún problema, al no presentarse aún la amenaza de la presión migratoria. Pero, señala el autor, representaría una fractura de los modelos democráticos, y de los valores de Occidente, que nuestro universalismo normativo fuera negado en el momento en que se le pone a prueba.

La contradicción entre igualdad y ciudadanía, entre el universalismo de los derechos y sus límites estatalistas, tiene que solucionarse superando a la ciudadanía, con la desnacionalización de los derechos fundamentales y la correspondiente desestatalización de las nacionalidades.

Respecto al derecho de asilo, considera el autor que tiene un vicio de origen, pues ha estado reservado siempre sólo a refugiados por persecuciones políticas, raciales o religiosas, más no a los refugiados por lesiones del derecho a la subsistencia. Así se revela una fase paleoliberal del

constitucionalismo en la que, los únicos derechos fundamentales reconocidos eran los derechos políticos y de libertad negativa, de cuya violación eran víctimas reducidas élites, percibidas por las élites liberales de los países que los recibían como sus semejantes. Pero no se tomaba en cuenta la migración por razón de subsistencia.

En la actualidad, estos presupuestos han cambiado, las constituciones europeas y las cartas internacionales de derechos han agregado una serie de derechos humanos positivos (como el derecho a la supervivencia y a la subsistencia) separándolos de la ciudadanía y haciendo de su goce la base de la moderna igualdad de derechos y de la dignidad de la persona; por lo que estos presupuestos deben extenderse a las violaciones de los derechos económicos.

Sin embargo, en leyes sobre inmigración, ha prevalecido una tesis restrictiva, lo que ha desembocado en un cierre de Occidente y en el riesgo del rompimiento del diseño universalista de la ONU, así como el retroceso de nuestras democracias.

Para el autor, existe un nexo entre democracia e igualdad, así como entre la desigualdad en los derechos y racismo. La igualdad en los derechos genera el sentido de igualdad basada en el respeto del otro como igual, pero la desigualdad genera la imagen del otro como desigual, como inferior en el plano antropológico por ser inferior en el jurídico.

#### **2.3.3.4. Lagunas y antinomias.**

Señala Ferrajoli que, una norma, como la que establece el artículo 12, apartado 2, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre "toda

persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio" (40) implica la prohibición a todo Estado de impedir la emigración, así como la prohibición para la comunidad internacional de impedir la inmigración y el correlativo derecho de acogida.

Según esto, son antinomias las actuales leyes estatales contra la inmigración y son lagunas la ausencia de regulación por parte de leyes o convenciones de la obligación de acogida correlativa al derecho de emigrar, esto implica que "a los derechos internacionalmente establecidos corresponden otros tantos deberes de los Estados y de la comunidad internacional" (41).

Para el autor, una política redistributiva que tomara en serio los derechos proclamados, sobre todo, por los Pactos Internacionales sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16/12/1966, así como el derecho de los pueblos a la autodeterminación y al desarrollo (art. 1) y los derechos sociales a la alimentación y a niveles mínimos de subsistencia (art. 11) podría intentar poner remedio a las condiciones de hambre y miseria en que viven millares de seres humanos, a causa de las políticas de conquista, rapiña y explotación a las que han sido sometidos por siglos por parte del occidente capitalista.

Esto es necesario, más allá de la perspectiva de una ciudadanía universal o del reconocimiento como derechos de las personas (antes que de los ciudadanos) de los derechos humanos adscritos a todos por nuestras cartas constitucionales e internacionales, ya que la inmigración en masa es un fenómeno destinado a crecer hasta tanto no se haga frente a sus causas económicas y sociales.

---

40 Ferrajoli, Luigi "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. por Perfecto Andrés, *et. al.*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p.175.

41 *Ibidem*.

El cumplimiento efectivo de los deberes de cooperación correlativos a los derechos humanos, sancionados por el derecho internacional, es la única alternativa ante un futuro de guerras, violencia y terrorismo.

Aclara el autor que, no se trata de perseguir una imposible igualdad económica universal, pues, los derechos sociales son derechos iguales a niveles mínimos de subsistencia dirigidos a reducir, y no ha suprimir, las desigualdades materiales, su satisfacción es sólo una cuestión de grado.

En el derecho internacional esta satisfacción depende, antes que de prestaciones, de la no-lesión de derechos, como el de los pueblos al desarrollo y a la libre disposición de sus propios recursos, sancionados por el artículo 1 de los Pactos de 1966.

#### **2.3.3.5. Soberanía estatal. Ya ningún Estado es más *potestas legibus soluta*.**

Respecto al tema de la soberanía, en relación a los confines estatistas impuestos por la ciudadanía a los derechos fundamentales, el autor considera que las funciones de los estados nacionales están en la actualidad sujetas al derecho internacional y, al menos en el plano jurídico, ya no es posible sostener la tesis de la soberanía estatal como *potestas legibus soluta* (poder no sometido a la ley).

El orden internacional está fundado en la soberanía absoluta de las grandes potencias y en la ausencia de garantías en apoyo, tanto de la paz, como de los derechos establecidos en las cartas internacionales.

Sin embargo, la Carta de la ONU ha proscrito la guerra como ilícita, suprimiendo el clásico atributo de la soberanía estatal externa, y la Declaración de 1948, ha afirmado el carácter supraestatal de los derechos conferidos por

las constituciones de las democracias avanzadas, desde entonces no puede seguir hablándose de soberanía, y los seres humanos, en cuanto titulares de tales derechos, son sujetos de derecho dentro de sus ordenamientos estatales y también contra sus estados en el ordenamiento internacional.

Reconocer estas dos novedades, que han transformado el sistema de relaciones internacionales basado en tratados bilaterales, en un ordenamiento jurídico, supone, para la ciencia jurídica, describir el derecho que tienen por objeto, y tomarlo en serio como fuente de deslegitimación del orden existente, como revelación de la ilegitimidad de sus violaciones, como proyección de las garantías capaces de poner en acto lo que, de derecho, debería ocurrir o no ocurrir.

#### **2.3.3.6. Un constitucionalismo mundial puede ser real.**

Para Ferrajoli, el proyecto de un constitucionalismo mundial no es utópico por el hecho de que no exista una cohesión de vínculos pre-políticos y una identidad colectiva de la comunidad internacional. Señala:

No creo que en la Inglaterra del siglo XVIII o en la Italia del siglo pasado (ni incluso hoy) hayan existido vínculos pre-políticos e identidades colectivas – de lengua, cultura, común lealtad política – capaces de igualar campo y ciudad, campesinos y burgueses, masas analfabetas desarraigadas del campo y señores del empresariado capitalista. (42)

La tesis vagamente comunitaria detrás del escepticismo de quien asocia constitución y homogeneidad social debería, dice, "...invertirse: las constituciones son pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados

---

42 *Ibid.* p. 178.

cuanto más heterogéneas y conflictivas sean las subjetividades políticas, culturales y sociales que se encarguen de garantizar" (43)

Para el autor, la configuración de un constitucionalismo mundial es cuestión de tiempo y grado. Así como las naciones, y sus tradiciones, fueron una invención del siglo pasado, y los Estados nacionales con sus instituciones jurídicas, no tiene sentido pensar que es más improbable y difícil la construcción de un sentido común de pertenencia al género humano, sobre todo, ante modelos de democracia y de estructuras institucionales ya ampliamente experimentados y en parte realizados.

Además, existe una interacción, también experimentada desde la formación histórica del Estado moderno, entre sentido común de pertenencia e instituciones jurídicas, entre el mínimo nivel de paz necesario para la unificación política y la afirmación jurídica del principio de igualdad.

La "cohesión", los "vínculos pre-políticos" y la "identidad colectiva" de la comunidad internacional son los presupuestos de una democracia internacional. Pero, la percepción de los otros como iguales y como asociados se funda en la igualdad de los derechos como garantía de todas las diferencias de identidad personal; y el sentido de pertenencia y la identidad colectiva de una comunidad política maduran a partir de la garantía de los propios derechos fundamentales como derechos iguales.

Igualdad y garantía de los derechos son lo único que se requiere para la formación de identidades colectivas que quieran fundarse en el valor de la tolerancia y no en las recíprocas exclusiones generadas por las identidades étnicas o nacionales, religiosas o lingüísticas.

---

43 *Ibid.* p. 179.

Se debe reconocer la ausencia de garantías, que es responsable de la ineffectividad de las cartas y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, como una laguna indebida, que los estados mismos y la comunidad internacional deben colmar, y tomar conciencia de que no existen alternativas al derecho como instrumento de paz y de garantía de los derechos.

#### **2.3.4. Derechos fundamentales y sus garantías.**

Esta tesis se refiere a la separación entre los derechos fundamentales y sus garantías, de tal manera que la ausencia de las últimas constituye una laguna que debe colmarse, más no implica la inexistencia de los derechos.

##### **2.3.4.1. Diferencias:**

Por un lado tenemos a los derechos fundamentales que son (al igual que los demás derechos) expectativas negativas y positivas, a ellas les corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión) a cargo de otros sujetos, a las que Ferrajoli les llama "garantías primarias".

Por otro lado tenemos a las "garantías" que son las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones a las garantías primarias y son llamadas por el autor "garantías secundarias".

Por tanto, según la definición de derechos fundamentales, existe un nexo entre los derechos y sus garantías, el cual es de carácter deóntico, es decir expresa el deber ser, más no el ser. Por ello, la definición tiene un carácter ya no descriptivo sino normativo, pues puede ser violada por el derecho en vigor pero no por ello refutada.

Las garantías, señala Ferrajoli, a pesar de que están implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, son repetidamente violadas y en ocasiones no están establecidas normativamente.

#### 2.3.4.2. Tesis contraria.

Ahora bien, existe una teoría que confunde los derechos con sus garantías, lo que significa negar la existencia de los derechos por la ausencia de estas últimas, es la teoría de Hans Kelsen, quien considera que:

- "Tener un derecho subjetivo es encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial, la que impone la sanción al individuo que (...) ha cometido el acto antijurídico o violado su deber" (44).
- Si se designa la relación de un individuo que se encuentra obligado, con respecto de otro, a determinada conducta como "derecho", entonces ese derecho no es sino un reflejo de su obligación, por lo tanto el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo.
- Un derecho formalmente reconocido pero no justiciable (no aplicado o aplicable por los órganos judiciales con procedimientos definidos) es inexistente.

Esta tesis, muy difundida en la actualidad, identifica a los derechos fundamentales con sus garantías, en particular con lo que Ferrajoli llama "garantías secundarias", o sea, con su accionabilidad en juicio. Se resume en la afirmación de que un derecho, aún de rango constitucional, no es un "verdadero derecho" si no está garantizado.

---

44 Kelsen, Hans, citado por Ferrajoli, Luigi en "Derechos fundamentales" p. 28.

Ante esto, la tesis de Ferrajoli sostiene, además de su distinción, que la ausencia de las garantías es una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, es una laguna que debe colmar la legislación.

#### **2.3.4.3. Porque es necesario distinguir los derechos de sus garantías.**

Señala Ferrajoli que tal vez por esta confusión muchos filósofos y politólogos consideran que los "derechos sociales" no son derechos porque carecen de garantías jurisdiccionales, al igual que los derechos contenidos en las cartas internacionales, pues, están desprovistos de garantías.

Entonces resultarían descalificadas jurídicamente tanto la internacionalización de los derechos fundamentales como la constitucionalización de los derechos sociales, los que serían reducidos a ambiguos programas políticos jurídicamente irrelevantes.

Si bien, la anterior es una razón suficiente para distinguir estos conceptos hay otra ligada a la naturaleza positiva y nomodinámica del derecho moderno que es la siguiente:

En la moral, que es un sistema nomoestático, o en un sistema de derecho natural fundado únicamente sobre principios de razón, las relaciones entre figuras deónticas son puramente lógicas.

Por ejemplo:

- Dado un derecho (o sea una expectativa jurídica positiva o negativa) existe, para otro sujeto, la obligación o la prohibición correspondiente.

Para Ferrajoli, en estos sistemas la existencia o la inexistencia de las figuras deónticas está implicada por la existencia o la inexistencia de las

correlativas a ellas y asumidas como "dadas", por lo tanto en los sistemas nomoestáticos no existen antinomias ni lagunas, pues cuando dos normas entran en contradicción una debe ser excluida como inexistente, más que como inválida.

Este es el sentido del principio iusnaturalista *veritas non auctoritas facit legem* (la verdad, no la autoridad, hacen la ley), pues, en ausencia de criterios formales de identificación del derecho existente, los únicos criterios disponibles son los lógicos y racionales de tipo inmediatamente sustancial, es decir, ligados a lo que dicen las normas. (45)

#### 2.3.4.4. El derecho positivo es un sistema nomodinámico.

En cambio, en los sistemas nomodinámicos de derecho positivo, la existencia o inexistencia de una situación jurídica (es decir, de una obligación, prohibición, permiso o expectativa jurídica) depende de la existencia de una norma positiva que la prevea, la que es derivada del acto de su producción como hecho práctico y no de las otras normas.

Por lo tanto, es muy posible que dado un derecho subjetivo no exista la obligación o la prohibición correspondiente, aunque debiera existir, por la indebida inexistencia de la norma que la debería prever, también es posible que, dado un permiso, exista la prohibición del mismo comportamiento debido a la indebida existencia de la norma que la prevé. A esto se debe que, en estas condiciones, expresadas por el principio positivista *auctoritas non veritas facit legem* (la autoridad, no la verdad, hacen la ley), las tesis de la teoría del derecho, como la definición de derecho subjetivo como expectativa jurídica a la que corresponde una obligación o una prohibición, son de tipo deóntico o normativo, es decir, sobre el deber ser y no sobre el ser, así como la definición

---

45 Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales", p. 46.

de la prohibición como no-permisos de la actuación y hasta del principio lógico de no-contradicción.

#### 2.3.4.4.1. Antinomias.

Al respecto, Ferrajoli señala que, la identificación que realiza Kelsen del derecho subjetivo con dos de los deberes que corresponden a éste, corren la misma suerte.

Kelsen identifica el derecho subjetivo con:

- El deber concerniente al sujeto en relación jurídica con su titular (garantía primaria), "no hay derecho subjetivo en relación con una persona sin el correspondiente deber jurídico de otra". (46)
- El deber que, en caso de violación, corresponde a un juez y que consiste en aplicar la sanción (garantía secundaria). "El derecho subjetivo (consiste) no en el presunto interés, sino en la protección jurídica". (47)

Sin embargo, tanto estas identificaciones, como las equivalencias lógico-deónticas entre permiso de la actuación y no-prohibición, permiso de la omisión y no-obligación, prohibición y no-permisos de la actuación y obligación y no-permisos de la omisión, son violadas por la realidad efectiva del derecho, lo mismo ocurre con el *principio de no-contradicción*. En un sistema de derecho positivo existen antinomias (contradicciones entre normas), por lo que el principio de no-contradicción (o sea la prohibición de las mismas) es respecto al derecho positivo, un principio normativo.

---

46 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. esp. de Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1979, p.88, citado por Ferrajoli, Luigi en "Derechos fundamentales", p. 47.

47 *Ibid.*

Por ejemplo: se establece el derecho a manifestar libremente las ideas, pero existe la prohibición penal de difamación y de otros delitos de opinión, entonces se presenta un conflicto entre las normas, la que otorga el permiso y la que prohíbe el mismo comportamiento, para Ferrajoli, las normas invalidas son las que contemplan los delitos de opinión (aunque son existentes o vigentes hasta que no se anulen por la Corte Constitucional).

#### **2.3.4.4.2. Lagunas.**

Por otra parte, en los sistemas de derecho positivo también existen lagunas, las que son de dos tipos:

- **Lagunas primarias.** Por defecto de estipulación de las obligaciones y prohibiciones que constituyen las garantías primarias del derecho subjetivo, por ejemplo, cuando no existe la obligación o la prohibición correlativa a un derecho subjetivo.
- **Lagunas secundarias.** Por el defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o invalidar sus violaciones, es decir de aplicar las garantías secundarias, por ejemplo, cuando no existe la obligación de aplicar la sanción en caso de violación de estas obligaciones o prohibiciones.

Pero no por ello se puede negar que el derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica exista, sino que, se debe reconocer la laguna y afirmar la obligación del legislador de colmarla. Con esto se prueba que el principio de plenitud (prohibición de lagunas) es también un principio teórico normativo.

Señala Ferrajoli que, en la teoría de Kelsen esto ha permanecido oculto porque en ella los derechos patrimoniales se toman como figuras únicas del derecho subjetivo, y en estos casos la definición teórica de éste, como expectativa a la que corresponde un deber, no provoca problemas (sobre todo

por lo que hace a las garantías primarias) porque no parece tratarse de una tesis normativa, sino que, corresponde a lo que de hecho sucede:

Uno de los contratantes tiene un derecho contra el otro sólo cuando éste está obligado a conducirse en cierta forma frente al primero; el segundo tiene un deber jurídico sólo en cuanto el derecho objetivo establece una sanción para el caso de la conducta contraria. (48)

Esto se debe a que los derechos patrimoniales son no dispuestos sino pre-dispuestos por normas hipotéticas, en este caso, como efectos de los contratos, los que son, a la vez, fuentes de las correlativas obligaciones que forman sus garantías primarias. También depende de la tradición jurisprudencial de derecho civil que ha ligado siempre los derechos patrimoniales al derecho de acción como técnica específica de garantía secundaria.

En cambio, los derechos fundamentales, incluidos los sociales y los de orden internacional, son inmediatamente dispuestos por normas téticas, la existencia de sus correlativas garantías, primarias y secundarias, depende de que estas se estipulen expresamente por normas de derecho positivo, distintas de las otorgan los derechos.

La diferencia consiste en que, por un lado, las *normas téticas* son aquellas que inmediatamente disponen las situaciones expresadas por ellas (como las normas que adscriben derechos fundamentales y las que imponen obligaciones o prohibiciones como las normas del código penal) y por otra parte, las *normas hipotéticas* solo predisponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas (como las normas del código civil que predisponen derechos patrimoniales, o las normas que predisponen

---

48 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 96, citado por Ferrajoli, Luigi en "Derechos fundamentales", p. 49.

obligaciones civiles como efectos de los actos negociales o contractuales que las mismas prevén).

Las normas téticas expresan la dimensión nomoestática del ordenamiento y las normas hipotéticas la dimensión nomodinámica, pues mientras los derechos patrimoniales son situaciones de poder cuyo ejercicio consiste en actos de disposición que son productivos tanto de derechos como de obligaciones en la esfera jurídica propia o ajena (contratos, testamentos, etc.) el ejercicio de los derechos de libertad consiste en comportamientos, como tales, privados de efectos jurídicos en la esfera de los demás sujetos.

En resumen, la estructura nomodinámica del derecho moderno (que implica la existencia de un procedimiento y un funcionario para que se aplique la ley) impone la distinción entre los derechos y sus garantías. Además, en virtud del principio de legalidad, como norma de reconocimiento de las normas positivamente existentes, se está obligado a reconocer que los derechos existen si y sólo si están normativamente establecidos, al igual que las garantías de los mismos.

Lo anterior, señala Ferrajoli, se aplica tanto a los derechos de libertad (negativos) como a los derechos sociales (positivos), así como a los establecidos por el derecho estatal y por el derecho internacional. Los derechos y las normas que los expresan existen en cuanto son positivamente producidos por el legislador ya ordinario, constitucional o internacional. Para el autor, realizar esta distinción es de gran importancia en el plano teórico como en el metateórico porque:

- En el plano teórico. Supone que el nexo entre expectativas y garantías es normativo, pues puede ser contradicho por la existencia de las primeras y la inexistencia de las segundas, por lo que la ausencia de garantías debe considerarse como una indebida laguna.

Así también, las violaciones de derechos cometidas por los poderes públicos contra sus ciudadanos deben considerarse antinomias indebidas, que hay que sancionar como actos ilícitos o anular como actos inválidos.

- En el plano metateórico, la distinción desempeña un papel crítico y normativo de la ciencia jurídica en relación con su objeto. Crítico, en relación con las lagunas y antinomias que tiene el deber de poner de relieve, normativo, respecto de la legislación y la jurisdicción a las que la misma impone cubrir las lagunas y reparar las antinomias.

#### **2.3.4.5. Los derechos existen en tanto que producidos y no como deducidos.**

Señala Ferrajoli que, Kelsen nos ha enseñado que el derecho positivo tiene naturaleza nomodinámica, y que por ello las normas, así como los derechos y deberes adscritos por ellas, existen en tanto que producidas y no como deducidas.

Por ello, los derechos constitucionalmente estipulados, sean positivos o negativos, existen aún cuando en el plano legal no se den las obligaciones correspondientes, o concurren, las prohibiciones de los mismos comportamientos, siendo tal ausencia y tal presencia una violación, una laguna o una antinomia respecto al deber ser del derecho que ellas establecen.

Por otra parte, la generalidad y vaguedad, que a menudo caracteriza a los derechos fundamentales, ocasiona que sean generales y vagos los contenidos de sus garantías primarias.

El contenido de un derecho es el comportamiento que constituye el objeto de la expectativa en que aquél consiste y que es el mismo que constituye el objeto de la correlativa (incluso hipotéticamente ausente) obligación o

prohibición. Los derechos y sus garantías serán entonces tan indeterminados como lo sean sus objetos, lo que es un defecto del lenguaje constitucional que ocasiona la debilitación de la certeza del derecho tornándolo ambiguo.

Por otro lado, existe una diferencia entre los derechos sociales y el resto de los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, esta diferencia consiste en que los primeros son derechos fundamentales relativos y los segundos son absolutos.

Esto ocasiona que no se pueda afirmar la existencia de las obligaciones correlativas a los derechos sociales derivándola de las normas téticas por las cuales son adscritos, porque estas normas se limitan a enunciar que "X" tiene un derecho pero no especifican la identidad de "Y" que esta obligado a satisfacer ese derecho.

Por lo tanto, para que se pueda afirmar la existencia de las obligaciones correlativas a los derechos sociales es necesario que *él o los individuos*, sujetos públicos o privados, a los que incumben tales obligaciones, estén determinados por las normas de competencia.

En el caso de los derechos sociales estamos en presencia de una laguna, pues la expectativa está positivamente instituida, pero no la obligación que corresponde a ella, ni la identidad del sujeto al cual le es imputada.

#### **2.3.4.6. Coherencia y plenitud.**

Son, dice Ferrajoli, requisitos del discurso teórico sobre el derecho, y no, desgraciadamente, características empíricas del derecho, por lo que, respecto de éste, se configuran como principios o requisitos normativos.

La lógica no es interna al derecho sino externa a él, no se refiere al discurso normativo del derecho sino al teórico. Una lógica de éste tipo se satisface, en los ordenamientos dotados de constitución rígida, mediante una adecuada jurisdicción constitucional que decrete la expulsión, por anulación, de la norma inferior opuesta a la constitución.

Así, nos encontramos con la coexistencia de dos normas en contradicción vigentes, hasta que la antinomia sea suprimida mediante la declaración de inconstitucionalidad. Aquí validez y existencia no coinciden, la coherencia se realizará a través de la intervención de la corte constitucional.

Esta intervención es debida, por lo que la coherencia es un deber ser que se actúa mediante la obligación de intervención de la corte.

Por otra parte, a los derechos fundamentales negativos corresponde, la garantía primaria consistente en la prohibición para el legislador de violarlos y en la garantía secundaria consistente en la obligación de la corte de anular las normas que los violen.

A los derechos fundamentales positivos, establecidos por las constituciones rígidas, por ejemplo, como los derechos sociales, les corresponde la garantía primaria consistente en la obligación del legislador de disponer su satisfacción mediante leyes que introduzcan obligaciones a las instituciones específicamente encargadas de ellas, o sea que colmen las lagunas que suponen su ausencia.

Analógicamente a la solución de las antinomias eliminadas por la intervención de una corte constitucional, la solución de tales lagunas no es nunca posible por vía interpretativa, sino que requiere una intervención operativa: la del legislador, con la cual se introduce la norma garantista ausente y que constituye una intervención debida.

Por tanto ni plenitud ni coherencia son un ser, sino un deber ser del derecho. La diferencia es que la coherencia se realiza con el respeto de la prohibición de legislar y, sólo en caso de violación, con la anulación judicial de la norma indebidamente emanada. Por otra parte, la plenitud se realiza siempre y sólo con el cumplimiento de la obligación de legislar, o sea, de introducir la norma indebidamente ausente.

Por lo que, mientras que la intervención judicial requerida para eliminar una antinomia indebida cumple el papel de garantía secundaria, la intervención legislativa requerida para eliminar una laguna indebida cumple el de garantía primaria.

Señala Ferrajoli que las antinomias son violaciones por comisión; las lagunas, violaciones por omisión, de las normas que establecen derechos fundamentales, y por lo tanto, su definición de derecho subjetivo, como expectativa positiva o negativa a la que corresponde un deber como garantía, no queda desmentida por la existencia de las antinomias y lagunas sino simplemente violada.

Por ejemplo, a los derechos negativos de libertad o de inmunidad, como la libertad constitucional de manifestación de las ideas, corresponde la prohibición al legislador de suprimir o limitar, por ley, la libertad, cuya violación, introduce una norma inválida por contradicción con la constitución. Por otra parte, a los derechos fundamentales positivos, como el derecho a la salud, establecido por la constitución, corresponde la obligación del legislador de introducir las obligaciones correlativas, como la obligación de asistencia sanitaria, cuya violación introduce también una laguna en contradicción con la constitución.

Ahora bien, respecto de los derechos fundamentales negativos, como el derecho de libertad, el legislador tiene, tanto una prohibición de prohibir, como

una obligación de prohibir. Esta última simétrica a la obligación de obligar, que garantiza los derechos fundamentales positivos (sociales), por lo que, también respecto de ellos, podemos hablar tanto de antinomias como de lagunas de las respectivas garantías primarias.

Todos los derechos fundamentales, implican una obligación del legislador de obligar (si son positivos) o de prohibir (si son negativos) que es propedéutica respecto de las obligaciones y prohibiciones en que consisten las garantías que faltan y que ésta impone introducir dando inicio a su actuación.

Por ejemplo, la prohibición de matar, correlativa al derecho a la vida, la de robar, correlativa al derecho a la propiedad, o la de producir daños y lesiones respecto de cualquier derecho subjetivo.

En la mayor parte de los casos se puede afirmar la existencia de las garantías en presencia de los respectivos derechos, ya sea por haber sido simultáneamente producidas con ellos (como las obligaciones civiles) o por ser derivables de ellos (como las prohibiciones de lesión).

Por otra parte, respecto a las garantías secundarias, Kelsen señala que, están implicadas en los actos ilícitos e inválidos como obligaciones de sancionar los primeros y anular los segundos.

Esta tesis se expresa en la relación de deber ser: si A (ilícito) entonces debe ser B (sanción), y es repetida como implicación paradigmática en todos los análisis de los fenómenos deónticos: el ilícito dice Kelsen es el presupuesto de la sanción, dado un ilícito entonces existe la obligación a cargo del juez de aplicar la sanción.

Sin embargo, Ferrajoli considera que, en el caso de que tal obligación no exista porque ninguna norma haya instituido formalmente (como en el caso del

derecho internacional) una jurisdicción capaz de sancionar los actos ilícitos y de anular los actos inválidos, no podemos hablar de normas implícitas pues en el derecho positivo las normas a menudo no se deducen unas de otras.

Por ejemplo: las normas que disponen la sanción no se derivan de las normas que prefiguran el ilícito.

## **2.4. El paradigma constitucional.**

Estas cuatro tesis permiten entender al constitucionalismo como un nuevo paradigma resultado de un profundo cambio del antiguo modelo positivista.

### **2.4.1. Positivismo jurídico. Revoluciones.**

Para el autor, dentro del positivismo jurídico existen dos revoluciones. La primera revolución tiene lugar cuando, en el derecho premoderno, se produce un cambio substancial al introducirse el principio de legalidad formal o mera legalidad, como metanorma de reconocimiento de las normas vigentes, conforme a éste principio, una norma jurídica existe y es válida en virtud, solamente, de la forma de su producción (independientemente de su contenido).

Este principio produjo la separación de derecho y moral, es decir de validez y justicia, y se expresó mediante la omnipotencia del legislador al hacer depender la juridicidad de una norma únicamente de su positividad, o sea de que fuera puesta por una autoridad competente en la forma prevista para producirla, y no de su justicia o racionalidad intrínsecas.

La segunda revolución se da en el derecho moderno, cuando se introduce el principio de estricta legalidad o legalidad sustancial, el que produce una alteración interna tanto al modelo positivo clásico (legalidad formal), así como a

la jurisdicción y ciencia del derecho. Este principio consiste en el sometimiento de la ley, no sólo a vínculos formales, sino también a vínculos sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales contenidos en la constitución. Produce la separación entre validez y vigencia, por lo que cesa la presunción apriorística de validez del derecho existente.

Ahora bien, el constitucionalismo, resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, por lo que corresponde a la segunda revolución.

En un ordenamiento dotado de constitución rígida, para que una norma sea válida y vigente no basta que haya surgido con las formas predispuestas para su creación, además, es necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente.

#### **2.4.2. Condiciones de validez de las leyes.**

En el derecho premoderno, para que una norma tuviera validez debía estar sujeta a los principios del derecho natural, en cambio en el derecho moderno, regía el principio puramente formal de validez como positividad.

Actualmente, mediante la estipulación de la "esfera de lo indecible" (de lo *indecidible que*, expresada en los derechos de libertad y de lo *indecidible que no* expresada en los derechos sociales), las condiciones sustanciales de validez de las leyes penetran en los sistemas jurídicos, bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación.

Este cambio se sitúa históricamente en el momento que siguió a la Segunda Guerra Mundial y a la derrota del nazi-fascismo.

En el clima cultural y político en el que nació el actual constitucionalismo (la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948, la Constitución Italiana de 1948, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949), se comprende que, el principio de mera legalidad se considerara insuficiente frente a los abusos de la legislación y frente a los retrocesos antiliberales y totalitarios de los supremos órganos decisionales.

Se redescubre el significado de "Constitución" como límite y vínculo a los poderes públicos, establecido en el artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene constitución". (49)

Se vuelve a otorgar a la constitución, en el plano estatal e internacional, su valor como un conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, que fueron los principios negados por el fascismo y que son la negación de éste.

El cambio de paradigma del derecho, producido por la constitucionalización rígida de estos principios, se expresa afirmando que la legalidad es caracterizada por una doble artificialidad: *la del ser del derecho*, o sea de su "existencia", ya no derivable de la moral ni surgida de la naturaleza, sino puesta por el legislador, y la de su *deber ser*, referida a sus condiciones de validez, positivadas con rango constitucional como derecho sobre el derecho, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica.

Gracias a ello, la producción del derecho y las opciones desde las que ésta se proyecta resultan positivadas mediante normas jurídicas y en consecuencia el legislador queda sometido a la ley.

---

49 Citada por Luigi Ferrajoli en "Derechos fundamentales", p. 54

Así se produce un cambio de naturaleza en la legalidad positiva del Estado constitucional de derecho. Esta ya no es sólo mera legalidad condicionante, sino también estricta legalidad condicionada por vínculos que son también sustanciales relativos a sus contenidos o significados.

#### **2.4.3. La jurisdicción y la ciencia del derecho.**

La alteración interna del modelo positivista clásico ha afectado tanto al derecho como a la jurisdicción y a la ciencia del derecho.

La estricta legalidad, precisamente porque condicionada por los vínculos de contenido que le imponen los derechos fundamentales, ha introducido una dimensión sustancial, tanto en la teoría de la validez, como en la teoría de la democracia. Esto produce una disociación y una virtual divergencia entre validez y vigencia de las leyes, entre deber ser y ser del derecho, entre legitimidad sustancial y legitimidad formal de los sistemas políticos.

Esta divergencia es un rasgo de la democracia constitucional, que ha hecho cambiar también la naturaleza de la jurisdicción y de la ciencia jurídica.

La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional.

La ciencia jurídica ha dejado de ser simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido, aunque vigente, cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad frente a los principios establecidos en aquella; análisis de las antinomias y de las lagunas, así como elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales.

## 2.5. Características de los derechos fundamentales.

Según el autor, los rasgos que distinguen a los derechos fundamentales, con base en su definición, independientemente del contenido de los intereses que tutelan, son:

### 2.5.1. La forma universal de su imputación.

Como se ha señalado anteriormente, Ferrajoli utiliza el término "universal" en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares.

Para el autor, "universal" es un concepto vacío, su significado va a depender de lo que se ponga dentro de él, en ello reside su valor teórico. Lo que hace universal una situación, como un derecho o una obligación, es su inmediata disposición a favor de determinadas clases de sujetos por parte de normas generales.

Al contrario, lo que vuelve a una situación singular es su predisposición a favor de determinados sujetos como efecto de actos singulares, como negocios, sentencias o resoluciones administrativas, contemplados como hipótesis por normas hipotéticas.

Para Ferrajoli, el término *universal* relativo a los *derechos* no es sinónimo de *fundamental*, sino que su significado es más extenso. El término *universales* no está específicamente vinculado al estatus de persona, ciudadano o capaz de obrar, pues pueden ser universales, por ejemplo, los derechos atribuidos a clases más restringidas como "sólo a los miembros de una comunidad de vecinos", los que serían universales (asignados a todos los miembros de la comunidad de vecinos) pero no fundamentales.

Según Ferrajoli, los derechos son garantizados a través de la forma universal, la que se les otorga al estipular estos intereses como derechos fundamentales en normas constitucionales supraordenadas a cualquier poder decisonal, pues, si son normativamente de todos (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden a prerrogativas no circunstanciales e inalterables para todos los poderes ya sea públicos o privados.

Hay que señalar que, la universalidad es relativa a los argumentos con base a los cuales se predica, pues el "todos", de quien tales derechos permiten declarar la igualdad, es relativo lógicamente a las clases de los sujetos a quienes su titularidad esta reconocida normativamente.

En cambio, *fundamentales* (que también es un concepto vacío) son todos y únicamente los derechos adscritos a la clase de aquellos sujetos a los que el ordenamiento otorga el status de persona y/o ciudadano y/o capaz de actuar.

Por tanto, señala Ferrajoli, el significado de los términos *universal* y *fundamental*, es decir, la extensión de la igualdad y de lo que la igualdad resulta predicable va a depender de lo que se ponga dentro de ellos.

Creo que de esta manera se refuerza la importancia del fundamento axiológico de los derechos fundamentales, pues "lo que se ponga" dentro de estos conceptos depende de éste fundamento.

Si la *intención* de la igualdad depende de la cantidad y de la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales, la *extensión* de la igualdad en cambio, y por tanto el grado de democracia de un ordenamiento va a depender de la ampliación de aquellas clases de sujetos, o sea de la reducción de las diferencias de estatus que las determinan.

### **2.5.2. Son establecidos por "normas téticas".**

Las normas téticas, como se mencionó anteriormente, son aquellas que inmediatamente disponen las situaciones expresadas por ellas, atribuyen derechos y deberes universales a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar. Por ejemplo, el derecho a la vida.

Al contrario, las normas hipotéticas predisponen como efectos hipotéticos, las situaciones singulares dispuestas por los actos que prevén en hipótesis, por ejemplo, las normas del código civil que predisponen derechos patrimoniales, o las normas que predisponen obligaciones civiles como efectos de los actos contractuales que las mismas prevén.

Las normas téticas expresan la dimensión nomoestática del ordenamiento y las normas hipotéticas la dimensión nomodinámica. Mientras los derechos patrimoniales son situaciones de poder cuyo ejercicio consiste en actos de disposición que producen tanto derechos como obligaciones en la esfera jurídica propia o ajena, los derechos de libertad consisten en comportamientos privados de efectos jurídicos en la esfera de los demás sujetos.

### **2.5.3. Indisponibles e Inalienables.**

▪ **Indisponibilidad.** Los derechos fundamentales tienen este carácter porque están resguardados de las decisiones tanto de la política como del mercado.

Esta característica se refiere a su titularidad, la que no deja de existir independientemente de lo que hagamos o queramos porque los derechos fundamentales son normas. Nadie puede privarse ni ser privado de sus derechos.

La tesis de la indisponibilidad es una consecuencia de la universalidad: los derechos fundamentales, al ser universales, son todo uno con las normas que los disponen, que es por lo que resulta inconcebible su disponibilidad, tanto que, si por ejemplo fueran disponibles, cesarían de ser universales y por tanto fundamentales.

- **Inalienabilidad.** En términos de derecho positivo significa que un objeto no puede ser vendido, es decir, no puede sustraerse del patrimonio de su titular.

Algunos autores señalan que la inalienabilidad "... no significa que los bienes o derechos no puedan ser objeto de cualquier otro negocio jurídico, excepción hecha la traslación de propiedad." (50) Pues de hecho:

La convivencia social implica renunciaciones parciales a derechos y libertades fundamentales. Así por ejemplo, la libertad de tránsito se ve limitada durante las horas de trabajo, pues se ha de permanecer en ciertos sitios requiriéndose, incluso, de un permiso para abandonarlos, sin el cual procede una sanción. Este esquema jurídico y moral generalmente aceptado, es independiente de la posibilidad real de que el individuo pueda en cualquier momento abandonar, sin más, su lugar de trabajo en un acto de rebeldía o cansancio. (51)

Entonces, "Parece ser (...) que la inalienabilidad está relacionada con la irrenunciabilidad a la titularidad *básica* de los derechos humanos". (52)

Es debido a la identificación de estas tres características, una consecuencia de la otra, que, para Ferrajoli, su definición puramente formal señala dos técnicas para tutelar a los derechos fundamentales: Es necesario sustraer el

---

50 Álvarez, *ob. cit.* p. 87.

51 *Ibidem.*

52 *Ibidem.*

derecho fundamental al intercambio mercantil, otorgándolo igualmente mediante su estipulación en forma de una regla general. Además, es preciso protegerlo, del capricho político del legislador ordinario, mediante la enunciación de la regla en una norma constitucional, pues ésta se encuentra por encima de él.

Por lo que la universalidad e indisponibilidad son formas a través de las cuales se tutelan determinadas necesidades o intereses considerados como fundamentales en un ordenamiento determinado o considerados tales por una teoría política de la democracia.

## **2.6. Clasificación de los derechos fundamentales.**

Partiendo de su definición, el autor crea dos tipologías de carácter teórico y formal: una es subjetiva y se basa en las clases de sujetos a los que se atribuyen derechos fundamentales, la otra es objetiva y se basa en los tipos de comportamiento que son el contenido de tales derechos. Estas distinciones, señala el autor, nos dicen "qué son" los distintos tipos de derechos, más no "cuales son".

### **2.6.1. Subjetiva.**

Como se mencionó, la capacidad de obrar y la ciudadanía son las únicas diferencias de status que delimitan la igualdad de las personas humanas. En base ha ellas, el autor crea dos divisiones de los derechos fundamentales, una, la que se da entre derechos de la *personalidad, que pertenecen a todos y derechos de la ciudadanía, que pertenecen sólo a los ciudadanos*; y otra la existente entre *derechos primarios o sustanciales y derechos secundarios, que corresponden a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar*. Si se cruzan estas dos divisiones resultan cuatro clases de derechos que son el

producto lógico de combinar cada clase de derechos de una división con cada clase de derechos de la otra:

#### **2.6.1.1. Derechos humanos.**

Son los derechos primarios de las personas y pertenecen a todos sin distinción. Por ejemplo, en el ordenamiento mexicano, el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad personal, a la libertad de manifestación de las ideas, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales.

#### **2.6.1.2. Derechos públicos.**

Son los derechos primarios concedidos sólo a los ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar. Por ejemplo el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación.

#### **2.6.1.3. Derechos civiles.**

Son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, independientemente de su ciudadanía. Como la libertad contractual, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y en general todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado.

#### **2.6.1.4. Derechos políticos.**

Son los derechos secundarios otorgados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el de sufragio pasivo, derecho de acceder a los cargos públicos y en general todos los derechos potestativos

en los que se manifiesta la autonomía política y que son la base de la representación y la democracia política.

### CLASIFICACIÓN SUBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

<b>SON DERECHOS FUNDAMENTALES</b>	<b>DERECHOS PRIMARIOS O SUSTANCIALES</b> (CORRESPONDEN A TODOS CON INDEPENDENCIA DE SU CAPACIDAD DE OBRAR)	<b>DERECHOS SECUNDARIOS O DE AUTONOMIA.</b> (CORRESPONDEN SOLO A LAS PERSONAS CON CAPACIDAD DE OBRAR)
<b>DERECHOS DE LA PERSONALIDAD</b> (CORRESPONDEN A TODOS INDEPENDIENTEMENTE DE LA CIUDADANIA)	<b>DERECHOS HUMANOS</b> VG. DERECHO A LA VIDA.	<b>DERECHOS CIVILES</b> VG. LIBERTAD CONTRACTUAL.
<b>DERECHOS DE LA CIUDADANIA</b> (CORRESPONDEN SOLO A LOS CIUDADANOS)	<b>DERECHOS PUBLICOS</b> VG. DERECHO DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN.	<b>DERECHOS POLITICOS</b> VG. DERECHO DE VOTO*

Para el autor, esta clasificación tiene un valor teórico independiente de los sistemas jurídicos concretos, pues, cualquiera que sea el ordenamiento que se tome en consideración, serán derechos fundamentales los que se atribuyan universalmente a clases de sujetos determinadas por la identidad de persona ciudadano o capaz de obrar.

Señala el autor que, la *personalidad*, *capacidad de obrar* y *ciudadanía* son conceptos vacíos, su valor teórico se encuentra en el hecho de que, tanto la igualdad, como la desigualdad en los derechos fundamentales, tanto la inclusión como la exclusión de los seres humanos entre las clases de sus titulares, se ha decidido siempre conforme a ellas. Lo que ha cambiado con el avance del derecho ha sido, sólo, la amplitud de dichos status.

Por ejemplo, la personalidad, negada a los esclavos en los antiguos ordenamientos que permitían la esclavitud, fue después extendida a todos los seres humanos. La capacidad de obrar, civil y política, hasta hace poco limitada con base al sexo, la religión, la instrucción y la renta, en la actualidad se extiende a todas las personas mayores de edad que no sean enfermos

mentales. Por último, la ciudadanía que sigue constituyendo un elemento de diferenciación de los seres humanos por razón del nacimiento.

Por ello, señala Ferrajoli que, en occidente han existido derechos fundamentales desde el derecho romano, aunque han estado restringidos a clases de sujetos muy limitadas, en base siempre a las identidades de "persona, ciudadano o capaz de obrar".

Por ejemplo: en la antigüedad, las desigualdades se manifestaron a través de la negación de la identidad de persona a los esclavos, quienes eran considerados como cosas. También podemos citar a las mujeres, los herejes, los traidores y los judíos, que no eran considerados como capaces de obrar o como ciudadanos. Posteriormente se alcanzó la afirmación del valor de la persona humana y entonces las desigualdades se mantuvieron únicamente mediante la negación de la capacidad jurídica y, excepcionalmente, mediante la negación de la identidad de persona, como en el caso de las poblaciones indígenas víctimas de las primeras colonizaciones europeas, o en el caso de la esclavitud de los Estados Unidos en siglo XIX, o las restricciones de la capacidad de obrar basadas en el sexo, educación y censo. Incluso con posterioridad a 1789, sólo los sujetos masculinos, blancos, adultos, ciudadanos y propietarios tuvieron por mucho tiempo consideración de sujetos *optimo iure*.

En la actualidad la capacidad de obrar se ha extendido a todos con la excepción de los menores y los enfermos mentales, por lo que es la ciudadanía la última limitación normativa del principio de igualdad jurídica.

### **2.6.2. Objetiva.**

Esta clasificación se basa en los tipos de comportamiento que son el objeto de los derechos fundamentales, se dividen en dos:

### **2.6.2.1. Derechos primarios o sustanciales.**

Consisten en expectativas sustanciales, es decir en beneficios. Pertenecen a todos con independencia de su capacidad de obrar y se dividen en:

#### **2.6.2.1.1. Derechos de libertad.**

Son derechos negativos o de inmunidad, consisten en la expectativa de omisión de interferencias de los demás, se satisfacen en un *non facere* (*no hacer*). Se distinguen en: libertades de, como el derecho a la vida y a la libertad personal; y libertades para, que a su vez son libertades de, como la libertad de prensa, de asociación, de reunión.

#### **2.6.2.1.2. Derechos sociales.**

Son derechos positivos, es decir, consisten en expectativas de prestaciones por parte de otros, por ejemplo, el derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social, etc., se satisfacen mediante un *facere* (*hacer*).

“Pero ello no quita para que en el derecho a la salud se incluyan inmunidades (por ejemplo, frente a la contaminación) o que para que en la libertad de reunión se incluyan también expectativas positivas (por ejemplo, al disfrute de un lugar público). (53)

#### **2.6.2.2. Derechos secundarios o formales.**

Estos derechos, al estar vinculados a la capacidad de obrar, son además

---

53 Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. por Perfecto Andrés, *et. al.*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p.300.

poderes. En el estado de derecho, todo poder esta sujeto a límites y vínculos legales, o sea a las normas formales y sustanciales que regulan la creación de actos preceptivos que constituyen su ejercicio. Pertenecen a todos en cuanto capaces de obrar, se dividen en:

### 2.6.2.2.1. Derechos civiles.

Que consisten en derechos de autonomía privada, son ejercidos, sobre todo, mediante actos contractuales de disposición de derechos patrimoniales.

### 2.6.2.2.2. Derechos políticos.

Consisten en derechos de autonomía política. De ellos son titulares únicamente los ciudadanos. Son ejercidos mediante actos públicos como el voto.

### CLASIFICACIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

<b>SON DERECHOS FUNDAMENTALES</b>	<b>DERECHOS DE LA PERSONA</b>	<b>DERECHOS DEL CIUDADANO</b>
<b>DERECHOS PRIMARIOS</b>	<b>DERECHOS DE LIBERTAD (EXPECTATIVA NEGATIVA): LIBERTAD DE Y LIBERTAD PARA.</b>	<b>DERECHOS PUBLICOS (SOCIALES.) (EXPECTATIVAS POSITIVAS)</b>
<b>DERECHOS SECUNDARIOS</b>	<b>DERECHOS CIVILES</b>	<b>DERECHOS POLITICOS</b>

Como podemos observar, la clasificación subjetiva de los derechos fundamentales coincide con la clasificación objetiva en lo relativo a la distinción entre derechos primarios y derechos secundarios. Estos últimos se pueden basar, tanto en el elemento subjetivo de la capacidad de obrar de los titulares, como en el elemento objetivo del tipo de los actos en que consiste su ejercicio, pues, si no se tiene capacidad de obrar no se podrán realizar los actos para ejercer precisamente los derechos secundarios. Es decir, la distinción entre

derechos primarios y derechos secundarios esta referida tanto a los sujetos como a sus contenidos.

Los derechos civiles y políticos que se adquieren con la capacidad de obrar (independientemente del hecho de que la falta de derechos civiles en el caso de los incapaces puede ser suplida por la representación legal) son "poderes", entendiendo por "poder" la facultad de realizar actos jurídicos como el voto, un contrato, un testamento, etc., que van a producir efectos en la esfera jurídica de los demás.

Por otra parte, en lo que se refiere a la distinción entre derechos de la persona y derechos del ciudadano, la clasificación subjetiva de los derechos fundamentales coincide con la clasificación objetiva solo parcialmente. La tipología objetiva ha puesto de manifiesto una asimetría entre las distinciones de la tipología subjetiva, que consiste en que:

La distinción entre derechos primarios y secundarios es insuperable porque los derechos secundarios están vinculados a la naturaleza de poderes, los que no pueden atribuirse a sujetos totalmente incapaces de obrar, lo único que podría variar es la edad, que determina la mayoría de edad, pero no podría extenderse a los recién nacidos.

Sin embargo, Ferrajoli considera que, la distinción entre derechos de la persona y derechos del ciudadano si es superable, por ejemplo, extendiéndose la ciudadanía a todas las personas o suprimiéndola como presupuesto de los derechos fundamentales, lo que ya ocurre con muchos de ellos en las cartas constitucionales internacionales y estatales, además, no existen razones teóricas ni axiológicas para que un derecho fundamental deba ser adscrito solo a los ciudadanos y no a todas las personas.

Por ejemplo: el derecho político de voto podría ligarse a la simple residencia en el lugar de elección de los representantes que es el lugar en donde se desarrollará su gobierno.

Por tanto, para Ferrajoli, la distinción subjetiva entre derechos de la persona y derechos del ciudadano se basa solo en el derecho positivo, pudiéndose convertir un derecho del ciudadano en derecho de la persona. Dice el autor que, si algún día esto llega a ocurrir, "...todos los derechos públicos devendrán en derechos humanos y, al menos en el plano subjetivo, todos los derechos políticos se convertirían en derechos civiles." (54)

## **2.7. Tipos de Libertad. Libertad negativa y libertad positiva.**

### **Derechos de libertad y derechos de autonomía.**

Ferrajoli considera que muchas dudas que afectan a la teoría de los derechos fundamentales son ocasionadas por que no existe claridad respecto a estos conceptos. Los equívocos se originan en errores conceptuales que se resumen en la confusión, bajo distintos enfoques, de derechos de libertad y derechos poderes. Estas confusiones son las siguientes:

#### **2.7.1. Confusiones.**

- La primera confusión, se da entre, los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales que ya se ha abordado en el apartado 2.3.1.
- La segunda confusión se presenta entre, derechos de libertad y derechos de autonomía, pues, si bien ambos son fundamentales, los derechos de libertad son primarios y tienen el carácter de inmunidades frente a interferencias, en cambio los derechos de autonomía son secundarios y tienen además el

---

54 Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p.298.

carácter de poderes.

- La tercera confusión se da entre, derechos de libertad y derechos de *autonomía privada*, en concreto la propiedad, los que se reúnen en la categoría de derechos civiles sin establecer ninguna distinción.
- La cuarta confusión se da entre, el conjunto de derechos de libertad y de autonomía privada y política con la figura de las "libertades" no diferenciada.
- La quinta confusión se da entre la libertad negativa y la libertad positiva.

### **2.7.2. Libertad negativa y libertad positiva.**

La distinción entre libertad negativa y libertad positiva se remonta a Benjamín Constant y es retomada por Isaiah Berlin y Norberto Bobbio. Para este último la libertad negativa es el *no-impedimento* o *no-constricción* que es un predicado de la acción. Según Isaiah Berlin, es el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado. Es la libertad inmunidad o "libertad de".

Por otro lado, la libertad positiva es la autodeterminación o autonomía que es un predicado de la voluntad. Para Rousseau, es la obediencia a la ley que uno se ha prescrito. Es la libertad facultad o "libertad para" que consiste en ser dueño de sí mismo.

Para Norberto Bobbio e Isaiah Berlin, estos conceptos son distintos e independientes. La libertad negativa esta referida a la acción en tanto que ausencia de constricciones con referencia a cualquier impedimento natural o social, incluyendo al derecho. La libertad positiva en cambio, esta referida a la voluntad, por tanto resulta definida sin referencia al derecho.

Ahora bien, la distinción de estas dos libertades es válida en el ámbito moral más no en el jurídico, porque sólo en el plano moral no es reiterativo afirmar o negar tanto una como la otra ni es contradictorio afirmar una y negar la otra, pues, jurídicamente se puede tener un tipo de libertad sin tener la otra moralmente, o viceversa. Pero, en sentido únicamente jurídico, la libertad negativa jurídicamente tutelada y la libertad positiva se implican recíprocamente.

La libertad extrajurídica a la que ambas se reducen no es en sentido estricto un "derecho", por lo tanto no es un "derecho fundamental", es más bien el resultante de la ausencia de impedimentos jurídicos. Señala Montesquieu, que consisten en el "derecho de hacer todo lo que las leyes permiten", son un permiso que no constituye un "derecho subjetivo", porque no es producido por el derecho, sino por su ausencia, además, porque puede ser siempre limitada por las leyes y por las obligaciones que sus titulares pueden asumir en el ejercicio de sus derechos civiles.

### **2.7.3. Libertad negativa y la libertad positiva. Significados específicamente jurídicos.**

La libertad negativa y la libertad positiva tienen otro significado específicamente jurídico, en este ámbito, si son independientes una de la otra, estos significados son:

- Las específicas libertades negativas, que son "los derechos fundamentales de libertad", sustraídos a la autonomía privada por ser universales y a la autonomía política en tanto que tienen un rango constitucional.
- Las específicas libertades positivas o autonomías. Que son "derechos fundamentales de autonomía" y consisten en la potestad de

autodeterminarse, en la esfera privada directamente, y en la pública indirectamente mediante actos jurídicos potestativos.

En este sentido, los derechos de libertad y los derechos de autonomía son figuras jurídicas distintas, no alterables entre sí, y susceptibles de subsistir independientemente, "pues es posible que un ordenamiento sea liberal pero no políticamente democrático o viceversa." (55)

La estructura de estos derechos es distinta. Por un lado, los derechos de libertad conviven sin interferir unos con otros, ya se trate de "libertades de", inmunidades frente a lesiones o constricciones, o libertades para y de, facultades de comportamientos no jurídicos igualmente inmunes frente a impedimentos.

En cambio, los derechos de autonomía entran en conflicto en el caso de no ser jurídicamente limitados y disciplinados, pues son poderes y su ejercicio produce efectos sobre las genéricas libertades negativas y positivas.

Sin embargo, la tradición liberal ha ignorado esta distinción y no reconoce la naturaleza de poderes de los derechos de autonomía. Además, confunde a los derechos de libertad, específicamente los de autonomía privada ó civiles, no obstante que estas dos clases de derechos caracterizan, respectivamente, al liberalismo y a la democracia, pues los de autonomía constituyen la base del mercado y la representación de la democracia civil y política, en cambio, los de libertad, forman la sustancia del liberalismo.

Los derechos de autonomía son derechos-poderes que se encuentran sujetos a ley, en especial a los límites y vínculos impuestos por los derechos de libertad y los derechos sociales, a la representación política, al mercado y a

---

55 Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 307.

la autodeterminación privada. La libertad negativa es limitada por las obligaciones civiles producidas por la contratación como efecto del ejercicio de los derechos civiles, así como por los poderes públicos, sobre todo por las prohibiciones penales producidas como efecto del ejercicio de los derechos políticos.

A su vez, la autonomía política y civil están limitadas por esas específicas libertades negativas elevadas a derechos fundamentales de libertad, así como por los derechos sociales y del trabajo, gracias al rango constitucional de los primeros y el legislativo de los segundos, pues están normativamente supraordenados a la legislación y a la contratación respectivamente.

Señala Ferrajoli que, una vez distinguidas las libertades de los derechos de libertad y los derechos de autonomía, se aclaran las oposiciones entre estas libertades y los derechos de libertad, de autonomía política, de autonomía empresarial, la igualdad y la democracia.

La libertad negativa, y como reflejo la positiva, son limitadas por las prohibiciones y obligaciones surgidas por el ejercicio legítimo de cualquier poder.

En estas libertades tampoco consisten los derechos de libertad, que son las libertades fundamentales (y no las libertades de hacer cualquier cosa), igualmente conferidas a todos porque su ejercicio no daña a nadie, por lo que constituyen un límite a las obligaciones y prohibiciones introducidas por el legítimo ejercicio de cualquier poder.

### **2.7.3.1. Figuras deónticas.**

Es necesario distinguir tres niveles de figuras deónticas:

▪ Libertad natural o extra-jurídica. Se encuentra en el nivel más bajo, no constituye un derecho, sino más bien una situación de no-derecho. Consiste en poder hacer deónticamente todo lo que se puede hacer materialmente (incluso robar o matar). Esta limitada por las leyes y por los negocios jurídicos entre particulares.

▪ Derechos de autonomía. Están en un plano superior, son los poderes privados y públicos vinculados, directa o indirectamente, a los derechos de autonomía civiles y políticos, respectivamente, cuyo ejercicio, a través de leyes y negocios jurídicos, limita siempre la libertad. Estas libertades, al interferir en las del primer tipo, son poderes limitados por el derecho.

▪ Derechos de libertad. Se encuentran en un plano superior a los poderes mencionados, pueden ser de rango constitucional, lo que es esencial para que puedan operar como límites frente al poder legislativo, o de rango legislativo, lo que es suficiente para que sean límites a los poderes contractuales, limitan a los derechos poderes de autonomía.

Son, como todos los derechos fundamentales, la base de la igualdad jurídica, a diferencia de los derechos patrimoniales y otras situaciones singulares, como las simples libertades positivas y negativas (simple facultad) que caracterizan a la desigualdad jurídica. Estas últimas son limitadas de distintas maneras por las diferentes situaciones singulares de las que cada quien es titular.

Para el autor, todos somos igualmente titulares de los mismos derechos de libertad, pero tenemos un grado diferente de libertad extra jurídica (o simple facultad). Esto puede aplicarse a la libertad negativa (de acción) que aunque es igual para todos, varía en grado y en ámbitos para cada uno, según las distintas prohibiciones y obligaciones que corresponden a las distintas personas, en tanto que empresarios, o trabajadores, poseedores o

desposeídos, propietarios de casas o inquilinos, padres o hijos, profesores o estudiantes, etc. Por ejemplo, la libertad positiva (de querer) es jurídicamente mayor para quien tiene las posibilidades de satisfacer cualquier capricho, adquirir y disfrutar de la más extensa serie de bienes, y elegir entre los más diversos proyectos de vida, la que será mínima para quien puede satisfacer sólo las necesidades más elementales o ni siquiera estas.

Por otra parte, el grado de *simple libertad* (pública) es igual para todos por efecto de la legislación. Puede ser máxima, como en las sociedades liberales, donde es asegurada por el modelo normativo, liberal y garantista del derecho penal mínimo, y es reflejo de la igualdad política frente a la ley. O bien, puede ser mínima, como en las sociedades totalitarias en las que es limitada arbitrariamente por modelos de derecho penal máximo, y es fuente y efecto de la desigualdad civil.

Ahora bien, el grado de *mera libertad* es diferente para cada quien y en cada ocasión, varía según los negocios jurídicos entre particulares, las decisiones judiciales y administrativas y la fuerza de las libertades positivas colectivas que se manifiestan en los conflictos sociales y en la negociación colectiva.

Para Ferrajoli, el grado de libertad de cada quien es el resultado de sumar los iguales derechos fundamentales de libertad, más, las iguales libertades públicas, más, las desiguales libertades privadas.

Es por ello que los límites y vínculos impuestos, por ejemplo, en las relaciones laborales, a los derechos-poder de autonomía privada, a pesar de que, como es obvio, reducen el espacio de estos derechos, extiende el de las simples libertades privadas (contrario a lo que señalan las ideologías liberales).

Los límites y vínculos impuestos por los derechos de libertad, y otras garantías penales y procedimentales, a los derechos de autonomía política, su ejercicio, pero extienden las simples libertades públicas.

De lo anterior se desprende que existe un nexo entre la igualdad jurídica en los derechos civiles y la desigualdad jurídica en los derechos patrimoniales y en los espacios de libertad que éstos permiten. Este nexo existe entre toda situación jurídica y el comportamiento que la lleva a la práctica, por ejemplo, entre libertad de manifestación de las ideas y las distintas manifestaciones de las ideas con las que se ejerce, o entre derecho a la salud y las distintas prestaciones con las que se satisface.

Entre estos ejemplos y el igual derecho fundamental de adquirir y disponer de bienes de propiedad y los distintos derechos patrimoniales existen dos diferencias:

- Primera. Mientras se manifiesta las propias ideas, o se obtienen prestaciones sanitarias, únicamente en razón de los correspondientes derechos fundamentales, en el caso de los derechos patrimoniales, no se están adquiriendo derechos patrimoniales de propiedad sólo en razón de la titularidad del derecho fundamental de intercambiar y disponer de los propios derechos, sino también debido a la titularidad de otros derechos patrimoniales producidos a través del ejercicio de los primeros.
- Segunda. Mientras la realización de los otros derechos fundamentales es siempre un comportamiento sin efectos jurídicos, el ejercicio del derecho-poder de adquirir o disponer de bienes de propiedad es un acto jurídico de disposición que incide en la esfera jurídica tanto propia como de los demás.

Estos rasgos específicos del nexo, entre propiedad como derecho civil (meta-derecho de propiedad) y la propiedad como derecho real, hacen que el primer derecho, aún siendo atribuido a todos (y por lo tanto fundamental), sea el principal vehículo de las desigualdades jurídicas en los derechos patrimoniales y en las genéricas libertades extra-jurídicas.

Por lo que no hay motivo para que este nexo impida advertir, al análisis teórico, en el plano conceptual, las enormes diferencias estructurales entre los derechos fundamentales, incluidos los derechos civiles de adquirir y disponer de bienes de propiedad y de obligarse y de obligar que son necesariamente universales e indisponibles y los derechos patrimoniales adquiridos a través de su ejercicio, como los derechos reales de propiedad, que son en cambio singulares y disponibles.

La indisponibilidad de los primeros es el presupuesto de la disponibilidad de los segundos.

Es por ello, porque son derechos-poder, cuyo ejercicio produce efectos obligatorios desiguales y virtualmente ilimitados sobre las libertades propias y las de los demás, que los derechos civiles no pueden no estar sometidos a la ley, ni ser confundidos con los derechos de libertad que representan para ellos un límite insuperable.

## **2.8. Fundamento de los derechos fundamentales.**

Ferrajoli considera que muchos de los problemas en el tema de los derechos fundamentales se deben a la diversidad de enfoques que se ocupan de ellos, como son los teóricos o filosóficos, descriptivos o prescriptivos, así como a la multiplicidad de disciplinas que tratan el tema, como el derecho, la ética, la sociología, la historia, etc. Cada disciplina, se refiere a ellos con diferentes términos, así se habla de derechos humanos, derechos públicos,

derechos personalísimos, derechos constitucionales, derechos morales, derechos de ciudadanía, etc.

Además, se asocian a ellos distintos significados que hacen referencia a elementos diferentes y heterogéneos entre sí por ejemplo, los valores o fines ético-políticos que con ellos se persiguen, los concretos intereses o necesidades tutelados, de hecho o de derecho, mediante ellos, etc.

Para el autor es muy importante distinguir los diferentes puntos de vista y discursos, para no caer en dudas creadas por la confusión de lenguajes, por ello, señala las diferencias de los distintos tipos de discurso:

### **2.8.1. Diferencias entre los distintos tipos de discursos.**

El fundamento teórico de los derechos fundamentales responde a la pregunta ¿qué son?, la que se responde con una definición teórica creada con una finalidad explicativa, la que se cumplirá junto con otras tesis de la teoría y es de carácter estipulativo.

Para Ferrajoli, este fundamento es previo a todos los demás, pues, sólo sabiendo que se entiende con el concepto de derechos fundamentales y disponiendo de una tipología adecuada es posible responder a todos los demás puntos, por ejemplo: cuales son los derechos fundamentales establecidos en un ordenamiento determinado; proponer criterios axiológicos a partir de los cuales poder justificar cuales deberían o no serlo; reconstruir los procesos históricos y culturales por medio de los cuales han sido teorizados, reivindicados y sancionados en los distintos ordenamientos positivos; indagar sus condiciones y grado efectivo de tutela; así como proyectar las políticas y técnicas de garantía adecuadas para su satisfacción.

Por otra parte, el fundamento jurídico consiste en el principio iuspositivista de legalidad, responde a la pregunta de ¿cuáles son los derechos fundamentales? Esta respuesta es una tesis jurídica de dogmática positiva, empírica de tipo asertivo; verificable o refutable con referencia al ordenamiento de que se trate; informa sobre las expectativas que en un determinado ordenamiento han sido normativamente establecidas como derechos fundamentales, así, son fundamentales en un determinado ordenamiento los derechos que las normas constitucionales o legislativas pertenecientes a él, atribuyen universalmente a todos en cuanto personas, ciudadanos y/o capaces de obrar. Este fundamento es sólo su garantía de cumplimiento.

El fundamento histórico es su explicación sociológica, trata cuestiones como qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son garantizados. Proporciona respuestas empíricas, que pueden ser argumentadas como verdaderas en relación con lo que de hecho ocurre o ha ocurrido.

Finalmente, el fundamento axiológico, que es, para el autor, el más complejo. Este consiste en un problema filosófico-político o de teoría de la justicia que se puede enunciar con la pregunta: ¿qué derechos deben ser o es justo que sean tutelados como fundamentales? Esta respuesta es de tipo axiológico o iusnaturalista, se deben considerar fundamentales la vida, la libertad de conciencia, otras libertades civiles, los derechos de subsistencia, etc. mediante los que se aseguran la dignidad de la persona, la igualdad, la paz o valores éticos-políticos que se elija asumir como fundamentales.

### **2.8.2. Criterios axiológicos.**

Esta tesis es axiológica, de tipo normativo, por tanto ni verdadera ni falsa, prescribe que expectativas sería justo ó justificado, política o moralmente, proteger como derechos fundamentales.

Ferrajoli, identifica cuatro criterios axiológicos, referidos al valor de la persona humana asumida como fin y no como medio, según la máxima de la moral kantiana, que son la igualdad, la democracia constitucional, la paz y la tutela del más débil. Estos criterios sirven para determinar las opciones ético-políticas a favor de los valores de la persona (vida, dignidad, libertad, supervivencia), los que son establecidos positivamente como fundamentales bajo la forma de expectativas universales. Los criterios son sugeridos por la experiencia histórica del constitucionalismo democrático estatal e internacional que ha sido orientada axiológicamente por ellos.

Ahora bien, existe entre los derechos fundamentales y los valores que señalan los criterios un nexo de medios a fines. La relación entre la definición de los derechos fundamentales y las tesis axiológicas referentes a los criterios consiste en que:

... la forma universal de los derechos fundamentales identificada por mi definición teórica no es sino el medio o la técnica normativa racionalmente idónea, cuanto más extensas son las clases de sujetos a los que se refiere, para conseguir los fines o valores a su vez no justificados sino postulados, que su concreta estipulación positiva persigue. (56)

Esto significa que el fundamento axiológico de los derechos fundamentales no reside en ellos mismos sino en los fines para cuya obtención, la forma universal es un medio necesario aunque por sí solo insuficiente.

---

56 Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 317.

“Es en estos fines donde residen los valores, y es en la voluntad de realizarlos donde intervienen las opciones ético-políticas, ajenas en cambio a las definiciones teóricas y las tesis dogmáticas.” (57)

De esta manera se pone de manifiesto la inconsistencia en el plano metateórico de la alternativa entre “iuspositivismo” y “iusnaturalismo” respecto a los derechos fundamentales, pues estas opciones no son incompatibles porque se refieren a discursos diferentes.

Son necesariamente iuspositivistas la noción teórica y la identificación empírica de los derechos fundamentales ofrecidas por la ciencia jurídica, que tiene como referencia los concretos ordenamientos de derecho positivo.

Por el contrario, la determinación, en sede de filosofía de la justicia, de lo que es justo tutelar como derecho fundamental, necesariamente es “iusnaturalista”.

Pero es por la misma razón por la que se es iuspositivista en sede teórica y científica: por la separación entre hechos y valores que, si no admite derivar los primeros de los segundos, tampoco consiente derivar los segundos de los primeros. (58)

De ahí la función autocrítica del derecho, en el sentido de que la fundación histórica y positiva de los derechos fundamentales está informada por principios de justicia que bien podrían llamarse iusnaturalistas, o principios ético-políticos, los que una vez constitucionalizados imponen la coherencia y la censura de la eventual incoherencia del derecho positivo respecto a ellos.

---

57 *Ibid.* p. 318.

58 *Ibid.* p. 323.

La teoría sin embargo es rígidamente iuspositivista, pues el constitucionalismo teorizado por ella, como deber ser positivo del derecho positivo, no es un paradigma intermedio entre iusnaturalismo y iuspositivismo sino un desarrollo del positivismo jurídico.

#### **2.8.2.1. La igualdad. La aporía de la ciudadanía y la convivencia de las diferencias.**

Este criterio demuestra que los derechos fundamentales son un medio para lograr la igualdad jurídica.

##### **2.8.2.1.1. Cuatro modelos de configuración jurídica de las diferencias.**

Ferrajoli considera que en la relación entre derecho y diferencias pueden existir cuatro "modelos" de configuración jurídica de las diferencias:

- La indiferencia jurídica de las diferencias. En él las diferencias se ignoran.

Es el modelo hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje, en donde las relaciones de fuerza defienden u oprimen las diversas identidades.

En sus formas extremas, este paradigma es anarquista porque presenta una ausencia tanto de "derecho" como de "derechos". En sus formas intermedias tiene lugar en las antiguas sociedades paleoliberales, que se caracterizan por la ausencia de regulación de los poderes privados y una expresión mínima del derecho y de los poderes del Estado.

Las diferencias están a merced de las relaciones de fuerza, sobre todo la de sexo, expresada en la sujeción de hecho de la mujer al poder del hombre y su relegación al papel doméstico, considerado natural, de mujer y de madre.

- La diferenciación jurídica de las diferencias. En este modelo algunas identidades se valorizan y otras se desvalorizan, por tanto existe una jerarquización de las mismas.

Son asumidas como status privilegiados las identidades que determinan las diferencias valorizadas, como las de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, etc., que son fuentes de derechos y poderes. Estas identidades son la base de un universalismo falso que se crea sólo tomando en cuenta a los sujetos privilegiados.

Por otra parte, son considerados estatus discriminatorios los determinados por las identidades de mujer, judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etc., que son fuente de exclusión y motivo, a veces, de persecuciones.

Como ejemplo de este modelo podemos citar a los ordenamientos jerarquizados de casta o clase que aún dominaban en el mundo jurídico premoderno, así como el paradigma, aún presente en los orígenes de la modernidad, al que pertenecen las primeras constituciones liberales que proclaman la igualdad y los derechos universales sólo en relación al sujeto macho, blanco y propietario y por el que se ha discriminado a las mujeres en cuanto a derechos políticos y muchos derechos civiles hasta el siglo XX, así como a los negros, con la esclavitud en los Estados Unidos ya bien avanzada la mitad del siglo XIX.

En este modelo, la igualdad es una falsa universalización del sujeto masculino que, al igual que en el plano normativo, desplaza al sujeto femenino, discriminándolo en el goce de muchos derechos "universales". Por lo que la igualdad es amputada también en el plano jurídico por referirse únicamente a una parte privilegiada de seres humanos que son considerados como la "totalidad".

- La homologación jurídica de las diferencias. Aquí, las diferencias son devaluadas unas, e ignoradas otras, debido a una abstracta afirmación de igualdad. Son reprimidas y violadas en una homologación e integración general. Hay una implícita exaltación de una identidad como normal y a su vez como normativa, ya sea vinculada a sexo, clase, ideología o religión.

Este modelo es el de la serialización, propio de los diversos socialismos reales y burocráticos, así como (con sus diferencias) de los ordenamientos liberales, pues para el autor, estos ordenamientos tomaron el modelo del "sujeto universalizado" como término normal y normativo de la relación de igualdad, idóneo para incluir a los demás mediante la homologación con él, sin tomar en cuenta su parcialidad.

Es por ello que en el plano jurídico, en el caso de la diferencia "femenina", esta no sufre discriminación porque su diferencia en este plano es desconocida, ocultada y enmascarada:

Las mujeres tienen los mismos derechos que los varones en cuanto son consideradas o se finge que son (como los del) varón y se asimilan a ellos en los estilos de vida y en los modelos de comportamiento. (59)

Como consecuencia, en los hechos, al ser desconocida esta diferencia en el plano del derecho, resulta penalizada por los amplios márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad.

Esta es una igualdad jurídica, destinada a ser ineffectiva y desmentida por las desigualdades concretas, que no son tomadas en cuenta, en las que de hecho se manifiestan las diferencias.

---

59 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, trad. por Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p.75.

El pensamiento feminista ha denunciado el carácter discriminatorio de este modelo, pues se basa en una "ficción" y por tanto en un "como si" que las mujeres no existieran, o que las mujeres fueran iguales que los hombres, o sea, en una hipótesis que niega las diferencias.

- La igual valoración jurídica de las diferencias. Este modelo esta basado en el principio normativo de la igualdad en los derechos fundamentales, así como en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Aquí se garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo, haciéndolos objeto de las leyes de los más débiles, es decir, de los derechos fundamentales. Se asumen todas las diferencias como de igual valor y se prescribe para todas igual respeto y tratamiento. Reconoce y valoriza las diferencias como otros rasgos de identidad de las personas.

#### 2.8.2.1.2. Que es la igualdad.

Con base al modelo de la igual valoración jurídica de las diferencias, la igualdad, en los derechos fundamentales, es considerada como:

...el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás. (60)

Este derecho, es una norma, y como toda norma puede ser violada en algún grado, por ello, las diferentes identidades, para ser reconocidas y valorizadas deben de contar con garantías, la igualdad debe ser tanto formal como sustancial.

---

60 *Ibid.* p. 76.

La igualdad es un valor, no un hecho, es un principio normativo, se refiere al deber ser.

Sin embargo, las tesis de la igualdad, en el pensamiento político clásico, de Aristóteles a Hobbes, de Locke a gran parte del pensamiento ilustrado, han sido razonadas con argumentos de hecho de tipo cognoscitivo:

... los hombres, decía Hobbes, son iguales porque todos mueren y, además porque se encuentran todos en la misma situación de hacerse daño unos a otros o porque, escribía Locke, tienen las mismas inclinaciones y facultades. (61)

Estas tesis eran argumentos débiles en apoyo del valor de igualdad y sirvieron también para sostener la tesis opuesta de la desigualdad.

Sin embargo, el principio de igualdad, como resulta proclamado en la Declaración de derechos de 1789 y en todas las cartas constitucionales, es un principio normativo, la Declaración hizo del principio de igualdad una norma jurídica. Por lo tanto, desde entonces la igualdad es un valor, una prescripción establecida normativamente, porque se reconoce, descriptivamente, que de hecho los humanos somos diversos y se quiere impedir que sus diversidades pesen como factores de desigualdad. Para Ferrajoli, la Declaración transformó en derechos positivos los derechos naturales, estableciendo así el paradigma constitucional del Estado de derecho como sistema de límites y vínculos normativos impuestos también al legislador.

"Igualdad" es un término normativo: quiere decir que los "diferentes" deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y

---

61 *Ibid.* p. 78.

necesario observarla y sancionarla. "Diferencia(s)" es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad. (62)

Entonces no hay porque contraponer "igualdad" y "diferencia", si una diferencia es de hecho ignorada o discriminada esto quiere decir que la igualdad ha sido violada, pero no contradicha.

#### **2.8.2.1.3. Igualdad y desigualdad jurídica.**

- La igualdad jurídica. Esta igualdad consiste en la igual titularidad de situaciones jurídicas, proviene de su atribución a la clase de sujetos entre los que es predicada en forma de reglas generales y abstractas, o sea, en forma de normas téticas. Es el resultado de la igualdad conforme y ante la ley, que es un efecto del principio del "gobierno de las leyes" (opuesto al gobierno de los hombres).

Somos iguales, según la ley, en la medida en que somos titulares de las mismas situaciones que la misma dispone en forma universal, como libertades o poderes, obligaciones o prohibiciones.

La igualdad jurídica es un principio normativo sobre la forma universal de los derechos fundamentales; decir que un determinado derecho es fundamental significa que todos son igualmente titulares del mismo.

- Desigualdad jurídica. Consiste en la titularidad por parte de cada sujeto de

---

62 *Ibid.* p. 79.

situaciones distintas y desiguales, como derechos y obligaciones, los que son predisuestos por normas hipotéticas, son efectos de actos singulares que estas normas prevén. Esta desigualdad también depende de los múltiples papeles de poder personificados por cada uno.

Ahora bien, es necesario determinar "en que" es justo que seamos iguales: la vida, ciertas libertades, etc., En la determinación axiológica podemos identificar, mediante el criterio de la igualdad, cuales "deben ser" los derechos tutelados como fundamentales.

#### **2.8.2.1.4. Dimensiones de la igualdad.**

- Igualdad en derechos. Ferrajoli aclara que estamos hablando de la igualdad de derechos fundamentales, no de cualquier tipo de derechos. Un ejemplo de su establecimiento es el art. 1 de la declaración de 1789 " Los hombres nacen y mueren libres e iguales en derechos".
- Igualdad en deberes. Por ejemplo las obligaciones establecidas por las leyes fiscales, o las prohibiciones que establecen las leyes penales.

Ferrajoli considera que, el nacimiento del derecho moderno ha producido una igualdad de derechos antes que de deberes, esto ha partir de la concepción del derecho y del Estado como artificios construidos por el hombre como instrumentos de tutela de sus derechos.

Estas dimensiones dependen, tanto de la extensión de la clase de sujetos ("todos") a que se refiere la igualdad, como de la cantidad de los derechos reconocidos y garantizados universalmente. Por lo tanto universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son lo mismo, pues, el universalismo es el significado de la igualdad jurídica y ésta crece con él en dos planos:

En el plano intencional: con el aumento de la cantidad de los derechos fundamentales, y por tanto de las expectativas negativas y positivas garantizadas a todos mediante la sustracción a la disponibilidad del mercado y a la discrecionalidad del Estado.

En el plano extensional: con el desarrollo del proceso de universalización de la clase de sus titulares hasta llegar a la totalidad de los seres humanos.

#### **2.8.2.1.5. Relación con los derechos fundamentales.**

Para el autor, el nexo entre los derechos fundamentales y la igualdad surge de la definición formal de los primeros como universales.

Por *definición* son fundamentales todos los derechos universales en tanto que son atribuidos a todos como personas, como ciudadanos o como capaces de obrar. Por ello, los derechos fundamentales son el parámetro de la igualdad de los derechos, en cambio, los derechos patrimoniales son la medida de su desigualdad.

A diferencia de los derechos fundamentales, los patrimoniales no son universales, sino singulares, pues son atribuidos singularmente a cada uno con exclusión de los demás. Esto es así independientemente de los contenidos, o sea, de la naturaleza de los comportamientos que constituyen el objeto de los derechos tanto fundamentales como patrimoniales.

Por ejemplo: En nuestros ordenamientos democráticos son fundamentales los derechos civiles, los derechos de libertad, los derechos políticos, los derechos sociales. Y son patrimoniales: los derechos de crédito y los de propiedad sobre determinados bienes. En cambio, en un régimen esclavista son patrimoniales la libertad personal, los derechos políticos, la vida, en tanto que son singulares y disponibles.

#### **2.8.2.1.6. Diferencias, desigualdades y discriminaciones.**

Las diferencias, naturales o culturales, son los rasgos específicos que diferencian e individualizan a las personas, estas diferencias son tuteladas por los derechos fundamentales. Forman las diversas y concretas identidades de cada persona y son tuteladas y valorizadas ante discriminaciones y privilegios por el principio de igualdad formal en los derechos fundamentales de libertad.

Las desigualdades, económicas o sociales, son las disparidades entre sujetos, producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Forman las diversas esferas jurídicas. Son reducidas o compensadas por los niveles mínimos de igualdad sustancial, aseguradas por la satisfacción de los derechos fundamentales sociales.

Las discriminaciones son las desigualdades antijurídicas, violan el principio de igualdad mediante el desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas por él.

#### **2.8.2.1.7. Calidad o valor axiológico de la igualdad.**

Por otra parte, Ferrajoli señala que su clasificación de los derechos fundamentales según el status de los sujetos que de ellos gozan, fundamenta la diferencia conceptual entre los tipos de igualdad jurídica, los que son independientes uno del otro, al igual que los derechos: igualdad civil, en los derechos civiles; igualdad política, en los derechos políticos; igualdad liberal, en los derechos de libertad; igualdad social, en los derechos sociales.

Ahora bien, el problema del fundamento axiológico es la estipulación normativa de específicas expectativas o intereses, que deben ser igualmente garantizadas a todos, porque de su contenido hacemos depender la calidad o

valor axiológico de la igualdad. En esta determinación interviene la opción de valor, que, como tal, no es ni verdadera ni falsa.

Por ejemplo: En la tradición occidental ese valor se identifica con lo que las cartas constitucionales llaman "la dignidad de la persona humana".

Los derechos en los que se ha obtenido la igualdad son los que aseguran ese igual valor o dignidad a todas las personas, garantizando las diferencias personales y reduciendo las desigualdades materiales.

Estos derechos son los derechos de libertad, o sea, los derechos de cada uno a la libertad de manifestar sus ideas y al respeto de las propias identidades y diferencias; y los derechos sociales, es decir los derechos cuya garantía equivale a la reducción de las desigualdades económicas, asegurando los mínimos vitales a todos. Asimismo, la vida, la libertad personal y las otras libertades consideradas fundamentales, la autodeterminación civil y política, la supervivencia, etc. Si se quieren satisfacer tales valores, la técnica jurídica idónea es su formulación normativa como derechos fundamentales.

#### **2.8.2.1.8. Discriminación sexual y garantías sexuadas de la diferencia.**

El principio normativo de la igualdad entre hombres y mujeres es violado por las múltiples discriminaciones sufridas por la mujer. El problema jurídico, teórico y práctico, que plantea la diferencia sexual es la elaboración y afinación de garantías idóneas para disminuir la divergencia entre valores jurídicos y realidad práctica. La identificación de las divergencias y de las garantías capaces de reducirlas debe partir de los hechos, o sea de las discriminaciones que sufre la diferencia.

La naturaleza y el grado de las discriminaciones dependen de la estructura de los diferentes derechos fundamentales y de sus correspondientes garantías.

Las garantías de los derechos de libertad y de autonomía presentan menos discriminaciones, pues están igualmente garantizados para hombres y mujeres por prohibiciones que sancionan sus violaciones como ilícitas o inválidas, según si son cometidas por particulares o por organismos públicos respectivamente.

Sin embargo, en cuanto a los derechos Inmunidad, o libertades "frente a", hay una específica libertad, de cuya violación son víctimas, por lo general, las mujeres y siempre por obra de los hombres, este derecho es el de la libertad sexual o inviolabilidad del cuerpo por violencias o molestias de naturaleza sexual.

Este derecho es prevalentemente femenino porque, aún cuando no es exclusivamente femenino, sus violaciones son siempre por parte de los hombres y generalmente las víctimas son las mujeres, este derecho requiere de específicas garantías sexuadas.

Por otro lado, en la satisfacción de los derechos-expectativa o "derechos a", la discriminación de las mujeres llega al grado más alto, por ejemplo en cuanto al derecho del trabajo, los derechos políticos de sufragio pasivo, los de acceso y carrera en la función pública y en general todos los de distribución de recursos.

Aquí la diferencia es desvalorizada de hecho y discriminada afectando a las mujeres por los obstáculos sociales y culturales en beneficio de los hombres. Ferrajoli considera que la creación de garantías sexuadas debe tomar en cuenta estos obstáculos y el modo en que operan.

Estas garantías pueden ser de dos tipos, las que pretenden ocultar la diferencia, por ejemplo la prohibición en materia laboral de contrataciones mediante convocatoria nominativa, que es en la actualidad ineficaz y debería

completarse con la exclusión de la "oferta de trabajo sexuada", que evitaría la discriminación de las mujeres en el reclutamiento del personal dependiente, pero también las afectaría en cuanto a las actividades laborales subalternas, por ejemplo: "se necesita secretaria" o "empleada del hogar".

Por otro lado, dentro de las garantías que evidencian la diferencia, tenemos las que contemplan las llamadas "acciones positivas."

La diferencia sexual, que divide en dos a los humanos, evita cualquier diferenciación jurídica entre hombres y mujeres cuando se prevé la realización de acciones positivas.

Por ejemplo, una ley sobre elecciones municipales, puede disponer que a cada género se reserve una cuota de los elegidos o de los puestos de trabajo o de las funciones directivas.

Existen otro tipo de garantías sexuadas ligadas a la diferencia e impuestas por el principio de igualdad, Ferrajoli considera que:

La diferencia de sexo debería justificar tratamientos diferenciados en todas las ocasiones en que un tratamiento igual penaliza al género femenino en contraste con los derechos de autodeterminación de las mujeres y con intereses específicos ligados a la identidad femenina. (...) Por ejemplo, en una fábrica milanesa las mujeres rechazaron casi por unanimidad el resultado de un referéndum sobre trabajo nocturno, aceptado por la totalidad (mayoritaria) de los varones, a causa del diferente modo de vivir la relación entre tiempo de vida y tiempo de trabajo. (63)

---

63 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, p.90.

Este rechazo se produjo en nombre de la diferencia y al mismo tiempo

... de la igualdad en el respeto de la diferencia, y por tanto, en la titularidad y garantía de los derechos, comenzando por el derecho de autodeterminación: ninguna mayoría puede decidir en materia de derechos por cuenta de los demás, y tanto más cuando la minoría tiene intereses ligados a su diferencia. (64)

En especial el derecho del trabajo y el administrativo deben tener en cuenta las diferencias de sexo para respetar a ambos. Los servicios públicos, y sobre todo, la administración pública deben promover la autorrealización de las diversas capacidades de todas las personas y no solo ofrecer bienes y prestaciones. El igual respeto y valorización de las capacidades significa igual respeto a las diferencias, para empezar por la sexual.

#### **2.8.2.1.9. Diferencia, igualdad y derecho sexuado.**

El valor de la igualdad es confirmado y reafirmado, en un sentido más complejo que el corriente, en virtud del análisis de la diferencia y de la implicación que ella tiene para una igual valorización de las diversas identidades.

Somos iguales porque lo somos en todos los derechos que tienen que ver con nuestras diferentes identidades, es decir, en los derechos fundamentales, entre los que se encuentra, el derecho de las mujeres a la maternidad voluntaria, el cual, no se refiere a la identidad y diferencia masculina, sino sólo a la identidad y diferencia femenina.

Sin embargo, para que la igualdad, y los derechos que la sustentan, sean

---

64 *Ibidem.*

efectivos, hacen falta garantías idóneas que impidan la discriminación de tal diferencia sexual como desigualdad.

Ningún mecanismo jurídico puede por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre hombres y mujeres, la igualdad, en general es una utopía jurídica, violada mientras haya razones sociales, económicas y culturales que sustenten el dominio masculino, pero esto no afecta su valor normativo. El verdadero problema es crear una garantía de la diferencia que garantice de hecho la igualdad.

#### **2.8.2.1.10. Conflictos.**

Para el autor, "la igualdad jurídica en ningún caso entra en conflicto, (...) con la libertad" (65), la idea contraria surge de confundir los derechos de libertad con la genérica libertad negativa; así como los derechos de autonomía con la genérica libertad positiva.

Sin embargo, esa idea se desvanece al distinguir entre las distintas libertades específicas positivas, es decir, los derechos de autonomía. Estos derechos son derechos-poder, su ejercicio implica limitaciones de las genéricas libertades negativas.

Las específicas libertades negativas son los derechos de libertad, que constituyen limitaciones a la contratación y a la legislación, las que son producidas, unas por el ejercicio de los derechos civiles y las otras por el ejercicio de los derechos políticos a través de la representación.

---

65 Norberto Bobbio, "Democrazia ed Europa" "Estos dos principios resultan, en última instancia, llevados a su extremo, incompatibles entre sí. Una sociedad en la que se protejan todas las libertades, incluida la económica es una sociedad profundamente desigual, digan lo que digan los partidarios del mercado. Y, al tiempo, una sociedad en la que el gobierno adopte medidas de justicia distributiva adecuadas para hacer iguales a los ciudadanos, no sólo formalmente o ante la ley, sino, como suele decirse, también sustancialmente, se verá obligada a limitar muchas libertades". Citado por Luigi Ferrajoli en "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 333

Las limitaciones a la contratación y a la legislación no provocan conflictos ni incompatibilidades, sino que reflejan la estructura de cualquier poder en el estado de derecho. Los derechos-poder, en cuanto poderes, producen con su ejercicio límites a la más simple libertad de los demás, por lo que "de derecho" están sujetos a los límites que les imponen la constitución y las leyes en garantía de la igualdad liberal. Estos límites se establecen a través de las prohibiciones de interferir, tanto en los derechos de libertad, los que son impuestos a cualquier poder, como en la igualdad social, a través, por ejemplo, de los límites y vínculos a la autonomía privada y política impuestos en los contratos de trabajo por los derechos de los trabajadores y en la legislación por los derechos sociales.

#### **2.8.2.1.11. Ciudadanía universal.**

Como se mencionó anteriormente, para Ferrajoli, la ciudadanía es un obstáculo a la igualdad, por lo que señala la perspectiva de una "ciudadanía universal" o bien de la abolición de ciudadanía estatales como presupuesto de los "derechos políticos" que bien podrían asociarse a la "simple residencia".

La ciudadanía, según el autor, expresa la condicionalidad ilegítima de los derechos, tanto del ciudadano como de la persona, al origen nacional de sus titulares.

Ello constituye una antinomia entre los derechos universales y la ciudadanía la que esta destinada a volverse explosiva con el crecimiento de las desigualdades y las presiones migratorias y es fuente permanente de peligros para la paz y la credibilidad del derecho internacional y constitucional.

La solución de este problema es la puesta en marcha del diseño universalista esbozado por el derecho constitucional e internacional positivo.

Sin embargo, a esta solución se oponen varias objeciones:

- Una objeción de intereses y no teórica, es la que sostiene el carácter irrealizable de un orden mundial que este basado en instituciones internacionales que garanticen la igualdad de todos los seres humanos en cuanto a los derechos de la persona. Este orden mundial es irrealizable porque afecta los intereses políticos y económicos de los países más ricos y poderosos (a los que no les conviene la igualdad), los que podrían alcanzar este orden si tuvieran voluntad de hacerlo.

Dice el autor que la igualdad de los seres humanos en los derechos fundamentales depende:

... únicamente de la política: de la voluntad de los países económica y militarmente más fuertes, de las luchas políticas y sociales de las masas que hoy son discriminadas, así como del apoyo que les presten las fuerzas democráticas de los países privilegiados. (66)

Se debe distinguir, por tanto, entre pesimismo y realismo, entre lo que no se quiere realizar y lo que es realmente irrealizable.

- Otra objeción (esta realista) es la que considera como precondition de cualquier constitución un mínimo de cohesión "prepolítica" y de sentido común de pertenencia ente los individuos y los pueblos a los cuales pretende regir, lo que se expresa en la ciudadanía nacional. Constituye el principal obstáculo al constitucionalismo mundial, su argumento consiste en la ausencia de instituciones internacionales adecuadas y de una sociedad civil global, así como las profundas diferencias culturales entre pueblos distintos

---

66 Ferrajoli, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 337

en tradiciones, lengua, religión, condiciones y estructuras jurídicas, económicas y sociales.

Sin embargo, dice Ferrajoli, que en el plano empírico nunca ha tenido verificativo una concepción tendencialmente comunitaria de la ciudadanía, pues, en el origen de los modernos estados de derecho no existía (en el plano social) una homogeneidad política y cultural mayor de la que existe en la actualidad entre los diferentes continentes, en cambio, en la actualidad existe un grado de homogeneidad social y de identidad colectiva que ha venido madurando debido al sentido de igualdad generado por los derechos.

Además, las constituciones son esencialmente pactos de "no-agresión", destinados a garantizar la convivencia pacífica, esta se garantiza a través de los límites y vínculos que imponen para la tutela de los derechos de todos.

Para el autor, la principal condición del sentido de pertenencia y solidaridad social, en los que se basan la cohesión y los vínculos pre-políticos invocados como esenciales por las teorías comunitarias, es la satisfacción de los niveles mínimos de subsistencia, que son los derechos sociales, (a la subsistencia, la salud, educación) los que equivalen a derechos a los niveles mínimos de igualdad social que son previos para la convivencia civil por ser el presupuesto material del ejercicio de todos los demás derechos. Es decir, su satisfacción se basa en la dignidad de la persona.

- La tercera objeción, respecto al universalismo de los derechos, consiste en su carácter indefendible por ser opuesto al multiculturalismo.

Sin embargo, para Ferrajoli, el enfoque universalista favorece y posibilita el debate intercultural. Los clásicos derechos de libertad equivalen a otros tantos derechos de cada uno a la propia identidad irreductible y diferente,

además, garantizan el igual valor y dignidad de todas las personas, cualesquiera que sean sus diferentes identidades culturales.

### **2.8.2.2. La democracia constitucional. El método democrático y los conflictos entre derechos.**

Para Ferrajoli, la democracia es el resultado de la realización de la igualdad en otros tantos tipos de derechos.

#### **2.8.2.2.1. Nexo de los derechos fundamentales con la democracia constitucional.**

Este nexo está sugerido en la definición formal de los derechos fundamentales, consiste en que tales derechos, si son sancionados con rango constitucional, imponen límites y vínculos a la legislación y, si esta compete a instituciones representativas, a la democracia política.

Esta tesis dice que las normas constitucionales, al estar supraordenadas a las ordinarias, condicionan la validez de estas últimas en cuanto a la forma y a la sustancia, independientemente del contenido y valor axiológico que se asocie o no a las mismas.

Son las constituciones democráticas las que aseguran "la garantía de los derechos" y la separación de poderes.

En razón a la rigidez de estas constituciones, son derechos fundamentales los límites (expectativas negativas) y los vínculos (expectativas positivas) a la sustancia, o sea, al contenido de las decisiones remitidas a fuentes normativas subordinadas a ellos.

#### **2.8.2.2.2. Distintas dimensiones de la democracia.**

Como se mencionó anteriormente, Ferrajoli, distingue cuatro dimensiones de la democracia constitucional, la civil, la política, la liberal y la social, sin embargo, señala que la democracia es ante todo, y necesariamente, política. Esta dimensión es necesaria en cualquier forma de democracia y es suficiente para caracterizar la "democracia política":

Si bien, dice Ferrajoli, los cuatro tipos de derechos fundamentales que se han distinguido son independientes unos de otros, si faltan los derechos políticos no tendría sentido hablar de democracia, aún contando con las otras tres clases de derechos.

Si se quieren satisfacer cada una de estas dimensiones hay que establecer (y satisfacer) los derechos que enuncian, pues los derechos fundamentales son medios para realizar la democracia constitucional.

Por ejemplo, en el caso de la democracia política, su forma específica es el sufragio universal que se genera por el otorgamiento de los derechos políticos a todos los mayores de edad.

La forma universal de los derechos de libertad está en la base de la liberal-democracia, de los derechos civiles, en la base de la democracia civil, y de los derechos sociales en la base de la social-democracia, este nexo depende de los valores que contienen los derechos que son establecidos como universales y de la formulación de los mismos en normas supraordenadas a los distintos tipos de poder.

Considera el autor que:

...los derechos fundamentales establecidos por una constitución rígida imponen, guste o no, límites y vínculos sustanciales, más o menos apremiantes según el grado de rigidez, a la democracia política tal como se expresa en las decisiones de las mayorías contingentes". (67)

### **2.8.2.2.3. Naturaleza y caracteres del Estado democrático-constitucional de derecho.**

La democracia designa "una cracia", esto es, "una forma de poder (de régimen político, una forma de gobierno), definida respecto a las otras cracias por un cierto conjunto de reglas, de competencia y de procedimiento, para la adopción de decisiones colectivas." (68)

Sin embargo, no se trata de la democracia en general de lo que se está hablando aquí sino de la "democracia constitucional".

El concepto genérico de democracia esta caracterizado por el poder del pueblo, pero, en esta forma de democracia (obviamente política), este poder, en la adopción de decisiones colectivas, es limitado por los derechos fundamentales sancionados en las constituciones, los que no pueden ser válidamente suprimidos, limitados o derogados por él.

A pesar de ello, este limite, que también distingue a la democracia, es ignorado y ubicado fuera de ella.

El concepto teórico de "democracia constitucional", así como el de Constitución, es un concepto formal que se otorga a la estructura normativa de las democracias dotadas de constitución rígida, pero que no dice nada sobre

---

67 Ferrajoli, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p.342.

68 Bovero, Michelangelo, "La filosofia politica di Ferrajoli" (La filosofia politica de Ferrajoli), citado por Luigi Ferrajoli en "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 343.

los vínculos y límites de derecho positivo que establece, pues en el ámbito de la teoría del derecho, sólo se puede decir que esta democracia es caracterizada por los límites y vínculos sustanciales establecidos en su constitución, cualquiera que estos sean.

La democracia constitucional tiene entonces una dimensión sustancial que le es impuesta por los límites y vínculos establecidos en su constitución, esta dimensión será civil y/o liberal y/o social, si es que la constitución incluye derechos civiles y/o liberales y/o sociales.

Ahora bien, la dimensión política de la democracia puede ser garantizada constitucionalmente cuando los derechos políticos y sus diversas formas estén establecidos en las constituciones como vínculos sustanciales a las decisiones legislativas. Entonces la forma de la democracia se convierte en sustancia, o sea límite y vínculo de contenido.

Por ello, para Ferrajoli, es justificado designar también como democracia a los límites y vínculos sustanciales que en ella se imponen al poder del pueblo mediante los derechos reconocidos constitucionalmente, por dos razones.

- Primera razón. Porque el poder del pueblo, o democracia constitucional, tiene como característica esencial los límites y vínculos impuestos por los distintos tipos de derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional. (no así las otras formas de democracia como la plebiscitaria, absoluta, totalitaria, etc.)

Esta característica demuestra la coexistencia, en los actuales ordenamientos, de la democracia política y de la democracia sustancial, así como su coesencialidad axiológica. Señala Ferrajoli que, la democracia política no podría sobrevivir sin la dimensión sustancial, que es el complemento del paradigma del estado (legislativo) de derecho que se produce por la

subordinación a la ley (constitucional) de los poderes políticos supremos incluso del legislativo. Esto porque la mayoría podría decidir políticamente su disolución.

Lo que ocurrió con el fascismo y con el nazismo que alcanzaron el poder con elecciones ordinarias. Y no es casualidad que las constituciones rígidas hayan sido introducidas, en Italia y Alemania, precisamente tras las nefastas experiencias de su pasado. (69)

Incluso, dice Ferrajoli, la democracia formal no estaría garantizada sin los límites que les imponen los derechos fundamentales y quedaría enmarañada por la potestad del pueblo (ilimitada) de suprimir los propios derechos políticos y civiles.

Esto demuestra que la democracia política, aún siendo una condición necesaria de la democracia constitucional, no identifica completamente su significado.

La definición teórica de la democracia constitucional, debe incluir entonces, el límite a la democracia política representado por la indisponibilidad de todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, incluidos los derechos políticos en que se basa.

- Segunda razón. Los derechos fundamentales son el parámetro más importante de la igualdad jurídica, ésta es la principal característica de la democracia y el valor primario del pensamiento democrático.

Los derechos fundamentales aluden a todo el pueblo (antes que a la mayoría) porque son inmunidades, poderes, expectativas y necesidades garantizados a todos.

---

69 Ferrajoli, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 345.

La democracia no es sólo un método, sino también un ideal: el ideal igualitario. Donde este ideal no inspira a los gobernantes de un régimen que se llama democrático, la democracia es un nombre en vano. No puedo separar la democracia formal de la sustancial. Tengo el presentimiento de que donde sólo existe la primera, un régimen democrático no está destinado a durar. (70)

Por otra parte, señala Ferrajoli que, si históricamente el derecho moderno ha nacido de la afirmación de la primacía de los derechos sobre los deberes, la democracia moderna ha nacido de la afirmación de la primacía de los derechos sobre los poderes, en dos aspectos, en cuanto a las modalidades de legitimación formal del poder, confiada a los derechos secundarios de autonomía política y civil y en cuanto a los contenidos a los que el ejercicio del poder queda vinculado y funcionalizado, confiados junto a su legitimación sustancial, al respeto de los derechos primarios de libertad y sociales.

Por tanto, si entendemos "pueblo" en el sentido de "todos" la democracia formal es, en el primer aspecto y gracias a los derechos secundarios, el poder de todos y en el segundo aspecto, la democracia sustancial es, gracias a los derechos primarios, el contra-poder de todos, o sea, el sistema de límites y vínculos opuesto por todos, a sí mismos, en garantía de todos.

Y es que es lícito suponer que los derechos fundamentales, en tanto que universales, o sea, conferidos en interés de todos, serían suscritos por todos como seres racionales.

---

70 "Carta de Norberto Bobbio a Guido Fasso", del 14 de febrero de 1972, citado por Luigi Ferrajoli en "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p.346.

- Tercera razón. Dice Ferrajoli que el objetivo de su trabajo es:

... contrarrestar la tendencia expresada en la intolerancia y la desconfianza frente al constitucionalismo como sistema de límites, vínculos y garantías en relación con cualquier poder, aún contra el formalmente democrático, así como la idea de que la democracia sea entendida únicamente como método de elección y decisión política de individuos iguales en autonomía moral y, por ello, iguales en su capacidad de ser titulares de derechos. (71)

Para el autor, los derechos fundamentales se encuentran sustraídos de la autonomía de sus titulares, esto es así por el carácter rígido de su estipulación en las constituciones y por su forma universal, o sea, por su estatuto de normas téticas.

Ahora bien, lo que cuenta en el plano teórico, y justifica la imagen del pacto constituyente, es su paradigma (y no sus contingentes contenidos normativos), pues en virtud de éste, a los titulares de los derechos constitucionalmente establecidos se les priva de la disponibilidad de los propios derechos, al estar contenidos en normas rígidas y universales.

La rigidez de las normas constitucionales, mediante las cuales se establecen los derechos fundamentales, los sustrae a la autonomía política ejercida mediante el voto y la elección de representantes, mientras su carácter universal los sustrae a la autonomía privada, ejercida mediante actos de disposición de sus titulares.

---

71 Ferrajoli, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 347.

Por ejemplo, no puedo vender mi derecho de voto, mi libertad de palabra o mi derecho a la salud. Mi autonomía se ejerce sólo al votar por quien quiero y al manifestar lo que pienso, y no, mediante el poder de vender estos derechos de la forma en que puedo vender una casa o ceder mi crédito.

#### 2.8.2.2.4. Conflictos entre derechos.

Ferrajoli sostiene la tesis de que el artículo 2 de la constitución italiana, al declarar inviolables los derechos establecidos en ella, proscribire su violación o restricción por parte de todos los poderes constituidos, incluido el de reforma constitucional, y admite sólo su posible expansión.

Esta tesis de dogmática jurídica referida al derecho positivo italiano, es objetada por un argumento teórico:

Se debe excluir que "el espacio moral de los derechos sea ilimitado" y que "la superficie ocupada por cada derecho, dentro del espacio moral" no "tenga nunca puntos de intersección con las otras, en forma tal que la ampliación de una de ellas puede producirse sin perjuicio para las demás", ya que "los derechos pueden, efectivamente, colisionar entre sí y, con frecuencia, entrar en relaciones recíprocas de suma cero".(72)

Para el autor, esta tesis, bastante difundida, tiene una validez menor de lo que hace suponer su obviedad y no es suficiente para impugnar la tesis jurídica, la que es discutible en el plano dogmático y político pero no en el teórico, de los límites impuestos por una constitución a su reforma. Además, es desmentida por la experiencia histórica, pues no ha sido de "suma cero" el

---

72 Pintore, Anna. "Derechos insaciables", publicado en *Teoria politica* XVI/2 (2000) pp.3-20, con el título *Diritti insaziabili*. Citada por Luigi Ferrajoli en "Los fundamentos de los derechos fundamentales" p. 350.

proceso de expansión de los derechos en cantidad, esfera de titulares y técnicas de garantías, que ha caracterizado la construcción de nuestras democracias en el curso de más de dos siglos. El autor señala en donde tendría validez y en donde no:

### CONFLICTOS

Vale para:	No vale para:
<p>-Algunos derechos activos de libertad consistentes en <i>facultates agendi</i>, de conformidad con el principio kantiano que funda los límites de la libertad de cada uno en la posibilidad de coexistir y estar de acuerdo con la libertad de los demás.</p> <p>-La libertad de expresión, que no puede ejercerse con injurias o difamaciones o con lesiones de la privacidad ajena.</p> <p>-Para la libertad de asociación, que no puede expresarse en asociaciones para delinquir o lesivas de derechos fundamentales,</p> <p>-Para el derecho de huelga, cuyo ejercicio no puede poner en riesgo derechos fundamentales ajenos como la vida, la salud o la seguridad de otras personas.</p>	<p>-La mayor parte de los derechos de libertad, que consisten en inmunidades o libertades de: libertad de conciencia, la inmunidad frente a la tortura o frente a penas arbitrarias.</p> <p>-Los ordenamientos que excluyen la pena de muerte y las penas corporales.</p> <p>-El derecho a la vida y a la integridad personal.</p> <p>-Las relaciones entre los derechos sociales a prestaciones positivas, como la asistencia sanitaria, la educación, la subsistencia y otros similares, y los otros derechos fundamentales, pues, no es en los derechos de libertad sino en el costo económico donde residen los límites a la satisfacción de los derechos sociales, por lo tanto depende de la política y de la riqueza de cada país la medida en que más allá de los mínimos vitales que es obligatorio asegurar, tales derechos sean satisfechos por la legislación y la administración encargados de garantizarlos.</p>

Respecto a los derechos sociales, señala Ferrajoli que, si bien pueden presentarse conflictos, como en el caso del contraste entre el derecho a la salud, lesionado por una producción nociva y el derecho al trabajo de quienes se encuentran ocupados en ella, casi siempre se trata de elecciones políticas referidas a la parte del presupuesto estatal empleada en gasto social, a la porción del gasto destinada a satisfacer algún tipo de derechos sociales, a las prioridades y criterios de distribución de los recursos en la gestión de los servicios.

Estas elecciones implican un margen de discrecionalidad y responsabilidad tanto en el plano político de la legislación, como en el de gestión de la

administración y en el técnico y profesional de las concretas prestaciones, que dificulta la ejecución de los derechos sociales.

Ahora bien, para Ferrajoli la tesis de los conflictos entre derechos no es sostenible, sobre todo entre los derechos de autonomía (como los derechos de voto) y los civiles de intercambio e iniciativa económica, y todos los demás derechos fundamentales.

Los derechos de autonomía son derechos-poder, porque su ejercicio consiste en actos que producen efectos en la esfera jurídica de los demás, al ser poderes jurídicos, su relación con otros derechos no se puede configurar como conflicto, sino como sujeción a la ley, como sujeción de los actos potestativos (sean leyes o negocios jurídicos), que directa o indirectamente son ejercicio de los primeros, a las normas constitucionales y legislativas en las que se estipulan los segundos.

Este es el papel del constitucionalismo rígido, pues siendo poderes, los derechos de autonomía están destinados, como todos los poderes en el estado constitucional de derecho, a ser sometidos a límites de leyes que impidan su ejercicio *legibus solutus* (no sujeto a la ley).

La falta de límites a dicho ejercicio, equivaldría a formas de absolutismo de los poderes, que la constitucionalización de los derechos fundamentales tiene como objetivo impedir.

Para el autor, la intuición de que los derechos colisionan y tienen un espacio moral limitado por los demás derechos se debe a la confusión de los derechos fundamentales en una sola problematización, que es necesario distinguir analíticamente:

- Derechos inimitables, dado que su garantía no interfiere con otros derechos.
- Derechos de libertad (distintos de las simples libertades que no son derechos) que encuentran límites por su convivencia con los derechos de libertad de los demás.
- Derechos sociales cuyo límite está en los costos de su satisfacción, financiados con la recaudación fiscal, en perjuicio de los derechos patrimoniales.
- Derechos-poder que son los que las leyes someten a vínculos, límites y controles jurisdiccionales de validez y licitud, para tutelar y satisfacer los demás derechos constitucionales.

Finalmente, señala el autor que, con las tragedias como el fascismo, se ha comprendido que la autonomía política y la privada son derechos, pero derechos-poder que exigen límites y vínculos. Contra sus abusos fueron inventadas las constituciones rígidas, para que no se repitan en la medida que el derecho pueda controlar su fuerza.

### **2.8.2.3. La paz. El derecho a la autodeterminación de los pueblos.**

Con Thomas Hobbes nace la figura del Estado y del derecho como instrumentos de la paz y de la tutela de la vida. Así, el paradigma de los derechos fundamentales tiene su origen en la fundamentación hobbesiana del artificio jurídico de la tutela del derecho natural a la vida, que se extiende a todos los derechos vitales y cuya violación justifica la ruptura del pacto social.

Estos derechos son los derechos a la vida, a la integridad personal y a las libertades fundamentales frente a la ley del más fuerte, pero además los derechos sociales a la salud, educación, subsistencia y seguridad social, de cuya satisfacción dependerán los mínimos vitales, que en la sociedad moderna no son asegurados.

### **2.8.2.3.1. Derechos fundamentales y su nexa con la paz.**

El nexa de racionalidad instrumental es biunívoco, por un lado, la paz, es decir, la superación de la guerra propia del estado de naturaleza, es indispensable para la garantía del derecho a la vida, a su vez, esta garantía es una condición indispensable para la paz.

Es por tanto justificado establecer una correlación biunívoca entre el grado de paz y el grado de garantía a favor de todos estos derechos: la paz social es tanto más sólida y los conflictos menos violentos cuanto más amplias y efectivas sean las garantías de los mismos.

### **2.8.2.3.2. La paz internacional.**

Lo mismo se puede decir respecto del principio de la paz internacional, afirmado solemnemente como imperativo jurídico después de la segunda guerra mundial, que, como dice el preámbulo de la Declaración Universal de 1948, tiene por fundamento "la garantía de los derechos fundamentales de todos los miembros de la familia humana". (73)

Esta paz requeriría, según el autor, de reformas y garantías de instituciones (que hoy son bastante improbables) como, por ejemplo, el desarme, al menos tendencial, de los estados y el correlativo monopolio de la fuerza a cargo de la ONU (pero reformada en sentido democrático). Así como de la introducción de garantías jurídicas comenzando por la efectiva institución del Tribunal penal sobre crímenes contra la humanidad cuyas competencias comprenden, según el artículo 5 de su Estatuto aprobado en Roma en julio de 1998, las violaciones más graves de derechos humanos como las guerras de agresión, pues, "Sólo

---

73 Ferrajoli, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 356

el derecho, en realidad, puede garantizar los derechos". (74)

Esta precisión, dice Ferrajoli, aunque puede ser obvia, es necesaria, porque la tutela de los derechos humanos ha sido invocada para justificar la guerra, presentada como "ética" y "humanitaria". Por ejemplo, la que desencadenó la OTAN contra la Federación Yugoslava.

La guerra de Kósovo nos hizo presente la ambivalencia de los derechos humanos. Todo un país fue destruido en nombre de asegurar la vigencia de estos derechos. No solamente Kósovo, toda Serbia también. (...)

La OTAN no asumió ninguna responsabilidad por sus actos. Bill Clinton declaró que la responsabilidad por el aniquilamiento de Serbia era de los propios serbios. Toda la acción de la OTAN se acompañó por una propaganda referida a las violaciones de los derechos humanos que los serbios cometieron en Kósovo. Cuanto más se presentaban estas violaciones, más se sentía la OTAN con el derecho, y hasta con la obligación moral, de seguir con el aniquilamiento. Las violaciones de los derechos humanos de parte de los serbios fueron transformadas, por medio de esta propaganda, en su imperativo categórico para el aniquilamiento de Serbia. .. Por lo tanto la guerra fue transformada en una "intervención humanitaria". Casi no se hablaba siquiera de guerra. (75)

Para Ferrajoli, la relación entre paz y tutela de los derechos humanos supone que esta tutela no puede ser realizada mediante la guerra, (antes que con el derecho) porque afecta casi exclusivamente a las poblaciones civiles.

---

74 *Ibid.* p. 357.

75 Herrera Flores, Joaquín, *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Ed. desclee, Bilbao, 2000, pág. 79, 80

Esto implica, tanto una negación del derecho, como de los derechos, ocasionando una violación en masa del derecho a la vida de millares de inocentes que nada justifica, una violencia descontrolada cuyos efectos destructivos son completamente opuestos a los fines perseguidos.

La Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) puso en marcha una gran fábrica de muerte, que llevó acabo una acción de aniquilamiento. No había defensas posibles y la OTAN no tuvo muertes; todos los muertos fueron kosovares y serbios, y la mayoría de ellos civiles. ... La OTAN se jacta de haber producido apenas un mínimo de muertos. Lo que destruyó fue la base real de la vida de la población. Se destruyeron la infraestructura económica con todas las fábricas importantes, las comunicaciones con todos los puentes significativos, el sistema de electricidad y de agua potable, escuelas y hospitales, y muchas viviendas. Todo eso son objetivos civiles, los cuales implican daños colaterales al poder militar. (76)

Además, si se desvanece el nexo de medios y fines, entre derecho y derechos, entre forma y sustancia de su tutela, los derechos fundamentales se reducen a una abstracción en perjuicio de las personas de carne y hueso que son sus titulares.

Por ejemplo, el equivalente moderno del bien que ha justificado las guerras santas de todos los tiempos.

Y corren el riesgo de desacreditarse como la consigna de un nuevo tipo de fundamentalismo que contrapone Occidente al resto del mundo, según la lógica identitaria de las guerras étnicas: de un lado Occidente, del otro, el mundo restante al que Occidente pretende imponer con la violencia sus propios valores. (77)

---

76 *Ibidem*.

77 Ferrajoli Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 357

### 2.8.2.3.3. La autodeterminación de los pueblos.

Otro aspecto del nexo entre derechos humanos y paz es el derecho a la autodeterminación de los pueblos, este problema es relevante porque ha estallado con las guerras que ha sufrido la ex Yugoslavia por un decenio, y porque es el propio derecho positivo el que identifica el ámbito y los límites de la autodeterminación con el objeto de alcanzar la paz.

La Carta de Naciones Unidas lo menciona como presupuesto de la paz:

Art. 55. "Las relaciones pacíficas entre las naciones están basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos." (78)

Por su parte, los dos Pactos Internacionales del 16/12/1966, ofrecen una verdadera definición:

Art. 1. "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Para el logro de sus fines todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que se derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia." (79)

Como vemos, el derecho a la autodeterminación es un derecho complejo de "autonomía", articulado en dos dimensiones. La dimensión interna, que

---

78 *Ibid.* p. 358.

79 *Ibid.*

consiste en el derecho de los pueblos a decidir libremente su estatuto político en el plano del derecho interno. Y la dimensión externa, consistente en el mismo derecho pero en el plano internacional, además del derecho de los pueblos al desarrollo y a la libre disponibilidad de las propias riquezas y recursos.

La más simple e inequívoca de estas dimensiones es la autodeterminación interna que equivale al derecho fundamental de los pueblos a darse un ordenamiento democrático mediante el ejercicio de los derechos políticos o "soberanía popular."

En cambio, el derecho a la autodeterminación externa es más complejo, porque, si bien el artículo 1 de los Pactos de 1966 fue concebido en apoyo al proceso de descolonización que se resolvió en la creación de nuevos Estados independientes, esto no autoriza a entenderlo como un derecho a volverse Estado, si por "Estado" entendemos la forma política soberana nacida en Europa hace cuatro siglos, legitimada, sobre la base de la autodeterminación racional, pero hoy en crisis. Las funciones primarias del Estado, que han justificado históricamente su nacimiento y que en Europa se han realizado en gran parte, han sido principalmente la unificación nacional y la pacificación interna, pero en la era de la globalización estas funciones han dejado de realizarse y se han vuelto irrealizables a través de la fundación de nuevos Estados.

El Estado ha dejado de ser un instrumento de la unificación y de la pacificación interna y además se ha convertido en un obstáculo para lograrlos. La globalización está haciendo surgir, a causa de la creciente integración mundial, el valor tanto de las diferencias como de las identidades, y ha revelado el carácter artificial de los Estados (sobre todo de los recién formados), la arbitrariedad de sus confines territoriales y lo insostenible de su

pretensión de subsumir pueblos y naciones dentro de unidades forzadas que niegan las diferencias y también las identidades comunes.

Así, la forma del "Estado", (en cuanto factor de inclusión forzada y de indebida exclusión, de unidad ficticia y de división), ha entrado en conflicto con la forma de "pueblo", convirtiéndose en una fuente permanente de guerra y de amenaza a la paz y al derecho mismo de autodeterminación de los pueblos.

Por esto, resulta insostenible la pretensión de los pueblos de constituirse, de todos modos, en Estados en un mundo que se encuentra cada vez más integrado y en sociedades civiles cada vez más caracterizadas por la mezcla de culturas y de nacionalidades diversas. Además esta pretensión no sólo no esta implicada sino que entra en contradicción con el derecho a la autodeterminación. Señala el autor que "el último legado envenenado de la colonización, contra la que dicho derecho fue reconocido, ha sido, precisamente, la exportación a todo el mundo de la idea del Estado como única forma de organización política." (80)

En los años que siguieron a la segunda guerra mundial, la autodeterminación producida por la descolonización ha estado subordinada a la geografía colonial. En África y Asia, los nuevos Estados nacidos de la autodeterminación han terminado, la mayoría de las veces, por reproducir las divisiones coloniales. La idea de rediseñar los límites de esta geografía política estableciendo, en nombre de la autodeterminación, estados nacionales correspondientes a los respectivos pueblos, esta resultando en la construcción, todavía más nefasta de estados étnicos o tribales, basados en la exaltación de las identidades nacionales y en la recíproca intolerancia hasta llegar incluso a la "limpieza étnica", como en la ex -Yugoslavia.

---

80 Ferrajoli, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 359.

En el plano teórico y no sólo en el del derecho positivo vigente, un "derecho al Estado" o peor a la "secesión" no puede concebirse como derecho universal, por lo tanto tampoco como fundamental, en cuanto es lógicamente inconsistente y prácticamente autodestructivo, porque siempre va a existir, en la mayoría que realiza la secesión otra minoría que querrá realizarla a su vez contra la mayoría que era antes minoría. Esto se aplica más que nunca en la actualidad al ser mayor la mezcla de pueblos y culturas que se encuentran conviviendo en un mismo territorio.

En conclusión, lo que torna imposible la configuración del derecho a constituir un Estado como un derecho fundamental es su no-universalidad, la imposibilidad de que este derecho sea reconocido igualmente a todos los pueblos.

Es imposible generalizar porque el mismo criterio de identificación de un pueblo será aplicable a las minorías que conviven con él en el mismo territorio y que no podrán gozar del mismo derecho sin contradecir aquel reivindicado por el pueblo mayoritario.

Esta tesis se extiende también a todos los derechos de las minorías y, en general, a todos los derechos llamados colectivos, ya sean culturales, políticos o económicos.

Si los derechos no pueden configurarse, además como derechos del individuo no son en ningún sentido universales ni por consiguiente fundamentales. lo que ocurre con la mayor parte de los derechos reductibles a las libertades clásicas o a específicos derechos sociales.

Por tanto, el derecho a la autodeterminación externa es el derecho a la "autonomía" en el sentido jurídico que comúnmente se asocia a esta expresión: como autonomía local en el máximo número de funciones públicas, integrada

por el derecho a disponer de las propias riquezas y recursos naturales y a no ser privados de los propios medios de subsistencia, este tipo de autonomía tiene como presupuesto la autodeterminación interna, por tanto, la máxima garantía de los derechos políticos y de libertad.

Son los derechos de libertad los que aseguran su recíproca tolerancia y pacífica convivencia, mediante la igual afirmación y valoración de las diferentes identidades.

La tutela de tales derechos es la principal garantía de la paz, en virtud del principio kantiano que funda la convivencia civil en los límites que la libertad de cada uno encuentra en la libertad de los demás, y en la exclusión de la libertad salvaje del más fuerte.

Pero, por estas mismas razones (y no en virtud de un imposible derecho universalizable) dicha autonomía puede a veces exigir la independencia donde su lesión resulte en la opresión, discriminación y exclusión, en razón de las distintas pertenencias, y represente además un peligro permanente para la paz.

La mejor forma de autodeterminación externa coherente con los principios de la Carta de la ONU, se expresa por el modelo federal, reduciendo los estados existentes mediante formas de organización federal o confederal (como la Unión Europea), que por un lado, descentralicen tanto como sea posible las funciones administrativas y de gobierno local hoy centralizadas en los Estados nacionales y por otro asocien a tales estados en formaciones políticas más amplias a los que se atribuyan las funciones públicas (legislativas, judiciales y administrativas) comunes a todos, en cuestiones de garantía de los derechos de libertad, política económica y monetaria, regulación del mercado, defensa el medio ambiente, redistribución de recursos y seguridad frente a la criminalidad.

Esta interpretación del derecho a la autodeterminación externa resulta esencial, en sentido positivo, porque en la satisfacción del derecho así configurado se fundan la democracia, el desarrollo económico y la garantía de la paz. En sentido negativo, porque la interpretación alternativa del derecho como pretensión de constituir un Estado contradice el principio de la paz y el de igual tutela de las diferencias.

Respecto a esta última interpretación hay que afirmar la distinción entre los "pueblos" como entidades culturales, tutelados por el derecho de autodeterminación y "Estados" como entidades territoriales artificiales dentro de cuyos límites (gracias al derecho de autodeterminación) pueden convivir diversos pueblos.

Por ejemplo: Si frente a la crisis de la ex-Yugoslavia, Europa hubiera abierto sus puertas acogiendo en la Unión a los pueblos hoy divididos tal vez se habrían evitado las guerras y las atrocidades generadas por la intolerancia étnica.

Si todos los Estados se disolvieran en una comunidad mundial, informada por el paradigma federal del estado constitucional de derecho y por la igual garantía de los derechos humanos de todos, los conflictos entre etnias perderían la mayor parte de sus razones.

#### **2.8.4. La tutela del más débil. Las falacias del relativismo cultural.**

La tutela del más débil es un criterio meta-ético, que señala el carácter fundamental de las necesidades y expectativas vitales, identificándolas con las leyes del más débil, las que se contraponen a la ley del más fuerte física, política, económica y socialmente.

#### **2.8.2.4.1. Los derechos fundamentales y su nexa con la tutela del más débil.**

Su nexa con la forma universal de los derechos fundamentales es, también, la de medios a fines, la forma universal y el rango constitucional de las normas que otorgan los derechos fundamentales, son las técnicas idóneas para la tutela de los sujetos más débiles porque aseguran la indisponibilidad e inviolabilidad de sus expectativas vitales, protegiéndolos de las relaciones de fuerza propias del mercado y la política.

Este fundamento es el que más evidentemente coincide con las relaciones históricas que han expresado los procesos mediante los que han madurado estos derechos. Históricamente puede afirmarse que todos los derechos fundamentales han sido establecidos en las diversas constituciones a raíz de las luchas o revoluciones, las cuales han manifestado la opresión y la discriminación aparentemente normal, que afectaron desde la libertad de conciencia hasta otras libertades fundamentales, como los derechos políticos, de los trabajadores, de las mujeres, derechos sociales, etc.

Estos derechos han sido conquistados en defensa de sujetos más débiles contra la ley del más fuerte, donde el más fuerte lo era la iglesia, los soberanos, las mayorías, los aparatos policiales o judiciales, los empleadores, las potestades paternas o maritales, etc. Los derechos constituyen un contrapoder, una negación o limitación a estos poderes que de otro modo serían absolutos.

#### **2.8.2.4.2. Las falacias del relativismo cultural.**

Este criterio de identificación resuelve dos dificultades que surgen en la doctrina de los derechos humanos, en las teorías antropológicas del

multiculturalismo y del relativismo cultural, y en las teorías sociológicas y "vagamente" comunitarias de la ciudadanía. Son las siguientes:

- **Primera.** La idea de que el modelo universalista de los derechos fundamentales, producido por la cultura occidental, estaría viciada por la paradoja de su contradicción con el respeto debido a los pueblos y a sujetos de diversa cultura a las que pretenderíamos imponerlo.
  
- **Segunda.** La idea de que, la validez de los derechos fundamentales, supondría un cierto grado de consenso social, que sólo puede revelarse en el sentido de pertenencia expresado por la ciudadanía en nuestros ordenamientos occidentales y no, ciertamente, en culturas diferentes a las nuestras. "El lenguaje de los derechos escribe Baccelli, lleva consigo marcas indelebles de nuestra tradición política y jurídica (...) Resulta, por ello, oportuno preguntarse hasta qué punto los derechos fundamentales presentan validez intercultural." (81)

Señala Ferrajoli que estas ideas, junto con la tesis realista, que concibe a los derechos humanos como un apéndice de la ciudadanía, entendida como pertenencia a una supuesta monocultura occidental antes que como un factor de unificación política y una garantía del pluralismo cultural, deben también cuestionarse:

- **Primera Falacia.** Esta falacia es de tipo meta-ético, invalida la crítica dirigida por el relativismo cultural, la cual es contradictoria porque se realiza en nombre del mismo universalismo que es lo que trata de objetar. Su significado normativo es el igual valor que asocia a las personas y, antes que a ellas, a sus identidades culturales, sus éticas, sus culturas y no solo a su "ser" sino también a su "hacer", lo que provoca la falacia naturalista: derivar

---

81 Baccelli, Luca. "Derechos sin fundamento". Citado por Luigi Ferrajoli en "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 364.

del reconocimiento de hecho de la pluralidad y diversidad de las culturas, la tesis ética y normativa de su igual valor.

Por tanto el relativismo cultural desplaza a un nivel meta-lingüístico y meta-ético el formalismo jurídico y el universalismo ético de los derechos humanos –siendo que su base es necesariamente individualista al referirse únicamente a los seres humanos individuales según el paradigma kantiano - y lo lleva a un nivel de la valoración de las culturas, o de sus respectivas éticas.

Por lo tanto, para el autor, el relativismo cultural es una doctrina ética inconsistente, tanto ética como lógicamente, porque equivale a aceptar cualquier moral, aún fundada sobre la desigualdad y la opresión y por tanto (esa es la contradicción), a la negación de cualquier moral. El resultado es la aceptación de cualquier cultura, incluso la nazi o las criminales o mafiosas y, por consiguiente la disolución del valor de todas las culturas.

- **Segunda Falacia.** Es de tipo jurídico, Ferrajoli la considera aún más grave porque vicia la crítica del universalismo de los derechos en cuanto no compartido universalmente. Señala el autor que, el universalismo del principio de igualdad y de los derechos es dos cosas a la vez: una doctrina ética y una convención jurídica. Como doctrina ética, es una doctrina formal, que enuncia el igual valor de la persona y puede ser expresada con la máxima kantiana "Toda persona debe ser tratada como fin y no como medio". (82)

Como convención jurídica, es un conjunto de normas puestas para proteger a los individuos frente a la ley del más fuerte.

La falacia del relativismo cultural y de las doctrinas que ven el anclaje de los derechos humanos en las ciudadanía de los ordenamientos en los que

---

82 Ferrajoli, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 365.

arraigan culturalmente consiste en la confusión de que la convención jurídica implica la doctrina ética . Si bien la convención jurídica es resultado histórico de la correspondiente doctrina moral, no implica su aceptación en el plano empírico ni en el axiológico.

Las normas sobre derechos fundamentales no suponen que de hecho estos sean compartidos desde el punto de vista moral, aún por la mayoría de los miembros de la cultura occidental de la que derivan:

Por ejemplo: el primer derecho de libertad conquistado por el liberalismo fue la "libertad religiosa" (derecho típicamente cultural) que nació como respeto de otras culturas, de las herejías y de las religiones distintas a la dominante. No era compartido por supuesto por la cultura católica que al contrario se opuso fuertemente. El liberalismo, comenzando por la libertad de conciencia figuró en el *index* de la iglesia católica hasta el siglo XX.

Para el autor, es ilusoria la idea de que los derechos humanos expresen una ética compartida por la mayoría de los ciudadanos dentro de nuestra cultura.

Señala otro ejemplo: un referéndum realizado en tiempos de Beccaria sobre su *De los delitos y de las penas*, habría recibido el consenso de él mismo y de sus amigos. Y en la actualidad sería de temer un referéndum sobre las garantías penales y procesales o si se hubiera sometido a votación la Declaración de Derechos de 1789.

La idea de que "todos" o la "mayoría" deban compartir los valores expresados por los derechos fundamentales es una tesis axiológica "antiliberal" porque la teoría garantista del estado constitucional de derecho (basada en la separación laica entre derecho y moral) no requiere ni debe requerir la adhesión a los valores ético-políticos que este incorpora jurídicamente porque son de hecho estos valores los que imponen no imponer ningún tipo

de ética o de credo político (de ningún tipo, ni siquiera democrático o liberal), lo que debe respetarse incluso frente a los que no los comparten.

Naturalmente, "una cierta adhesión social" es una condición pragmática indispensable para la efectividad de los derechos fundamentales y esto se aplica a todo el derecho que es un mundo de signos y significados cuya efectividad y funcionamiento dependen de la formación de un "sentido común" en torno a él, es decir de un "sentido cívico" y se aplica a cualquier sistema normativo.

Por ejemplo: cuando ves una cola en una ventanilla te pones en la cola porque entiendes y compartes su sentido normativo.

Y esto vale más que nunca para los derechos fundamentales y para la democracia, que son construcciones sociales cuyo sostenimiento depende (más allá de las garantías jurídicas) de un cierto grado de consenso en torno a los valores sometidos a ellos.

Pero la formación de este común sentido cívico o moral es el producto de procesos políticos y culturales, (ante todo de la maduración de la conciencia de los propios derechos y de la percepción de los derechos de los demás como iguales) que no puede ser impuesto por el propio derecho que (en un ordenamiento liberal) exige la tolerancia de todas las identidades políticas incluso de las más antiliberales y antidemocráticas porque el paradigma liberal democrático no puede imponer jurídicamente las condiciones pragmáticas de su propia efectividad, si lo hiciera negaría sus propios principios.

- **Tercera falacia.** Esta falacia es de tipo meta-jurídico, vicia la crítica dirigida por el relativismo cultural al universalismo de los derechos humanos.

Consiste en el prejuicio difundido de que la legitimidad de tales derechos se funda sobre el consenso de la mayoría. Aquí hay dos confusiones:

- Primera. Una cosa es el universalismo de los derechos fundamentales, que se refiere a los sujetos a los que son atribuidos, y otra la universalidad del consenso en virtud del cual se sostiene la comunión intercultural de los valores que expresan. En este sentido serían muy pocos los principios o valores que podrían obtener este consenso, aún dentro de la misma cultura.
- Segunda. Existe también una confusión entre el estado de derecho y la democracia política, en virtud de la cual una norma es legítima solo si es querida por la mayoría.

Pero a diferencia de todas las otras normas, los derechos fundamentales son derechos contra la mayoría y son establecidos en el pacto constitucional de convivencia como límites y vínculos para los poderes públicos y privados.

Esta es la forma lógica que asegura su garantía, si se quiere tutelar un derecho como fundamental, se lo sustrae de la política y del mercado, como derechos inviolables, indisponibles e inalienables, ninguna mayoría ni la unanimidad pueden decidir su abolición o reducción.

Con frecuencia se confunde la democracia y la voluntad de la mayoría, a la que le estaría permitido todo, en razón de una especie de presunción apriorística de legitimidad de la voluntad popular.

A este equivoco ha contribuido también la concepción del proceso constituyente, inducida por las doctrinas contractualistas, porque se supone que el contrato social (o pacto constituyente) es un contrato suscrito por la mayoría o, al menos, que expresa su voluntad profunda y auténtica interpretada por los padres constituyentes. Pero se ven sus límites cuando

entre la mayoría que ha estipulado el contrato se excluyen sectores relevantes de la sociedad.

Por el contrario, el fundamento democrático del pacto constitucional está, no en el hecho de que ninguno esté excluido de su estipulación (lo que sería imposible) sino en el hecho de que se pacte en él la no-exclusión de ninguno, lo que se refiere a las cláusulas del pacto, no a la esfera de los contratantes que inevitablemente esta limitada a una asamblea más o menos representativa o a un número restringido de constituyentes, ni a la forma del contrato, ni a los sujetos, sino a sus contenidos. Así se confirma el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil frente a la ley del más fuerte.

Por ejemplo: las culturas occidentales protegen al individuo de su propio ambiente cultural y familiar, a la mujer frente al marido, al menor frente a los padres, a los oprimidos frente a las prácticas opresivas de sus culturas.

También se reafirman los criterios para trazar límites entre el respeto debido a todos los individuos en cuanto personas y el respeto a sus diferencias culturales.

Por ejemplo: la clitoritomía y las prácticas de segregación realizadas por los talibanes, son lesiones graves en perjuicio de la integridad física, la libertad y la dignidad de las mujeres y ningún respeto de la cultura ajena puede justificarlas, por la misma razón que no es justificable el código de honor mafioso, el homicidio por causa de honor, el duelo, etc.

Son los individuos los que son tutelados por los derechos fundamentales y no las culturas. Señala el autor que sería perverso negar estos derechos a quienes no han realizado el mismo recorrido histórico de los europeos.

Por ejemplo: las mujeres afganas tendrían que esperar para su liberación a que sus padres y maridos hagan su Revolución Francesa.

Más allá de este límite, rige el Principio de Tolerancia, o sea la tutela de las libertades y por tanto el respeto de las diferencias culturales, las que encuentran expresión y garantizan el ejercicio de las libertades.

La igualdad, se ha dicho, consiste en el igual derecho a las propias diferencias -religiosas, políticas, ideológicas, nacionales y por lo tanto culturales- que hacen de cada persona un individuo distinto de los demás, y de cada individuo una persona como las demás. (83)

Así se entiende que el universalismo y el constitucionalismo de los derechos fundamentales, ante todo de los de libertad, son la única garantía del pluralismo cultural, o sea de la convivencia y recíproco respeto entre diversas culturas, lo que demanda el mutuo reconocimiento, pues, no solo los inmigrantes y pueblos no occidentales deben integrarse y aprender de nuestra cultura, sino que debe haber un diálogo intercultural, lo que tal vez haría surgir el valor común de la "reivindicación", de la búsqueda de reconocimiento, de la oposición al poder y a la opresión. Señala Ferrajoli que, debemos aprender a conocer las diversas culturas y superar prejuicios, es esta una condición necesaria del proceso de afirmación de los derechos en el plano cultural que representa la principal condición práctica de su efectividad.

## 2.9. Conflictos.

Como se mencionó anteriormente, para Ferrajoli, todos los derechos fundamentales son medios para conseguir la igualdad, la paz, la democracia y la protección al más débil, por lo que no existen contradicciones verdaderas entre ellos.

---

83 Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 370.

Sin embargo, parece que el autor intenta resolver las contradicciones *a priori* y no los conflictos *a posteriori*, pues, para eludir la contradicción entre los distintos derechos fundamentales, el autor distingue entre derechos humanos, sociales, civiles y políticos, los cuales se limitan entre sí, pero no se oponen, se yuxtaponen.

Sin embargo, a lo largo de su teoría ha reconocido la existencia de conflictos entre derechos, por ejemplo:

- Señala que en un sistema de derecho positivo existen antinomias (contradicciones entre normas), y señala, como ejemplo, el establecimiento del derecho a manifestar libremente las ideas, y la prohibición penal de difamación y de otros delitos de opinión. Aquí se presenta un conflicto entre dos normas, la que otorga el permiso y la que prohíbe el mismo comportamiento. Incluso, el autor, señala una solución al conflicto, consistente en la anulación de las normas que contemplan los delitos de opinión.
- Por otra parte, Ferrajoli señala algunos ejemplos de derechos que no colisionan entre sí y derechos entre los que hay conflicto:

No colisionan. La mayor parte de los derechos de libertad, que consisten en inmunidades o libertades de: libertad de conciencia, la inmunidad frente a la tortura o frente a penas arbitrarias; los ordenamientos que excluyen la pena de muerte y las penas corporales; el derecho a la vida y a la integridad personal; las relaciones entre los derechos sociales a prestaciones positivas, como la asistencia sanitaria, la educación, la subsistencia y otros similares, y los otros derechos fundamentales, pues, no es en los derechos de libertad sino en el costo económico donde residen los límites a la satisfacción de los derechos sociales.

Si colisionan. Algunos derechos activos de libertad consistentes en *facultates agendi*, de conformidad con el principio kantiano, que funda los límites de la libertad de cada uno en la posibilidad de coexistir y estar de acuerdo con la libertad de los demás; la libertad de expresión, que no puede ejercerse con injurias o difamaciones o con lesiones de la privacidad ajena; la libertad de asociación, que no puede expresarse en asociaciones para delinquir o lesivas de derechos fundamentales; en el derecho de huelga, cuyo ejercicio no puede poner en riesgo derechos fundamentales ajenos como la vida, la salud o la seguridad de otras personas.

- Además, señala que la igualdad jurídica en ningún caso entra en conflicto con la libertad.

Los derechos de libertad, limitan a la contratación y a la legislación, que son producidas, por el ejercicio de los derechos civiles y de los derechos políticos, respectivamente, y ambos son derechos poderes.

Esta limitación, considera el autor, no provoca conflictos ni incompatibilidades, sólo reflejan la estructura de cualquier poder en el estado de derecho. Los derechos-poder, en cuanto poderes, producen con su ejercicio límites a la más simple libertad de los demás, por lo que "de derecho" están sujetos a los límites que les imponen la constitución y las leyes en garantía de la igualdad liberal.

Este, dice, es el papel del constitucionalismo rígido, pues siendo poderes, los derechos de autonomía están destinados, como todos los poderes en el estado constitucional de derecho, a ser sometidos a límites de leyes que impidan su ejercicio *legibus solutus* (no sujeto a la ley).

Pareciera entonces, que hay una diferencia entre que "un derecho limite a otro" y que "un derecho entre en conflicto con otro", pero creo que en realidad no la hay.

Sin embargo, estoy de acuerdo en que estos derechos deben ser limitados, pero también considero importante reconocer la oposición entre los derechos fundamentales y prever mecanismos constitucionales de resolución. De lo contrario se desvincula la eficacia de los mismos de su aceptación, pues los titulares de los derechos los perciben como opuestos y al no tener a la mano mecanismos constitucionales de solución, o dejan de creer en ellos o buscan soluciones no institucionales para los conflictos.

## **2.10. Futuro del Garantismo Constitucional.**

Para el autor, los cuatro criterios propuestos para identificar axiológicamente a los derechos fundamentales merecedores de tutela son complementarios entre sí:

La paz no sólo se funda, como dice el preámbulo de la Declaración universal de 1948, en el máximo grado de efectividad de la igualdad en los derechos fundamentales y, por tanto, de la democracia, sino que se ve amenazada por el crecimiento de las asimetrías, origen de otras tantas desigualdades, entre sujetos fuertes y sujetos débiles. (84)

### **2.10.1 Absolutismos derrotados.**

El análisis de estos criterios ha servido para demostrar que el fundamento axiológico de los derechos fundamentales se encuentra en los valores y necesidades vitales, que se han venido afirmando mediante luchas y revoluciones llevadas a cabo por las diversas generaciones de sujetos

---

84 Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p.371.

excluidos u oprimidos que han reivindicado su tutela como condiciones mínimas de igualdad, democracia, integración y pacífica convivencia.

Estos procesos históricos pueden considerarse como una expansión de las leyes del más débil, pero también como una larga lucha contra el absolutismo de los poderes fuente de guerra, desigualdad y omnipotencia del más fuerte.

En este proceso de limitación y regulación de poderes se derrotó el absolutismo de los poderes públicos; de los poderes políticos, a través de su separación, mediante la representación, la responsabilidad política y el principio de legalidad (primero ordinaria y luego constitucional); de los poderes judiciales, a través de su sujeción a la ley y al desarrollo de las garantías penales y procesales; de los poderes administrativos y policiales, mediante la afirmación del principio de legalidad en su ejercicio y del control jurisdiccional de su actuación; de los poderes económicos y empresariales mediante las garantías de los derechos de los trabajadores y las reglas establecidas para tutelar la competencia y transparencia en los negocios y del poder doméstico, a través de las reformas del derecho de familia y la afirmación de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres.

En estos casos, lo que eran solo libertades naturales expuestas al arbitrio de los poderes se han convertido en derechos fundamentales de libertad, configurándose también como contra-poderes respecto a los poderes que de otro modo serían absolutos.

#### **2.10.2. El constitucionalismo democrático, un programa para el futuro.**

El constitucionalismo democrático, es para Ferrajoli, no sólo una conquista y herencia del pasado sino también un programa para el futuro en dos sentidos:

- Primero. Porque los derechos fundamentales sancionados en las cartas constitucionales, estatales e internacionales, deben ser garantizados y específicamente satisfechos. En este sentido el garantismo es la otra cara del constitucionalismo y consiste en el conjunto de técnicas idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos.
- Segundo. El paradigma de la democracia constitucional es todavía embrionario puede y debe ser extendido en tres direcciones: en garantía de todos los derechos, no sólo los de libertad sino también los sociales; frente a todos los poderes no sólo públicos sino también privados, tanto nacionales como transnacionales y a todos los niveles tanto estatales e internacionales.

Estas expansiones son exigidas por la lógica del paradigma garantista y constitucional, el cual nació para tutelar los derechos de libertad, siendo concebido como un sistema de límites sólo frente a los poderes públicos, más no frente a los económicos y privados.

## **2.11. Críticas.**

### **2.11.1. La pretendida universalidad de los derechos fundamentales.**

Una de las críticas que más se le han hecho al concepto de los derechos fundamentales de Ferrajoli es el de su pretendida universalidad. Dice, por ejemplo, Guastini:

... las tres clases que distingue Luigi Ferrajoli tienen una amplitud diferente. En particular, la clase de los ciudadanos y la de los que tienen capacidad de obrar son clases menos amplias que la de las personas físicas. Por ello, se podría estar tentado de decir que un derecho conferido sólo a los ciudadanos o sólo a los que tienen

capacidad de obrar no es, de hecho, universal, en comparación con los derechos conferidos a las personas físicas. (85)

Ferrajoli ha respondido a esta objeción diciendo que la universalidad es una característica relativa a cada categoría de derechos fundamentales: se refiere a todos los ciudadanos, a todos los capaces de actuar y a todas las personas.

Esta relativización de la universalidad tiene dos consecuencias: la primera es que los derechos humanos, sólo es una categoría de los derechos fundamentales, y no son derechos humanos ni los derechos políticos ni los derechos sociales, lo cual no impediría que siguieran siendo considerados como derechos fundamentales. (uso ideológico)

Otra consecuencia es que el criterio para considerar como fundamentales a los derechos se debilita demasiado, pues, cualquier categoría de derechos, incluyendo a los patrimoniales, podría ser considerada como derecho fundamental, con tal de que se concediera a todos los sujetos de esa categoría.

A pesar de ello, la característica de derechos fundamentales podría determinarse para aquellos derechos que pudieran entenderse como condiciones (Gewirth) para alcanzar los valores axiológicos que el mismo Ferrajoli propone, como la paz, la igualdad, la democracia y la tutela del más débil.

### **2.11.2. Derechos absolutos.**

Otra objeción que suele hacerse a Ferrajoli es que no considera que los derechos fundamentales puedan entrar en conflicto, por lo cual no propone

---

85 Guastini, Ricardo, "Tres problemas para Luigi Ferrajoli", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 60.

criterios para resolverlos. La razón de ello es que Ferrajoli considera que los derechos fundamentales son absolutos y sus contradicciones aparentes representan solo lagunas que el juez debe integrar, o la invalidez de algunas normas que el juez debe declarar nulas.

Considerar a los derechos fundamentales como absolutos y exentos de contradicción tiene como consecuencia una disminución de su eficacia, pues no se prevén criterios de solución para los casos concretos, lo cual no impide que los jueces resuelvan la contradicción de una manera discrecional y arbitraria en ausencia de tales criterios técnicos o normativos.

### 2.11.3. La democracia.

Una última objeción a la teoría de la fundamentación de los derechos fundamentales de Ferrajoli consiste en que uno de los fundamentos axiológico-teleológicos de los derechos, la democracia, es considerada por Ferrajoli como un medio para modificar o para restringir a los mismos. (86)

La razón de Ferrajoli es que la "disponibilidad democrática" de los derechos fundamentales puede hacer que estos sean abrogados en su totalidad con el consentimiento del pueblo, como sucedió en las "democracias plebiscitarias" del nazismo alemán y del fascismo italiano.

Esta paradoja entre democracia y derechos fundamentales, tal vez, pueda resolverse si consideramos a la democracia de una manera discursiva o comunicativa a la manera de Alexy, pues solo mediante la deliberación racional, se pueden fundamentar y, a la vez, modificar a los derechos fundamentales.

---

86 Pintore, Ana, "Derechos insaciables", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 253.

## **CAPÍTULO III**

### **TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRINCIPIOS DEL DISCURSO DE ROBERT ALEXY.**

#### **3.1. Acerca del autor.**

Robert Alexy es Catedrático de Derecho Público y de Filosofía del Derecho en la Universidad Christian-Albrecht de Kiel.

Este autor ha desarrollado una teoría original de la argumentación jurídica, la cual es considerada, dentro de su teoría, como un caso especial del discurso práctico general. Es de las de mayor resonancia en Europa.

Su concepción es eminentemente racional y parte de la teoría del discurso de Habermas, en el intento de lograr un modelo de argumentación jurídica que corresponda al Estado constitucional democrático.

Sustenta una posición básica kantiana, o sea, una posición liberal de los derechos humanos, inspirada en la Ilustración y los ideales de las revoluciones burguesas. Intenta encontrar argumentos para eliminar las objeciones a los dos principios básicos de la posición liberal: la autonomía y la universalidad y, al mismo tiempo, fundamentar los derechos humanos.

Ha impartido cursos y conferencias en diversas Universidades de Europa y América.

Entre sus obras se encuentran: Teoría de la argumentación jurídica (1989), Derecho y razón prácticas (1993), Teoría de los derechos fundamentales (1993), Concepto y validez del derecho (1994), etc.

Al igual que Ferrajoli, Alexy ha propuesto una teoría sobre la fundamentación de los derechos fundamentales y de los derechos humanos,

para ello, propone un concepto de los mismos para posteriormente describir su estructura interna con base en la distinción de reglas y principios jurídicos.

Así mismo, desarrolla una clasificación de los derechos fundamentales, sólo entonces está en condiciones de indagar en una fundamentación filosófica de los mismos, la que intenta mediante la teoría del discurso de Habermas, logrando una argumentación bastante sólida.

Por último, propone algunos criterios para la resolución de los conflictos posibles entre las distintas clases de derechos, destacando su propuesta de la ponderación jurídica.

A continuación se intentarán exponer, sucintamente, todos estos elementos, para después confrontarlos con las concepciones de Gewirth y de Ferrajoli que hemos expuesto en los capítulos anteriores.

Da la impresión que la teoría de Alexy sobre los derechos ha pasado por dos etapas cuando menos.

La primera de ellas se encuentra vinculada con la teoría de los principios y la segunda con la teoría del discurso. Aquélla se recoge en el libro *Teoría de los derechos fundamentales*, y ésta, en un texto conocido como *Teoría del discurso y derechos humanos*.

Intentaremos hacer ver la continuidad de ambos textos, aunque también, en su caso, sus diferencias.

### **3.2. Concepto de derechos fundamentales.**

Alexy distingue entre los derechos fundamentales y los derechos humanos, para él "Los derechos fundamentales son en esencia derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo." (87)

Es decir, los derechos humanos se transforman en derechos fundamentales cuando son contenido de normas fundamentales, o sea, de normas constitucionales. Por ello, él las llama "normas de derecho fundamental" o también "disposiciones de derecho fundamental". (88)

Cómo no todo enunciado de las normas fundamentales es una disposición de derecho fundamental, Alexy se propone caracterizar a los enunciados normativos constitucionales que constituyen disposiciones de derecho fundamental. Para ello realiza la distinción ya clásica de reglas y principios.

#### **3.2.1. Estructura de la disposición de derecho fundamental.**

La distinción entre reglas y principios es utilizada por Alexy para determinar la estructura de las disposiciones de derecho fundamental.

Hay que aclarar, que la estructura de la disposición de derecho fundamental es diferente a la estructura del derecho fundamental propiamente dicho, aunque están relacionadas, la que se analizará posteriormente.

Esta distinción entre reglas y principios "... constituye la base de la

---

87 Alexy, Robert "Los derechos fundamentales", en *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. César Bernal Pulido, Universidad externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, núm. 28, Bogotá, 2003, p. 26.

88 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, p. 63.

fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales". (89)

### **3.2.2. Reglas y principios.**

Para Alexy, tanto las reglas como los principios son normas, porque ambos son expresiones de deber ser, es decir, "ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición". (90) A continuación se señalan sus diferencias.

#### **3.2.2.1. Reglas.**

Las reglas son "normas que sólo pueden ser cumplidas o no", (91) son determinaciones de lo que debe hacerse exactamente.

Las contradicciones entre reglas son denominadas por el autor como conflictos de reglas, los que se presentan cuando "... dos normas aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser contradictorios". (92)

Estos conflictos se resuelven, según Alexy, declarando nula una de las reglas o haciendo que una de las reglas se considere como excepción de la otra.

Por ejemplo, la regla que permite la prisión preventiva es una excepción de la regla que prohíbe la prisión sin juicio. Del mismo modo la regla que permite la libertad bajo caución es una excepción de la regla que establece la prisión

---

89 *Ibidem.* p. 81

90 *Ibidem.* p. 83

91 *Ibidem.* p. 87

92 *Ídem.*

preventiva. Es decir, es la excepción de la excepción, es el restablecimiento de la regla original, o sea, de la prohibición de la prisión sin juicio.

### 3.2.2.2. Principios.

Los principios "son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes" (93); son *mandatos de optimización* que pueden ser cumplidos en diferente grado y medida, en virtud de la existencia de principios y reglas opuestos.

A la contradicción de principios la llama Alexy, colisiones entre principios, las que se presentan de la misma manera que los conflictos entre reglas, pero se resuelven, según Alexy, mediante la ponderación de los intereses que significa cada uno de ellos, con el objeto de determinar, según las circunstancias de cada caso, cual de ellos debe prevalecer, en ese caso, no necesariamente en todos los casos.

Por ejemplo, el principio de la libertad de manifestación es común que se encuentre en colisión con el principio de la libertad de tránsito, en el caso de una manifestación por las avenidas de mayor circulación en la ciudad.

En algunos casos, la libertad de tránsito deberá ceder ante la libertad de manifestación, en otros la libertad de manifestación será la que debe ceder ante la libertad de tránsito, según se pondere con mayor peso una u otra en cada uno de los casos. Más adelante, expondremos los requisitos que propone Alexy, para llevar a cabo una ponderación de principios de una manera objetiva y justa.

---

93 *Ibid.* p. 86

### **3.2.3. Las disposiciones de derecho fundamental como reglas o como principios.**

Ahora bien, las disposiciones de derecho fundamental pueden ser consideradas como reglas, como principios, o como ambos.

#### **3.2.3.1. Modelo puro de reglas.**

Este modelo ofrece una vinculación a la Ley Fundamental, además de seguridad jurídica y previsibilidad.

Los que sostienen este modelo, consideran que todas las disposiciones de derecho fundamental son reglas jurídicas, las que posiblemente requieran complementación, pero que se aplican sin necesidad de ponderación, interpretando las disposiciones de derecho fundamental mediante la utilización de las "viejas buenas reglas de la hermenéutica jurídica". (94)

Alexy aplica este modelo a tres tipos de normación iusfundamental: la de los derechos fundamentales sin reserva alguna, con reserva simple y con reserva cualificada. Si este modelo fracasa en alguno de estos tipos de formaciones será considerado insostenible.

##### **3.2.3.1.1. Derechos fundamentales otorgados sin reserva alguna.**

El modelo de disposiciones de derecho fundamental como *reglas sin reserva alguna*, significa que los derechos fundamentales no pueden ser restringidos en ninguna forma, y en caso de conflicto con otras disposiciones constitucionales, prevalecen sobre éstas en cualquier caso.

---

94 *Ibid.* p. 118.

Sin embargo, en este modelo, pueden existir restricciones no escritas. Un ejemplo es la teoría de las restricciones de no perturbación inmanentes de Dürig. En esta teoría hay tres tipos de restricciones; la restricción de carácter lógico-jurídica inmanente, la restricción socialmente inmanente y la restricción moralmente inmanente.

Con el objeto de analizar si es posible formular criterios que posibiliten las decisiones sobre el alcance de la protección iusfundamental sin hacer ponderaciones, el autor entra al estudio de este tipo de restricciones.

#### **3.2.3.1.1.1. Restricción de carácter lógico-jurídica inmanente.**

Esta restricción es necesaria cuando se presenta un conflicto entre disposiciones de derecho fundamental de igual jerarquía.

En estos casos la decisión es de carácter valorativo, por lo que la ponderación es inevitable.

#### **3.2.3.1.1.2. Restricción socialmente inmanente.**

En el caso de disposiciones de derechos fundamentales de carácter penal, pueden ser inevitables restricciones socialmente inmanentes, por lo que, en estos casos, implícitamente, la ponderación vuelve por sus fueros.

Lo que protegen determinadas normas del derecho penal, por ejemplo la vida, desde el punto de vista del derecho constitucional, es más importante que aquello que protege la norma de derecho fundamental que hay que restringir, por ejemplo la propiedad.

Una norma de prohibición dotada de sanción puede eliminar una permisión iusfundamental *prima facie*, cuando tiene más peso que esta.

Ahora bien, para determinar si la permisión tiene mayor o menor importancia que el bien que se protege mediante la norma del derecho penal, es necesaria la ponderación.

En caso de duda, la única forma de decidir, de manera racional, es mediante la ponderación entre la razón de la restricción y el derecho fundamental que se quiere limitar.

### 3.2.3.1.1.3. Restricciones moralmente immanentes.

La ley moral, como restricción de los derechos fundamentales, no puede ser una cláusula libre de ponderación, primero, porque, los derechos fundamentales que se han de restringir tienen un contenido ético, él que será equiparado con los valores morales que la ley moral les opone, y segundo, porque:

... la ley moral, si ha de ser jurídicamente relevante, tiene que referirse tanto a relaciones entre personas particulares, como a las relaciones entre éstas y la totalidad; ello significa que, en su aplicación a los casos concretos, es indispensable llevar a cabo ponderaciones. (95)

Otro intento por solucionar el problema de los derechos fundamentales garantizados sin reserva es la formulación de "restricción de los supuestos de hechos", por ejemplo, la "teoría de la modalidad de acción concretamente específica" de Müller. (96) Un caso utilizado como ejemplo por Müller es el siguiente:

Un artista pintor pinta en un cruce de calles, según Müller, la prohibición de

---

95 *Ibid.* p. 123

96 Müller, citado por Robert Alexy en *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 123.

hacerlo no viola el derecho fundamental de la libertad, en este caso de la libertad artística, porque "... no restringe ninguna 'forma de acción específicamente protegida por un derecho fundamental', lo decisivo sería que quede 'abierta [...] una posibilidad específica [...] equivalente, intercambiable' ".  
(97)

Puede suponerse que tanto para el artista como para la obra de arte, no constituye una gran diferencia que se pinte en un cruce de calles o al lado de un cruce en una zona verde.

Sin embargo, este criterio de Müller, no es aplicable sin ponderación, porque supongamos que el cruce está cerrado al tráfico, por lo que no perjudica a nadie que el pintor esté en ese cruce y no se afecta ningún interés público. En estas circunstancias la expulsión del pintor a la franja verde no está justificada porque no existe ninguna razón suficiente para ello.

El reemplazo sigue siendo el mismo, sin embargo, si hay que hacer alguna diferencia entre quien pinta en un cruce frecuentado y en uno que ha sido cerrado al tráfico, el criterio decisivo no puede ser la intercambiabilidad, sino la perturbación y la puesta en peligro del tráfico, esto hay que ponerlo en relación con el derecho fundamental del afectado (en este caso el pintor). En la ponderación que se requiere en este caso, la posibilidad de efectuar este reemplazo juega un papel importante porque se da una intervención menos intensa que cuando no la hay, pero este criterio de no puede sustituir a la ponderación.

#### **3.2.3.1.2. Derechos fundamentales otorgados con reserva simple.**

En este modelo de disposiciones, los derechos fundamentales pueden ser

---

97 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 124.

restringidos por el legislador ordinario en algunos casos determinados por la norma fundamental.

El autor considera que este modelo no ofrece suficiente garantía porque no sujeta al legislador a la racionalidad fundamental, a menos de que esté obligado, al restringir la regla, a cumplir con las exigencias de la ponderación: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad, que más adelante se abordarán.

Un ejemplo de un derecho fundamental otorgado con reserva simple se presenta cuando nuestra constitución delega en la ley, la determinación de los casos del delito grave, para los efectos de restringir la garantía de la libertad bajo caución. (98)

El autor considera que si el legislador puede restringir arbitrariamente un derecho fundamental, entonces no está sujeto a las normas fundamentales, tal como dispone la constitución. Entonces, la restricción de la competencia del legislador para imponer restricciones se vuelve una cuestión de ponderación.

Por lo tanto, el modelo puro de reglas no puede ser aplicable a este tipo de normación iusfundamental.

### **3.2.3.1.3. Derechos fundamentales con reserva calificada.**

Por último, el modelo de reglas de derechos fundamentales como reglas con reserva calificada, significa que, en el mismo texto constitucional se establecen restricciones a alguna norma de derecho fundamental, en determinadas condiciones en atención a algunos intereses de terceros o de la comunidad.

---

98 Fracción I, artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por ejemplo, la restricción de la libertad de expresión cuando se atacan derechos de terceros o la moralidad pública. (99) En apariencia se trataría de una excepción a una regla de derecho fundamental. Sin embargo, en esta restricción, también es necesaria la ponderación, primero, para sopesar, en cada caso, cual es la afectación tanto a la libertad de expresión como a la moralidad pública o el derecho de terceros, segundo, para determinar cual es el sentido del concepto "moralidad pública".

Alexy señala el siguiente ejemplo: una revista presenta un reportaje sobre un militar parapléjico llamándole "tullido".

Aquí entran en conflicto dos derechos, el de la libertad de expresión de la revista y el derecho de la personalidad del militar.

Si este caso fuera llevado ante un tribunal, se impondría una sanción severa a la revista por haber atacado el derecho de la personalidad del militar.

Sin embargo, este caso es muy simple, pues la descripción de "tullido" afecta seriamente los derechos de la personalidad del militar ya que esta expresión se entiende como una falta de respeto, como una humillación. Entonces existe un daño serio a los derechos de la personalidad y por lo tanto una sanción severa a la revista (por ejemplo una multa considerable).

Pero que pasaría si, en lugar de llamar al militar "tullido", la revista (que había descrito a varias personas teniendo un apellido de nacimiento en sentido humorístico como "nacido ciudadano") lo hubiera llamado "nacido asesino". En estas condiciones no habría proporcionalidad entre la interferencia al derecho de la libertad de expresión (una multa considerable) y la afectación a los derechos de la personalidad. Entonces necesariamente se tiene que realizar

---

99 Artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

una ponderación porque en este caso la importancia de proteger el derecho a la personalidad es "ligera" lo que se debería traducir en una sanción del mismo nivel es decir "ligera" también.

Como se puede observar, mediante la ponderación se determinaría, en cada caso, si es o no procedente la excepción a la norma de derecho fundamental.

En resumen, en todos los casos de conflictos, en el modelo puro de reglas, es necesaria la ponderación para resolverlos, ya sea implícitamente, o para operar la procedencia de excepciones, por parte del legislador o del juzgador.

### **3.2.3.2. Modelo puro de principios.**

En este modelo existen dos tipos de normas iusfundamentales que son los principios y las reglas, éstas últimas dependen en forma absoluta de los principios.

Las reglas establecen el supuesto de hecho consistente en las condiciones en las cuales un principio es superior a otro, asimismo expresan la consecuencia jurídica del principio superior. Esta superioridad se ha determinado mediante una ponderación.

Alexy sostiene que si bien es cierto que, en un sistema de disposiciones de derecho fundamental concebidas como puros principios, la ordenación jerárquica de los mismos será variable según la relevancia de cada uno de acuerdo a las circunstancias del caso particular, también lo es que un modelo tal, puede ser objetado de no "tomar en serio la Constitución escrita", pues "sustituye vinculación por ponderación y, de esta manera, deja de lado el

carácter de la Ley Fundamental como una 'Constitución rígida". (100) Para sortear estas dificultades, Alexy examina el siguiente modelo.

### **3.2.3.3. Modelo regla / principios.**

Al no ser aceptables los modelos anteriores, Alexy propone un modelo combinado: el de regla/principios.

Este modelo se refiere a un conjunto de disposiciones de derecho fundamental (disposiciones iusfundamentales) que se integra de disposiciones iusfundamentales que son sólo reglas; de disposiciones iusfundamentales que son sólo principios y de disposiciones iusfundamentales de carácter doble, en las que las reglas y los principios están "ensamblados", de modo que el principio restringe a la regla, con base en cada caso concreto.

#### **3.2.3.3.1. Nivel de los principios.**

A este nivel pertenecen todos los principios que son relevantes para una decisión iusfundamental bajo la Ley Fundamental, que serán todos aquellos que pueden ser presentados correctamente a favor o contra de una decisión iusfundamental.

Ahora bien, esta relevancia puede ser abstracta o concreta.

La relevancia abstracta hace alusión a las discusiones acerca de la frase *in dubio pro libertate*, que manifiesta una superioridad básica de los principios que protegen la libertad jurídica individual.

---

100 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 117.

Por su parte, la relevancia concreta se refiere a la discusión sobre la solución correcta de casos individuales de derechos fundamentales.

Entre los principios relevantes encontramos los que están referidos a los derechos individuales, es decir que confieren derechos fundamentales *prima facie*, así como los que tienen por objeto bienes colectivos, mismos que pueden ser utilizados como razones en contra o a favor de los primeros.

Podemos identificar los principios que otorgan derechos fundamentales *prima facie* cuando una disposición de derecho fundamental otorga un derecho subjetivo, pues a esta disposición esta adscrita al menos un principio de este tipo.

En cuanto a los principios referidos a bienes colectivos, su determinación es más problemática, pues algunos son adscribibles a cláusulas restrictivas calificadas y otros hasta al supuesto de hecho de la garantía.

Por otra parte, también hay principios que por su contenido no pueden ser agregados a una disposición constitucional pero que pueden desplazar un principio iusfundamental, si se demuestra que es lo suficientemente importante para ello.

Además, los principios tienen una jerarquía constitucional. La jerarquía constitucional de primer grado la tienen los derechos que pueden limitar un derecho fundamental garantizado sin reserva.

La jerarquía de segundo grado la tienen los derechos que, conjuntamente con una norma de competencia establecida en una disposición de reserva, limitan un derecho fundamental.

Por otra parte, existen principios de contenido o materiales y los principios formales o procedimentales:

Los principios formales son los que señalan que el legislador democrático debe tomar las decisiones importantes para la comunidad, en base a él, se otorgan al legislador numerosos márgenes de acción, los que resultan en una menor protección iusfundamental, por lo que este principio puede ser considerado como una razón de restricción independiente.

A su vez, este principio puede ser sopesado, conjuntamente con el material que protege solo intereses comunitarios relativos, frente a un derecho fundamental individual.

Como se puede observar, en el nivel de los principios hay una gran indeterminación, entonces cuando se pasa de éste plano (del deber ser ideal) al plano real se producen conflictos y antinomias, por lo que es necesario equiparar los principios contrapuestos, hay que establecer relaciones de preferencia.

Ahora bien, como ejemplo de disposición iusfundamental que sólo es principio, podemos mencionar a los criterios con base en los cuales debe llevarse a cabo el proceso electoral: legalidad, independenciam, imparcialidad, certeza, objetividad. (101)

#### **3.2.3.3.2. Nivel de las reglas.**

Las disposiciones de derecho fundamental pueden considerarse, como positivizaciones de principios, es decir decisiones a favor de principios, pero también como intentos de determinaciones frente a principios opuestos, tienen

de esta manera un carácter doble. Sin embargo, estas disposiciones no posibilitan una decisión libre de ponderación.

Cuando en un conflicto de principios se determina la superioridad de alguno mediante una disposición de derecho fundamental, se establece un principio y también una regla.

Cuando esta regla no puede aplicarse sin una ponderación previa, la regla resulta incompleta, por lo que la decisión iusfundamental admite un recurso al nivel de los principios. Sin embargo estas determinaciones tienen que realizarse con sujeción a la Constitución.

Como ejemplo de disposiciones iusfundamentales que son sólo reglas, podemos mencionar, en nuestro orden jurídico, a la disposición que establece la garantía de jurisdiccionalidad. (102)

#### **3.2.3.3.3. El carácter doble de las normas de derecho fundamental.**

Para el autor, las normas iusfundamentales de carácter doble son aquellas que surgen cuando la norma iusfundamental se construye de tal manera que convergen en ella tanto el nivel de reglas como el de principios. Esta concurrencia se presenta cuando en la norma se incluye una cláusula restrictiva referida a principios y por tanto sujeta a ponderación.

Como ejemplo de disposición iusfundamental de carácter doble, que comprende una regla y un principio podemos mencionar el caso ya mencionado de la libertad de expresión, que sería la regla, limitada por la moralidad pública, que sería el principio. (103)

---

102 Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

103 Artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Podemos decir, entonces, que nuestro sistema de derechos fundamentales es de naturaleza mixta, pues comprende disposiciones que son reglas, disposiciones que son principios y disposiciones que son regla / principios.

#### **3.2.4. Definición de disposición de derecho fundamental.**

Con base en la estructura de las disposiciones iusfundamentales, descrita con anterioridad, podemos proponer, *prima facie*, la siguiente definición de disposición de derecho fundamental: son las normas de la ley fundamental que contienen a los derechos fundamentales ya sea como reglas, como principios o como regla / principios.

Esta definición aún no comprende el concepto de derecho fundamental, de una manera completa, pues nos falta determinar lo que se entiende por derecho en sentido estricto, tema que se abordará a continuación.

#### **3.3. Estructura y clasificación de los derechos fundamentales.**

Conviene recordar aquí que, para Alexy, la estructura de los derechos fundamentales es una cosa distinta de la estructura de las disposiciones de derechos fundamentales.

Mientras la estructura de las disposiciones de derechos fundamentales es la de reglas, principios, o reglas y principios, la estructura de los derechos fundamentales es la de derechos subjetivos.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, en el sentido de expresar una *posición* frente a otra persona, en este caso frente al Estado.

(104)

---

104 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 177.

Es decir, según Alexy, los derechos subjetivos no son sólo un “poder de voluntad conferido por el orden jurídico” (Windscheid), ni tampoco solamente, un “interés jurídicamente protegido” (Iherig), ni únicamente un “poder jurídico para hacer valer el cumplimiento de un deber existente” (Kelsen), sino, sobre todo, la capacidad jurídica para imponer un interés o hacer cumplir un deber.”(105)

Que el derecho subjetivo sea una posición jurídica que una persona tenga frente a otra, quiere decir que la primera tiene una capacidad o un poder jurídico de hacer valer ante ésta su interés o hacer cumplir su deber correlativo.

No es suficiente que exista el deber del obligado para que exista el derecho subjetivo correlativo, sino que, para que exista el derecho subjetivo tiene que existir también “la correspondiente capacidad de su imposición”. (106)

En el caso de los derecho fundamentales, entendidos como derechos subjetivos, es necesario, pues, que se exprese tanto el sujeto obligado, es decir, el Estado, así como el sujeto que tiene la pretensión y el objeto del derecho. De esta manera, Alexy, propone varias estructuras triádicas para los distintos tipos de derechos fundamentales entendidos como derechos subjetivos.

### **3.3.1. Clasificación de los derechos fundamentales.**

La base de la teoría analítica de los derechos es la división de las posiciones que han de ser designadas como derechos en: derechos a algo, libertades y competencias.

---

105 *Ibid.* p. 181.

106 *Ibid.* p.182.

### **3.3.1.1 Derechos a algo.**

Un derecho a algo se dirige siempre contra algún otro, y el objeto es una acción o una omisión.

La forma de un enunciado sobre este tipo de derechos fundamentales es la siguiente:

**"a tiene frente a b un derecho a G"**

En esta relación triádica, el portador o titular del derecho es "a", el destinatario del derecho es "b" y el objeto del derecho es "G". Si esta relación se expresa con "D", se propone la siguiente estructura del derecho fundamental a algo:

**DabG**

Que se leería como: "a tiene frente a b un derecho a G".

Si el destinatario del derecho, es decir, el Estado, se incluye en la relación triádica, quiere hacerse resaltar que el objeto del derecho es una acción o una omisión del mismo, de lo contrario no tendría sentido incluirlo en la relación.

Los derechos a algo se dividen, según sus objetos, en derechos a acciones negativas o "derechos de defensa" y derechos a acciones positivas o "derechos a prestaciones". Nos referiremos a cada uno de ellos a continuación.

#### **3.3.1.1.1. Derechos a acciones negativas (derechos de defensa).**

Estos derechos pueden dividirse en tres grupos: derechos a que el Estado no impida o no obstaculice determinadas acciones del titular del derecho,

derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho y derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho.

#### **3.3.1.1.1. Derechos a que el Estado no impida o no obstaculice determinadas acciones.**

Como ejemplos de derechos que pueden ser impedidos u obstaculizados por el Estado podemos mencionar a la libertad de tránsito, libertad de cultos, libertad de educación, libertad de expresión o de manifestación, etc.

La diferencia entre impedimento y obstaculización consiste en que el primero hace imposible, fáctica o jurídicamente, la realización de la acción. En cambio la obstaculización hace muy difícil, pero no imposible, la realización de la acción ya sea fáctica o jurídicamente.

Como ejemplo de un impedimento, podemos pensar en la detención arbitraria de alguien; y como ejemplo de un obstáculo, pueden ser los excesivos requisitos para autorizar una manifestación pública.

Desde el punto de vista de una imposibilidad fáctica, la prohibición jurídica no es un impedimento sino un obstáculo, pues se puede asumir el riesgo vinculado con una violación del derecho y realizar la acción aún cuando éste prohibida.

Ahora bien, si se presupone la fidelidad de la persona al derecho, la prohibición de la acción si impide la misma.

Una acción puede ser imposibilitada jurídicamente (que es diferente a ser estorbada) sólo si es un acto jurídico, estos actos son acciones que no existen sin las normas jurídicas que para ellas son constitutivas.

Por ejemplo, sin las normas del derecho contractual no es posible el acto jurídico de la celebración de un contrato, o sin el derecho de sociedades no sería posible el acto jurídico de la fundación de sociedades, sin el derecho procesal no sería posible el acto jurídico de la demanda, etc.

El carácter constitutivo de las normas que las posibilitan caracteriza a estas acciones como "acciones institucionales".

Estas acciones son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas. En estos casos se priva al individuo de una posición jurídica, o sea de la capacidad jurídica o de la competencia para modificar la situación jurídica, es por ello que los derechos a que esto no suceda entran dentro del tercer grupo de los derechos a acciones negativas, o sea, en el de los derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho.

Al primer grupo pertenecen sólo los derechos a que el Estado no estorbe las acciones del titular del derecho, cualquiera que sea su tipo, es decir, que no las impida u obstaculice por actos.

El enunciado sobre tal derecho puede tener la siguiente forma:

"a" tiene frente al Estado un derecho a que éste no le estorbe la realización de la acción "h".

Las acciones institucionales también pueden ser estorbadas.

Un ejemplo de imposibilitación se da cuando el acto jurídico de la celebración del matrimonio se vuelve jurídicamente imposible si se eliminan las normas del derecho matrimonial. La obstaculización del mismo se presentaría, por ejemplo cuando la celebración del matrimonio de "a" es estorbada cuando

tiene la consecuencia de que "a" no pueda ingresar a la administración pública. Otro ejemplo sería que el acto electoral fuera estorbado porque los locales electorales están ubicados de tal forma que difícilmente son accesibles.

#### **3.3.1.1.1.2. Derechos a la no afectación de propiedades y situaciones.**

Estos derechos consisten en que el Estado no afecte determinadas situaciones o propiedades del titular del derecho. Como ejemplo de una situación podemos citar el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Como ejemplo de una propiedad tenemos el derecho a la vida o el derecho a la salud.

Es necesario aclarar que, en este punto, la palabra "propiedad" se utiliza en el sentido de característica, cualidad o condición, es decir tenemos derecho a ser seres vivientes y sanos.

Este derecho puede tener la siguiente forma:

"a" tiene frente al Estado un derecho a que éste no afecte la propiedad (o la situación) "A" de "a".

#### **3.3.1.1.1.3. Los derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas.**

Como por ejemplo tenemos la posición jurídica del propietario, tanto en las "posiciones jurídicas concretas" o "posiciones jurídicas abstractas" que se le otorgan.

Este derecho se puede formular de la siguiente manera:

"a" tiene frente al Estado un derecho a que éste no elimine la posición PJ de "A".

El que exista una posición jurídica significa que vale una correspondiente norma (individual o universal). El derecho del ciudadano frente al Estado de que no elimine una posición jurídica del ciudadano es un derecho a que no derogue determinadas normas.

En el caso de la propiedad, para que esta pueda ser practicable, se requiere de una configuración jurídica, la cual se lleva a cabo mediante las normas jurídicas que definen esta institución, entre ellas están las normas sobre la creación y terminación de la posición de propietario, así como las que le vinculan consecuencias jurídicas.

Ahora bien, pueden ser eliminadas las posiciones jurídicas subjetivas concretas o "derechos concretos de propiedad", que surgen al cumplirse los presupuestos que exigen las normas de esta institución (como la sucesión), como también pueden serlo las propias normas de la institución jurídica de propiedad, en cuyo caso se eliminan posiciones jurídica abstractas como la posibilidad jurídica para adquirir o transmitir la propiedad de ciertos objetos, o de realizar algunas acciones jurídicas sobre la base de posición de propietario.

Se afectan posiciones jurídicas concretas de la propiedad cuando se expropia un bien privado sin justificación por causa de utilidad pública, por ejemplo.

Y se afectan posiciones jurídicas abstractas de propiedad cuando se prohíbe, sin justificación por causa de interés social, la compraventa de determinados bienes.

La garantía jurídico constitucional de la propiedad es subjetivizada en cuanto existen derechos individuales a la no eliminación de posiciones abstractas, que se refieren a la creación, finalización y consecuencias jurídicas de la posición de propietario.

### **3.3.1.1.2. Derechos a acciones positivas.**

Los derechos a acciones positivas por parte del Estado, o derechos a prestaciones, son divididos por el autor en dos tipos: los derechos a acciones positivas fácticas y los derechos a acciones positivas normativas.

#### **3.3.1.1.2.1. Los derechos a acciones positivas fácticas.**

Los derechos de este tipo están referidos a aportes fácticos que también podría proporcionar, en principio, un particular. Son llamados "derechos a prestaciones en sentido estricto".

Estos derechos proveen, por ejemplo, de un mínimo vital, de subvenciones, de servicios de salud, de estudio, etc., generalmente, cuando se habla de prestaciones, se hace referencia a este tipo de acciones.

Para la realización de este derecho es indiferente la forma en que se lleve a cabo, lo que importa es que después de realizar la acción se satisfaga el derecho.

#### **3.3.1.1.2.2. Los derechos a acciones positivas normativas.**

Las prestaciones pueden ser también normativas, consisten en derechos a actos estatales de imposición de norma.

Por ejemplo, si se admite que el *nasciturus* es titular de derechos fundamentales, su derecho a la protección mediante normas de derecho penal es un derecho de este tipo.

Otro ejemplo sería el derecho al establecimiento de una determinada competencia de cogestión, como podría ser el otorgamiento de la autonomía a

las comunidades indígenas en México, aunque se discuta mucho sus alcances y su naturaleza. (107) Estos derechos son llamados "derechos a prestaciones positivas en sentido amplio".

### 3.3.1.2. Libertades.

En cuanto a las libertades, el autor se concreta únicamente a las posiciones jurídicas básicas, en este contexto, uno de los conceptos, el de la libertad jurídica, es el más importante.

Este concepto puede ser explicado como una manifestación especial de la libertad en general o como algo específicamente jurídico, es decir como la permisión jurídica, en tanto que modalidad deóntica de las normas.

De acuerdo a la lógica deóntica, la permisión es la acción que ni está ordenada ni está prohibida. (108)

Del mismo modo que los derechos a algo, la permisión jurídica es una relación triádica entre el sujeto del derecho, el objeto del derecho (que consiste en una alternativa de acción) y el sujeto obligado a respetarla. El enunciado que la expresa tiene, según Alexy, la siguiente forma:

**"x es libre (no libre) con respecto a y para hacer z o no hacer z" (109)**

Donde "x" es el titular del derecho de libertad; "y", es el obstáculo a la libertad y "z" es la acción que es el objeto de la libertad.

---

107 Ver López Barceñas, Francisco, et. al. *Los derechos indígenas y la reforma constitucional en México*, Ediciones Casa Vieja, México, 2002, pp. 23 y ss.

108 Berumen, *Apuntes de filosofía del derecho*, p. 365.

109 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 214.

Este enunciado comprende tanto la libertad negativa como la libertad positiva.

La libertad negativa es la libertad jurídica y la libertad positiva es la libertad económica.

La libertad jurídica (negativa) tiene como objeto de la libertad una alternativa de acción. Para la creación de una situación de libertad jurídica se requiere tan sólo una omisión del Estado, o sea una acción negativa. Para asegurar esta libertad se requiere de un derecho de defensa.

La libertad económica (positiva) es la acción misma. En cambio la transformación de la situación de no libertad económica en una situación de libertad económica se lleva acabo mediante una forma jurídicamente garantizada por el Estado, entonces puede otorgársele un correspondiente derecho a prestaciones por parte del Estado, o sea, un derecho a una acción positiva del mismo.

Alexy pone el siguiente ejemplo: la libertad de viajar en avión es jurídica cuando existe la alternativa, ante el Estado, de viajar o no viajar en avión, mientras que la libertad de viajar en avión es económica cuando se tienen los medios para viajar en avión. (110)

El obstáculo de la libertad puede ser el estado o puede ser la situación económica del sujeto. Con base en esta distinción, Alexy sólo clasifica las libertades jurídicas, dejando de lado las libertades económicas.

#### **3.3.1.2.1. Libertades no protegidas.**

Las libertades no protegidas son las permisiones en sentido estricto, es

---

110 *Ibid.* p. 215.

decir, "la conjunción de una permisión jurídica de hacer algo y una permisión jurídica de omitirlo". (111)

Por ejemplo, podemos mencionar la libertad de hacer ejercicio, que está permitido hacerlo y está permitido no hacerlo.

Sin embargo, las libertades no protegidas no implican el derecho a no ser obstaculizado en el goce de estas libertades, pues un derecho tal sería un derecho a algo, entonces la libertad no protegida se convierte en una libertad protegida.

Alexy subdivide las libertades no protegidas, por un lado tenemos las libertades personalmente absolutas y personalmente relativas, por otro se encuentran las libertades objetivamente absolutas y las libertades objetivamente relativas.

#### **3.3.2.1.1. Libertades no protegidas personalmente absolutas y personalmente relativas.**

Las libertades no protegidas personalmente absolutas se tienen ante cualquier persona.

Por ejemplo, es absoluta personalmente, la libertad de oír música.

En cambio la libertad no protegida personalmente relativa es aquella que se tiene frente a un solo sujeto jurídico, puede ser el Estado o una determinada persona.

---

111 *Ibid.* p. 219

### **3.3.2.1.2. Libertades no protegidas objetivamente absolutas y objetivamente relativas.**

Estas libertades son la contrapartida de las libertades anteriores. Las libertades no protegidas objetivamente absolutas son aquellas en las que el titular puede realizar u omitir frente a otro todas las acciones.

Estas libertades existen en el estado civil. Por ejemplo: Una persona casada tiene todas las libertades de una persona casada.

En cambio las libertades objetivamente relativas son aquellas en las que se puede realizar u omitir, ante otro, cuando menos una acción.

Como ejemplo de las libertades objetivamente relativas tenemos la libertad de besar a mi novio.

### **3.3.1.2.2. Libertades protegidas.**

La protección de la libertad consiste en un conjunto de derechos a algo y de normas objetivas que aseguran al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar las acciones permitidas. Si una libertad esta vinculada con tales derechos y / o normas es una libertad protegida.

Las libertades fundamentales no pueden ser libertades no protegidas, pues si no están expresamente permitidas en la norma fundamental, pueden ser restringidas por obligaciones o prohibiciones de normas secundarias.

Las libertades pueden ser protegidas directa o indirectamente, y subjetiva u objetivamente. De la combinación de ambas resultan cuatro tipos fundamentales de libertad protegida.

### **3.3.1.2.2.1. Protección directa y subjetiva.**

Toda libertad iusfundamental es una libertad que cuando menos existe en relación con el Estado.

La libertad es protegida directa y subjetivamente cuando se establece un derecho de igual contenido a que el Estado no impida al titular del derecho hacer aquello para lo que tiene la libertad .

Esta protección se da cuando existe, por una parte, una prohibición para el Estado de no afectar la libertad y, por otra, una facultad subjetiva para remediar la afectación.

Si se resumen la libertad y la protección con el concepto de libertad protegida, éste consistiría en la vinculación de una libertad no protegida y un derecho al no estorbamiento de acciones, que es un derecho a una acción negativa, a este derecho corresponde una prohibición de estas acciones, esta protección a través de prohibiciones es llamada "protección negativa".

Generalmente cuando se habla de derechos fundamentales como "derechos de protección", se hace alusión a los derechos frente al Estado a acciones negativas que protegen libertades iusfundamentales, estos derechos están vinculados con la competencia para hacer valer su violación judicialmente.

Cuando la libertad jurídica, el derecho al no estorbamiento por parte del Estado y una competencia para hacer valer la violación del derecho judicialmente, se reúnen, se puede hablar de un perfecto derecho de libertad negativa frente al Estado.

Por otra parte, una protección positiva de una libertad frente al Estado se da mediante la combinación de una libertad con un derecho a una acción positiva. Se trata de que al titular del derecho le sea fácticamente posible lo que le está permitido y, en este sentido, es jurídicamente posible.

#### **3.3.1.2.2. Protección indirecta y objetiva.**

Por ejemplo, los comerciantes son libres para ganar para sí a los compradores, pero ninguno tiene el derecho a que el otro no anule sus esfuerzos realizando otras acciones, como mejorar sus ofertas. Sin embargo, los comerciantes no pueden impedir las acciones de otros matándolos o lesionándolos.

Existe entonces, en los ordenamientos jurídicos, un "perímetro protector" que rodea a toda libertad. Las libertades que están protegidas por él son libertades indirectamente protegidas.

Ahora bien, la protección será objetiva si se lleva a cabo mediante normas que conceden derechos no subjetivos. Hay que aclarar que la protección indirecta también puede realizarse en forma subjetiva cuando se lleva a cabo a través de normas que conceden derechos subjetivos.

#### **3.3.1.3. Competencias.**

Las competencias son posiciones que pueden ser designadas como poderes, facultades, capacidad jurídica, etc.

Existen competencias tanto en el derecho público como en el privado.

Como ejemplo de un ejercicio de una competencia se pueden mencionar la celebración de un matrimonio ó un acto administrativo.

Lo que es común en estos casos es que mediante determinadas acciones de quienes poseen competencia se modifica la situación jurídica, esta modificación puede ser descrita como la imposición de normas individuales o generales, las que no serían válidas sin esta acción, ó como las modificaciones de las posiciones jurídicas de los sujetos jurídicos que caen en estas normas.

La competencia agrega "a la capacidad de acción del individuo algo (...) que no posee por naturaleza." (112)

Por ejemplo, una persona puede tomar las decisiones que quiera para después de su muerte, pero, se elevan a la categoría de testamento sólo sobre la base de disposiciones jurídicas.

Es aquí donde tiene sus límites la libertad natural, pues todas las disposiciones que se refieren a la validez de las acciones y negocios jurídicos establecen un "poder hacer jurídico" conferido expresamente por el ordenamiento jurídico.

Las competencias son posiciones de un sujeto que cambian jurídicamente las posiciones de otro sujeto.

Se pueden distinguir competencias de los ciudadanos y las competencias del Estado.

### **3.3.1.3.1. Competencias del ciudadano.**

Hay competencias del ciudadano que están protegidas por el derecho fundamental.

---

112 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 230.

Por ejemplo, las capacidades de casarse, contratar y heredar, entre otros, pues el legislador violaría normas de derecho fundamental si derogará la competencia de celebrar matrimonio, tomar disposiciones de última voluntad, etc.

El legislador no puede eliminar o modificar fundamentalmente determinadas instituciones jurídicas del derecho privado, estas instituciones son complejos de normas que consisten sobre todo en normas de competencia.

Si a esta prohibición no corresponde un derecho del ciudadano estamos frente a una protección objetiva, en cambio si le corresponden derechos del ciudadano la protección será subjetiva.

Una teoría normativa de los derechos fundamentales supondrá más derechos a competencias entre más individualista sea, por la relación entre libertad y competencia, pues mediante el otorgamiento de competencias se amplía el campo de acción del individuo.

El no otorgamiento o eliminación de una competencia es un obstáculo a la libertad pues hace desaparecer el objeto de la libertad consistente en realizar o no el acto jurídico.

Por otro lado, mientras que en el otorgamiento de una libertad jurídica (cuando se permite hacer u omitir algo) el orden jurídico se comporta en forma pasiva frente a la alternativa de acción, en el otorgamiento de una competencia su comportamiento es activo pues crea la alternativa de acción.

El otorgamiento de competencias, sean de derecho público o privado, es una de las tres formas en que el orden jurídico aumenta activamente el campo de acción y por tanto la libertad negativa del individuo.

Las otras dos formas son el establecimiento de normas protectoras (especialmente de derecho penal, encargadas de que terceros no obstaculicen el goce de alternativas de acción) y el otorgamiento de derechos a prestaciones en sentido estricto que aseguran el uso de la posibilidad fáctica de alternativas de acción.

Ahora bien, cuando el derecho crea activamente libertades también se genera no libertad, asimismo, el uso de competencias conduce a deberes y a no derechos o no competencias.

Por ejemplo, las normas del derecho penal que otorgan libertades, eliminan la libertad jurídica de realizar las acciones prohibidas.

Igualmente el cumplimiento de derechos a prestaciones sociales presupone que el Estado toma de otros lo necesario para su cumplimiento lo que limita su campo de acción fáctico.

#### **3.3.1.3.2. Competencias del Estado.**

Son la contrapartida de las competencias del ciudadano, en ella entran en juego normas iusfundamentales y normas de competencia negativa, que son aquellas que limitan o establecen cláusulas de excepción a las normas de competencia positiva.

Estas competencias son limitaciones de las competencias del ciudadano, por ejemplo legislar, juzgar, expropiar, etc., pero también las protegen, por lo que podríamos llamarles competencias garantistas.

CLASIFICACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

DERECHOS FUNDAMENTALES	DERECHOS A ALGO	DERECHOS A ACCIONES NEGATIVAS (DERECHOS DE DEFENSA)	DERECHOS A QUE EL ESTADO NO OBSTACULICE DETERMINADAS ACCIONES.
			DERECHOS A LA NO AFECTACIÓN DE PROPIEDADES Y SITUACIONES.
			DERECHOS A LO NO ELIMINACIÓN DE POSICIONES JURÍDICAS.
	DERECHOS A ACCIONES POSITIVAS	DERECHOS A ACCIONES POSITIVAS FÁCTICAS.	
		DERECHOS A ACCIONES POSITIVAS NORMATIVAS	
	LIBERTADES	LIBERTADES NO PROTEGIDAS	LIBERTADES PERSONALMENTE ABSOLUTAS.
LIBERTADES PERSONALMENTE RELATIVAS			
		LIBERTADES PROTEGIDAS.	DIRECTA Y SUBJETIVAMENTE INDIRECTA Y OBJETIVAMENTE
COMPETENCIAS	COMPETENCIAS DEL CIUDADANO. COMPETENCIAS DEL ESTADO.		

### 3.4. Derecho fundamental como un todo.

Los derechos fundamentales son el conjunto de posiciones que tiene un sujeto frente al Estado con respecto a una acción.

Lo que reúne las distintas posiciones individuales iusfundamentales en un derecho fundamental es la adscripción a una disposición de derecho fundamental, pues a las posiciones jurídicas corresponden siempre normas que las confieren. Por tanto, a un conjunto de posiciones en un derecho fundamental corresponde la adscripción de un conjunto de normas a una disposición de derecho fundamental.

Este conjunto de posiciones pueden estar relacionadas de la siguiente manera: abstracto / concreto, medio / fin, o *prima facie* / definitivo (ponderación).

Existe entre estas posiciones relaciones de: precisión, teleológicas y de ponderación.

Relaciones de precisión. Un ejemplo sería el derecho a vivienda y la creación del INFONAVIT.

Relaciones teleológicas. Esta relación se presenta sobretodo en las normas de organización y procedimiento

Relaciones de ponderación, se presenta en la relación de precisión para fundamentar un determinado significado y en la relación medio / fin para seleccionar y excluir fines, así como medios. También se presenta en la relación que se corresponde con la ley de colisión entre una posición *prima facie* y una posición definitiva.

El derecho fundamental como un todo esta compuesto por las distintas posiciones del ciudadano y del Estado, entre estas posiciones existen relaciones de precisión, de medio/fin y de ponderación, sin embargo, queda pendiente que normas deben ser adscritas a las disposiciones iusfundamentales en tanto que normas de derecho fundamental.

### **3.5. Conflictos entre derechos fundamentales.**

Como se mencionó con anterioridad, los derechos fundamentales pueden estar contenidos en reglas o en principios, la diferencia entre ambos es más clara cuando se trata el tema de los conflictos.

Recordemos que estos se presentan cuando dos normas aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser contradictorios.

Estos problemas se solucionan de diferente manera según se trate de reglas o de principios.

#### **3.5.1. Solución de conflictos de reglas.**

Los conflictos entre reglas tienen lugar en la dimensión de la validez jurídica y pueden resolverse, según Alexy, de dos formas:

##### **3.5.1.1. Excepción.**

Como ya se había mencionado, un ejemplo de esta solución de conflictos es el establecimiento como excepción de la regla que permite la prisión preventiva en la regla que prohíbe la prisión sin juicio.

Otro ejemplo es la regla que permite la libertad bajo caución que es una excepción de la regla que establece la prisión preventiva. Es decir, es la excepción de la excepción, es el restablecimiento de la regla original, o sea, la prohibición de la prisión sin juicio.

### **3.5.1.2. Anulación.**

Cuando no es posible solucionar el conflicto de reglas introduciendo, en una de ellas, la que le es contraria como cláusula de excepción, una de las reglas tendrá que ser declarada inválida y por tanto eliminada del ordenamiento jurídico.

Esto es así porque jurídicamente una norma vale o no vale. La validez jurídica no puede ser graduable por lo que no pueden existir dos juicios concretos de deber ser que sean recíprocamente contradictorios.

Ahora el problema es determinar cual regla debe ser eliminada. Para el autor el problema puede solucionarse de diversas maneras:

- a través de reglas como *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali*.
- De acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto.

### **3.5.2. Solución de colisiones de principios.**

Las colisiones de principios, al ser todos ellos válidos, tienen lugar en la dimensión del peso de los mismos, dimensión que va más allá de la correspondiente a la validez.

Cuando los principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro, pero esto no implica que el que fue desplazado se declare inválido, ni

que en él se introduzca una cláusula de excepción, pues, la elección del principio superior dependerá de las circunstancias de cada caso en particular. Esto no obsta para que en otras circunstancias la solución sea de manera inversa, pues los principios tienen importancia diferente según cada caso concreto, por lo que en cada uno regirá el principio que se considera con mayor peso.

Según Alexy, esta importancia de los principios se obtiene mediante la ponderación de los intereses que cada uno de ellos significa, así podrá determinarse, según las circunstancias, cual debe prevalecer en cada caso.

### **3.5.2.1. La ponderación.**

Entonces la ponderación es el sopesamiento de los intereses opuestos de principios fundamentales que entran en colisión para determinar cual debe preferirse en el caso concreto y en que medida.

La ponderación se compone de tres partes o elementos: 1. La relación de precedencia condicionada, 2. La máxima de proporcionalidad, y 3. La ley de la colisión.

#### **3.5.2.1.1. Relación de precedencia condicionada.**

La solución de la colisión de principios requiere que se tomen en cuenta las circunstancias del caso concreto para poder establecer, entre los principios, una relación de precedencia condicionada.

Esto quiere decir que, tomando en cuenta el caso se indicarán las condiciones bajo las cuales un principio se considerará superior al otro, aunque en otras condiciones la consideración de superioridad sea inversa.

Esto es así porque no es posible considerar superior, "sin más", un derecho frente a otro, sino que es necesario considerar las condiciones en que se presenta la colisión.

Es la determinación de las condiciones concretas en las que debe prevalecer un principio o el otro (o la restricción de ambos). Quizá esta solución podría complementarse con los criterios que señala Bentham (113) para escoger de entre dos males el menor:

1. Identificar los dos males.
2. Determinar el menos malo.
  - Cantidad del mal.
  - Intensidad del mal.
  - Duración del mal.
  - Certeza del mal.
  - Irreversibilidad del mal.
  - Sustitución del mal.
  - Proximidad del mal.
3. Conclusión.

Hay que aclarar que en nuestro tema no hablaríamos de "males" sino de afectaciones de derechos. Un ejemplo podría ser el siguiente:

Veinte personas de la colonia Atfamaya obstruyen el periférico en dirección norte-sur. Manifiestan su rechazo a la instalación de oficinas gubernamentales en su colonia.

---

113 Colomer, Joseph M., *El utilitarismo*, Barcelona, 1987, p. 36.

Entonces procedemos a identificar las dos afectaciones de derechos. Entran en conflicto dos derechos, el derecho a la libertad de expresión y el derecho de tránsito. A continuación determinaremos cual es la afectación a cada derecho y cual de ellas es justificable.

PRIMER CRITERIO	CANTIDAD DEL MAL
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	RESULTAN AFECTADAS MILES DE PERSONAS EN SU DERECHO DE TRÁNSITO
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE TRÁNSITO.	SÓLO SE AFECTAN LAS VEINTE PERSONAS QUE SE ESTÁN MANIFESTANDO
QUE DERECHO RESULTA MÁS AFECTADO.	LIBERTAD DE TRÁNSITO

SEGUNDO CRITERIO	INTENSIDAD DEL MAL
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	SE ANULA EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE TRÁNSITO.
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE TRÁNSITO.	POR TENER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DIVERSOS MEDIOS PARA SER EJERCIDA EL DAÑO NO RESULTA DE LA MISMA INTENSIDAD.
QUE DERECHO RESULTA MÁS AFECTADO.	LIBERTAD DE TRÁNSITO

TERCER CRITERIO	DURACIÓN DEL MAL
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO PUEDEN SER UNAS HORAS.
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE TRÁNSITO.	LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PODRÍA SER DEFINITIVA, PUES NO SE TIENE LA CERTEZA DE QUE VUELVAN A MANIFESTARSE DE ESA FORMA
QUE DERECHO RESULTA MÁS AFECTADO.	LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

CUARTO CRITERIO	CERTEZA DEL MAL
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	SE TIENE LA SEGURIDAD DE QUE SE VA A PRODUCIR LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO.
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE TRÁNSITO.	NO HAY CERTEZA DE QUE SE CAUSE UN DAÑO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PORQUE CUENTA CON DIVERSOS MEDIOS PARA EJERCERSE.
QUE DERECHO RESULTA MÁS AFECTADO.	LIBERTAD DE TRÁNSITO.

QUINTO CRITERIO	IRREVERSIBILIDAD DEL MAL
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	EL DAÑO A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO ES REVERSIBLE CUANDO SE LEVANTE LA MANIFESTACIÓN.
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE TRÁNSITO.	EL DAÑO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ES REVERSIBLE PORQUE CUENTA CON DIVERSOS MEDIOS PARA EJERCERSE.
QUE DERECHO RESULTA MÁS AFECTADO.	AMBOS SON REVERSIBLES.

SEXTO CRITERIO	SUSTITUCIÓN DEL MAL
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	POR LA NATURALEZA DEL MEDIO QUE SE UTILIZA PARA EJERCER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, NO ES POSIBLE EVITAR LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO. (ADEMÁS ESE SUELE SER UNO DE SUS PROPÓSITOS)
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE TRÁNSITO.	SI PUEDE HABER UNA SUSTITUCIÓN DEL DAÑO SI LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN SE REALIZA POR UN MEDIO QUE NO AFECTE LA REALIZACIÓN DE OTRO DERECHO.
QUE DERECHO RESULTA MÁS AFECTADO.	LIBERTAD DE TRÁNSITO.

SÉPTIMO CRITERIO	PROXIMIDAD DEL MAL
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO ES INMINENTE.
SI SE PREFIERE LA LIBERTAD DE TRÁNSITO.	EL DAÑO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NO LO ES PORQUE PUEDE REALIZARSE POR DIFERENTES MEDIOS.
QUE DERECHO RESULTA MÁS AFECTADO.	LIBERTAD DE TRÁNSITO.

Conclusión. La libertad de tránsito fue la más afectada, según estos criterios, al señalarlo así cinco de ellos. Entonces podríamos determinar, según los criterios de Bentham, que en este caso tiene mayor peso el derecho a la libertad de tránsito, por lo que, en este caso, se justifica una afectación a la libertad de expresión.

#### 3.5.2.1.2. Máxima de la proporcionalidad.

Esta máxima se integra con 3 subprincipios que son: la adecuación, la necesidad y la estricta proporcionalidad, las que son catalogadas como reglas.

La insatisfacción de estas máximas tiene como consecuencia la ilegalidad.

- La adecuación. La adecuación significa que el principio preferido sea de una importancia igual que el principio no preferido. Esta máxima, se deriva del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas.

Por ejemplo, si un medio no es adecuado para realizar un principio "y", este medio no es exigido por el principio, pues es igual si se utiliza o no. Si además la utilización de este medio afecta la realización de otro principio, entonces por lo que respecta al aspecto

de la optimización en relación con las posibilidades fácticas, el medio esta prohibido por el principio que afecta.

- La necesidad. Es el postulado del medio más benigno. Significa que la preferencia o la restricción sea el último recurso para la resolución de la colisión.

En nuestro ejemplo anterior, no se cumpliría con este subprincipio pues la demolición puede substituirse por una multa.

Alexy nos señala un ejemplo muy similar: supongamos que están en juego dos principios y dos sujetos jurídicos, el Estado y el ciudadano. El Estado fundamenta la prosecución de un determinado fin por un principio "y". Para lograr este principio existen dos medios igualmente adecuados, pero uno afecta la realización de una "x" norma iusfundamental con carácter de principio y el otro medio no. Para alcanzar el fin que persigue el estado se puede elegir cualquier medio, pero para lograr el otro principio no, entonces es necesaria una optimización por lo que se refiere a las posibilidades fácticas y también a las jurídicas.

En cuanto a la optimización respecto a las posibilidades fácticas, siendo ambos principios válidos, sólo esta permitido el medio que no afecta la realización del principio opuesto al que promueve el estado.

Por otra parte, en la optimización respecto a las posibilidades jurídicas, supongamos que los dos medios impiden la realización del principio "x", pero uno de ellos lo hace en menor medida, ninguno agota el ámbito de las posibilidades fácticas para la realización del principio, ni aún siendo los únicos medios adecuados para lograr el otro principio.

En cuanto a las posibilidades fácticas, es posible una mayor satisfacción del principio "x" si no se realiza ninguno de los medios.

Ahora bien, la máxima de necesidad permite privilegiar solo el medio que afecta en menor medida la realización del principio "x".

En cuanto a las posibilidades jurídicas, uno de los dos medios puede ser elegido, esto no es una cuestión de necesidad, es una cuestión de posibilidades jurídicas, es decir de ponderación entre los principios.

Por ello, cuando el medio más benigno también afecta la realización del principio opuesto, es necesario agregarle, a la máxima de necesidad, la máxima de proporcionalidad en sentido estricto, o sea el mandato de ponderación.

Así, la máxima de necesidad se infiere del carácter de principio de las normas de derecho fundamental, pues el fin debe lograrse de la manera que afecte menos al individuo.

- La estricta proporcionalidad. Es propiamente el postulado de la ponderación, significa que el grado de la afectación de un principio debe depender del beneficio obtenido por la preferencia del otro.

En la estricta proporcionalidad, a diferencia de las dos máximas anteriores, los principios son considerados como mandatos de optimización en relación con las posibilidades jurídicas.

Es decir, si una norma de derecho fundamental con carácter de principio colisiona con un principio opuesto, la posibilidad jurídica de su realización dependerá del principio opuesto.

Ahora bien, para poder decidir, es necesario realizar una ponderación en el sentido de la ley de colisión, esta ponderación esta ordenada porque la aplicación de principios validos, si son aplicables, está ordenada, y esa aplicación, en el caso de colisión, requiere de una ponderación, entonces esta máxima se deduce del carácter de principios de las normas de derecho fundamental.

### 3.5.2.1.3. Ley de colisión.

Esta ley refleja el carácter de los principios, por un lado, como mandatos de optimización entre los que no existen relaciones absolutas de superioridad, y por otro, como relativos a acciones y situaciones no cuantificables.

Esta ley puede formularse de la siguiente manera:

“Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.” (114)

Significa que en las condiciones de precedencia, y en la medida proporcional, se aplican las consecuencias del principio preferido como si fueran las de una regla concreta.

Es decir la ley de colisión redefine el principio *prima facie* en regla definitiva, para ese caso.

Esta ley conduce a una dogmática diferenciada de los distintos derechos fundamentales, mediante el establecimiento de condiciones concretas de precedencia, porque evita una preferencia y por tanto un desplazamiento en

---

114 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p.94.

términos generales, la delimitación según esta ley no es cuestión de todo o nada sino una cuestión de desplazamiento del derecho fundamental en cuestiones singulares.

A continuación se presentan dos cuadros, en el primero se esquematiza la ponderación y en el segundo se intenta aplicar esta solución en el caso de un conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la privacidad.

## LA PONDERACIÓN

<b>PONDERACIÓN</b>	<b>RELACIÓN DE PRECEDENCIA CONDICIONADA</b>		
	Es la determinación de las condiciones concretas en las que debe prevalecer un principio o el otro (o la restricción de ambos).		
	<b>MÁXIMA DE PROPORCIONALIDAD</b>	<b>LA ADECUACIÓN</b>	.La adecuación significa que el principio preferido sea de una importancia igual que el principio no preferido. Esta máxima, se deriva del carácter de los principios como mandatos de optimización con relaciones a las posibilidades fácticas.
		<b>LA NECESIDAD</b>	Significa que la preferencia o la restricción sea el último recurso para la resolución de la colisión.
		<b>LA ESTRICTA PROPORCIONALIDAD</b>	Es propiamente el postulado de la ponderación, significa que el grado de la afectación de un principio debe depender del beneficio obtenido por la preferencia del otro.
<b>LEY DE LA COLISIÓN</b>	Significa que en las condiciones de precedencia, y en la medida proporcional, se aplican las consecuencias del principio preferido como si fueran las de una regla concreta.  Es decir la ley de colisión redefine el principio <i>prima facie</i> en regla definitiva, para ese caso.		

### EJEMPLO DE PONDERACIÓN

<b>PONDERACIÓN</b>	<b>RELACIÓN DE PRECEDENCIA CONDICIONADA</b>	
	<p>La prensa informa que un jefe de estado padece una enfermedad incurable,</p> <p>Entran en pugna dos intereses, el interés de la sociedad por estar informada de la verdad en lo que concierne a algunos individuos que forman parte de ella, lo que incluye también la vida privada (libertad de recibir información) y el derecho a la vida privada del jefe de estado.</p>	
	<b>MÁXIMA DE PROPORCIONALIDAD</b>	<p style="text-align: center;"><b>LA ADECUACIÓN</b></p> <p>Por una parte, nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, según el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.</p> <p>Por otro lado, en el caso concreto, los problemas de la vida privada de los gobernantes pueden llegar a determinar su conducta pública, siendo así los demás ciudadanos tienen derecho a estar informados de ellos.</p>
		<p style="text-align: center;"><b>LA NECESIDAD</b></p> <p>La información es necesaria para que la sociedad pueda adoptar decisiones significativas para su vida. Es la única manera como puede alcanzar su más pleno desarrollo.</p>
	<b>LA ESTRICTA PROPORCIONALIDAD</b>	<p>Tanto el derecho a la vida privada como el de la libertad de información son relativos, pero el primero tiene carácter individual, solo interesa al individuo, y el segundo tiene carácter social y su subsistencia y ejercicio comprometen el interés general.</p>
	<b>LEY DE LA COLISIÓN</b>	
	<p>Por lo que en este caso la libertad de información tendría preponderancia frente al derecho a la vida privada.</p>	

### **3.5.2.2. Objeciones.**

Habermas considera que la Ponderación de principios puede llevar a la inseguridad jurídica por la posible irracionalidad (no previsibilidad) de las expectativas de comportamiento, ya que la función del derecho es la estabilización de dichas expectativas. (115)

## **3.6. Fundamento de los derechos humanos.**

En una segunda etapa, Alexy se ha interesado por la fundamentación de los derechos humanos desde la perspectiva de la teoría del discurso.

Alexy distingue dos problemas en la fundamentación de los derechos humanos, uno es un problema de contenido, que aborda la cuestión de cuáles derechos humanos son necesarios, el otro es un problema de forma, que se refiere a la transformación de estos contenidos en derecho positivo.

La fundamentación discursiva (forma o contenido) de los derechos humanos se basa en la autonomía, en el consenso y en la democracia.

### **3.6.1. Argumento de Autonomía.**

Presupone que todos los participantes en discursos son autónomos, es decir, tienen derecho a deliberar con autonomía (Nino). De no aceptarlo así, se incurriría en una contradicción performativa, es decir en una contradicción entre lo que se dice y la intención con que se dice.

Los derechos individuales son casos especiales o medios para alcanzar la autonomía discursiva (derechos políticos y derechos procesales, por ejemplo).

---

115 Habermas, *Facticidad y validez*, p. 327 y ss.

Este argumento señala que quien, seriamente, toma parte en discursos presupone que su interlocutor tiene autonomía, lo que excluye la impugnación de determinados derechos humanos.

C. S. Nino ha creado una variante de este argumento, según él, todo participante en discursos admite que:

Es deseable que las personas determinen su conducta por la adopción libre de principios que, después de la reflexión y deliberación suficiente, juzgen válidos.

Esto significa que quien acepta esta norma, que será denominada "principio de autonomía", acepta la autonomía de su interlocutor tanto en el discurso como en la acción.

#### **3.6.1.1. La fundamentación del principio de autonomía.**

Si este principio fuera supuesto necesario de todos en cada discurso moral, discursivamente no sería posible negar en el discurso la autonomía moral o jurídica del otro, pues quien lo hiciera cometería una contradicción performativa.

Esta autonomía moral y jurídica, funda uno de los dos pensamientos elementales de la concepción liberal de los derechos humanos.

Ahora bien, participar seriamente en discursos morales puede entenderse de dos maneras:

### 3.6.1.1.1. Primera. Teórica.

Toma seriamente parte en un discurso moral quien está interesado únicamente en la verdad o corrección moral.

Por ejemplo: "A" está inseguro de si el principio "Pa" sostenido por él hasta ahora, es correcto y en consecuencia vale, o si al contrario el principio sostenido por "B" "Pb", que es incompatible con "Pa", es el correcto.

Para saberlo comienza un discurso con "B", y después de un cierto tiempo, "A" llega a la convicción de que su principio es el único correcto y no requiere de nuevos argumentos, entonces rompe el discurso con "B" y pasa a la esfera de la acción.

"A" busca con persuasiones mover a "B" a orientar su vida conforme a "Pa", al no lograrlo echa mano de la fuerza.

En este ejemplo, durante el tiempo de la inseguridad, que coincide con el tiempo del discurso, "A" trato como su par en derechos a "B", pero una vez que se convenció de que "Pa" era correcto, terminó para él el discurso, así como la igualdad y libertad de "B".

Entonces "A" no ha admitido en ninguna de las fases el principio de autonomía.

Esto quiere decir que hay una participación en discursos que puede ser calificada de "seria" en determinado sentido pero que no presupone el principio de autonomía.

### **3.6.1.1.2. Segunda. Práctica.**

En esta forma de participación, para lograr el principio de autonomía, el concepto de "participación seria" debe entenderse en un sentido más fuerte, conforme al cual, sólo toma seriamente parte en discursos morales quien desea resolver conflictos sociales mediante consensos discursivamente elaborados y controlados.

Un discurso de este tipo surge sobre el principio de autonomía y se mantiene controlado cuando puede ser cuestionado de nuevo en todo momento, posteriormente se debe intentar de nuevo elaborar discursivamente un consenso.

Quien desea resolver conflictos sociales mediante consensos elaborados y controlados discursivamente debe aceptar que su interlocutor tiene derecho a orientar su conducta sólo en principios que se juzguen correctos, y por tanto válidos, después de la correspondiente reflexión.

Esto es reconocer el principio de autonomía, así se elimina la separación entre acción y discurso y se transmite la libertad e igualdad, en el discurso, a la esfera de la acción.

Ahora bien, para quien está interesado única y predominantemente en la verdad y la corrección moral es preferible este significado.

La posibilidad constante de revisar discursivamente todas las normas de acción sobre la base de autonomía es el único medio de proteger de persistentes errores morales.

Un interés calificado en la corrección moral o en la verdad incluye un interés en la autonomía, pues existe una relación intrínseca entre ambos, claro que

pueden surgir problemas cuando alguien niega su consentimiento a una solución justa empeñándose en ejercer su autonomía a costa de los demás, pero éste es un problema de limitación del derecho de autonomía y de la organización de procedimientos democráticos.

Quienes toman parte en discursos con un interés calificado en corrección moral pueden ser designados como "genuinos interlocutores", quienes enlazan este interés con el de autonomía, es decir presuponen el principio de autonomía.

Quien quiere resolver conflictos mediante principios libremente reconocidos, valora positivamente la acción realizada conforme a ellos.

El principio de autonomía vale solo para quien haya decidido respetar la autonomía de los otros, pero se puede tomar parte en discursos sin esta decisión.

Entonces, parecería que la obligación de tomar parte, en forma seria, en discursos no puede ser fundamentada con el principio de autonomía, porque este principio no vale para todos.

Entonces habrá que preguntarse si el concepto de participación genuina está ligado necesariamente con el concepto de discurso.

Aquí habría que distinguir entre la validez subjetiva o motivacional y la validez objetiva o institucional

Se puede participar en discursos sin estar interesado en lo más mínimo en la autonomía del interlocutor, pues hay muchas personas que no tienen interés ni en la corrección moral ni en la autonomía de otros, o que tienen un interés

tan mínimo que se anula en cada conflicto con la propia utilidad, no obstante hablar sobre cuestiones morales.

Para estas personas el principio de autonomía no tiene ninguna fuerza ni, por tanto, validez subjetiva, sin embargo puede para ellas fundarse una validez objetiva de este principio.

La validez objetiva o institucional de las reglas del discurso puede fundarse también para el que sólo está interesado en la maximización de su utilidad. El que quiere legitimar su posición social tiene, por lo menos, que actuar como si realmente se ajustará, internamente, a las reglas del discurso. De esta manera se extiende el principio de autonomía.

Quien quiere conseguir legitimación mediante un discurso, debe, por lo menos actuar como si aceptara la autonomía de su interlocutor, tiene que disimular una genuina participación en el discurso, pues de lo contrario el interés de su interlocutor en el propio discurso decaerá y entonces la legitimación perseguida será nula o casi nula.

Y es que si no se da esta apariencia el interlocutor no tendrá ninguna base para discutir sobre el orden justo de su convivencia, pues sabrá que se le quiere persuadir antes de obligarlo por la fuerza.

Hay también otras razones para actuar como si se fuese un genuino participante en el discurso.

Por ejemplo, un tirano que considere los argumentos como improductivos o que este fatigado de discursos puede emplear la fuerza desnuda, sin embargo esto a largo plazo es desventajoso para él. Entonces surge el dilema teórico-discursivo: es mejor emplear argumentos que encubran el terror a emplear la pura violencia. Pero la argumentación fácilmente devela la injusticia, entonces

la tiranía corre el riesgo de la argumentación y también la carga de una necesaria mentira, consistente en que la autonomía que se niega en la praxis tiene que fingirse en la propaganda.

Entonces el principio de autonomía puede fundamentarse en dos sentidos, primero, tiene que presuponerlo necesariamente todo el que genuinamente, tome parte seriamente en discursos, segundo, también el que no tiene interés en una participación genuina en el discurso debe actuar como si aceptara este principio si es que desea maximizar a largo plazo sus ventajas.

### 3.6.1.2. Autonomía y derechos.

Para poder lograr un sistema de derecho desde el principio de autonomía se requiere:

- Fundamentar la necesidad de reglar la convivencia a través del derecho.
- Fundamentar el principio de autonomía.

Entonces corresponde al principio de autonomía un derecho general a la autonomía, el cual representa los derechos humanos y fundamentales más generales, este derecho puede también denominarse como "derecho de libertad general y puede ser formulado de la siguiente manera:

"Cada uno tiene el derecho de juzgar libremente qué es conveniente y qué es bueno y obrar en consecuencia." (116)

---

116 Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 111.

Este derecho no puede ser válido ilimitadamente, pues la autonomía ilimitada de uno colisionaría con la de los otros, por eso, es un derecho *prima facie*, tiene el carácter de principio.

Entonces, se exige, dentro de las posibilidades jurídicas y de hecho, la más alta medida posible de autonomía del individuo. Por otra parte, este derecho puede ser limitado no solo por la autonomía de otro si no también a favor de bienes colectivos.

Por ejemplo la autonomía individual de un cazador es *prima facie* ante la protección de bienes colectivos como la naturaleza.

#### **3.6.1.2.1. Un catálogo concreto de derechos fundamentales.**

Hay dos operaciones que conducen del derecho general a la autonomía a un catálogo concreto y especial de derechos humanos y fundamentales.

La primera se utiliza al señalar que un determinado derecho concreto es un caso especial del derecho a la autonomía, por tanto está conceptualmente contenido en él, así el catálogo de derechos concretos a la libertad puede fundamentarse.

La segunda operación consiste en que determinados derechos son medios necesarios para poder actuar autónomamente, así pueden fundamentarse derechos a la protección por el Estado y derechos sociales fundamentales como el derecho a un mínimo existe

Estas operaciones llevan a derechos que protegen y posibilitan el ejercicio de la autonomía privada y pública.

Son derechos de autonomía pública desde las libertades de opinión, reunión y prensa, hasta el derecho a elecciones generales, libres, iguales y secretas.

Así se asocia sistemáticamente la fundamentación teórica-discursiva inmediata de los derechos humanos y fundamentales con la mediata, sólo esta conexión puede conducir a un sistema de derechos fundamentales plenamente desarrollado.

Sólo los derechos y prioridades *prima facie* pueden por principio fundarse teórico-discursivamente de manera directa.

Entre los derechos fundados directamente se encuentran esencialmente aquellos que son necesarios cuando los derechos se forman y demarcan correcta y legítimamente en el proceso de integración de la opinión y voluntad política de esta manera se cierra el círculo. (117)

### 3.6.2. Consenso.

Este argumento se basa en supuestos sobre resultados necesarios de discursos, los cuales no tienen que ser tan fuertes como para presentar o implicar, como tales, un sistema de derechos completamente desarrollados.

El argumento de consenso lleva a algunas exigencias sobre el contenido y estructura de los derechos humanos y fundamentales.

El consenso es un elemento central de la fundamentación de Habermas de

---

117 Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, p. 113.

un sistema de derechos, para él, la finalidad de la fundamentación es que "este sistema debe contener exactamente los derechos fundamentales que los ciudadanos tienen que guardar recíprocamente, si ellos quieren regular legítimamente su vida en común con medios del derecho positivo".(118)

Así la legitimación del derecho se vincula a la aceptación universal, esto corresponde al principio del discurso consistente en que son válidas las normas de acción y por tanto legítimas, aquellas que todos los posibles afectados como participantes en discursos racionales pueden aceptar.

Según Habermas, de la combinación de este principio con la forma del derecho debe resultar tanto el principio de democracia como un sistema de derechos, como las dos caras de una misma moneda, esto es denominado por Habermas como la génesis lógica de derechos.

En esta génesis cumple un papel básico la idea de que los derechos fundamentales no son simplemente dados en el proceso político sino que tienen que crearse en él mediante el ejercicio público de la autonomía, esta idea constituye una fundamentación teórico discursiva mediata.

Por otra parte en Habermas se encuentra tanto la referencia a la necesidad de la concretización de los derechos fundamentales en un proceso democrático discursivamente construido, como un sistema abstracto de derechos formado por cinco grupos de derechos fundamentales.

Los derechos de los tres primeros grupos son aquellos que sirven para proteger la autonomía privada, así como sus "correlatos", entre los cuales están la condición de miembro de una comunidad jurídica y el amparo del derecho.

---

118 Habermas, citado por Robert Alexy en *Teoría del discurso y derechos humanos*, p. 114.

El objeto de los derechos del cuarto grupo es la autonomía política, y los del quinto grupo son los que aseguran los presupuestos sociales, técnicos y ecológicos de la autonomía privada y pública.

El sistema de derechos de Habermas trata de la protección y posibilidad de la autonomía tanto privada como pública (es decir lo que se fundamentó con el argumento de autonomía).

Sin embargo el argumento de consenso no es sólo una segunda fundamentación de los derechos, sino que complementa el argumento de autonomía en lo que por sí sólo no puede fundamentar.

Según Alexy, este complemento consiste en introducir la imparcialidad y con ello la igualdad, así entra en juego el segundo elemento central de la concepción liberal de los derechos humanos, pues la autonomía se complementa mediante la universalidad en forma de igualdad e imparcialidad.

Por otra parte, el criterio teórico-discursivo de la imparcialidad tiene debilidades importantes, por ejemplo que en el se destaca un consenso hipotético que deberían alcanzar las personas reales en condiciones ideales, entonces, una solución sólo puede encontrarse en el proceso político, en el que debió conformarse discursivamente, en lo posible, el argumento de democracia.

Sin embargo hay casos elementales, en los que se puede decir con suficiente seguridad cuáles resultados serían discursivamente necesarios o imposibles, por ejemplo la igualdad de los derechos humanos.

En un discurso definido por la libertad y la igualdad, esta es un resultado necesario del discurso, lo que es válido en condiciones ideales.

Derechos humanos designales no pueden justificarse en un discurso ideal, porque en el no tienen cabida argumentos para una distribución desigual de los derechos humanos, a causa de la libertad, igualdad y racionalidad de la argumentación dominante en él.

### 3.6.2.1. Objeciones.

Ahora bien, contra la fundamentación teórico-discursiva de los derechos humanos se pueden presentar tres objeciones:

- **Primera.** Esta objeción se dirige contra el argumento de consenso como tal, asimismo contra la relación de corrección moral y validez y la aceptación universal en un discurso ideal.

Se discute la adecuación de la teoría del discurso como teoría procesal de la verdad práctica o la corrección. El discurso ideal está caracterizado por su claridad, informatividad e imparcialidad. Ahora, quien niegue la corrección de una norma reconocida como correcta bajo estos presupuestos, o supone dudosos caminos alternos del conocimiento normativo o de normas existentes independientemente de intereses humanos y de la razón humana, o tiene que refutar qué normas son correctas o legítimas y pueden reivindicar validez moral.

- **Segunda.** Esta objeción dice que el argumento de consenso sólo puede fundamentar una validez subjetiva o motivacional para quien tiene un interés en corrección, a esto puede replicarse con la fundamentación de una validez objetiva o institucional. (119)

---

119 Cfr. 3.6.1.1.2.

- **Tercera.** Se refiere a quien en verdad cumple las reglas del discurso y tenga un interés en corrección, pero que no consiente la igualdad de los derechos humanos, aún bajo condiciones ideales, rechazando la posibilidad de una fundamentación de la universalidad de los derechos humanos mediante el argumento de consenso.

Por ejemplo: un racista que afirma que los miembros de otras razas, por razón de su raza, no tienen los mismos derechos fundamentales. Si el racista tiene un interés en corrección y respeta las reglas del discurso tiene que introducir argumentos a favor de su afirmación y someterlos a crítica, se supone, el racista sería un nacional socialista que estima científica su teoría racial. El aporta la fundamentación siguiente:

Con base en el más riguroso examen científico sabemos hoy que el hombre, hasta en los más profundos sentimientos de su alma, pero también en los más pequeños filamentos del cerebro, se adentra en la realidad y el carácter ineluctable de su pueblo y pertenencia racial. La raza marca su fisonomía espiritual, no menos que su forma externa. Ella determina sus pensamientos y sensaciones, fuerzas e instintos; constituye su singularidad, su esencia. (120)

Esta fundamentación carece de las más simples reglas del discurso como son la verdad empírica y la claridad conceptual.

---

120 Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 121.

Ahora bien, la cuestión es más grave si el racista sustenta su tesis con revelaciones religiosas, o afirmaciones metafísicas indemostrables, pero esto no arruina la fundamentación de la igualdad de los derechos.

La teoría del diálogo no tiene limitación del discurso, pero si reclama que cuando se trata de la solución de conflicto de intereses, como es el caso de los derechos humanos, los participantes sostengan sólo argumentos demostrables frente a los oponentes.

Así, en el ejemplo anterior, el racista no es un participante en un discurso ideal, por lo que su existencia no echa abajo el argumento de consenso.

Sin embargo aún no se comprueba que la igualdad de derechos sea un resultado necesario de un discurso ideal, pues, sería posible que todos llegaran a la convicción, sobre la base de un argumento en un discurso ideal, que fuera verificable por todos y en este sentido racional, de que una distribución desigual de los derechos humanos es una solución correcta.

Un enemigo de este argumento podría pretender que esta posibilidad no puede excluirse porque jamás un mortal ha tomado parte en un discurso ideal en todos los aspectos, ni nunca nadie lo hará.

Pero entonces ¿cómo se debe saber lo que sería su resultado y lo que no?

De esta manera, no es de excluirse que todos se decidan por la dominación de una elite, definida por su inteligencia especial y por otras características como diligencia y desprendimiento. Esta

determinación podría incluir la renuncia de la mayoría a derechos como el de elección, la libertad de expresión, o de religión y de oficio. La mayoría puede desear esta renuncia, porque le ofrezcan más bienestar y tranquilidad, valores que, considera, solo un orden correcto de la sociedad puede garantizar.

### **3.6.2.2. Contraobjeciones.**

Ahora bien, con ayuda del argumento de consenso, hay tres argumentos que se pueden aducir contra este ataque a la posibilidad de fundamentar la igualdad de los derechos humanos.

Estos argumentos conceden que nunca un hombre ha tomado ni tomará parte en un discurso ideal en todos los aspectos, pero hacen notar que de esto no se deduce que en ningún caso pueda decirse cual sería el resultado de un discurso tal.

#### **3.6.2.2.1. Primer argumento.**

Expresa que hay supuestos empíricos plausibles, que no pueden eliminarse y que se aproximan a determinados resultados, así hay hombres que sin duda son especialmente inteligentes, activos y desinteresados. Sin embargo, toda renuncia a igualdad de derechos a favor del dominio de personas con esas o con otras cualidades es muy riesgosa.

Los participantes en los discursos ideales conocen la historia y saben que el poder político incontrolado se abusa de una u otra forma y mientras ellos no quieran convertirse en víctimas, no renunciarán a sus derechos.

En contra de esto no puede argumentarse que los hombres puedan cambiar durante un discurso ideal de manera que esta desconfianza no se

justifique, pues el discurso ideal es una construcción remitida al habla, entonces la ilimitación temporal vale solo para el habla. La acción a la que debe referirse el resultado del habla es acción en este mundo en la que se mezclan lo ideal y lo real.

Contra el argumento expuesto podría oponerse el que sus suposiciones son indemostradas, como el supuesto de que los participantes en un discurso ideal no quieran traspasar sus derechos a una elite no sólo en la experiencia, es decir temiendo el abuso de un poder incontrolado, sino también en esencia porque no quieren ser víctimas de esa elite. Pero tampoco se puede saber que después de un discurso ideal no tuvieran esta desconfianza todos los que no exhiben los rasgos de los miembros de la elite.

#### **3.6.2.2.2. Segundo argumento.**

Este argumento consiste en una conexión entre el argumento de consenso con el de autonomía, el que señala que cualquiera que tome parte en discursos, como interlocutor genuino, presupone como valor positivo la autonomía de todos los participantes, quien en ese sentido no toma parte seriamente, por lo menos debe fingir que acepta la autonomía como valor positivo, si es que quiere maximizar sus ventajas a largo plazo.

La conexión de estos argumentos conduce a un descarga considerable del argumento de consenso, el cual se trata nada más que de la distribución igualitaria de un bien ya fundamentado, la autonomía (fundamentada a través del argumento de autonomía en la estructura de cualquier discurso).

Fundamentada la autonomía sólo falta un paso para la igualdad, pues entre ellas existe una estricta relación.

Por ejemplo, dentro de la autonomía política, un derecho electoral de tercera clase. En un derecho electoral de este tipo los miembros de las clases más bajas son tratados desigualmente y no tienen autonomía plena, entonces la decisión política de cada uno de ellos estará dominada por la decisión de cada uno de los miembros de las clases altas en la relación desequilibrada de votos. Esto es claro cuando a determinados sectores de la población se les escatima el derecho de voto, la desigualdad es para ellos también la negación de autonomía política.

Quien valora positivamente la autonomía política tiene que apreciar negativamente un reparto desigual de los derechos políticos, esto excluye la valoración positiva del papel de una víctima política.

La conexión del argumento de autonomía con el de consenso lleva al resultado de que básicamente sólo una distribución igual de los derechos humanos es un posible fruto de un discurso ideal.

Algo diferente solo sería válido si un reparto desigual de los derechos humanos pudiera conducir a mayor autonomía para todos. Sin embargo esto no es el caso según las experiencias históricas.

#### **3.6.2.2.3. Tercer argumento.**

Este argumento a diferencia del segundo no se apoya en la autonomía como presupuesto del discurso sino como objeto de elementales intereses humanos.

Un argumento de consenso motivado en esto tiene que trabajar con supuestos acerca de cuáles intereses estimarían justificados los participantes en un discurso ideal, bajo las condiciones de imparcialidad argumentativa.

Supuestos de esta clase pueden, si acaso, fundamentarse sólo sobre la base de una concepción de la persona coordinada a la teoría del discurso.

Todo habla a favor de la posibilidad de fundamentar una concepción de la persona, con ayuda de la Teoría del Discurso, en la cual el interés en la autonomía tenga un papel central.

Hay que observar que las variantes del argumento de consenso adaptadas al interés en autonomía, en el caso de su éxito, conducirían no sólo a una realización del argumento de autonomía sino también a su fortalecimiento.

Con las tesis de que el principio de autonomía debería encontrar la aceptación de todos en un discurso ideal se lograría suministrar una segunda fundamentación de este principio, y con ello del derecho general a la autonomía.

Como resultado provisional queda la constatación de que el argumento de consenso conduce a la igualdad de los derechos humanos y merced a ello al postulado liberal de la universalidad.

Para los interesados en corrección moral, esto fundamenta una validez subjetiva y motivacional de ese principio fundamental, para los que no tienen tal interés, una validez objetiva o institucional del mismo.

La imparcialidad y la generalidad en la distribución igualitaria de la autonomía para deliberar racionalmente, puede ser entendida como el resultado o / y el presupuesto de los derechos humanos.

### 3.6.2. La democracia.

Este argumento se compone de tres premisas:

- **Primera.** Esta premisa dice que el principio del discurso puede ser realizado, de manera aproximada, mediante la institucionalización jurídica de procedimientos democráticos de formación de la opinión y la voluntad, y sólo por este medio. El acercamiento a la corrección y legitimidad sólo es posible en la democracia.
- **Segunda.** Esta premisa expresa que sólo es posible una democracia en la que las exigencias de la racionalidad discursiva puedan darse (aproximadamente) si rigen, y pueden ejercerse con suficiente igualdad y oportunidad, tanto los derechos políticos fundamentales como los derechos humanos.
- **Tercera.** Señala que este ejercicio de los derechos políticos fundamentales y de los derechos humanos presupone el cumplimiento de algunos derechos fundamentales y humanos no políticos, entre los cuales están, por ejemplo, el derecho a la vida, a un mínimo existencial, a una cierta enseñanza.

Si estas premisas son verdaderas entonces la siguiente proposición es válida:

Quien está interesado en corrección y legitimidad, tiene que estar interesado también en democracia e igualmente tendrá que estarlo en derechos fundamentales y derechos humanos. (121)

---

121 Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 130.

Este argumento, significa entonces que el principio del discurso racional, solo puede realizarse en igualdad de oportunidades económicas, educativas y políticas, además resalta los procedimientos e instituciones de la democracia, haciendo notorio que la idea del discurso sólo puede realizarse en un Estado constitucional democrático, en el que los derechos fundamentales y la democracia entren en una inseparable asociación (a pesar de las tensiones).

La teoría del discurso permite pues una fundamentación de los derechos fundamentales y de los derechos humanos así como del Estado Constitucional Democrático.

### **3.7. Críticas.**

#### **3.7.1. La ponderación.**

Habermas le ha criticado a Alexy que su propuesta de ponderación para resolver colisiones de derechos como principios corre el riesgo de propiciar la inseguridad jurídica, puesto que casos semejantes pueden resolverse de manera diferente, lo cual conlleva a que no se puedan estabilizar las expectativas de comportamiento, lo cual es la función principal del derecho, según este pensador. (122)

La respuesta de Alexy a esta objeción consiste en argumentar que la ponderación de principios proporciona un mínimo de coherencia en las resoluciones judiciales, y de equilibrio de intereses que permitan la estabilización necesaria para la seguridad jurídica. (123)

---

122 Habermas, *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Ed. Trotta, Madrid, 1998, pp. 327 y ss.

123 Alexy, *Derechos constitucionales en un sistema legal*, Trad. Ma. Esther Osnaya Huerta, Conferencia magistral en la UAM Azcapotzalco, 6 de mayo de 2004.

Por otro lado, la ponderación sería más útil y práctica, si comprendiera no tan sólo la preferencia de un principio sobre el otro, en un caso concreto, sino también la satisfacción de ambos principios en distinto grado. Es decir, la ponderación también podría tener como resultado la satisfacción de ambos principios en un grado menor cada uno.

### **3.7.2. Concepto.**

Una objeción que pudiera hacerse al concepto de derechos humanos de Alexy es que la reduce a una posición de los particulares ante el Estado y no ante otros particulares que pudieran tener tanto o más poder que el mismo Estado, como lo podrían ser las empresas transnacionales.

La importancia de esta observación radica en que los particulares también pueden violar los derechos humanos, pero contra ellos no pueden oponerse los recursos de defensa de los derechos tradicionales como el amparo. Por ello tendrían que entenderse como derechos humanos indirectos, pues son posiciones ante el Estado cuando este no los protege contra las violaciones directas de los particulares.

### **3.7.3. Fundamento discursivo.**

El fundamento discursivo de los derechos humanos en la autonomía, el consenso y la democracia se complementarían, si consideramos a los mismos derechos como fundamento de estos principios, de modo que los derechos humanos son el fundamento de su propio fundamento. O sea, que los derechos humanos se fundamentan a sí mismos, se autofundamentan. Este podría ser un fundamento dialéctico comunicativo de los mismos.

## CAPÍTULO CUARTO.

### COMPARACIONES ENTRE LAS TEORÍAS.

#### 4.1. Concepto de derechos humanos.

##### 4.1.1. Alan Gewirth.

Como se mencionó anteriormente para Gewirth los derechos humanos son las condiciones generales para la acción que tienen todos los seres humanos y que todos los seres humanos están obligados a cumplir.

Creo que no es muy claro como podría comprender esta definición los derechos de los incapaces, porque ellos no tienen la capacidad de accionar en el sentido que señala Gewirth, es decir, dirigida la acción a alcanzar un propósito valioso. (124)

Sin embargo, a pesar de que su argumento entraña este problema, me parece que contribuye a la eficacia de los derechos humanos, pues, al menos lógicamente, no es posible negar su otorgamiento a los demás individuos. Por otra parte, también Ferrajoli señala que es lícito suponer que los derechos fundamentales, en tanto que universales, o sea, conferidos en interés de todos, serían suscritos por todos como seres racionales.

Me parece que la definición de Gewirth ayudaría a que los derechos económicos y políticos fueran considerados como derechos humanos, pues son necesarios para la acción. En cuanto a la universalidad de los derechos políticos, creo que se podría aplicar la teoría de Ferrajoli, que propone que estos derechos se relacionen a la simple residencia.

---

124 Cfr. 1.10.1

#### **4.1.2. Luigi Ferrajoli.**

Para este autor, los derechos fundamentales son, desde el punto de vista teórico, todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar.

Considero que esta definición cumple con las características que, según el autor, debe tener una definición de carácter teórico, sin embargo, me parece que esto la hace incompleta, al relativizar la universalidad de los derechos. (125)

#### **4.1.3. Robert Alexy.**

Los derechos fundamentales son, para Alexy, derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo. Son derechos subjetivos, expresan una posición frente a otra persona, en este caso frente al Estado.

#### **4.1.4. Comentarios.**

- Diferentes denominaciones.

Creo que es importante señalar los diferentes términos que utilizan los autores para designar los derechos que nos ocupan, ya que, tanto el concepto de estos derechos como su fundamento "están relacionados de tal manera, que el término y predicado que a dichos derechos se otorgue delatará una determinada postura respecto de alguna corriente doctrinal o filosófica de fundamentación." (126)

---

125 Cfr. 2.11.1.

126 Álvarez Ledesma, Mario I. *op. cit.*, p.1.

Gewirth habla de *derechos humanos*. Tal vez esta expresión no es lo suficientemente clara, ya que " todos los derechos están, en principio, referidos al hombre." (127)

Sin embargo, el autor hace referencia, dentro de su teoría, a *derechos morales*, calificativo que subraya la fundamentación ética de los mismos. Esta fundamentación considera que los derechos humanos tienen un sustento ético previo al jurídico. "... se piensa en derechos morales en el sentido de exigencias éticas vinculadas estrechamente a la dignidad humana". (128)

En cambio Ferrajoli y Alexy los denominan *derechos fundamentales*. Este término es, para la doctrina, el más apropiado, pues "supera la inconveniente redundancia que afecta las expresiones 'derechos humanos' y 'derechos del hombre' ". (129)

Además, "El acento que a esos derechos hace *fundamentales* es su estrecha conexión con la idea de dignidad humana así como su carácter de medio o condición para el desarrollo de dicha dignidad." (130)

Como se pudo observar en sus respectivas teorías, para estos autores, los derechos fundamentales son medios para lograr distintos fines, ya sea la igualdad, la paz, la democracia y la tutela del más débil, o la autonomía, la democracia y el consenso. Todos ellos tienen implícita la idea de la dignidad de la persona humana.

---

127 Castán Tobeñas, José, citado por Mario I. Álvarez Ledesma en *Acerca del concepto 'derechos humanos'*, p.96.

128 Fernández García, Eusebio, citado por Mario I. Álvarez Ledesma en *Acerca del concepto 'derechos humanos'*, p.126.

129 Álvarez, *op. cit.* p.129.

130 *Ibidem*.

Por otra parte, para un sector de la doctrina, la expresión *derecho fundamental* señala la diferenciación entre derechos humanos, que son derecho natural, y derechos fundamentales, que son derecho positivo:

... derechos del hombre garantizados por las instituciones jurídicas e inclusive, con la posibilidad de invocarse ante los tribunales, por lo tanto, su validez está condicionada temporal y espacialmente, su función se encauza a limitar el poder de los órganos del Estado. (131)

Preocupación que observamos, especialmente, en Ferrajoli para quien estos derechos son límites y vínculos del Estado constitucional.

- Sujeto Activo.

A este respecto, creo importante señalar que, Ferrajoli y Alexy consideran que pueden otorgarse derechos fundamentales a una persona moral, siempre y cuando esto beneficie a cada uno de sus miembros:

Ferrajoli, considera que, si un derecho no puede configurarse además como derecho del individuo, no es universal y tampoco fundamental. Por su parte, Alexy señala que los derechos fundamentales pueden ser otorgados a personas morales si con ello se ven satisfechos los intereses de las personas físicas.

Por ejemplo: Los derechos de las comunidades indígenas a hablar su propia lengua, elegir sus autoridades, etc.

---

131 *Ibid.* p.130.

- Sujeto Pasivo.

Respecto al sujeto pasivo de los derechos que nos ocupan, Gewirth y Ferrajoli consideran que es el Estado, pero también la sociedad.

Gewirth, como se mencionó en el primer capítulo, trata de fundamentar la existencia normativa de aquellos títulos que *deben* reconocer las disposiciones jurídicas y "las regulaciones sociales", creo que desde este momento nos podemos dar cuenta que para él los derechos humanos figuran en dos ámbitos, el jurídico o institucional y en el de las transacciones interpersonales individuales.

Por ejemplo: El derecho a la libertad de un agente es violado tanto, si es sometido a prisión injusta, como si es secuestrado.

En su teoría cada miembro de la sociedad tiene deberes positivos de dar o hacer, siempre y cuando no les representen un costo mayor para ellos mismos, además tienen un deber de no hacer, al no poder interferir o negar el ejercicio de los derechos fundamentales de las minorías o de ciertos individuos que en conciencia se opongan a algunas determinaciones así adoptadas, ni siquiera escudándose en una decisión mayoritaria.

Por lo que para este autor, una gran parte de los derechos humanos que deben ser jurídicamente impuestos son aquellos que protejan jurídicamente a los agentes respecto de las violaciones a sus derechos básicos por parte de individuos y de grupos distintos al Estado.

Ferrajoli. Este autor reitera en numerosas ocasiones que si se quieren proteger determinados intereses, como la vida, la integridad física, etc., la técnica adecuada es darles la forma de derechos fundamentales, para así sustraerlos del mercado y del capricho del legislador. Creo que esto implica la

perspectiva de que los derechos no únicamente son violados por el Estado sino también por la sociedad.

Alexy. Para este autor, en cambio, los derechos fundamentales existen únicamente en el ámbito del derecho público, por lo que el sujeto pasivo es únicamente el Estado. (132)

Yo considero que la sociedad, respecto a los derechos humanos, tiene deberes de dar, hacer, o no hacer.

Sin embargo, tal vez no se podría considerar que un individuo viola los derechos humanos de otro.

Por ejemplo: cuando una persona lesiona a otra, está afectando su bien jurídico tutelado "integridad física", pero no parece que viole su derecho humano porque no podría ampararse contra esa violación.

Otro ejemplo que podríamos señalar consiste en que, si el empresario no le paga a su trabajador un salario remunerador no está violando sus derechos humanos, pero si viola la Ley Federal del Trabajo. Ahora, si la Junta no obliga al empresario a realizar este pago, ésta si viola los derechos humanos del trabajador, porque los derechos humanos están pensados no en función de la Ley sino en función de la Constitución.

Sobre este punto estoy de acuerdo con Alexy en que los derechos humanos son derechos subjetivos que expresan una posición frente al Estado, es decir, tenemos un poder jurídico de hacer valer nuestro interés ante el Estado o de hacerle cumplir su deber.

---

132 Cfr. 3.7.2.

- Deberes positivos.

Gewirth y Ferrajoli consideran que la sociedad tiene deberes tanto positivos como negativos.

Gewirth señala que el juicio "A" tiene un derecho a "X" incluye la idea de que algo le es debido a A, y además implica que cuando éste es incapaz de tener X por sus propios esfuerzos, todas las demás personas deben ayudarlo a tenerlo, siempre y cuando el auxilio no les signifique un costo comparable para ellas mismas.

Ferrajoli, por su parte, dice que es necesario tutelar los derechos sociales y los mínimos vitales en los países más pobres, estableciéndose, por ejemplo una tasa por el uso, abuso, apropiación y distribución de recursos ambientales y bienes comunes del planeta por parte de los países más ricos.

Para Alexy, sólo el Estado tiene obligaciones respecto a los derechos humanos, entre ellas se encuentran prestaciones positivas.

- Atribución de derechos.

Para Gewirth, el otorgamiento de estos derechos, en su teoría, depende de la capacidad de acción de las personas, según su grado de capacidad será el goce de estos derechos. Tal vez, en principio pareciera que esta teoría discrimina a los incapaces, sin embargo creo que con ello se establece una protección, tanto a ellos como a terceros, al establecer que les son otorgados los derechos que pueden ejercer en el modo más pleno. (133)

En cambio, para Ferrajoli, su otorgamiento depende de que la persona posea determinado status, entendido como la posición de un sujeto, prevista

---

133 Cfr. 1.10.1.

por una norma jurídica positiva como presupuesto de su capacidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. Recordemos que la definición de Ferrajoli es teórica, señala "lo que son" los derechos fundamentales, mas no lo que deberían ser. Me parece que no hay duda de que los status han sido, históricamente, el presupuesto de su otorgamiento, a pesar de que han sido utilizados para excluir a determinadas personas de su goce.

Creo que existe en este tema, una semejanza entre Gewirth y Ferrajoli, pues en ambas teorías hay una limitante en la atribución de derechos que es la capacidad de obrar. Creo que esto muestra, respecto de la teoría de Gewirth, que independientemente de que los incapaces deban o no tener los derechos que puedan ejercer de la manera más plena, esto es así en los ordenamientos jurídicos. (134)

- Principios.

En la teoría de Gewirth los principios justifican que todos los seres humanos, en cuanto tales, tienen derechos humanos. Se trata de principios morales válidos, como el Principio de Consistencia Genérica: Actúa de acuerdo con los derechos genéricos de tus recipiendarios tanto como con los tuyos.

En Ferrajoli, en cambio, los principios son las condiciones sustanciales de validez de las leyes, se estipulan en normas supraordenadas a la legislación. En un ordenamiento dotado de constitución rígida, para que una norma sea válida y vigente no basta que haya surgido con las formas predispuestas para su creación, además, es necesario que sus contenidos

---

134 Cfr. 1.10.1.

sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente, son derecho sobre el derecho. Por ejemplo, el principio de estricta legalidad, el de la división de poderes y el respeto a los derechos humanos.

Por su parte, Alexy considera que los principios son una de las formas en la que pueden estar contenidos los derechos fundamentales. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferente grado y medida, en virtud de la existencia de principios y reglas opuestos.

Como vemos, los autores consideran como principios cosas muy diversas, para Gewirth son la justificación de los derechos humanos, para Ferrajoli son sus condiciones de validez y para Alexy son una de las formas en la que están contenidos.

Quizá lo que Alexy considera principios equivalen a lo que para Ferrajoli constituyen lagunas.

## **4.2. Clasificación de los derechos fundamentales.**

### **4.2.1. Alan Gewirth.**

Este autor clasifica los derechos en libertad y bienestar, este último es a su vez dividido en básico, no sustractivo y aditivo.

El bienestar básico consiste en las precondiciones esenciales para actuar, el no sustractivo consiste en las capacidades y condiciones que se requieren para que los agentes no disminuyan su nivel de cumplimiento de propósitos y sus capacidades para acciones específicas y el aditivo consiste en las

aptitudes y condiciones que el agente necesita para aumentar su grado de cumplimiento de propósitos y su capacidad para acciones concretas.

Me parece que su clasificación no es completa pues el autor se refiere únicamente a los derechos de la primera y segunda generación.

#### **4.2.2. Luigi Ferrajoli**

En su teoría, los derechos se clasifican, desde el punto de vista subjetivo, en derechos humanos, derechos civiles, derechos públicos y derechos políticos. Por otra parte, desde el punto de vista objetivo, se clasifican en derechos primarios o sustanciales y derechos secundarios o formales, los primeros se subdividen en derechos de libertad y derechos sociales, y los segundos en derechos civiles y derechos políticos.

Me parece que el tema se complica más haciendo dos clasificaciones.

#### **4.2.3. Robert Alexy.**

Divide los derechos humanos en derechos a algo, libertades y competencias.

Los derechos a algo se subdividen en derechos a acciones negativas (derechos de defensa) y derechos a acciones positivas (derechos a prestaciones).

Por su parte, los derechos de defensa se subdividen en derechos a no impedimentos o no obstáculos, derechos a no afectación de propiedades y situaciones y derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas.

Los derechos a prestaciones se subdividen en derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas.

Ahora bien, las libertades pueden ser, libertades no protegidas y libertades protegidas. Finalmente, las competencias pueden ser de los ciudadanos o del Estado.

En cuanto al bienestar, me parece que no basta con tener lo mínimo para sobrevivir, sino un poco más, tal vez lo que tiene el promedio, porque estas desigualdades generan muchos resentimientos sociales. Respecto a ellos, creo que, los medios de comunicación resaltan estas carencias, causando humillación a quienes las sufren. Por ejemplo, en los comerciales se presentan personas con niveles de vida que la mayoría no puede procurarse, como ropa muy elegante, una casa enorme, etc.

Por otra parte, creo que también habría que determinar un bienestar máximo, que, así como se establece un salario mínimo, se establezca una ganancia máxima y el resto, vía impuestos, se destine a la seguridad social.

#### **4.2.4. Comentario.**

- Derechos políticos y derechos sociales.

Para Gewirth, los derechos políticos y los de seguridad personal podrían tener mayor jerarquía que los derechos sociales y económicos, porque la efectiva repartición de las libertades civiles puede facilitar en gran medida la distribución posterior del alimento, vivienda y atención sanitaria.

Señala que, si los gobiernos no se someten al proceso político del método de consentimiento, no hay garantía de que las autoridades sean receptivas a las necesidades materiales de los ciudadanos, lo que sucede en muchos países subdesarrollados, donde no hay participación política efectiva por parte de las masas de pobres

Yo creo que estos derechos son recíprocos, no es casual que en los países económicamente desarrollados tengan una mejor democracia en comparación con los países subdesarrollados, donde las condiciones para lograrla se dan más difícilmente.

- Libertad y autonomía.

Para Gewirth, la libertad consiste en que una persona controle sus acciones y su participación en transacciones mediante su propia elección o consentimiento no forzados y con conocimiento de las circunstancias relevantes, de modo que su conducta no resulte ni compelida ni impedida por las acciones de otras personas.

Además, los agentes deben tener disponibles y utilizar sus libertades civiles dentro del proceso político, estas libertades comprenden hablar, publicar, asociarse con otros, de tal manera que, como exigencia constitucional, toda persona pueda discutir, criticar y votar a favor o contra el Gobierno y trabajar con otras personas para promover sus fines políticos, incluso para promover los daños de origen social. En esta participación toda persona tiene un derecho igual a usar su libertad, no coactiva ni nocivamente, y a ser protegida por el Estado.

La dignidad y autonomía racional de todo agente futuro con propósitos requiere la posesión de las libertades civiles, además de la capacidad real para participar en el método del consentimiento.

Sin embargo, en la realidad la libertad esta, en ocasiones, condicionada al bienestar. Por ejemplo, si una persona tiene alguna necesidad, aceptará apoyar a cualquier partido político, independientemente de su ideología, con tal de cubrir esa carencia. Por ejemplo asistiendo a un mitin.

Otro ejemplo, en donde se da una relación inversa, puede ser la situación de los países comunistas en donde son efectivos los derechos de bienestar, educación, salud, etc., pero las personas no tienen libertad.

Por su parte, Alexy señala que, el derecho a la libertad general se formula de la siguiente manera: "cada uno tiene el derecho de juzgar libremente qué es conveniente y qué es bueno y obrar en consecuencia."

Ahora bien, si no hay autonomía no puede haber democracia, que es uno de los fines de los derechos fundamentales según Ferrajoli.

Como vemos, la autonomía tiene, directa o indirectamente, una especial importancia en estas teorías, sin embargo, parece ser que en ninguna parte del mundo se dan condiciones comunicativas de la autonomía.

Por ejemplo. La marcha contra la inseguridad pública. Hubo un bombardeo de los medios de comunicación pero no se dieron discusiones, deliberaciones libres, no se trataron los distintos aspectos del problema, no se analizaron pros y contras de posibles soluciones, etc.

Claro que también influye tener al menos el bienestar básico, porque de lo contrario no se tendrá la oportunidad, y tal vez tampoco el interés, de participar en los aspectos comunicativos.

Otro ejemplo sería que el imputado tenga la oportunidad, en un juicio, de refutar comunicativamente las acusaciones en su contra.

Por otra parte, los medios de comunicación, en su aspecto negativo, afectan lo que Gewirth llama el bienestar aditivo, pues atacan la autoestima de las personas, discriminan y fomentan la discriminación, además de un ambiente de miedo y opresión. Por ejemplo, presentando como prototipo de belleza, únicamente a personas de raza blanca. Incluso, tal vez tengan una

gran responsabilidad en un problema de salud como es la anorexia o la bulimia, pues introducen la idea de que una persona bella debe ser excesivamente delgada.

Contrariamente a lo que debería ser su objetivo, contribuyen a la desinformación y la ignorancia ocasionando que las personas no puedan conducirse acertadamente en la realización de sus propósitos. Desinformación, porque existe la idea de que lo que dicen en las noticias es la verdad absoluta, lo que no necesariamente es así. Además únicamente unos cuantos tienen la posibilidad de manifestar sus opiniones e influir en la opinión pública.

Por otra parte, creo que los medios de comunicación deberían regularse, pues en muchas ocasiones generan daños al ejercer su libertad fuera de los límites que marca la constitución.

Además se debe democratizar los medios de comunicación, pues solo unos cuantos tienen acceso a ellos. (135)

- Obligaciones correlativas a los derechos sociales.

Según Ferrajoli, no se puede afirmar la existencia de las obligaciones correlativas a los derechos sociales si las derivamos de normas téticas porque éstas se limitan a enunciar que "X" tiene un derecho pero no especifican la identidad de "Y" que está obligado a satisfacer ese derecho. Para que se pueda afirmar la existencia de estas obligaciones es necesario que el o los individuos (sujetos públicos o privados) a los que incumben tales obligaciones estén determinados por las normas de competencia.

---

135 Crf. Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*, Ed. siglo XXI, 5ª ed., México, 1997, pp.165 y ss.

Creo que Alexy da una solución a este problema, cuando propone, como formulación de un derecho fundamental, la siguiente: "X" tiene frente a "Y" un derecho a "G".

Con base en esta fórmula se establecería, en el ordenamiento jurídico, la identidad del o de los individuos obligados a satisfacer ese derecho y se evitarían este tipo de lagunas.

- Igualdad.

Para Gewirth, la igualdad de derechos genéricos es la exigencia moral central del Principio de Consistencia Genérica, puesto que demanda que todo agente convenga para sus beneficiarios los mismos derechos a la libertad y al bienestar que necesariamente exige para sí mismo.

Creo que aquí podemos encontrar lo que Ferrajoli llama la intención y la extensión de la igualdad, es decir, quienes somos iguales y respecto a que somos iguales, todos somos iguales respecto a que tenemos los mismos derechos de libertad y bienestar.

Señala Ferrajoli que, la igualdad depende, tanto de la extensión de la clase de sujetos ("todos") a que se refiere la igualdad, como de la cantidad de los derechos reconocidos y garantizados universalmente (intención). Por lo tanto universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son lo mismo.

### **4.3. Conflictos entre los derechos fundamentales.**

#### **4.3.1. Gewirth.**

Gewirth señala que pueden entrar en conflicto los derechos de libertad con los derechos de bienestar, ya sea básico, no sustractivo o aditivo, estos derechos pueden incluso pertenecer a la misma persona. (136)

#### **4.3.2. Ferrajoli.**

En cambio Ferrajoli considera que no existen conflictos entre los derechos, sin embargo, en su teoría sí reconoce que hay contradicciones entre ellos y las resuelve. Intenta resolver las contradicciones a priori y no los conflictos a posteriori.

Creo que el no reconocer los conflictos entre derechos fundamentales, puede ocasionar la desvinculación entre su eficacia y su aceptación, pues los titulares de los derechos los perciben como opuestos y al no tener a la mano mecanismos constitucionales de solución, o dejan de creer en ellos o buscan soluciones no institucionales para los conflictos. (137)

#### **4.3.3. Alexy.**

Por su parte Alexy, al igual que Gewirth, señala que los derechos pueden entrar en conflicto. Cuando los derechos están contenidos en reglas les llama "conflicto de reglas", y cuando están contenidos en principios les denomina "colisión de principios". (138)

---

136 Cfr. 1.10.3.

137 Cfr. 2.11.2.

138 Cfr. 3.7.1.

#### 4.3.4. Comentario.

- Soluciones.

Gewirth señala que, para estar en posibilidades de solucionar estos conflictos, necesariamente ha de optarse por un derecho y desplazar al otro. Los criterios para superar un derecho por otro los proporciona el Principio de Consistencia Genérica.

Estos criterios están basados en la exigencia central del Principio consistente en el mutuo respeto para la libertad y el bienestar entre todos los agentes futuros con propósitos.

Como se recordará, el autor propone tres criterios de solución de conflictos:

La evitación o eliminación de la inconsistencia transaccional, y el del grado de su necesidad para la acción, que pertenecen a las aplicaciones directas del principio, se imponen sobre las acciones de los agentes.

El tercer criterio pertenece a las aplicaciones indirectas del principio, las que se dividen en "procedimentales" (que son necesarias u optativas) e "instrumentales" (estáticas y dinámicas).

Considero necesario referirme al criterio de "evitación o eliminación de la inconsistencia transaccional" que consiste en la autorización, de una acción, desde una coerción hasta un daño básico, aplicada a una persona o grupo de personas para eliminar o prevenir la violación de derechos.

Creo que en esta teoría se pueden dar muchos supuestos, desde la legítima defensa hasta la pena de muerte. En este último caso, no comprendo como es que se da la evitación o la eliminación de la violación a los derechos fundamentales, por lo que este criterio de solución no me parece que sea

claro. De lo que no queda duda, es de que este argumento puede ser utilizado como ideología para justificar violaciones de derechos. Por ejemplo, la guerra que dirigió la OTAN contra la Ex Yugoslavia, pues el "supuesto" motivo fueron las violaciones de derechos que los serbios estaban cometiendo en Kósovo y entonces "legítimamente" la OTAN acabó tanto con Kósovo como con Serbia.

Entonces este argumento es muy útil para que los países poderosos se libren de obstáculos que afectan sus intereses, pues no requieren nada más que afirmar que en determinado lugar (el obstáculo a eliminar) se violan los derechos humanos.

Por otra parte, Ferrajoli al igual que Alexy, contempla como solución de conflictos entre derechos, a la anulación.

Señala que, los derechos constitucionalmente estipulados existen aún cuando en el plano legal no se den las obligaciones correspondientes, o concurren, las prohibiciones de los mismos comportamientos, siendo tal ausencia y tal presencia una violación, una laguna o una antinomia respecto al deber ser del derecho que ellas establecen. En los casos de antinomias, alguna de las normas tendrá que ser declarada inconstitucional.

Dice el autor que la lógica no es interna al derecho sino externa a él, se satisface, en los ordenamientos dotados de constitución rígida, mediante una adecuada jurisdicción constitucional que decrete la expulsión, por anulación, de la norma inferior opuesta a la constitución.

Así, nos encontramos con la coexistencia de dos normas en contradicción vigentes, hasta que la antinomia sea suprimida mediante la declaración de inconstitucionalidad. Aquí validez y existencia no coinciden, la coherencia se realizará a través de la intervención de la corte constitucional.

Por su parte, Alexy propone dos soluciones al conflicto de reglas, la excepción y la anulación. Respecto a la solución de colisión de principios, propone la ponderación, que es el sopesamiento de los intereses opuestos de los principios fundamentales que entran en colisión, para poder determinar cual debe preferirse en cada caso concreto y en que medida. (139)

Considera que este problema puede solucionarse a través de reglas como *lex posterior derogat legi priori* (la ley posterior deroga la ley primera) y *lex specialis derogat legi generali* (la ley especial deroga la ley general), o bien de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto.

Como se señaló anteriormente, tal vez esta solución podría complementarse con la teoría de Bentham, (140) que señala los criterios para escoger de entre dos males el menor:

1. Identificar los dos males.
2. Determinar el menos malo.
  - 2.1. Cantidad del mal.
  - 2.2. Intensidad del mal.
  - 2.3. Duración del mal.
  - 2.4. Certeza del mal.
  - 2.5. Irreversibilidad del mal.
  - 2.6. Sustitución del mal.
  - 2.7. Proximidad del mal.
3. Conclusión.

---

139 Cfr. 3.7.1.

140 Colome, Joseph M., *op. cit.*, p. 36.

Por otra parte, me parece que para solucionar una colisión de principios, no necesariamente se debe preferir uno de ellos, sino que pueden limitarse ambos. (141)

Por ejemplo: cuando entran en conflicto el derecho a la manifestación de ideas (concretamente en el caso de las marchas) y el derecho al libre tránsito, es común que las autoridades decidan dejar un carril a la circulación y otro a la marcha. Aquí se limitan ambos derechos.

#### **4. 4. Fundamento de los derechos fundamentales.**

##### **4.4.1. Alan Gewirth.**

Su fundamento es de carácter lógico. Se resume en que los derechos humanos son las condiciones generales para que los agentes realicen sus propósitos valiosos mediante sus propias acciones, la premisa de que cada uno necesita de determinadas condiciones para la acción y la generalización de que todos necesitamos de esas condiciones para la acción.

El autor concluye que todos los derechos humanos tienen un fundamento racional en las condiciones necesarias o necesidades de la acción humana, de modo que ningún agente humano puede denegarlas o violarlas so pena de autocontradicción. Así las demandas que los derechos humanos hacen a las personas se justifican por el Principio de Consistencia Genérica en cuanto principio supremo de la moralidad. Es también a través de las exigencias morales establecidas por este principio como el orden político y jurídico recibe su justificación central en cuanto provisor de la protección de los derechos humanos. (142)

---

141 Cfr. 3.7.1.

142 Cfr. 1.10.7.

#### **4.4.2. Luigi Ferrajoli.**

Su fundamentación es teleológica, es decir, los derechos fundamentales son medios necesarios (aunque no suficientes) para la consecución de la paz, la igualdad, la democracia y tutela del más débil. (143)

#### **4.4.3. Robert Alexy.**

Su fundamento es discursivo y teleológico, es decir, los derechos fundamentales son los requisitos comunicativos para que los seres humanos alcancen la autonomía, el consenso y la democracia. A su vez, esos fines se alcanzan mediante la racionalidad comunicativa, para legislar, etc. Entonces son fines y medios también. (144)

Para Gewirth, el fundamento de los derechos humanos es su "razón de ser", para Ferrajoli y Alexy el fundamento consiste en que estos derechos son medios para lograr determinados fines.

#### **4.4.4. Comentario.**

- Reconocimiento de su naturaleza.

Gewirth reconoce que en el tema de los derechos humanos existe un ámbito jurídico. Sin embargo toda su teoría esta desarrolla en base al sustento moral de los mismos.

Creo que es de gran utilidad, para evitar confusiones, reconocer la existencia de los distintos ámbitos en que se contienen los derechos humanos, pero considero que, tanto el derecho, como la ética son insuficientes para

---

143 Cfr. 2.11.3.

144 Cfr. 3.7.3.

justificar su existencia por sí solos. Creo que Ferrajoli, al contrario de Gewirth, aborda este tema de una manera más completa. (145)

Ferrajoli. Para él, son necesariamente iuspositivistas la noción teórica y la identificación empírica de los derechos fundamentales ofrecidas por la ciencia jurídica, que tiene como referencia los concretos ordenamientos de derecho positivo. Por el contrario, la determinación, de lo que es justo tutelar como derecho fundamental, necesariamente es iusnaturalista. (146)

Alexy también comprende tanto el ámbito axiológico como el del derecho positivo.

- Medios o fines.

Gewirth señala que todos los agentes consideran como valiosos sus propósitos, por tanto, con mayor razón considerará a las condiciones para alcanzarlos o sea la libertad y el bienestar como bienes necesarios, es decir, en esta teoría los derechos humanos son medios para que los agentes alcancen sus propósitos.

Por su parte, Ferrajoli y Alexy los consideran como medios y fines.

- Base del fundamento.

En la teoría de Gewirth, esta base son las acciones humanas que la moralidad rige. Este autor presenta un "núcleo de significado de la moralidad", como un conjunto de exigencias para la acción categóricamente obligatorias que se dirigen, al menos en parte, a todo agente actual o futuro y que

---

145 Cfr. 1.10.2.

146 Cfr. Con Noriega C., Alfonso, *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, UNAM, México, 1967.

pretenden promover los intereses – en especial los más importantes – de personas o receptores distintos del agente o hablante, o conjuntamente considerados con él.

Me parece que en esta definición falta señalar en que radica la “importancia” de los “intereses” que la moralidad pretende promover.

Entonces, en esta moralidad podrían encuadrar “exigencias para la acción” contrarias a los derechos humanos, pudiéndose utilizar este argumento para justificar esas acciones.

Creo que esto tiene relación con lo que señala Ferrajoli al hablar del relativismo cultural, pues no puede considerarse que las diferentes culturas tengan un mismo valor.

- Eficacia.

Gewirth. Considera que, cada persona debe exigir para sí misma los derechos humanos, pero al mismo tiempo debe aceptar que sus beneficiarios tienen esos mismos derechos, pues, la condición que justifica la posesión de los mismos es “ser un agente futuro que tiene propósitos que quiere realizar”.

Para realizar sus propósitos el agente necesita tener las condiciones necesarias para la acción, o sea, los derechos humanos. Si el agente no reconoce que sus beneficiarios tienen derechos humanos caería en una contradicción pues estaría negando también que él mismo los tiene.

Me parece que este argumento podría ser muy útil porque, pienso que, tal vez, la eficacia de los derechos humanos se ve disminuida en gran medida porque no se da este reconocimiento. Las personas han luchado por obtener ciertos derechos, es decir, consideran como justa esa exigencia de derechos

pero, parece que no se tiene la percepción de que estos derechos pertenecen también a los "otros", mucho menos cuando entran en conflicto.

Por otra parte, señala Gewirth que las reglas e instituciones sociales deben ser aceptadas libremente por los agentes sujetos a ellas para poder ser moralmente correctas, además de que deben existir procedimientos consensuales que estén libremente disponibles para ellos.

En cambio Ferrajoli señala, al hablar sobre la validez de los derechos fundamentales, que esta no supone que los derechos sean compartidos desde el punto de vista moral, incluso ni por la mayoría de los miembros de la cultura occidental de la que derivan. (147)

Tal vez por ello los derechos humanos no tienen una aceptación moral y sirven como ideologías para justificar el poder, el capital, la manipulación de las necesidades de los más débiles, etc.

Sin embargo, por otro lado, reconoce que un cierto grado de adhesión social es indispensable para la efectividad de los derechos, sobre todo de los fundamentales, porque su sostenimiento depende, entre otras cosas de un cierto grado de consenso en torno a los valores sometidos a ellos.

Para Alexy en cambio debe prevalecer el consenso racional, pues la legitimación del derecho esta vinculada a la aceptación universal.

Otro obstáculo más a la eficacia de los derechos humanos consiste en que la sociedad moderna a la vez que exige su respeto y cumplimiento lo dificulta el mismo.

---

147 Cfr. 2.11.3.

Por ejemplo, se exige a los empleadores que paguen a sus trabajadores un salario remunerador, pero si lo hacen pierden competitividad en relación con otras empresas.

O bien, se reclama a los ministerios públicos que respeten los derechos humanos pero se les exigen determinado número de consignaciones.

#### **4.5. Derechos Absolutos.**

Para Gewirth y Alexy, los derechos humanos no son absolutos sino *prima facie*. Esto lo podemos observar, en la teoría de Gewirth, cuando señala como criterio de solución de conflictos la "evitación o eliminación de la inconsistencia transaccional" que consiste en la autorización, de una acción, desde una coerción hasta un daño básico, aplicada a una persona o grupo de personas para eliminar o prevenir la violación de derechos. Entonces hay una superación de uno de los derechos.

En la teoría de Alexy, cuando hay un conflicto de principios, se lleva a cabo una ponderación para elegir cual se debe preferir en ese caso concreto, por lo que los derechos tampoco son absolutos para este autor.

En cambio para Ferrajoli, son absolutos. Creo que este autor tiene razón en cuanto el derecho a la vida y las garantías penales, entre otras cosas por su carácter epistemológico.

Quizá los únicos derechos que deben ser absolutos son los que contienen los diez axiomas del garantismo penal (148), señalados por Ferrajoli:

---

148 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, p.91 y ss.

## AXIOMAS DEL GARANTISMO PENAL

Principio de retribución.	<i>Nulla pena sine crimene.</i> No hay pena sin delito.
Principio de legalidad.	<i>Nullum crimen sine lege.</i> No hay delito sin ley.
Principio de necesidad.	<i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate.</i> No hay ley (penal) sin necesidad.
Principio de lesividad.	<i>Nulla necessitas sine iniuria.</i> No hay necesidad sin daño.
Principio de materialidad.	<i>Nulla iniuria sine actione.</i> No hay daño si no hay acción.
Principio de culpabilidad.	<i>Nulla actio sine culpa.</i> No hay acción sin culpa.
Principio de jurisdiccionalidad.	<i>Nulla culpa sine iudicio.</i> No hay culpa sin juicio.

Principio acusatorio.	<i>Nullum iudicium sine accusatione.</i> No hay juicio sin acusación.
Principio de la prueba.	<i>Nulla accusatio sine probatione.</i> No hay acusación sin pruebas.
Principio de la defensa.	<i>Nulla probatio sine defensione.</i> No hay prueba sin defensa.

## **CONCLUSIONES FINALES.**

### **PRIMERA. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS.**

De acuerdo a Gewirth los derechos humanos son las condiciones generales para que los agentes realicen sus propósitos, que consideran valiosos, mediante sus propias acciones.

Según Ferrajoli, los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar.

Para Alexy, los derechos fundamentales son los derechos subjetivos que, ya sea como reglas y/o principios, se contienen en las disposiciones constitucionales para lograr la autonomía de todos los participantes en discursos racionales.

Con base en lo anterior, propongo el siguiente concepto sintético:

**Los derechos humanos son las condiciones materiales y comunicativas generales para la autonomía de los seres humanos como personas, como ciudadanos o como capaces de obrar.**

### **SEGUNDA. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

De acuerdo a Gewirth, los derechos humanos se clasifican en condiciones de libertad y condiciones de bienestar. Las condiciones de bienestar se subdividen a su vez en bienes básicos, bienes no sustractivos y bienes aditivos. Las condiciones de libertad se subdividen en libertades políticas, libertades jurídicas y libertades personales.

De conformidad con Ferrajoli los derechos fundamentales se clasifican, desde el punto de vista subjetivo, en derechos humanos, derechos civiles, derechos públicos y derechos políticos. Desde el punto de vista objetivo se dividen, por un lado, en primarios o sustanciales, que ha su vez se subdividen en derechos de libertad y derechos sociales y, por otro lado, en derechos secundarios o de autonomía, que se subdividen en derechos civiles y derechos políticos.

Por su parte, los derechos humanos se dividen, para Alexy, en derechos a algo, libertades y competencias. Los derechos a algo se subdividen en derechos a acciones negativas (derechos de defensa) y derechos a acciones positivas (derechos a prestaciones). Por su parte los derechos de defensa se subdividen a su vez en derechos a que el Estado no obstaculice determinadas acciones, derechos a la no afectación de propiedades y situaciones y derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas. Por su parte, los derechos a prestaciones se subdividen en derechos a acciones positivas fácticas y derechos a acciones positivas normativas. Las libertades pueden ser libertades no protegidas y libertades protegidas. Por último, las competencias pueden ser de los ciudadanos o del Estado.

Propongo la siguiente clasificación sintética:

**Los derechos humanos se dividen en libertades, bienestar y competencias. Las libertades pueden ser civiles, políticas y jurisdiccionales. Los bienestar pueden ser básicos, medios y máximos. Las competencias pueden ser de ciudadanos, del Estado y de protección o garantista.**

### **TERCERA. CONFLICTOS DE DERECHOS HUMANOS.**

Para Gewirth, los conflictos entre derechos humanos pueden resolverse con tres criterios combinados: el de la evitación, rectificación y el bien más necesario. La evitación quiere decir que para evitar la violación de un derecho se tiene que violar otro, se podría hacer si este es más necesario para la acción. Del mismo modo, la corrección significa que para la reparación de un derecho se tiene que violar otro, lo que se puede hacer si es más necesario para la acción.

Para Ferrajoli, no pueden existir conflictos entre los derechos fundamentales, pues las contradicciones entre ellos sólo implican la obligación de los jueces de anular la norma que viola alguno de ellos y las lagunas implican la obligación del legislador de colmarlas o complementar los derechos incompletos.

Para Alexy, las contradicciones entre normas de derechos fundamentales se pueden resolver de la siguiente manera: si se trata de reglas, el conflicto se resuelve anulando alguna de ellas o considerando a una como excepción de la otra. Si se trata de principios, o mandatos de optimización, se debe utilizar la ponderación que se integra con: la determinación de las condiciones de precedencia, la máxima de proporcionalidad y la ley de colisión. La primera sirve para determinar, en cada caso, cual principio se prefiere. La segunda que se compone, a su vez, de adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad, sirve para determinar el grado de afectación de un principio en función del grado de beneficio obtenido por el preferido. La ley de colisión nos indica que el principio preferido se transforma de norma *prima facie* en norma definitiva, en el caso particular.

**Un criterio concreto para resolver las posibles contradicciones entre derechos humanos, entendidos como condiciones materiales y**

**comunicativas de la autonomía, es la determinación, en cada caso del grado de necesidad de cada condición para la autonomía, del grado de afectación de una o de varias condiciones y de la pertinencia de evitar o corregir una restricción a alguna de las condiciones o derechos.**

#### **CUARTA. EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

Para Gewirth, el fundamento de los derechos humanos es lógico, se resume en las condiciones generales para que los agentes realicen sus propósitos valiosos mediante sus propias acciones, las premisas, que cada uno necesita de determinadas condiciones para la acción y la generalización de que todos necesitamos de esas condiciones para la acción. Se fundamentan argumentando de la siguiente manera: 1) Soy un agente con propósitos, 2) Los demás también lo son (para no autocontradecirse); 3) Necesito de ciertas condiciones para cumplir mis propósitos; 4) Los demás también las necesitan (para no autocontradecirse) 5) Tengo derecho a las condiciones generales de la acción; 6) Todos tenemos derecho a las condiciones generales de la acción.

La fundamentación de Ferrajoli es teleológica, los derechos fundamentales son medios necesarios para la consecución de la paz, la igualdad, la democracia y la tutela del más débil.

En Alexy, el fundamento de los derechos fundamentales es discursivo y teleológico, es decir, son requisitos materiales y comunicativos para que los seres humanos alcancen la autonomía, el consenso y la democracia.

**El fundamento concreto y sintético de los derechos humanos es dialéctico comunicativo, pues no sólo son condiciones materiales y comunicativas generales para alcanzar la democracia, la autonomía, la igualdad y la paz, sino también son su resultado. Es decir son el**

**resultado de la autonomía, de la igualdad, de la democracia y de la paz, las cuales a su vez, requieren, para su realización, de nuevas condiciones materiales y comunicativas generales, y así sucesivamente.**

**QUINTA.**

**Considerar a los derechos humanos como las condiciones materiales y comunicativas generales de la justicia y a la vez como su resultado, parece ser convincente para respetar y hacer respetar nuestros derechos. Es decir, el concepto de los derechos humanos puede ser una condición comunicativa de su propia eficacia una condición de las condiciones, una meta condición teórica.**

### CUADRO COMPARATIVO DE CONCLUSIONES

	GEWIRTH	FERRAJOLI	ALEXY	SINTESIS
<b>CONCEPTO</b>	Los derechos humanos son las condiciones generales para que los agentes realicen sus propósitos, que consideran valiosos, mediante sus propias acciones.	Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar.	Los derechos fundamentales son los derechos subjetivos que, ya sea como reglas y/o principios, se contienen en las disposiciones constitucionales para lograr la autonomía de todos los participantes en discursos racionales.	Son las condiciones materiales y comunicativas generales para la autonomía de los seres humanos como personas, como ciudadanos o como capaces de obrar.
<b>CLASIFICACIÓN</b>	Se clasifican en condiciones de libertad y condiciones de bienestar. Las condiciones de bienestar se subdividen a su vez en bienes básicos, bienes no sustractivos y bienes aditivos. Las condiciones de libertad se subdividen en libertades políticas, libertades jurídicas y libertades personales.	Se clasifican, desde el punto de vista subjetivo, en derechos humanos, derechos civiles, derechos públicos y derechos políticos. Desde el punto de vista objetivo se dividen, por un lado, en primarios o sustanciales, que a su vez se subdividen en derechos de libertad y derechos sociales y, por otro lado, en derechos secundarios o de autonomía, que se subdividen en derechos civiles y derechos políticos.	Se dividen en: derechos a algo, libertades y competencias. Los derechos a algo se subdividen en derechos a acciones negativas (derechos de defensa) y derechos a acciones positivas (derechos a prestaciones). Por su parte los derechos de defensa se subdividen a su vez en derechos a que el Estado no obstaculice determinadas acciones, derechos a la no afectación de propiedades y situaciones y derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas. Por su parte, los derechos a prestaciones se subdividen en derechos a acciones positivas fácticas y derechos a acciones positivas normativas. Las libertades pueden ser libertades no protegidas y libertades protegidas. Por último, las competencias pueden ser de los ciudadanos o del Estado.	Los derechos humanos se dividen en libertades, bienestar y competencias. Las libertades pueden ser civiles, políticas y jurisdiccionales. Los bienestar pueden ser básicos, medios y máximos. Las competencias pueden ser de ciudadanos, del Estado y de protección o garantistas.

	GEWIRTH	FERRAJOLI	ALEXY	SINTESIS
CONFLICTOS	Los conflictos entre derechos humanos pueden resolverse con tres criterios combinados: el de la evitación, rectificación y el bien más necesario. La evitación quiere decir que para evitar la violación de un derecho se tiene que violar otro, se podría hacer si este es más necesario para la acción. Del mismo modo, la corrección significa que para la reparación de un derecho se tiene que violar otro, lo que se puede hacer si es más necesario para la acción.	No puedan existir conflictos entre los derechos fundamentales, pues las contradicciones entre ellos sólo implican la obligación de los jueces de anular la norma que viola alguno de ellos y las lagunas implican la obligación del legislador de colmarlas o complementar los derechos incompletos.	Las contradicciones entre normas de derechos fundamentales se pueden resolver de la siguiente manera: si se trata de reglas, el conflicto se resuelve anulando alguna de ellas o considerando a una como excepción de la otra. Si se trata de principios, o mandatos de optimización, se debe utilizar la ponderación que se integra con: la determinación de las condiciones de precedencia, la máxima de proporcionalidad y la ley de colisión. La primera sirve para determinar, en cada caso, cual principio se prefiere. La segunda que se compone, a su vez, de adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad, sirve para determinar el grado de afectación de un principio en función del grado de beneficio obtenido por el preferido. La ley de colisión nos indica que el principio preferido se transforma de norma <i>prime facie</i> en norma definitiva, en el caso particular.	Un criterio concreto para resolver las posibles contradicciones entre derechos humanos, entendidos como condiciones materiales y comunicativas de la autonomía, es la determinación, en cada caso del grado de necesidad de cada condición para la autonomía, del grado de afectación de una o de varias condiciones y de la pertinencia de evitar o corregir una restricción a alguna de las condiciones o derechos.
FUNDAMENTO	Es lógico, se resume en las condiciones generales para que los agentes realicen sus propósitos valiosos mediante sus propias acciones, las premisas de que cada uno necesita de determinadas condiciones para la acción y la generalización de que todos necesitamos de esas condiciones para la acción.	Su fundamentación es teleológica, los derechos fundamentales son medios necesarios para la consecución de la paz, la igualdad, la democracia y la tutela del más débil.	El fundamento es discursivo y teleológico, es decir, son requisitos materiales y comunicativos para que los seres humanos alcancen la autonomía, el consenso y la democracia.	El fundamento concreto y sintético de los derechos humanos es dialéctico comunicativo, pues no sólo son condiciones materiales y comunicativas generales para alcanzar la democracia, la autonomía, la igualdad y la paz, sino también son su resultado. Es decir son el resultado de la autonomía, de la igualdad, de la democracia y de la paz, las cuales a su vez, requieren, para su realización, de nuevas condiciones materiales y comunicativas generales, y así sucesivamente.
Considerar a los derechos humanos como las condiciones materiales y comunicativas generales de la justicia y a la vez como su resultado, parece ser convincente para respetar y hacer respetar nuestros derechos. Es decir, el concepto de los derechos humanos puede ser una condición comunicativa de su propia eficacia una condición de las condiciones, una meta condición teórica.				

## BIBLIOGRAFÍA.

1. Abbagnano, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
2. Alexy, Robert, *Derechos constitucionales en un sistema legal*, Conferencia magistral en la UAM Azcapotzalco, trad. Ma Esther Osnaya, México, 6 de mayo 2004.
3. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdéz, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
4. \_\_\_\_\_, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 1, Tercera reimpresión, Colombia, 2001.
5. \_\_\_\_\_, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 28, Colombia, 2003.
6. Álvarez Ledesma, Mario I. *Acerca del concepto 'derechos humanos'*, Ed. Mc Graw Hill, México, 1998.
7. Betegón, Jerónimo y de Páramo Juan Ramón (comp.), *Derecho y Moral*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990.
8. Berumen Campos, Arturo, *La Ética Jurídica como Redeterminación Dialéctica del Derecho Natural*, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000.

9. \_\_\_\_\_, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2003.
10. Campell, Tom, *La justicia*, trad. Silvina Álvarez, Gedisa Editorial, Barcelona, 2002.
11. Correas, Oscar, "Derecho y posmodernidad en América Latina", en *Crítica Jurídica*, núm 22, México/Brasil, 2003.
- 12 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés, *et. al.* Editorial Trotta, Madrid, 1997.
13. \_\_\_\_\_, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
14. \_\_\_\_\_, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. de Perfecto Andrés, *et. al.* Editorial Trotta, Madrid, 2001.
15. Fioravanti, Mauricio, *Los Derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, Editorial Trotta, 4ª. ed., Madrid, 2003.
16. Guariglia, Osvaldo, *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*, FCE, Buenos Aires, 1996.
17. Habermas, Jurgen, *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Ed. Trotta, Madrid, 1998.
18. Hegel, *Filosofía del derecho*, UNAM, México, 1975.
19. Herrera Flores, Joaquín, (comp.) *El vuelo de Anteo, derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.

20. Hoerster, Norbert, *Problemas de ética normativa*, trad. Ernesto Garzón Valdez, Distribuciones Fontamara, México, 1997.
21. Noriega C., Alfonso, *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, UNAM, México, 1967.
22. Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*. Ed. Siglo veintiuno, 5ª. ed., México, 1997.
23. Saldaña, Javier, (comp.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, UNAM, México, 2001.
24. Smith Steven B. *Hegel y el liberalismo político*, trad. Eric Hernán, Ed. C, México, 2003.
25. Squella, Agustín, *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*, Ed. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 45, 2ª. ed., México, 1998.
26. Wiechers Rivero, José W, *Lógica, texto y cuaderno de trabajo*, Ed. Humanismo y Sentido, México, 1997.

## LEGISLACIÓN

Declaración Universal de Derechos Humanos.  
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.  
Ley Agraria.