

VIII. Características de los derechos fundamentales frente a los derechos patrimoniales a la luz de la teoría de Luigi Ferrajoli

8.1. INTRODUCCIÓN

Ferrajoli propone la siguiente definición de derechos fundamentales:

[S]on todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.¹

El profesor italiano plantea que su definición responde a la pregunta ¿qué son los derechos fundamentales?, subrayando que

¹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos...*, cit., p. 19; también véase “Derechos fundamentales”, en *Derechos y garantías...*, cit., p. 37. En su obra, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011; Ferrajoli denomina “«derechos fundamentales» a todos aquellos derechos que corresponden universalmente a «todos» en cuanto «personas naturales», en cuanto «ciudadanos», en cuanto personas naturales «capaces de obrar» o en cuanto «ciudadanos capaces de obrar», p. 686.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

la misma puede ser respondida dependiendo del sentido en que se interprete o del plano en que nos situemos. Así, si se interpreta en el sentido de ¿cuáles son?, la respuesta será “iuspositivista”, dada por el derecho positivo o la dogmática constitucional o internacional, porque se refiere a los derechos considerados fundamentales en un ordenamiento jurídico concreto como el hondureño, italiano, mexicano o el español, así como por el ordenamiento jurídico internacional a través de las normas de carácter consuetudinario o convencional.²

Si se interpreta en el sentido de ¿cuáles deben ser?, la respuesta será de tipo “axiológico” o “iusnaturalista”, dada por la filosofía política, pues pertenece al ámbito de la moral o de la política; se trata de una respuesta de tipo no asertivo sino normativo, por lo que es necesario formular los criterios metaéticos y metapolíticos idóneos para identificarlos, que para Ferrajoli son tres: a) el nexo entre derechos humanos y paz; b) el nexo entre derechos e igualdad, y c) el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil.

Finalmente, Ferrajoli plantea que su definición es dada desde la teoría del derecho y se caracteriza por ser teórica y estrictamente formal o estructural, ya que los derechos fundamentales son identificados con los derechos adscritos a todos en cuanto personas, ciudadanos capaces de obrar, y no expresa nada sobre los contenidos de los mismos, sino que únicamente intenta identificar la forma o estructura lógica de tales derechos.³

Es oportuno resaltar lo que diferencia a esta definición formal de otras definiciones como las tautológicas y las teleológicas. Las definiciones tautológicas no aportan elementos nuevos para caracterizar los derechos, ya que consisten simplemente en señalar que son aquellos que pertenecen a la persona por el mero hecho de ser persona; las teleológicas apelan a ciertos valores últimos,

² Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos...*, cit., pp. 289-290; véase también “Sobre los derechos fundamentales”, trad. de Miguel Carbonell, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 15, jul-dic, 2006, México, IJ-UNAM, pp. 116-117.

³ *Idem.*

Características de los derechos fundamentales frente...

susceptibles de diversas interpretaciones; y finalmente, las formales no especifican el contenido de los derechos y se limitan a indicar algún presupuesto sobre su estatuto deseado o propuesto.⁴

Por su parte, Alexy señala que ante la pregunta sobre las propiedades que debe tener un derecho para ser fundamental, se pueden dar tres respuestas que corresponden: *a)* a la concepción formal, *b)* la concepción material, y *c)* la concepción procedimental. En ese sentido, la definición formal “se basa en la manera en que está dispuesta la normatividad de derecho positivo de los derechos fundamentales”, los cuales son todos los derechos clasificados por una Constitución en un catálogo especial. Esta definición tiene la ventaja de su simplicidad, pero tiene la desventaja de que muchas veces las constituciones también establecen como fundamentales derechos que están fuera de ese catálogo.⁵

El profesor alemán reconoce que los conceptos formales son útiles desde un punto de vista práctico, pero considera que en su trasfondo debe haber siempre una concepción material de derechos fundamentales, la cual los define como derechos del individuo y como derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo. Finalmente, señala que la concepción procedimental enlaza elementos formales y materiales, ya que como derechos constitucionalmente positivados, enajenan a la mayoría simple en el Parlamento la competencia para tomar decisiones libres que afecten su espacio.⁶

Una de las cuestiones importantes derivadas de la definición planteada por Ferrajoli es que sirve de base para visibilizar la radical diferencia estructural entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales. En este sentido, a través de su propuesta introduce un ejercicio de vinculación y desvinculación de los derechos fundamentales. Por un lado, se centra en desvincular la categoría de estos derechos de la de los “derechos patrimoniales”

⁴ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 27.

⁵ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 21-22. La cita textual corresponde a la p. 21.

⁶ *Ibidem*, pp. 23-31.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

y, por otro, insiste en vincular los “derechos fundamentales” con la categoría de los “derechos subjetivos”.

En este contexto, señala que aunque los derechos fundamentales comparten con los derechos patrimoniales su calidad de derechos subjetivos, entre ellos existen varias diferencias sustanciales que hacen de los segundos derechos, no fundamentales. Estas diferencias consisten en que los primeros son universales, indisponibles, inalienables y no negociables, mientras que los segundos son singulares, disponibles, alienables y negociables.

Nuestro autor advierte que estas diferencias siempre han estado ocultas debido al uso de la expresión “derecho subjetivo” para designar realidades jurídicas diversas y opuestas entre sí, lo cual se explica con las distintas ascendencias teóricas de las dos categorías de derechos: la filosofía iusnaturalista y contractualista de los siglos XVII y XVIII por lo que se refiere a los derechos fundamentales, y la tradición civilista y romanista en relación con los derechos patrimoniales.⁷

En tal sentido, esta mezcla de ambas categorías está presente en pensadores tan influyentes como Locke, quien a la pregunta ¿cuáles son los derechos fundamentales?, responde que son la vida, la libertad y la propiedad privada.⁸ Desde ese momento, esta última es considerada como un derecho natural, a tal punto que se ha hecho omnipresente en todas las cartas de derechos humanos, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, así como en la totalidad de las constituciones políticas de las sociedades contemporáneas.

No obstante, hay que matizar que este derecho de propiedad también es reconocido, fomentado y garantizado en su más am-

⁷ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 25.

⁸ Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad., pról. y notas de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 38: “[...] y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones”; en general, sobre la propiedad, véase cap. V, pp. 55-75.

Características de los derechos fundamentales frente...

plio concepto de función social y limitado por motivos de necesidad o de interés público (constituciones hondureña, española, entre otras) o tiene un estatuto secundario que no le atribuye la protección mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (Constitución española).

De cualquier manera, es de advertir que esta inclusión filosófica de la propiedad privada dentro de la categoría de los derechos fundamentales ha servido de fundamento clave para sostener el tradicional discurso liberal que tiende a mercantilizar varias esferas de la vida y que convierte la fuerza laboral en una mercancía más.⁹

Por ello, al dar una mirada actualizada al pensamiento de Locke, se comprende que su discurso está en la base del capitalismo como modelo de las relaciones sociales en el que el trabajador vende su fuerza de trabajo al capital a cambio de un salario. Como lo señala Macpherson, este “carácter posesivo se halla en la concepción democrático-liberal del individuo que es visto esencialmente como propietario de su propia persona o de sus capacidades sin que deba nada a la sociedad por ellas”.¹⁰

Este pensamiento ha influido decisivamente para que el derecho de propiedad ocupe un lugar muy importante en el pensamiento político-jurídico desde Locke hasta nuestros días, incluso, que sea considerado más fundamental que otros contenidos e intereses esenciales para la dignidad humana. En ese sentido, si lo comparamos con la mayoría de los derechos sociales, su protección y garantía se ha positivizado de tal forma que se ha convertido en un derecho más consistente a la hora de acudir ante las instancias jurisdiccionales. Aunado a lo anterior, hay que tener en cuenta que la cuestión de la propiedad abarca toda una serie de problemáticas que no se limitan al mero conflicto de la tierra, sino que también implica serias restricciones a otros derechos fundamentales.

⁹ *Ibidem*, p. 56: “Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo”.

¹⁰ Macpherson, C. B., *La teoría del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. de Juan Ramón Capella, Madrid, Trotta, 2005, p. 15.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Por poner un ejemplo, la problemática de la tierra que se vive en Brasil, México o Centroamérica (particularmente Honduras), no solo está limitada a la reforma agraria o al respeto de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas y tribales, sino que en su contorno subsisten causas y consecuencias que tienen que ver con la protección del ambiente, la migración del campo a la ciudad, la formación de cinturones de miseria alrededor de las grandes ciudades que no pueden responder a las necesidades de empleo, vivienda, salud, seguridad, escolaridad, etc., con los nuevos contingentes migratorios y, sobre todo, con la violencia institucional y la desidia del Estado ante la violencia organizada en contra de campesinos, indígenas y defensores del medioambiente. Por tanto, es evidente que la cuestión de la propiedad privada y los conflictos que genera afectan directamente tanto a los derechos civiles y políticos como a los sociales.

8.2. UNIVERSALIDAD *VERSUS* SINGULARIDAD

La primera diferencia que Ferrajoli señala es la universalidad de unos frente a la singularidad de los otros. En esa línea, los derechos fundamentales son “universales” (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que ostentan su titularidad; mientras que los derechos patrimoniales son derechos “singulares” (*singuli*), en el mismo sentido lógico de que para cada sujeto existe un titular determinado con exclusión de todos los demás. Por tanto, “los primeros están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida; los segundos pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad”.¹¹

Esta universalidad puede ser entendida en tres sentidos: *a*) universales, no solo por nunca ser realizables de una vez y perfectamente para todos y ser en consecuencia permanentemente normativos, sino también porque corresponden igualmente a todos; *b*) no son intercambiables ni acumulables, sino que permanecen siempre iguales a sí mismos para cada persona, y *c*) por ser personalísimos, son indivisibles en el sentido de que su falta

¹¹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 30.

Características de los derechos fundamentales frente...

o su injusta privación viola el propio valor de la persona y, por consiguiente, el de todas las personas.¹²

Debido a ello, los derechos fundamentales también son “inclusivos” y fundamentan la “igualdad jurídica o en derechos”, mientras que los derechos patrimoniales son “exclusivos” y se encuentran en la base de la “desigualdad jurídica o en derechos”. En ese sentido, todos somos igualmente libres de profesar nuestra propia religión, de no ser sometidos a torturas, de disponer de nuestras pertenencias e igualmente del derecho a la asistencia sanitaria o a la educación. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas diversas y en medida diversa, por ejemplo, yo soy propietario de este vestido o de la casa en que habito, o sea, de objetos distintos de aquellos de los que otros, y no yo, son propietarios.¹³

Con esta clarificación, Ferrajoli cree resolver algunas aparentes aporías, dado que cuando hablamos del “derecho de propiedad” como un derecho civil semejante a los derechos de libertad, se alude implícitamente al derecho a convertirse en propietario vinculado a la capacidad jurídica, así como al derecho a disponer de los bienes de su propiedad, ligado a la capacidad de obrar.¹⁴

Así como estos dos derechos fundamentales son diversos de los derechos reales (*ius in re*) sobre un bien determinado, también el derecho fundamental de inmunidad frente a agresiones es desemejante del derecho patrimonial de crédito al resarcimiento de un daño. Además, si se asume que la universalidad es característica de los derechos fundamentales, entonces no hay razón para excluir de esta categoría a los derechos sociales, cuya universalidad no está en duda.¹⁵

Por tanto, los derechos fundamentales son personalísimos —al contrario de los derechos patrimoniales—, por lo que su nexos con el valor de la persona y con la igualdad permite identificar a

¹² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 911.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 31.

¹⁵ *Idem*.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

su conjunto con la esfera de la tolerancia, y a sus violaciones con la esfera de lo intolerable.¹⁶

A la par de esta distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, Ferrajoli también distingue los bienes en dos grandes clases: los *bienes patrimoniales*, en tanto objeto de derechos patrimoniales, y los *bienes fundamentales*, en tanto objeto de derechos fundamentales, particularmente los derechos primarios, que nuestro autor ha dividido en “libertades frente a”, “libertades de” y “derechos sociales”.

A partir de esta distinción tripartita de tales derechos, él distingue a su vez los bienes fundamentales en: *a) bienes personalísimos*, los cuales son objeto de “libertades frente a”, es decir, de inmunidades *erga omnes*, siendo utilizables y accesibles únicamente por quien los posee como parte integrante de su cuerpo, tales como sus órganos y su integridad; *b) bienes comunes*, que son objeto de “libertades de”, es decir, de libertades-facultad consistentes en el derecho de todos a acceder a su uso y disfrute, como el medioambiente, y *c) bienes sociales*, los cuales son objeto de derechos sociales, como el agua o la alimentación.¹⁷

Aunque más adelante volveremos sobre el tema de los bienes, antes de concluir este apartado se debe reafirmar que aunque la definición teórica de Ferrajoli no nos dice nada sobre los contenidos e intereses a proteger, sí nos permite identificar la estructura de los derechos fundamentales y, por tanto, garantizar su sustracción de la disponibilidad política y mercantil a través de su formulación en forma de regla general y, por consiguiente, de su concesión igual a todas las personas.¹⁸

8.3. INDISPONIBILIDAD E INALIENABILIDAD ACTIVA Y PASIVA

La segunda diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales se encuentra intrínsecamente unida a la primera,

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 908.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho...*, cit., pp. 733-734.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales...”, cit., p. 117.

Características de los derechos fundamentales frente...

y está referida a la indisponibilidad, inalienabilidad, inviolabilidad e intransigibilidad de los primeros, frente a la disponibilidad, negociabilidad y alienabilidad natural de los segundos. En ese sentido, los derechos fundamentales son personalísimos y permanecen invariables, mientras que los derechos patrimoniales se acumulan, pueden venderse o cambiarse.¹⁹

Los derechos patrimoniales sufren alteraciones y pueden extinguirse por su ejercicio, mientras que los derechos fundamentales permanecen invariables, independientemente de la forma en que son ejercidos. “Se consume, se vende, se permuta o se da en arrendamiento un bien de propiedad. En cambio, no se consumen y tampoco pueden venderse el derecho a la vida, los derechos a la integridad personal o los derechos civiles y políticos”.²⁰ En esa línea, mientras los derechos patrimoniales son poderes que se adquieren mediante un título que es ejercido a través de actos potestativos, los derechos fundamentales son inmunidades o facultades reconocidas a todos con independencia de cualquier título.²¹

La indisponibilidad de los derechos fundamentales implica que: a) los sujetos titulares de los mismos no gozan de la potestad para alienarlos en virtud de la indisponibilidad activa y b) otros sujetos, incluido el Estado, no tienen la autoridad para expropiarlos o limitarlos, en virtud de su indisponibilidad pasiva. De ahí que estos derechos impongan límites a sus propios titulares y a otros sujetos, en el sentido de imposibilitar su enajenación por parte de los primeros, y su privación por parte de los segundos.²²

Es evidente la vinculación de esta diferencia con la primera, dado que la singularidad de los derechos patrimoniales permite que puedan ser objeto de cambio en el mundo mercantil y susceptible de expropiación por causa de utilidad pública, como sucede con el derecho de propiedad en la mayoría de las constituciones contemporáneas; mientras que la universalidad de los derechos fundamentales los excluye de dicho mundo.²³

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 31.

²⁰ *Ibidem*, p. 32.

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *cit.*, pp. 908-909.

²² Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 32.

²³ *Idem*.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

De este modo, para Ferrajoli, estas diferencias convalidan su noción formal de derechos fundamentales, ya que su fundamentalidad no radica en los valores que protegen, sino en que son universales e indisponibles. Por tanto, estos derechos constituyen un límite a los poderes públicos y a la autonomía de sus propios titulares, lo cual puede ser considerado como una insuperable cuestión paternalista, pues sin esos límites, los derechos serían alienables y, en consecuencia, “también la libertad de alienar la propia libertad de alienar sería alienable, con un doble resultado: que todos los derechos fundamentales cesarían de ser universales [...] y que la libertad de alienar los propios derechos [...] comportaría el triunfo de la ley del más fuerte, el fin de todas las libertades y del mercado mismo y, en último análisis, la negación del derecho y la regresión al estado de naturaleza”.²⁴

Para finalizar este apartado es preciso volver a la distinción que Ferrajoli hace entre bienes personalísimos, bienes comunes y bienes sociales, ya que para él existe una profunda diferencia de estructura entre ellos, la cual reside en su indisponibilidad. Así, los dos primeros —personalísimos y comunes— son objeto de derechos individuales negativos a los que llama *derechos biológicos*, a la integridad personal y *derechos ecológicos*, consistentes en expectativas negativas a los que corresponden, como garantías, los límites fundamentales especificados por las respectivas prohibiciones *erga omnes* de lesión, entendida también como su autónoma disposición de hecho, debido a la indisponibilidad jurídica de los respectivos derechos.

En cambio, los bienes sociales son objeto de derechos positivos consistentes en “expectativas positivas a las que corresponden, como garantías, los vínculos fundamentales especificados por las respectivas obligaciones públicas, igualmente *erga omnes*, de proporcionar las prestaciones pertinentes”.²⁵

Bajo estos parámetros, los bienes sociales son objeto de los derechos sociales a su prestación, en tanto no pertenecen y no son accesibles naturalmente a cuantos hacen uso de ellos; por

²⁴ *Ibidem*, pp. 32-33.

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho...*, cit., p. 735.

Características de los derechos fundamentales frente...

ejemplo, los alimentos o los fármacos esenciales que no son bienes ontológicamente fundamentales, sino que, por lo común, son bienes patrimoniales y artificiales y, por tanto, disponibles, pero que se transforman en bienes fundamentales gracias a las normas tético-deónticas que disponen los derechos sociales que los tienen por objeto.

Al contrario, los bienes personalísimos y los comunes son naturales, cuya garantía como objetos de otros tantos derechos negativos reside en su indisponibilidad, la cual, en el caso de los primeros (personalísimos), se halla conectada al hecho de que el cuerpo humano “forma un todo con la persona, y por tanto al principio de que las personas no son objetos ni cosas”, mientras que en el caso de los segundos (comunes), la indisponibilidad está conectada al hecho de que son patrimonio común de la humanidad “compuesta por los derechos de uso y disfrute adscritos a todos los seres humanos en cuanto componentes del género humano”.²⁶

En conclusión, esta indisponibilidad de los bienes es diferente a la de los derechos fundamentales, pues mientras la indisponibilidad de tales derechos y la disponibilidad de los derechos patrimoniales son de tipo alético —en el sentido de que son el resultado de la universalidad de los primeros y de la singularidad de los segundos—, “la indisponibilidad de los bienes personalísimos y de algunos de los comunes es de tipo deóntico, consistiendo en el hecho de que su disposición está excluida en virtud de una prohibición absoluta o *erga omnes*”.²⁷

8.4. NORMAS TÉTICAS Y NORMAS HIPOTÉTICAS

La tercera diferencia se relaciona con la estructura jurídica de los derechos, pues en el caso de los derechos patrimoniales, su disponibilidad hace que cedan ante cualquier acontecimiento jurídico que constituya una modificación o extinción; en otras palabras, tienen por título actos de tipo negocial, como los contra-

²⁶ *Ibidem*, pp. 735-736. Las citas textuales corresponden a la p. 736.

²⁷ *Idem*.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

tos o los testamentos, a diferencia de los derechos fundamentales que “tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional”.²⁸

Mientras que los derechos fundamentales son normas, los derechos patrimoniales son predispuestos por normas; es decir, los primeros se identifican plenamente con las propias normas que los atribuyen, y los segundos son siempre actuaciones singulares dispuestas por actos a su vez singulares y predispuestas por las normas que los prevén como sus efectos. De esta forma, las del primer género son normas téticas, mientras que las segundas son normas hipotéticas. Es importante advertir que, dentro de las normas téticas, también se incluyen las que imponen obligaciones o prohibiciones y, dentro de las segundas, no solamente las normas del código civil que predisponen derechos patrimoniales, sino también obligaciones civiles como efectos de actos contractuales.²⁹

Además, mientras que las primeras expresan la dimensión nomoestática del ordenamiento, las segundas enuncian su dimensión nomodinámica, y ello significa que mientras el ejercicio de los derechos patrimoniales puede producir derechos y obligaciones tanto en la esfera jurídica propia como en la de otros, el ejercicio de los derechos fundamentales consiste en simples comportamientos despojados de efectos jurídicos en el ámbito de otros sujetos.³⁰

En conclusión, para el profesor italiano los derechos fundamentales: *a)* son ellos mismos normas téticas, pues se identifican con las reglas que los establecen, a diferencia de los derechos patrimoniales, que están no dispuestos sino predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos negociales por ellos previstos, y *b)* son normas sustantivas sobre la producción legislativa, “dado que disciplinan no la forma, sino la sustancia de las normas producidas, vinculándola a la garantía de paz y de los derechos vitales en la que reside la razón social de la democracia constitucio-

²⁸ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 33.

²⁹ *Ibidem*, pp. 33-34.

³⁰ *Ibidem*, p. 34.

Características de los derechos fundamentales frente...

nal". Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión no es más que el significado del artículo de la Constitución que enuncia la norma constitucional mediante la que tal derecho es conferido, mientras que un derecho patrimonial nunca es él mismo una norma, sino que solo está "predispuesto por una norma como efecto de los actos por ella tomados como hipótesis".³¹

Ante la afirmación de Ferrajoli de que los derechos fundamentales son normas, considero importante resaltar que Robert Alexy plantea que aunque existen estrechas conexiones entre el concepto de norma de derecho fundamental y el de derecho fundamental, ello no significa que no exista la necesidad de distinguir un concepto del otro. En esa línea, señala que "siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho [... y que] es dudoso que valga lo inverso".³²

Por tanto, si la existencia de un derecho fundamental presupone la vigencia de su correspondiente norma de derecho fundamental, es necesario determinar exactamente qué es este tipo de norma. En ese sentido, es evidente que toda norma de derecho fundamental es, en primer lugar, una norma. Consecuentemente, las mismas comparten los problemas similares del concepto de norma en general, debido a que es usada con diferentes significados tanto en el lenguaje común como en el lenguaje de otras ciencias.³³

Para lo que aquí nos interesa, la pregunta ¿qué son normas de derecho fundamental? puede ser planteada de forma abstracta cuando los criterios que definen una norma iusfundamental son independientes de su pertenencia a un orden jurídico determinado; y de forma concreta, cuando nos preguntamos qué normas son o no son fundamentales en un ordenamiento jurídico preciso (el español, el alemán, el mexicano, el hondureño, etc.).³⁴

³¹ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia...*, cit., p. 22.

³² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, cit., p. 47.

³³ Aquí no nos detendremos a determinar el concepto de norma y de norma de derecho fundamental, para ello remitimos a *ibidem*, pp. 47-80.

³⁴ *Ibidem*, p. 62.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Tomando en consideración lo anterior, en primer lugar me parece que Ferrajoli no se detiene en la distinción entre norma de derecho fundamental y derecho fundamental propiamente dicho, tal como lo sugiere Alexy³⁵ y, en segundo lugar, deduzco que realiza la pregunta ¿qué son normas iusfundamentales? desde un ámbito abstracto, dado que estipula sus criterios definitorios, independientemente de que estén formulados o no en cartas constitucionales o en normas de derecho internacional.

8.5. VERTICALIDAD Y HORIZONTALIDAD

Finalmente, para Ferrajoli, la cuarta diferencia nos ayuda a comprender la estructura del Estado constitucional de derecho y consiste en que mientras que los derechos patrimoniales son horizontales, los derechos fundamentales son verticales.³⁶

Esto en un doble sentido: a) mientras que las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista, las relaciones entre los titulares de los derechos fundamentales son de tipo publicista, y b) mientras que a los derechos patrimoniales les corresponde la obligación general de no lesión en el caso de los derechos reales, y la obligación de deber en el caso de los derechos personales o de crédito, a los derechos fundamentales, cuando tengan expresión en normas constitucionales, les atañen prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado. En tal sentido, estos se constituyen

³⁵ El propio Ferrajoli señala que, a diferencia suya, Alexy distingue expresamente entre derechos fundamentales y normas sobre derechos fundamentales; también en otro momento plantea que “las normas sobre derechos fundamentales están dotadas de rigidez absoluta porque no son más que los mismos derechos fundamentales establecidos como *inviolables* [...] ellos mismos *son* normas; Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, *cit.*, p. 33, nota de pie de página 18 y p. 38; a su vez, en otro lugar plantea que si las normas constitucionales sustanciales no son sino los derechos fundamentales, estas nos pertenecen a todos, quienes somos sus titulares; Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho...*, *cit.*, p. 172.

³⁶ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos...*, *cit.*, p. 34.

Características de los derechos fundamentales frente...

en condición de legitimidad de los poderes públicos y determinan la sustancialidad de la democracia.³⁷

Aunque Ferrajoli sostiene que la correlación de los derechos con los deberes sirve para redefinir la extensión de los primeros en las relaciones entre particulares,³⁸ no me resulta claro si cuando señala que los derechos fundamentales son verticales, al ser relaciones del individuo solo o también frente al Estado, descarta la posibilidad del efecto horizontal de los mismos. Si fuera así, es preciso realizar una matización al respecto.

La constitucionalización e internacionalización de los derechos fundamentales ha permitido reconocer, en mayor o menor grado, la eficacia de estos en las relaciones entre particulares, como lo demuestra la llamada *Drittwirkung* de la doctrina constitucional alemana, así como los avances jurisprudenciales en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Ambos aspectos nos hacen pensar que la línea divisoria entre la horizontalidad y la verticalidad, que aparentemente plantea Ferrajoli, tiende a difuminarse.

En relación con la *Drittwirkung*, Alexy señala que si ante la pregunta sobre la influencia de las normas de derechos fundamentales en el sistema jurídico se responde que se limita simplemente a la relación entre el Estado y los ciudadanos, esta respuesta es incompleta, ya que el hecho de que a los derechos del individuo frente al legislador pertenecen, entre otros, derechos de protección frente a los otros ciudadanos y a determinados contenidos del derecho civil, demuestra que las normas iusfundamentales también tienen influencia en la relación ciudadano/ciudadano.³⁹

³⁷ *Ibidem*, pp. 34-35.

³⁸ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho...*, cit., p. 616.

³⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 506-507: "Esta influencia es especialmente clara en el caso de los derechos frente a la justicia civil. Entre los derechos frente a la justicia civil se encuentran derechos a que sus fallos no lesionen con su contenido derechos fundamentales. Esto implica un efecto, cualquiera que sea su construcción, de las normas iusfundamentales en las normas del derecho civil y, con ello, en la relación ciudadano-ciudadano". Para una visión general de los derechos

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

No obstante, el reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no es del todo pacífico, ya que se objeta especialmente que la teoría de la *Dritt-wirkung* es incompatible con el principio de autonomía privada que habilita a los individuos a regular el contenido de sus relaciones con otros. Frente a ello, hay que señalar que tal incompatibilidad solo se manifiesta si concebimos el principio de autonomía de forma absoluta (concepción clásica), y no como se entiende hoy, condicionado por los principios de justicia y de utilidad, y por tanto, limitando el alcance de la voluntad de las partes, justamente para garantizar que su consentimiento sea la auténtica expresión de la autonomía.⁴⁰

En ese orden de ideas, Alexy concluye que es generalmente aceptado que las normas iusfundamentales tienen un efecto horizontal y que lo que realmente está en discusión es cómo y en qué medida ejercen tal influencia en las relaciones entre particulares. En relación con el *cómo*, considera que se trata de un problema de construcción, mientras que en relación con *en qué medida*, se trata de un problema de colisión. Ambos problemas resultan de una distinción elemental en las relaciones entre los sujetos implicados, dado que en la relación Estado-ciudadano, el primero es un no titular de derecho fundamental, y el segundo es un titular de derecho fundamental, mientras que en la relación ciudadano-ciudadano, ambos sujetos son titulares de derechos fundamentales.

Sin permitirme entrar en el fondo de la cuestión, Alexy plantea que se pueden distinguir tres teorías de la construcción: a) la del efecto mediato a terceros; b) la del efecto inmediato, y c) la

de protección, véase pp. 435-454; y para un análisis ampliado sobre la horizontalidad de los derechos fundamentales véase pp. 506-524.

⁴⁰ Venegas Grau, María, “Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada”, en *Seminario de Filosofía del Derecho*, sesión 7, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 22 de mayo de 2000, pp. 20-21. Para un análisis más amplio véase Venegas Grau, María, *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid, Marcial Pons, 2004; y Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, CEPC, 2000.

Características de los derechos fundamentales frente...

del efecto producido a través de derechos frente al Estado. Basta decir que todas tienen alcances diferentes, pues mientras que la primera y la segunda apuntan al juez, la tercera abarca al legislador y al juez. Estas tres teorías, al aceptar que los sujetos (ciudadano-ciudadano) son titulares de derechos fundamentales, admiten gradaciones en su eficacia, y consideran la medida del efecto como una cuestión de ponderación.⁴¹

También es importante señalar que el considerar cada teoría por separado como si fuera la correcta, en exclusión de las otras, las hace a todas inadecuadas, ya que cada una de ellas acentúa correctamente algunos de los aspectos de las relaciones horizontales. Ante ello, Alexy cree necesario esbozar los rasgos esenciales que abarquen todos los aspectos para obtener una solución completa.

Por ello, propone un modelo que se divida en tres niveles: *a)* el de los deberes del Estado; *b)* el de los derechos frente al Estado, y *c)* el de las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado. Gracias a estos tres niveles, el efecto en terceros es siempre inmediato, entendido no como si solo existiera el nivel del efecto inmediato en terceros en sentido estricto, sino teniendo en cuenta la existencia de los tres niveles, cada uno referido a un aspecto específico. En ese sentido, la elección del nivel pertinente en cada caso en la respectiva fundamentación jurídica, será una cuestión de funcionalidad, pero sin que ello implique primacía de ninguno de ellos sobre el resto.⁴²

Es importante resaltar que la cuestión sobre la *Drittwirkung* se sitúa dentro de un análisis más general acerca de la influencia de la Constitución en las leyes inferiores, y sobre la concepción de los derechos fundamentales como principios básicos del orden constitucional que les permite tener una eficacia irradiadora sobre el resto del ordenamiento jurídico (dimensión objetiva).⁴³

⁴¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 511-514.

⁴² *Ibidem*, pp. 515-524.

⁴³ Venegas Grau, María, "Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada"..., cit., p. 24.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Por ello, Böckenförde también señala que “la denominada *eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales* es el hijo legítimo del efecto de irradiación, en el fondo nada más que un intento de elaborarla dogmáticamente”, por lo que la disputa sobre la eficacia directa o indirecta frente a terceros, es al final un problema secundario, si no marginal.⁴⁴

Finalmente, en relación con el derecho internacional de los derechos humanos, hay datos que nos muestran, con ciertos matices, que los derechos previstos en estos tratados tienen eficacia entre particulares.⁴⁵ De forma general, me permito señalar algunas de estas normas internacionales que establecen derechos, cuyo sujeto pasivo es un particular; por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 7, señala que los derechos laborales reconocidos en el mismo no se refieren solamente a los casos en que el Estado es el empleador, sino principalmente a los casos en los que el empleador es un sujeto privado.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula en su artículo 26.1 el derecho de rectificación o respuesta que está destinado a ser efectivo ante un particular; la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece, en numerosas cláusulas, obligaciones dirigidas a los particulares. Ejemplo de ello es la obligación de los padres frente a sus hijos menores; la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer establece prohibiciones y obligaciones tanto al Estado como a los particulares.

⁴⁴ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, pról. de Francisco J. Batisda, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 1993. La cita textual corresponde a la p. 112.

⁴⁵ Para un análisis ampliado sobre el efecto *horizontal* de estas normas, véase Courtis, Christian, *Derechos sociales ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007, pp. 49-78. Véase también Mejía R., Joaquín A., “Tratados de libre comercio y derechos humanos: Un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, año IV, núm. 5, dic, 2009, San José, Costa Rica, pp. 1-12.

Características de los derechos fundamentales frente...

Además, en relación con alguna jurisprudencia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ha señalado que el artículo 22 del PIDESC tiene efectividad no solo para los Estados parte, sino también para diversos órganos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional quienes, además, deben prestar mayor atención a la protección del derecho a la alimentación en sus políticas crediticias y de reajustes relacionados con la deuda externa.⁴⁶

En el ámbito regional americano, la Corte IDH ha sostenido que:

[...] en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.⁴⁷

Para reafirmar lo anterior, el juez Cançado Trindade señala que “en el plano operativo, las obligaciones *erga omnes partes* bajo un tratado de derechos humanos como la Convención Americana también asumen especial importancia, ante la actual diversificación de las fuentes de violaciones de los derechos consagrados en la Convención, que requiere el claro reconocimiento de los efectos de las obligaciones convencionales *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*), inclusive particulares (*v. gr.*, en las relaciones laborales)”.⁴⁸

⁴⁶ Comité DESC, Medidas internacionales de asistencia técnica (art. 22 del Pacto), observación general 2, 1990, párr. 2 y 9; Comité DESC, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), observación general 12, 1999, párr. 41.

⁴⁷ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes...*, *supra*, párr. 140; véase a su vez, párrs. 110, 133, 151-152; también véase, Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes...*, *supra*, párrs. 86-90 y 141-146.

⁴⁸ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos los migrantes...*, *cit.*, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 83.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

En esa misma línea, el juez Salgado Pesantes ratifica que:

[...] la obligación de respetar los derechos humanos no es solo del Estado, es también de los particulares en su interrelación con otros particulares. El ámbito de la autonomía de la voluntad, que predomina en el derecho privado, no puede ser un obstáculo para que se diluya la eficacia vinculante *erga omnes* de los derechos humanos [...] ya que] los destinatarios de los derechos humanos —además del Estado (ámbito público)— son también los terceros (ámbito privado), que los pueden violar en el campo de las relaciones particulares.⁴⁹

Por tanto, tomando en consideración que una vez que estos tratados internacionales son ratificados por los Estados y pasan a formar parte del derecho interno, tanto sus estipulaciones como la jurisprudencia de los órganos encargados de su vigilancia nos evidencian que los derechos fundamentales también tienen un efecto horizontal.

8.6. CONCLUSIÓN

En términos generales, podemos concluir que la definición formal de derecho fundamental de Ferrajoli resulta sumamente atractiva, debido a que permite identificar en estos la base de la igualdad jurídica en virtud de su carácter universal; es decir que son adscritos a “todos” en cuanto pertenecientes a cierta clase de sujetos a quienes se les reconoce su titularidad en un ordenamiento determinado, y además, permite fundar cuatro tesis que, como el propio profesor italiano señala, son indispensables para una teoría de la democracia constitucional.

Como ya lo hemos expuesto, estas tesis se refieren a la diferencia estructural entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales; la no necesaria coincidencia entre los derechos fundamentales con la ciudadanía; la separación entre derechos y garantías, y la identificación de los derechos fundamentales con la dimensión sustancial de la democracia.⁵⁰ A pesar de las críticas a su definición, la propuesta de Ferrajoli plantea de manera

⁴⁹ *Ibidem*, voto concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes, párrs. 18-19.

⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales ...”, *cit.*, p. 25.

Características de los derechos fundamentales frente...

innovadora algunas cuestiones que se consideran problemáticas en relación con los derechos sociales, tales como el papel que toman en las sociedades democráticas, así como la cuestión de sus garantías.

En relación con lo primero, su concepción de democracia va más allá del mero elemento procedimental y de la regla de la mayoría,⁵¹ donde los derechos fundamentales juegan un papel de límites y vínculos a la misma en el sentido de integrar ciertos contenidos considerados importantes y que, por tanto, forman tres esferas que condicionan las decisiones políticas: de *lo indecidible*, constituida por los derechos de libertad y de autonomía; la de *lo indecidible que no*, constituida por los derechos sociales, y la de *lo decidible*, constituida por el legítimo ejercicio de los derechos de autonomía política y privada.⁵²

En ese sentido, Ferrajoli define la democracia como un “sistema frágil y complejo de separación y de equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales, de técnicas de control y reparación contra sus violaciones”.⁵³

En relación con lo segundo, el profesor italiano plantea la separación entre los derechos y sus garantías, por lo que es posible

⁵¹ Ferrajoli sostiene que “[c]on frecuencia confundimos, en razón de una larga tradición politológica, la democracia con la voluntad de la mayoría. A la mayoría o, si se quiere, al pueblo soberano, todo le estaría permitido, en razón de una suerte de presunción apriorística de legitimidad de la voluntad popular. Un equívoco al que también ha contribuido la concepción del proceso constituyente inducida, directa o indirectamente, por las doctrinas contractualistas. Se supone que el contrato social, es decir, el pacto constituyente, es un contrato suscrito por la mayoría, o al menos que expresa su voluntad profunda y auténtica, interpretada por los padres constituyentes. Y se ven sus límites —piénsese en ciertas tesis del pensamiento feminista— en la medida en que entre los contrayentes, o si se quiere, entre la mayoría que ha estipulado el contrato, se encuentren o hayan sido excluidos sectores relevantes de la sociedad”, Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 368.

⁵² Ferrajoli, Luigi, “Sobre la definición de «democracia». Una discusión con Michelangelo Bovero”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 19, ITAM, México, 2003, pp. 230-231.

⁵³ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho...*, *cit.*, p. 144.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

que existan las expectativas que contienen los derechos pero no sus garantías. En consecuencia, estaríamos ante una laguna que los poderes públicos tienen la obligación de colmar y no ante un no derecho.

La distinción entre ambos conceptos permite refutar algunas opiniones que consideran que los derechos sociales, por no contar a veces con sus debidas garantías, son “derechos de papel”, “derechos de segunda clase” o simples principios políticos de carácter programático, lo cual es una visión reduccionista de la existencia del derecho a la efectividad de su garantía.