

OJEADA HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE SUS FUNDAMENTOS DOCTRINALES. DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS ¹

Suleimane Só

Magister en Derecho Constitucional y Administrativo

Profesor de la Escuela Normal Superior Bissau

Ministerio de Educación Nacional

Email: sulay14@yahoo.es/suleimane@fd.uo.edu.cu,

República de Guinea - Bissau

RESUMEN:

La investigación parte de la problemática de Identificar las principales carencias e insuficiencias de la regulación de los derechos fundamentales a partir de un estudio de los principales instrumentos jurídicos de la misma y de la Unión Africana siendo el Órgano rector de la región, tomando como referencia a la Unión Europea y otros organismos internacionales con el mismo fin.

Permite un acercamiento desde las Uniones Europea y Africana; el tratamiento de los derechos humanos de la CEDEAO: una visión desde Cabo Verde (país miembro de la CEDEAO, seleccionado por sus logros político, económico y social, siendo el único de la CEDEAO que nunca ha sufrido golpe de Estado); que permita elaborar una propuesta de perfeccionamiento del tratamiento de los derechos humanos en la CEDEAO con incidencia en el ordenamiento constitucional de sus Estados Miembros.

Palabras claves: derechos humanos, derechos fundamentales, paradigmas constitucionales contemporáneos.

¹ El artículo es el resultado de investigaciones relacionadas con los derechos fundamentales y su aplicación en el continente africano, desarrollada en estudios de posgrado en la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, República de Cuba.

ABSTRACT:

The investigation starts from the problems to identify the principal scarcities and same insufficiencies of the regulation of the organic laws as from a study of their principal juridical instruments and of the African Union being the executive committee of the region, taking European Union and others international organisms as a reference with the same goals.

It allows an approach from the European Unions and African; the treatment of the human rights of the CEDEAO: a vision from Green Cabo (member country of the CEDEAO, selected candidate for its political, cost-reducing and social achievements, coming the only one from the CEDEAO that never has suffered coup d'état) which allows elaborating a proposal of perfecting of the treatment of the human rights in the CEDEAO with incidence on constitutional organizing of Members States.

Key words: Human rights, organic laws, constitutional contemporary paradigms.

Introducción:

El tema de los derechos fundamentales (o humanos) en la actualidad constituye una gran preocupación, no sólo en el Derecho Constitucional sino también en la Ciencia Política y, en sentido general, en toda la sociedad, principalmente en la búsqueda de su reconocimiento y protección, su tratamiento jurídico como medio ideal para hacer valer la dignidad humana, tanto nacional como internacionalmente. Todo ello comprendido a partir de una noción de derechos fundamentales, asumible para otros términos como derechos humanos o constitucionales, como reservados generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en su Carta Magna y en los instrumentos jurídicos internacionales que al respecto se han adoptado. Y esto se afirma en la idea de una sociedad justa que llevará aparejada la promesa de emancipación y dignidad humana plenas. Al igual, exigente del debido aspecto distributivo de la equiparación jurídica y de igual trato jurídico, es decir, la justa distribución de

las compensaciones sociales, resultado del sentido universalista de los derechos fundamentales cuyo fin será asegurar los espacios de libertad, igualdad, justicia y solidaridad, entre otros principios también fundamentales para la existencia humana. Con ello, la igual distribución de los derechos sólo puede ser consecuencia de la reciprocidad del reconocimiento de todos como miembros iguales y libres. Es innegable que el grado de democracia en que un país se erige se mide precisamente, entre otros indicadores, por la expresión de los derechos fundamentales y por su afirmación plena en tales sociedades, fungiendo tales derechos entonces como parámetros de validación de tal democracia. Siguiendo esta idea, hoy prácticamente llega a afirmarse que no podemos hablar de la democracia sin el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, legitimando mediante los mismos todos los poderes sociales, políticos e individuales.

Con relación al origen y evolución de los derechos humanos, sus contenidos esenciales y alcance material de los mismos, en la doctrina nacional se asume casi invariablemente la inicial influencia religiosa, siendo concebidos al unísono como cualidad derivada de la naturaleza propiamente humana de las personas. Posteriormente, a partir del momento de la formación de los primeros Estados Nacionales, y con la agudización de la crisis del absolutismo monárquico, se retoma la idea por parte de los liberales burgueses de la existencia de determinados derechos que por naturaleza le eran inherentes y propios a todas las personas por gozar de tal condición y se erigieron, entonces, como baluartes ideológicos de la burguesía en su pretensión de asumir el poder político y entronizarse en este.

En ese momento histórico comienzan a aparecer derechos declarados en documentos que no tenían carácter jurídico vinculante, más luego ya comienzan a incorporarse a los primeros textos constitucionales de entonces, siendo consagrados posterior a la Segunda Guerra Mundial como los fundamentos más importantes en los que debería erigirse toda sociedad, mucho más teniendo en cuenta los resultados de tal conflagración y, con ello, el menoscabo que se había producido sobre la condición humana digna. Sin embargo, ya la historia se encargaría de reafirmar que el solo reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales no sería suficiente si no se acompañaba de garantías que aseguraran

la efectividad y aplicación libre e inmediata de los mismos.

A la par, comienzan a consolidarse en el mundo diversos procesos integracionistas que, inicialmente marcados por los intereses económicos, comienzan a girar hacia lo político y social y, por supuesto, en sus propósitos comunes comienzan a tener en cuenta el tratamiento de los derechos fundamentales, máxime en el ánimo de construir espacios de identidad comunitaria y ciudadana.

Como muestra de estos procesos, puede tenerse como referencia: en Europa, las Comunidades Europeas (de Energía Atómica, del Carbón y el Acero y la Económica), las que finalmente condujeron en un inicio a la Comunidad Europea y luego del Tratado de Maastricht en 1992 a la definitiva Unión Europea; en América, la Organización de Estados Americanos, la Comunidad del Caribe, aglutinadora de los países anglosajones, la Asociación de Estados del Caribe, el Mercado Común del Sur, la Comunidad Andina de Naciones, la Unión Sudamericana y, más recientemente, la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe; y, en el caso de África, la entonces Organización por la Unidad Africana sustituida en 2002 por la actual Unión Africana, y las agrupaciones regionales, entre las que destaca la Comunidad Económica de Estados de África Occidental.

Y destacamos la CEDEAO no solamente por alguna afinidad personal, subjetivada por pertenencia a uno de sus Estados Miembros, Guinea-Bissau, sino porque la CEDEAO ha consolidado un espacio de integración regional en África que la destaca por encima del resto de los esquemas de este tipo, toda vez que se ha consolidado en el tiempo logrando superar las inicialmente lógicas diferencias entre sus Estados Miembros, y construyendo una Comunidad política, económica y social estable y sostenible.

Sin embargo, con relación a los derechos fundamentales (o humanos) este creciente y sostenible resultado no ha gozado de iguales indicadores. Tal es así, que el Tratado fundacional de la CEDEAO, de 1975 revisado en 1993, no contiene Declaración alguna sobre tales derechos más allá de una tenue mención en el art. 4 inc. g) entre los principios fundamentales de la Comunidad. Tampoco tal Declaración ha sido adoptada posteriormente, mucho menos un Convenio o Pacto relativo a los derechos.

Y aunque se instituye un Tribunal de Justicia de la Comunidad, ante el mismo no están legitimados para acudir los ciudadanos de los Es-

tados Miembros cuando perciban un menoscabo o lesión a alguno de los derechos que tienen reconocido en su respectivo ordenamiento jurídico, una vez agotadas las instancias judiciales domésticas, tal y como sí se trata de asegurar en otras regiones. Tal escenario fue el motivador principal para el desarrollo de la presente investigación, toda vez que no puede dejarse de comprender la importancia de los derechos humanos en la construcción de espacios regionales comunes.

Por tanto nos encontramos efectuando una investigación novedosa, realizando un estudio científico argumentado con aportes jurídico desde posiciones doctrinales interdisciplinarias, sobre la base de las realidades jurídicas, políticas, sociales y culturales de esta región geográfica que constituye el África Occidental.

Sin embargo, nosotros asumimos desde el propio inicio de la investigación el término “derechos fundamentales” no sólo por tratarse de un término más propio del Derecho Constitucional sino porque efectivamente pretendemos llevar los resultados al menos, uno de los países miembros de la CEDEAO, de modo que pueda visualizarse desde su ordenamiento constitucional como se recepcionan y tienen vigencia los derechos reconocidos en los instrumentos que constituyen la Comunidad. De todos modos, ya viene siendo empleado el término “derechos fundamentales” en instrumentos internacionales con la misma connotación que la de “derechos humanos”.

En este sentido el problema científico define: ¿Es adecuado el tratamiento jurídico que reciben los derechos humanos en la CEDEAO según las exigencias de las nuevas tendencias del Derecho Constitucional y del Comunitario, así como con respecto a los instrumentos internacionales de reconocimiento y protección de los mismos?

Reseña histórica del origen y evolución de los derechos humanos.

En el devenir de la especie humana, siempre se ha verificado una “apasionante historia de la larga, y a veces trágica, lucha de hombres y mujeres por lograr el pleno disfrute de sus derechos fundamentales, es decir, aquellos que les corresponde por el simple hecho de ser personas, miembros de la gran familia humana”.²

² Carlos TÜNNERMANN, *Los Derechos Humanos: evolución histórica y reto educativo*, p.7.

Así, el valor de los derechos fundamentales como productos históricos condensan conquistas pasadas, demandas presentes y proyectos futuros. De esta forma, los mismos han evolucionado en dirección al presente, acumulando el pasado e integrándolo con cada innovación, por lo que su historia se revela, a la vez, como paradigma y como progreso constante en el sentido de asegurar la plena dignidad de todos los seres humanos y la necesidad de imponer los límites y controles a los actos practicados por el Estado y sus autoridades, es decir, al poder gobernante.³

Más, cuando se trata de comprender y/o entender mejor los derechos fundamentales, no basta con observar pasivamente la historia, es necesario reflexionar sobre ella y vincularla al destino del ser humano en concreto, a la consecuencia que tenga de sí mismo con relación a sus derechos o de la necesidad de adquirir y alargar en todos los dominios de la vida política y social su existencia plenamente digna.

De hecho, un referente ineludible en la búsqueda histórica de la reivindicación de derechos fundamentales se halla como antecedente básico en la doctrina del cristianismo, fundamentalmente con posterioridad a la Reforma Protestante. Ello se debe a que en la misma se concebía que los hombres, por ser creados a imagen y semejanza de Dios, se les debía reconocer alto valor interno y libertad propia inherente a su naturaleza, encerrado en una idea de que los mismos tendrían derechos que debían ser respetados por todos, incluso por la sociedad política.

De este modo, se entenderá que la libertad del hombre, en su afirmación de la dignidad de la persona humana, pertenece a todos sin distinción, lo que sugiere una igualdad fundamental de naturaleza entre ellos. Los hombres se reúnen en sociedad para preservar la propia vida, la libertad y la propiedad, de modo que esos bienes jurídicos ya eran entendidos como derechos oponibles al propio soberano (entonces personificado en el monarca), en este sentido ya se entendía la defensa de esos derechos representaba la razón de ser del Estado y su principio legitimador.

De ahí que la importancia de la Reforma Protestante para la consolidación de los derechos fundamentales. La misma llevó a reivindicar

³ Derley DA CUNHA JUNIOR, *Curso de Derecho Constitucional*, pp. 566 y ss.

ción el paulatino reconocimiento de la libertad de opción religiosa y de culto en varios Estados de Europa, como fue el caso del Edicto de Nantes, promulgado por Henrique IV de Francia, en 1598, poniendo fin a la unidad religiosa. Ello contribuyó para reforzar el individualismo y para alentar el papel del hombre en la sociedad y en la historia.

En este contexto, y con relación a las primeras limitaciones al poder del Estado concebidas entonces, las mismas surgirán en el final de la Edad Media. Así, el antecedente más importante apuntado por varios autores es la Magna Carta de Libertades (*Magna Charta Libertatum*), en Inglaterra, en 1215, reconociéndose derechos de los barones, con restricciones al poder absoluto del monarca una vez firmada la misma por el Rey Juan Sin Tierra. Por ello, para algunos autores, como PAULO y ALEXANDRINO,⁴ la misma marcó el inicio del reconocimiento jurídico los derechos fundamentales, si bien tales derechos allí reconocidos no garantizaban una esfera irreductible de libertades a los individuos en sentido general, sino aseguraron el poder político de los barones mediante los poderes del Rey, es decir, los privilegios feudales de los nobles ingleses.

Posteriormente se promulgaron otras declaraciones de derechos, que no sólo pretendían limitar al poder del Estado sino reconocer efectivamente que existía un ámbito de desenvolvimiento legítimo de toda persona consagratorio de la libertad, la igualdad y la justicia. Con todo ello, sólo hasta el siglo XVIII, con la Revoluciones americana y francesa fueron editados los primeros enunciados de derechos fundamentales que serían asumidos universalmente, incluso hasta la contemporaneidad. Por tanto, el estudio de la evolución histórica de los derechos fundamentales remite necesariamente y preliminarmente al estudio de las tales Declaraciones de Derechos.

Asumiendo esta idea, SCHMITT bien enaltece la importancia de las Declaraciones de Derechos en la afirmación y consolidación de los derechos fundamentales, cuando afirmó que: “la Declaración solemne de Derechos fundamentales significa el establecimiento sobre los cuales se apoya la unidad política de un pueblo y cuya vigencia se reconoce como el supuesto más importante del surgimiento y for-

⁴ Vicente PAULO y Marcelo ALEXANDRINO, *Direito Constitucional descompilado*, p. 97.

mación incesante de esa unidad”.⁵

La primera de estas Declaraciones fue la de Virginia, en 1776, estableciéndose en la misma, entre otros principios fundamentales, la igualdad de derechos, la división de poderes, la elección de los representantes, los derechos de defensa y las libertades de imprenta y religiosa. Posteriormente, durante la Revolución francesa fue adoptada la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789, convirtiéndose en un referente para la concepción de los derechos fundamentales que en la contemporaneidad se asume.

Como puede apreciarse, los antecedentes históricos y la evolución de derechos fundamentales, está acompañada por un fenómeno de crisis de las libertades o, de otro modo, como enfatiza COLLIARD, que “las causas sociales, económicas y técnicas de las crisis de libertades públicas son también sus factores de evolución”.⁶ Esa evolución, por tanto, es animada por las luchas en defensa de nuevas libertades contra los viejos poderes del Estado,⁷ fueron los desafíos enfrentados por la doctrina de los derechos fundamentales los mayores responsables por la evolución de ese derechos.

En este sentido, apunta GONÇALVES FERREIRA FILHO que “la doctrina de los derechos fundamentales reveló una gran capacidad que incorpora desafíos. Su primera generación enfrentó el problema del arbitrio gubernamental, con las libertades públicas, la segunda, los de extremos desniveles sociales, como los derechos económicos y sociales, la tercera, hoy, luchan contra la deterioración de la cualidad de vida humana y otras malezas como los derechos de solidaridad”.⁸ Por tanto, la evolución de los derechos fundamentales acompaña los procesos históricos, las luchas sociales y los contrastes de regímenes políticos, así como los progresos científicos, técnicos y económicos.

Otra Declaración muy importante fue la de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado en Rusia (1917), al pronunciarse sobre una idea distinta de sus antecedentes inglés, norteameri-

⁵ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 167.

⁶ Claude Albert COLLARD, *Libertes publiques*, pp. 6-8, *cit.* por DA CUNHA JUNIOR, *op. cit.*, p. 568.

⁷ Norberto BOBBIO, *A era dos Direitos*, p. 5

⁸ Manoel GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direitos humanos fundamentais*, p. 22, *cit.* por DA CUNHA JUNIOR, *op. cit.*, p. 569.

cano y francés, que recaían más en las ideas liberales, pero esta última Declaración, buscó sus raíces en los preceptos socialistas de la Revolución Rusa ocurrida en el mismo año, representando la quiebra de la estructura implantada por la burguesía concibiendo en su lugar una idea diferente de gobierno que, al menos teóricamente, debería permitir una igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos.⁹

Finalmente, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, realzando la preocupación con el respecto a los derechos humanos en todas las partes del mundo, máxime teniendo en cuenta las graves consecuencias que para la humanidad provocaron las dos conflagraciones mundiales.¹⁰ Los derechos inscritos en la misma constituyen un conjunto indisoluble e interdependiente de derechos individuales y colectivos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin los cuales la dignidad de la persona humana no debe ni realizarse ni desenvolverse por completo. Ello permitió que esta Declaración se transformara, a partir de la última mitad del siglo XX, en una fuente de inspiración para la elaboración de diversas cartas constitucionales y tratados internacionales de protección de los derechos fundamentales.¹¹

Puede ser en ese sentido, como dice BOBBIO que la “Declaración Universal es una síntesis del pasado y una inspiración para el futuro”. Este documento se tornó en un paradigma ético a través del cual puedes evaluar, constatar y hasta legitimar los regímenes y los gobiernos.

Los derechos reconocidos en varios artículos de la DUDH representan hoy uno de los más importantes marcos de nuestras civilizaciones, por asegurar una convivencia social digna y pacífica, y constituyen el principio de interpretación de la Declaración en beneficio los derechos y garantías proclamados en el mismo. Sin embargo, la Declaración carece de un valor jurídicamente vinculante, empleándose como un documento más bien orientativo,

⁹ Walber DE MOURA AGRA, *Direito Constitucional*, p. 149.

¹⁰ Rodrigo César REBELLO PINHO, *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*, p. 101.

¹¹ DE MOURA AGRA, *op. cit.*, pp. 150 y ss.

por lo que se hizo necesario adoptar los instrumentos jurídicos que hicieran efectivo el contenido y propósitos de la Declaración. Ellos fueron, principalmente, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados en 1966 y puestos en vigor en 1976. Mediante ellos, definitivamente, los Estados asumieron compromisos ante la comunidad internacional de reconocer y tutelar los derechos humanos consagrados en tales documentos, propiciando con ello la incorporación más efectiva de los derechos en calidad de fundamentales en sus respectivos ordenamientos jurídicos, cuestión que no ha estado, sin embargo, exenta de un tortuoso y difícil camino.

Los derechos humanos: definición, titularidad y contenido esencial.

En la doctrina y el Derecho comparado se emplean indistintamente los términos de “derechos humanos” y “derechos fundamentales” haciendo alusión al conjunto de valores, principios o facultades reconocidas a los seres humanos en el propósito de contribuir con la dignificación de los mismos. A pesar de inexistencia de un consenso acerca de la diferencia en relación al empleo de ambos términos, un acuerdo se manifiesta en reconocer como objetivo de los mismos proteger la dignidad de la persona humana, contemplando entre su conjunto derechos relacionados con la libertad, la justicia y la igualdad.

La distinción entre los términos derechos humanos y derechos fundamentales, si bien las expresiones sean comúnmente utilizadas con idénticos significados, autores como MENDES, citado por PAULO y ALEXANDRINO, afirman que: “La expresión de los derechos humanos es reservada para aquellas reivindicaciones perenes respecto a ciertas posiciones esenciales del hombre, derechos postulados en bases iusnaturalista que poseen índole filosófica y no tiene característica básica la positivación en un orden jurídico particular”.¹²

De ahí que la positivación de esos valores, a veces ocurre en planos distintos. En cuanto a los “derechos humanos”, los mismos se encuentran consagrados en los tratados y convenciones internacio-

¹² PAULO y ALEXANDRINO, *op. cit.*, pp. 99 y 100.

nales, es decir, en el plano del Derecho Internacional Público, mientras que los derechos fundamentales, son los derechos consagrados y positivados en las Constituciones de cada país, es decir en el plano interno, pudiendo en su contenido y alcance variar de un Estado a otro.¹³ Por tal motivo, asumimos este término a los efectos de los objetivos que han sido trazados en la presente investigación con alcance al Derecho Constitucional, si bien se comienzan a proyectar hacia el Derecho Internacional Público.

Desde el punto de vista histórico, para PÉREZ LUÑO la expresión de derechos fundamentales (*droits fondamentaux*) surgió en Francia en 1770, en el movimiento político y cultural que dio origen a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.¹⁴ Por su parte, en Alemania el término derechos fundamentales (*Grundrechte*) tiene un lugar de destaque, siendo utilizado para designar el sistema de relación entre individuo y el Estado, en cuanto los fundamentos de orden jurídico-político, siendo empleado por primera vez en la Constitución de 1871 de ese respectivo país.¹⁵ En la doctrina comparada es apreciable la variedad de definiciones ofrecidas a los derechos fundamentales. Así, desde una perspectiva puramente formal o estructural, FERRAJOLI afirma que los derechos fundamentales son 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; entendiendo 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 éstas.¹⁶

Por su parte, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ considera que los derechos fundamentales son los derechos del hombre, jurídico-institucionalmen-

¹³ Marcelo NOVELINO, *Direito Constitucional*, pp. 383 y ss.

¹⁴ Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, p. 30., cit. NOVELINO, *op. cit.*, p. 383.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Luigi FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 19.

te garantizados y limitados espacio-temporalmente, son derechos objetivamente vigentes en un orden jurídico concreto,¹⁷ criterio compartido, en cierta medida, por HERNÁNDEZ VALLE, para quien los derechos fundamentales serán el “conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo”.

Frente a ello, PECES-BARBA asume que la expresión “derechos fundamentales” comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, por lo que deberíamos afirmar además, como componentes esenciales del concepto, el conjunto de valores y principios universalmente aceptados y comprometidos en la búsqueda y concreción de la plena dignidad humana.¹⁸

A partir de todos estos conceptos dados, podremos entender a los derechos fundamentales como el conjunto de valores, principios, instituciones, facultades y/o prerrogativas reconocidas a todos los seres humanos que, en cada momento histórico, han sido reivindicados como consagratorios de la dignidad humana, a partir de los principios de libertad, igualdad, justicia y solidaridad, entre otros, y que en la actualidad gozan de un consenso en la comunidad internacional de naciones, así como que deben estar positivados en los ordenamientos jurídicos vigentes con el propósito de dotarlos de las necesarias efectividad y aplicabilidad jurídica y material.

Con respecto a sus titulares, serán reconocidos como tales, en principio, las personas que así lo reafirmen sus respectivos Estados, bien sean nacionales o no de ellos, así como que cumplan con determinadas exigencias básicas (edad u otras condiciones, no debiendo estar exceptuados por alguna situación legal). En la actualidad se reconoce que en su gran mayoría deberán ser reconocidos como tal las personas que necesitan de protección de sus derechos (derecho a la vida, igualdad ante la ley, igualdad ante la justicia, libertad de conciencia, libertad personal y seguridad individual, etcétera).¹⁹

En el actual entorno a la titularidad de los derechos fundamentales se evidencian dos corrientes novedosas: la primera, que pretende reconocer que la titularidad de ciertos derechos se podrán recono-

¹⁷ María del Pilar HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, “Constitución y derechos fundamentales”, p. 1042.

¹⁸ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, p. 99.

cer a las personas jurídicas, y la segunda, que aboga por reconocerles derechos fundamentales a los poderes públicos. Más allá de ello, lo cierto es que por su naturaleza no podrán ser ejercidos la inmensa mayoría de tales derechos por parte de personas jurídicas (como son la libertad personal, la libertad de conciencia, el derecho a la honra de persona y de su familia, el derecho a la protección de salud, entre otros), y con respecto a reconocerle titularidad de derechos fundamentales a entes estatales, parece indiscutible que tales derechos son de la persona como sujeto activo, y al Estado como sujeto pasivo, en la medida en que reconocen y protegen ámbitos de libertad o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a los individuos o cuerpos intermedios, por lo que se torna indefendible tal posición.²⁰ Todo lo mencionado anteriormente varía de acuerdo a cómo en cada Estado tanto su respectiva Constitución y ordenamiento jurídico lo formulen.

Otra cuestión importante con relación a los derechos fundamentales es su contenido esencial, el cual, como no podía ser de otro modo, empieza a definirse desde el propio texto constitucional. Así, la pauta interpretativa para determinar el contenido esencial del derecho es que hay que partir de lo que dispone la Constitución sobre el derecho concretamente. Entonces, se hace necesario acudir a la norma constitucional no solo porque “un derecho fundamental a una libertad pública es una Estado democrático de Derecho no puede tener una naturaleza jurídica extra ni anticonstitucional, como tampoco puede proteger unos intereses al margen o en contra del texto fundamental, sino también por que ayudará a identificar el ámbito de la realidad aludida y que es objeto de protección por la norma constitucional, para diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que este específicamente quiere proteger”.²¹

Sobre el contenido esencial de los derechos hay una rica gama de posiciones teóricas, de las cuales sólo analizaremos algunas posiciones representativas de las denominadas teorías subjetivas y objetivas, como también las llamadas terceras posiciones. Para

²⁰ *Ídem*, p. 100.

²¹ Jesús Raúl LA MADRID ALIAGA, *Derecho Constitucional General*, p. 148.

ello, en la teoría subjetiva o absoluta de DORING,²² presupone un significado subjetivo del concepto de derecho fundamental. Así, los derechos fundamentales o esenciales son derechos que están conectados a la idea de naturaleza humana, siendo derechos que naturalmente pertenecen a todo individuo de la especie humana, por el hecho de ser persona humana. Los derechos tienen así un carácter suprapositivo. Para este autor, la dignidad humana expresa una especificación material independiente de cualquier tiempo y espacio, que consiste en considerar como perteneciente a cada persona un espíritu impersonal, que le capacita a adoptar sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que le rodea.

Así, la cláusula del contenido esencial de los derechos se incluye como una positivización de la dignidad de la persona humana inafectable y del contenido inviolable de los derechos humanos. Continúa considerando este autor que la denominación de derechos fundamentales se utiliza, para designar a los derechos humanos o derechos esenciales positivados en el ordenamiento jurídico de cada Estado. Mientras que la denominación de derechos humanos, se reserva a las normas de derecho internacional que aseguran, garantizan y protegen los derechos esenciales de la persona humana. Todo ello concuerda con lo anteriormente expuesto sobre esta distinción.

En todo caso de violación de la dignidad humana, se requerirá una vía penal para sancionarla, porque la que se protege es el desarrollo de la individualidad a través de los derechos fundamentales del ser humano y su delimitación en función de las obligaciones sociales. En la misma teoría subjetiva, tanto STEIN como SCHNEIDER,²³ coinciden que los derechos esenciales o fundamentales protegen intereses particulares, haciendo posible dicha protección para que las personas ejerzan los intereses garantizados constitucionalmente. Aunque SCHNEIDER va más lejos al mencionar el recurso de amparo como otra forma de proteger los derechos fundamentales establecida por el legislador que determina un trato discriminatorio es contraria la Constitución.

²² NOGUEIRA ALCALÁ, *op. cit.*, p. 177.

²³ *Idem*, p. 178.

Las tres concepciones, consideran los derechos esenciales o fundamentales como derechos subjetivos. Sin embargo, no toda la doctrina y la jurisprudencia se plantean en esta posición. Existen un número significativo de autores que plantean teorías objetivas del contenido esencial de los derechos, algunas de ellas son las que se establecen a continuación.

KLEIN²⁴ desarrolla su teoría objetiva en base a argumentos sistemáticos o teleológicos. Para concepto de derecho fundamental no sólo incluye los derechos públicos subjetivos sino también las garantías institucionales, las normas principales y las reglas de interpretación de los derechos fundamentales. De este modo, el contenido esencial sería el núcleo o círculo interno del derecho fundamental, mientras que el contenido accidental sería la periferia o elemento exterior del derecho fundamental.

El contenido esencial otorga identidad al derecho, la garantía institucional de dicho contenido lo protege frente a su anulación o destrucción o de una transformación que produzca una desnaturalización sustancial de la institución. KLEIN considera que un número importante de limitaciones de los derechos fundamentales no serían posibles sin que los derechos en sentido subjetivos fueran afectados en su contenido esencial. Ejemplos: penas de presidio en que se afecta el contenido esencial del derecho de libertad personal, el contenido esencial del derecho se vincula estrechamente con el principio de igualdad.

Otro exponente de la teoría objetiva, JACKEL,²⁵ considera que la protección de las posiciones de los derechos fundamentales de las personas se debe concretar a través de las normas jurídicas que establezcan las propias garantías de los derechos fundamentales, las cuales en su concepto, son más adecuadas y efectivas que lo que establece la norma del contenido esencial de los derechos.

En efecto, este autor especifica su posición al considerar las relaciones de sujeción especial, que se plantean cuando las personas tienen un grado especial de dependencia respecto a la administración del Estado, al insertarse en una organización estatal que trae aparejada un estado de restricción de algunos derechos esenciales, como

²⁴ *Ibidem*, p. 179.

²⁵ *Ibidem*, p. 180.

ocurre, por ejemplo, con los presos, los miembros de las Fuerzas Armadas o quienes realizan el servicio militar. La razón de esta posición de sujeción deriva de la inserción del individuo en la estructura administrativa del Estado. Así, los que se encuentran en tal posición de sujeción especial son titulares de los derechos esenciales, pero no de su ejercicio.

Más adelante, JACKEL sostiene que el contenido esencial de los derechos sólo sería lesionado por las relaciones de sujeción especial en dos supuestos: el primero, cuando el conjunto de personas sometidas a relaciones de sujeción especial configuran una cifra global que no permita cualificar su estatus como especial; y segundo, cuando las relaciones de sujeción especial son creadas arbitrariamente *ex novo*.

VON HIPPEL²⁶ parte de la consideración de que las normas de derechos fundamentales, regulan cuestiones básicas de orden social, siendo formuladas en forma abstracta y, por tanto necesitan de concreción, los derechos sólo son directrices de los distintos intereses de libertad. Cada norma que contiene un derecho fundamental es aplicable sólo, cuando y en la medida en que a los intereses de libertad protegidos no le son contrapuestos intereses o bienes jurídicos de mayor rango. Cada derecho encuentra su límite natural de carácter inmanente a los intereses o bienes jurídicos de mayor rango o entidad. La tesis de VON HIPPEL requiere valorar interés en conflicto y ponderarlos en cada caso concreto, en todo caso, nunca puede un interés de libertad (un derecho), ser necesario para proteger bienes jurídicos de mayor entidad.

A su vez, hay autores que critican las teorías subjetivas y objetivas, por cuanto para ellos las primeras sólo ofrecen poca libertad de decisión al legislador, mientras que las segundas son objeto de crítica, porque ofrecen demasiada libertad al legislador. En esta perspectiva se sitúa LERCHE,²⁷ para el cual el contenido esencial de un derecho protegido absolutamente es el contenido institucional garantizado con el respectivo al derecho fundamental. Este primer criterio se complementa con un segundo, que consiste en introducir un factor de ponderación para el examen de medida

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

limitadora o configuradora de derechos fundamentales, el cual estriba en el principio de proporcionalidad.

Para HESSE, por su parte, el objeto de protección del derecho fundamental es tanto el derecho subjetivo como la garantía objetiva. El autor sostiene, que en las limitaciones o configuraciones legislativas de los derechos, se debe proteger la libertad individual garantizada por el derecho, como la función social de los derechos esenciales.

Teniendo en cuenta de múltiples criterios sobre el contenido de los derechos fundamentales, podemos clasificarlos partiendo de la idea de VIEIRA DE ANDRADE, citado por RODRIGO,²⁸ en cuanto a sus contenidos en tres especies de los derechos fundamentales, clasificación que a su vez nos lo coincidirán con las generaciones que históricamente han sido reconocidas y que más adelante estudiaremos, a saber:

Derechos de defensa o derechos de libertades: que implican el deber de abstenerse el Estado, de no interferencia en lo que corresponde a las libertades individuales; derechos de prestación: que imponen al Estado un deber de accionar, para la protección de los bienes jurídicos protegidos, o para promover condiciones materiales y jurídicas para el gozo de esos bienes; y derechos de participación: derechos de participación, tanto en la vida política como social y económica, en la formación de voluntad política de la comunidad. Más allá de todo lo anteriormente expuesto, lo importante –y trascendente por momentos– es el aseguramiento pleno del ejercicio de los derechos fundamentales a sus titulares reconocidos en cada uno de los ordenamientos jurídicos vigentes, con el propósito de dotar de contenido esencial y propio cada uno de ellos, por cuanto la mera retórica de su pronunciamiento, carente de tales elementos, no conducirían a su plena afirmación, urgente en los tiempos en que vivimos, en los que la especie humana se encuentra sometida al hegemónico dominio tanto de regímenes políticos, carentes de legitimidad necesaria, como de actores económicos y sociales que, en muchas ocasiones, pretenden menoscabar el reconocimiento, goce y disfrute de tales derechos fundamentales, desconociendo su importancia pasada, presente y futura para la debida coexistencia de la humanidad.

²⁸ Rodrigo César REBELLO PINHO, *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*, p. 100.

Tipología de los derechos humanos como derechos fundamentales

Tipificar los derechos constituye uno de los propósitos extremadamente difíciles en su estudio, sobre todo cuando se trata de los derechos fundamentales, partiendo de su origen y complejidad. Debemos recordar, por otra parte, que los derechos fundamentales no están ajenos de los derechos humanos, o sea ambos coinciden, aunque no tienen el mismo sentido en las normas jurídicas, siendo los primeros expresados en los ordenamientos domésticos y los segundos en el ordenamiento internacional. Tales conceptos, llegan a complementarse a partir de que la norma jurídica nacional no crea los derechos humanos, sino trata de reconocerlos, a partir fundamentalmente de las Constituciones, representa la decisión básica de una sociedad de afirmar los valores éticos, morales y políticos de la misma en base de tales derechos fundamentales.

En caso de los derechos fundamentales hay varias clasificaciones según el autor. Para PAULO y ALEXANDRINO,²⁹ los derechos fundamentales, son tradicionalmente clasificados en generaciones (o dimensiones), teniendo en cuenta el momento de su surgimiento y reconocimiento por los ordenamientos constitucionales. Los derechos de primera generación realzan el principio de libertad. Son los derechos civiles y políticos, reconocidos en la Revolución Francesa y Americana. Estos se caracterizan por imponer al Estado un deber de abstención, no hacer, ni interferencia, de no intermisión, en el espacio de autodeterminación de cada individuo. Son los llamados como libertades individuales, que tiene como foco a la libertad del hombre individualmente considerado, sin ninguna preocupación con las desigualdades sociales.³⁰

Modernamente, la doctrina nos presenta una clasificación de derechos fundamentales de primera, segunda y tercera generación, basándose en el orden histórico cronológico en que pasarán a ser constitucionalmente reconocidos. Como destaca DE MELLO: “en cuanto los derechos de primera generación (derechos civiles y políticos) -que comprenden las libertades clásicas, negativas o formales- realzan el principio de la libertad y los derechos de segunda generación

²⁹ PAULO y ALEXANDRINO, *op. cit.*, pp. 101 y 102.

³⁰ *Idem.*

(derechos económicos, sociales y culturales) -que se identifican con las libertades positivas, reales o concretas- acentúan el principio de igualdad, los derechos de tercera generación, que materializan poderes de titularidad colectiva atribuidos genéricamente a todas las formaciones sociales, consagran el principio de solidaridad y constituyen un momento importante en el proceso de desenvolvimiento, expansión y reconocimiento de los derechos humanos, caracterizados en cuanto valores fundamentales indisponibles, por la nota de una esencial inexorabilidad”.³¹

Sin embargo, hay otros enfoques teóricos bajo los que se estudian los derechos intentando ofrecer una clasificación metodológica del mismo. Para lograr nuestro objetivo nos serviremos de un muy conocido trabajo de BÖECKENFÖRDE,³² quien en su momento identificó cinco tipos de teorías sobre los derechos fundamentales, aunque en la realidad son tres las que nos interesan puesto que nos permiten un mayor rendimiento explicativo. Las tres que nos interesan de forma especial son: la teoría liberal, la democrático-funcional, y la del Estado social.

Dada la importancia que trasciende las tres seleccionadas, nos permiten extraer importantes consecuencias para la interpretación de los derechos establecidos en algún ordenamiento constitucional concreto. Con las tres mencionadas podemos identificar las consecuencias que este punto de vista tiene para los derechos.

Al respecto de las mismas, BERNAL PULIDO, sostiene que: “La diversidad de consecuencias que puede extraerse de cada teoría, está determinada por el diferente acento que ponen en la función que los derechos fundamentales cumplen como factor de legitimación del poder del Estado y como el instrumento para satisfacción de ciertas necesidades humanas”.³³ De ahí que, lo más importante, más que relacionarlas, es interpretar el alcance que cada una puede brindar al concepto de derechos fundamentales en el ánimo de superación histórica hacia cada uno de los déficits provocados en la consecución de la dignidad humana.

³¹ Alexandre MORAIS, *Direito Constitucional*, p. 34.

³² Tomado de Miguel CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, p. 33.

³³ Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 252, cit. en *idem*, p. 34.

A continuación señalo las tres teorías:

La teoría liberal: Para la teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Los derechos de libertad se entienden también como los que distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, señalando en cada caso lo que puedan y lo que no pueden hacer. Esta teoría tiene fuertes vínculos con el iusnaturalismo, en tanto que concibe realidades jurídicas preexistentes al Estado y oponibles al mismo. Como señala BERNAL PULIDO,³⁴ en la óptica de la teoría liberal, los derechos fundamentales, aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervención de lo público, cuales son los cursos de acción a emprender. Por eso hace falta saber, hacia dónde vamos a movernos, qué pensar, qué decir, qué escribir, en qué creer, y la integridad de sus bienes intangibles más preciados – de su cuerpo, de su imagen, de su honor – y de sus posiciones y pertenencias. Todo se trata de derechos de defensa o de rechazos de injerencias extrañas en los campos privados del individuo. De tal modo, la teoría liberal, como su nombre lo indica, pone el acento en lo mismo como derechos oponibles al Estado, como derechos-barrera que el individuo hace valer frente al Estado y que lo pueden defender contra intromisiones del poder público.

Hay dos de los principales exponentes de la teoría liberal como SCHMITT y RAWLS. El primero de ellos, SCHMITT,³⁵ asume una teoría sobre los derechos que puede resumirse en tres puntos básicos: a) los derechos fundamentales son derechos de defensa del individuo frente al Estado, o sea, se constituyen como ámbitos en los que el Estado no tiene competencias y en los que, consecuentemente, no puede entrar; b) el número de los derechos que pueden ser considerados fundamentales es muy bajo, ya que sólo se reconocen como tales aquellos cuyo contenido no dependen de la legislación; y c) los derechos están garantizados, frente al legislador, de forma absoluta, lo que significa que el legislador no puede disponer de ellos, toda restricción debe ser del todo excepcional y en cualquier caso mesurado, limitada y sujeta a control.

³⁴ *Ibidem*, 35

³⁵ *Ibidem*, p. 37.

Por su parte, para RAWLS lo más importante en este momento, para efecto de la teoría liberal de los derechos fundamentales, es que las libertades básicas tienen un carácter prioritario y que, en consecuencia, tiene una situación especial que les concede un peso específico absoluto frente a razones de bien público y frente a valores perfeccionistas. Esto significa que tales libertades están fuera de la lógica de la política y del mercado, ya que son prioritarias con respecto a otras razones que pudieran existir como expectativas sociales. El carácter prioritario de las libertades básicas no significa sin embargo que no puedan esas libertades reguladas. Sostiene RAWLS³⁶ que la regulación puede y debe existir, sobre todo para lograr que las libertades puedan convivir de la forma más armónica posible entre ellas. Sin embargo, distingue entre la regulación de las libertades (que es aceptable) y la limitación de las mismas (que no lo es).

RAWLS pretende explicar que, debemos distinguir entre su restricción y su regulación. La prioridad de estas libertades no se viola cuando están reguladas, como debe ser, para que se combinen en un esquema y se adapta a ciertas condiciones sociales necesarias para su ejercicio durable e Instituir las libertades básicas, así como satisfacer los diversos deseos de los ciudadanos, impone cierta programación y organización social.

La teoría democrático-funcional: Para esa teoría lo importante es la función pública y política de los derechos, de forma tal que ocupan un lugar preferente aquellos derechos que contienen referencias democráticas como la libertad de opinión, la libertad de prensa, etc. Los derechos fundamentales son concebidos como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado. Las repercusiones de la teoría democrático-funcional para la interpretación de los derechos son, según BÖECKENFÖRDE,³⁷ por una parte funcionalización de la libertad para el fortalecimiento del proceso democrático; la libertad sin más de algunas teorías precedentes se convierte en “libertad para” y su contenido y alcance se determinan según la función a la que sirve en el contexto general del sistema de derechos. Por ello, esta teoría permitirá, por ejemplo, dar un

³⁶ John RAWLS, *Liberalismo Político*, p. 274, cit. *ibidem*, p. 39.

³⁷ BÖECKENFÖRDE, *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*, p. 60, cit. *ibidem*, p. 41.

tratamiento diferenciado a la prensa noticiosa y a la prensa mero entretenimiento, en la medida en que la primera jugaría un papel esencial en la construcción de democrática del Estado, mientras que la segunda tiene una función democrática menor por su orientación hacia intereses privados de los individuos.

La teoría del Estado Social:³⁸ El punto de partida de la teoría de los derechos fundamentales en el Estado social, explica BÖECKENFÖRDE, es la sustitución del espacio vital dominado de autarquía individual por el espacio social de relaciones y prestaciones sociales efectivas. Es decir, en el Estado social se deja atrás la visión del Estado liberal que concebía al individuo rodeado de una esfera intransitable por el Estado; por el contrario, en el Estado social el espacio del individuo es un espacio que el Estado protege y que ayuda a construir para que toda persona pueda ejercer de manera efectiva su libertad.

La teoría del Estado social asume el desdoblamiento entre libertad jurídica y libertad real e intenta superarlo. Para hacerlo, es necesario incorporar disposiciones constitucionales que no solamente establecen libertades para los individuos, sino que también señalan prestaciones a cargo del Estado.

Para la interpretación de los derechos fundamentales la teoría del Estado social tiene varias consecuencias. En primer lugar, la concreta garantía de los derechos deviene dependiente de los medios financieros con que cuente el Estado. Las prestaciones a cargo de los poderes públicos tienen un costo y éste tendrá que ser cubierto por vía impositiva; si los impuestos y los demás ingresos del Estado no son suficientes para cubrir las necesidades financieras, entonces los derechos no podrán ser adecuadamente garantizados.

Así lo entiende BÖECKENFÖRDE. En realidad, en los últimos años se han producido desarrollos teóricos y normativos que rebajan la dependencia de los derechos fundamentales respecto a la existencia de recursos económicos. Es cierto que la satisfacción de los derechos (sobre todo de los derechos que conllevan prestaciones a cargo del Estado, como el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, etcétera) requieren recursos; pero su realización no está por completo supeditada a la existencia de esos recursos.

³⁸ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

La teoría del Estado social traspasa las decisiones sobre diseño de prioridades, distribución y empleo de recursos del ámbito de la pura discrecionalidad política al ámbito del derecho. Es decir, el Estado ya no puede gastar el dinero público de la forma en que mejor le parezca sino que tiene que observar los mandatos constitucionales que le señalan las prioridades de gasto y los bienes jurídicos que requieren ser protegidos. Ahora bien, con ello se desatan inevitables conflictos entre derechos fundamentales y la interpretación de los mismos alcanza su punto máximo.

En parte, las necesidades de interpretación desplazan el protagonismo desde el Parlamento hasta las salas de los tribunales, y concretamente de los tribunales constitucionales. Se produce una juridificación de las actividades estatales y también, en gran medida, de las luchas sociales, que comienzan a ser luchas por la Constitución o, al menos, por la interpretación que de la misma puedan hacer los órganos competentes.

Los problemas de interpretación aumentan si consideramos que los derechos fundamentales de carácter social no contienen, cómo lo expone BÖECKENFÖRDE, ningún criterio acerca de su extensión.

Es decir, la Constitución establece el derecho a la vivienda, pero no precisa el nivel de cobertura que se debe dar a cada persona con base en ese derecho. Entonces, ¿El derecho a la vivienda significa que el Estado debe otorgar a cada persona una casa de tres recámaras, con dos plazas de estacionamiento y dos baños?, o por el contrario, ¿el derecho a la vivienda se satisface si el Estado destina cualquier cantidad de su presupuesto al otorgamiento de crédito para la construcción o si se limita a establecer planes de desarrollo urbano en los que una parte del suelo esté destinado a la construcción de viviendas de interés social?

Así, los derechos sociales se concretan, en no pocas ocasiones, en obligaciones estatales, es decir, en tareas a cargo de los poderes públicos que deben ser realizadas de la mejor forma posible, considerando la disponibilidad objetiva de recursos, si bien debemos señalar que en los últimos tiempos ha cobrado mucha fuerza, al amparo de la reivindicación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la exigibilidad de los mismos ante los particulares, máxime teniendo en cuenta el tracto de las relaciones sociales actuales, donde cada vez ganan mayor protagonismo los sujetos particulares.

BÖECKENFÖRDE recuerda que HÄBERLE ha denominado a los derechos sociales como meros “derechos fundamentales parámetro”, relativizándolos en la medida en que no configuran posiciones subjetivas concretas, sino que vienen a señalar parámetros de actuación de los poderes públicos. Es verdad que los derechos sociales crean parámetros de actuación de los poderes públicos, pero si son correctamente interpretados también pueden dar lugar a posiciones subjetivas concretas que sus titulares pueden hacer valer tanto frente a los poderes públicos como, en ciertos supuestos, frente a particulares.

Según se puede apreciar, las tres teorías que se han expuesto sintetizan muchos puntos de vista sobre los derechos. Es probable que cada una de ellas contenga elementos de gran utilidad para comprender el sentido que los derechos fundamentales tienen dentro del Estado constitucional contemporáneo. Es indudable que la teoría liberal de los derechos ha hecho aportaciones de la mayor relevancia para la comprensión que actualmente tenemos de estos derechos, pero también es verdad que si aceptamos sin más sus postulados básicos nos podemos dar cuenta de los importantes desarrollos que se han producido en los últimos años (por ejemplo con respecto al sentido y fundamentos de los derechos sociales). Finalmente, la teoría de los derechos en el Estado social nos indica que el Estado no puede ser visto solamente como un enemigo de los derechos, ya que le corresponden una serie de tareas positivas que debe realizar en el campo de los derechos. Por lo tanto, no se trata de teorías que se contrapongan una con otra, si no que todas han aportado elementos interesantes para nuestra comprensión de los derechos.

Para realizar una clasificación de los derechos fundamentales y analizar sus distintos tipos se puede acudir a varias teorías o puntos de vista. Siguiendo los enfoques para el estudio de los derechos que se han expuesto más arriba, podemos decir que la clasificación de los derechos puede hacerse desde cuatro puntos de vista.³⁹ Desde una perspectiva de dogmática jurídica, los derechos fundamentales pueden clasificarse atendiendo al lugar en el que se ubican dentro del texto constitucional, o bien dependiendo del tipo de protección

³⁹ *Ibidem*, p. 44.

que se les otorga (por ejemplo, si son protegibles a través del juicio de amparo o si su violación puede o no plantearse directamente ante un órgano jurisdiccional), por mencionar dos posibles criterios a tomar en cuenta.

Desde un punto de vista de teoría de la justicia o de filosofía política, los derechos pueden clasificarse atendiendo al valor o al bien jurídico que protegen. Desde esta perspectiva puede hablarse de derechos de igualdad, derechos de libertad, derechos de participación democrática, etcétera. Este criterio, como es obvio, no choca con el anterior, ya que la misma terminología puede extraerse del derecho positivo, teniendo en cuenta el tipo de relación jurídica que las normas constitucionales establecen entre el sujeto titular del derecho y el sujeto obligado por el mismo.

Desde un tercer punto de vista, correspondiente a la Teoría del Derecho, los derechos pueden ser clasificados atendiendo a su estructura, es decir justamente al tipo de relación jurídica que crean y a las posibilidades normativas (en sentido lógico, no en sentido jurídico positivo) que desarrollan. Finalmente, desde una óptica de Sociología del Derecho o de historia de los derechos, se puede adoptar una clasificación que permita dar cuenta de la evolución de los mismos. Esta es la visión que ha predominado tradicionalmente. A partir de un conocido ensayo de MARSHALL,⁴⁰ se suele hablar de derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales como tres distintos momentos históricos que habría conformado el núcleo actual de nuestros sistemas de derechos. Para algunos autores cada uno de estos tres tipos de derechos supondría una distinta “generación” de los mismos. La distinción entre ellos vendría dada por dos criterios fundamentales: su aparición en el tiempo y su régimen de tutela.

Sobre la idea de la aparición en el tiempo de los derechos, se suele proyectar una visión un tanto simplista según la cual los tipos de derechos se habrían ido acumulando progresivamente y de manera lineal; esa visión, sin embargo, no se corresponde con la realidad. Aunque como ya hemos visto, los derechos tienen un sentido histórico, no se puede sostener como una fórmula general que en muchos países se hayan establecido de forma progresiva primero los derechos civiles, luego los derechos políticos y finalmente los

⁴⁰ T.H. MARSHALL y T. BOTTOMORE, *Ciudadanía y clase social*, cit. *ibidem*, pp. 44 y 45.

derechos sociales. Por el contrario, en algunos países, como por ejemplo los socialistas, primero fueron asegurados algunos derechos sociales (educación o salud) y con posterioridad se reconocieron derechos políticos (el derecho de voto para la mujer o para las personas de color).

El segundo criterio sobre el que se basa la clasificación en “generaciones de derechos” parece todavía más peligroso; supone solamente que los derechos de primera generación (las tradicionales libertades públicas) podrían ser garantizados en la medida en que exigirían de las autoridades meras abstenciones, conductas de no hacer; los derechos políticos se encontrarían en una situación intermedia y los derechos sociales serían poco más que puras proclamaciones retóricas, ya que estarían por completo subordinados a la coyuntura económica y a las previsiones presupuestales que los poderes públicos pudieran realizar en cada periodo de tiempo.

Aunque ha sido muy utilizada, creo que la teoría de las “generaciones” de derechos debe ser hoy en día abandonada, pues causa más confusión que otra cosa y además simplifica una serie de acontecimientos históricos que no se corresponden en nada con la visión lineal, uniforme e históricamente pacífica que pretende transmitir la teoría de las generaciones.

Dicha teoría podría ser mantenida solamente con fines pedagógicos, pues tiene la virtud de que pone de manifiesto que los derechos fundamentales no han aparecido de golpe ni estaban ya contemplados, tal como hoy en día los conocemos, en las primeras declaraciones de derechos y en los primeros textos constitucionales; así la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho, en general llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen.

La idea de las “generaciones” de derechos viene a reforzar, en este sentido, el marcado carácter histórico de los derechos, contribuyendo a debilitar las argumentaciones iusnaturalistas según las cuales los derechos fundamentales forman parte inmutable del

patrimonio genético de la humanidad y, en consecuencia, siempre han estado allí, incluso antes de que los distintos grupos sociales decidieran positivizarlos en instrumentos jurídicos como los textos constitucionales .

Al margen de lo anterior, me parece que puede ser más interesante desarrollar una tipología con base en el segundo criterio o punto de vista, el de la teoría general del Derecho, que nos permita comprender desde una aproximación conceptual, qué tipo de relaciones jurídicas pueden establecerse por medio de los derechos fundamentales. Con ello, podremos contar con una herramienta de análisis que nos permita descomponer el contenido de cada artículo de la Constitución para concretizar sus efectos y señalar las conductas que establece a cargo de los particulares y de las autoridades.

Ya en un apartado precedente analizamos el concepto de derecho fundamental y lo hicimos a partir de la idea matriz de “derecho subjetivo”. Sin embargo, debemos reconocer que la visión tradicional del derecho subjetivo como una relación entre un sujeto facultado y un sujeto obligado no siempre se corresponde con la riqueza normativa que encontramos en los textos constitucionales; es decir, sostener que el derecho fundamental crea una relación jurídica entre una persona facultada y una persona obligada no nos dice mucho. Es necesario precisar los posibles tipos de relación jurídica que pueden surgir a partir de un derecho fundamental.

Un esquema que puede ser útil para nuestro objetivo es el que propone HOHFELD, que sintetiza muy atinadamente ATIENZA,⁴¹ haciendo varias modificaciones al planteamiento original. De acuerdo con HOHFELD, la relación jurídica de derecho fundamental tendría una modalidad activa (asignada al titular del derecho fundamental) y una modalidad pasiva (asignada al sujeto obligado por el derecho fundamental).

Las modalidades activas se podrían expresar a través de los cuatro siguientes conceptos: derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad. Por su parte, las modalidades pasivas se podrían expresar a través de otros cuatro conceptos, que son los siguientes: deber, no-derecho, incompetencia y sujeción. Entre esas ocho figuras pue-

⁴¹ Manuel ATIENZA, *Una clasificación de los derechos humanos*, cit. *ibidem*, p. 33

de haber correlación (por ejemplo cuando un derecho de A tiene como consecuencia el establecimiento de un deber de B) u oposición (por ejemplo si decimos que A tiene un derecho frente a B para que realice la conducta X, entonces no podemos sostener que B tiene un no-derecho para llevar a cabo la conducta X).

Cuando decimos que una persona tiene un derecho, lo que estamos diciendo es que esa persona está situada en uno de los cuatro conceptos que se concretan en varias situaciones jurídicas posibles a través de los que se expresa la modalidad activa. Cuando decimos que una persona está obligada por un derecho fundamental, lo que estamos diciendo es que esa persona está situada en uno de los cuatro conceptos que también se concretan en varias situaciones jurídicas posibles a través de los que se expresa la modalidad pasiva. ATIENZA descompone cada una de las posibilidades en que se manifiestan los conceptos aplicables a la modalidad activa, a los que nos acabamos de referir. Por ejemplo, el derecho subjetivo puede ser de cuatro tipos: Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, debe actuar de alguna forma) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es facultativa (es decir, A puede no exigir a B que realice la conducta X a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo que pone el propio ATIENZA es el del derecho a la cultura (establecido por el artículo 44.1. de la Constitución Española de 1978). Ese derecho obliga a los poderes públicos a realizar acciones positivas, pero el titular del derecho no tiene por qué exigir o colaborar con ellos en esas acciones.

Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, como en el caso anterior) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A está obligado a realizar algún comportamiento para que B pueda satisfacer el derecho de A mediante la conducta X). ATIENZA pone de ejemplo en este caso el del derecho a la educación.

En este caso el Estado debe realizar algunas conductas positivas (construir escuelas, contratar profesores, etc.) pero para realizar el

derecho puede exigirle al titular que también desarrolle una conducta (inscribirse en el curso correspondiente, asistir a las clases, pasar los exámenes). Se trata de los llamados “derechos-deber”; aunque pudiera parecerlo, no se trata de que el mismo sujeto tenga de forma simultánea un derecho y un deber respecto de una misma conducta, sino que se trata de dos conductas diferentes, aunque conectadas entre sí.

Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B no haga algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es facultativa (es decir, A puede no exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo que pone ATIENZA en este caso es el derecho de propiedad, en donde la conducta de los obligados consiste, dentro de una de sus facetas, en no invadir la propiedad del titular del derecho; pero ese titular puede permitir que otras personas utilicen su propiedad, prestando con ello el consentimiento para que la obligación omisiva que se desprende del derecho deje de existir. Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica de B no hacer algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A tiene el deber de exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo en este supuesto es el derecho a no ser sometido a tortura o malos tratos; en este caso el consentimiento del afectado no puede darse, ya que la exigencia de la omisión de torturar es obligatoria para el titular del derecho. Por eso, el concepto de libertad se le puede aplicar los mismos razonamientos, cambiando simplemente los ejemplos. En este caso, sobre el sujeto obligado será aplicable una norma que señale que tiene un no-derecho frente al sujeto titular de la libertad.

Resumiendo podemos decir que una norma de derecho fundamental crea una relación jurídica entre un sujeto activo y un sujeto pasivo. Al primero esa norma le puede reconocer un derecho sub-

jetivo, una libertad, una potestad o una inmunidad, dependiendo de la estructura lingüística de la norma.⁴² Por su parte, al segundo esa norma le puede asignar un deber, un no-derecho, una sujeción o una incompetencia. Cada una de estas cuatro posibilidades puede tener con las demás dos tipos de relaciones: de correlación cuando son compatibles (un derecho subjetivo de A se corresponde con un deber jurídico de B; una inmunidad de A se corresponde con una incompetencia de B, etcétera) o de oposición (cuando A tiene la libertad de realizar la conducta X, pero a la vez tiene el deber de realizar X).

De lo que se acaba de decir puede desprenderse que cuando hablamos de que una persona tiene un derecho, en realidad nos podemos estar refiriendo a una serie compleja de relaciones jurídicas, que pueden materializarse, por ejemplo, en un derecho subjetivo que a su vez puede descomponerse en una serie también compleja de subtipos. La clasificación anterior, en consecuencia, nos puede servir para explicar la variedad de conductas posibles a que da lugar un derecho y las posiciones jurídicas que asumen el titular y el obligado por el mismo derecho.

Desde luego, en un solo derecho podemos encontrar (y casi siempre encontramos) más de uno de los tipos de relación jurídica que se acaban de exponer; es decir, en un mismo artículo constitucional se pueden crear para el titular del derecho fundamental derechos subjetivos, libertades e inmunidades; del mismo modo, un único precepto constitucional puede establecer deberes, no-derechos, sujeciones e incompetencias.

Los derechos humanos ante los paradigmas constitucionales contemporáneos. Desafíos y perspectivas

Con relación a los paradigmas constitucionales contemporáneos, los derechos fundamentales enfrentan nuevos desafíos y afrontan novedosas perspectivas, a la vez, en torno a su reconocimiento, garantía y efectividad en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Así, desde la concepción teórica del denominado en la doctrina como Neoconstitucionalismo (posterior a la Segunda Guerra Mundial)

⁴² *Ibidem*, p. 50.

pasando por la reciente reivindicación de un nuevo tipo de constitucionalismo dado en América Latina (de finales del siglo XX y principios del XXI), todo ello supone visitar el contenido y alcance de tales derechos y determinar su vigencia efectivas ante estas corrientes doctrinales.

El primer nuevo paradigma jurídico, el Neoconstitucionalismo, comenzó a identificarse por la doctrina comparada en los nuevos modelos políticos y jurídicos del Estado constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial esbozando contenidos y principios constitucionales que en la actualidad son asumidos por la inmensa mayoría de los países contemporáneos. CARBONELL pone como ejemplo de este tipo de Constituciones a los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después.⁴³

Este Neoconstitucionalismo, advierte COMANDUCCI, no es simplemente una corriente doctrinal que teoriza y defiende la nueva forma de constitucionalismo que se instala en Europa en la segunda mitad del siglo XX con las constituciones de la segunda posguerra. En su versión más “integral”, el Neoconstitucionalismo contiene toda una declaración de principios: proclama el cambio de paradigma jurídico y se postula como la teoría del derecho de la nueva era que deja atrás tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo. En esto radica su principal novedad y, según opiniones, su mayor atractivo o su peligroso potencial.⁴⁴

Según la descripción del autor, el Neoconstitucionalismo es considerado una variante o desarrollo del constitucionalismo, del que se distinguiría por el debilitamiento o la pérdida de ciertos rasgos característicos. Así, en el Neoconstitucionalismo el fin de la limitación del poder habría pasado a un segundo plano, mientras la garantía de los derechos fundamentales se convierte en el gran y principal objetivo. Ante el constitucionalismo que reconoce amplio espacio a la ley, el Neoconstitucionalismo estaría colaborando, en la teoría y en la práctica, a la construcción y justificación de un tipo de constitución “total”, repleta de contenidos materiales, llamada a situarse

⁴³ CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 9.

⁴⁴ María Ángeles AHUMADA, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci)”, p. 1.

en el centro del ordenamiento y destinada a dirigir en todo momento la actuación de los poderes y orientar las políticas públicas.⁴⁵

Con el nuevo paradigma del Neoconstitucionalismo, la Constitución aparece como criterio hermenéutico para el resto de las normas, es decir, las demás normas se interpretan conforme a la Constitución. Se busca también erradicar la hiper-reglamentación que hoy existe, la reducción en la densidad normativa, en aras de un constitucionalismo interpretativo abierto a todos, que la interpretación de la Constitución sea considerada como una forma de participación ciudadana. La dimensión normativa-integradora-cultural como la describe SMEND, o bien, HABERLE que alude a la dimensión cultural de la Constitución, como elemento para el buen funcionamiento de las instituciones, la constitución no es exclusiva para los juristas, sino también a los ciudadanos que también la interpretan.⁴⁶

Por todo ello, PÉREZ LUÑO, considerando que la base de estos derechos es su trascendencia en el Neoconstitucionalismo contemporáneo, asevera que este último no sería lo que es de no ser por los derechos fundamentales. La estrecha relación que guardan ambos es insoslayable, los derechos fundamentales necesitan del Estado contemporáneo para su plena realización, y este debe garantizar los primeros para considerarse un verdadero Estado democrático de derecho. De igual forma, la normativa constitucional económica que representa el soporte material de la actuación de los derechos fundamentales requiere de ellos para delimitarse.⁴⁷

En el Estado actual, los derechos fundamentales representan dos dimensiones, por un lado son el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, lo que legitima al Estado de Derecho pues constituyen los presupuestos de consenso sobre los que se edifica la sociedad democrática; y por el otro representan el estatuto jurídico de los individuos en su relación con el Estado y entre ellos mismos. Más allá de ello, el alcance y significado de los derechos fundamentales en un Estado dependerá del tipo de Estado de que se trate, liberal, social o socialista, y la concepción

⁴⁵ *Idem*, p. 2.

⁴⁶ Fernando MÁRQUEZ RIVAS, "Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo", s.p.

⁴⁷ PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p. 233.

que se tenga de los derechos fundamentales determinará la significación del poder público.

Así, el sistema político y jurídico se orientará al respeto y promoción de la persona humana en su dimensión individual si se trata de un Estado liberal, o colectiva si se trata de un Estado social o socialista, con prevalencia de la propiedad colectiva en este último. En la convivencia política, los derechos fundamentales gozarán de mayor tutela si existe un mayor Estado de Derecho, a contrario sensu a menor Estado de Derecho, menor tutela de los derechos fundamentales. Lo paradójico es que ahí donde existe un menor Estado de Derecho es donde hace más falta un reconocimiento de los derechos fundamentales.

Para tales reconocimientos hace falta, tal y como afirmó PÉREZ LUÑO,⁴⁸ un Estado de Derecho con un reconocimiento pleno a los derechos fundamentales, no garantiza su plena protección ante las violaciones que se pueden cometer por parte de grupos económicos, nacionales y multinacionales, e incluso, por grupos terroristas. Esta problemática nace al considerar que los derechos fundamentales también pueden ser violados por terceras personas y no necesariamente por la autoridad pública. De ahí la importancia que significa para los derechos fundamentales este nuevo paradigma del Neoconstitucionalismo, toda vez que afirma la vigencia de tales derechos en una sociedad contemporánea como consustanciales con la propia existencia humana.

La doctrina tradicional, siguiendo el Neoconstitucionalismo, por su parte y según AGUILERA PORTALES, afirma la naturaleza pre y supraestatal de los derechos fundamentales, considerados como “derechos absolutamente inderogables e intocables”.⁴⁹ Esta autosuficiencia de los derechos fundamentales ha sido defendida por un corriente *iusfilosófica* amplia y dominante que defiende la primacía constitucional de los principios y valores frente a las reglas. Podemos decir que en la Convención de La Haya de 1907 y la Convención de Ginebra de 1929, y, más tarde, después de la Segunda Guerra Mundial, las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos complementarios de 1977, que protegen a las poblaciones civiles, los

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ Rafael Enrique AGUILERA PORTALES, *Teoría Política y jurídica*, p. 99.

prisioneros de guerra, los náufragos, los heridos, entre otros.⁵⁰ Siendo aplicables sus disposiciones a situaciones de guerra internacional y de guerra interna, de acuerdo con los respectivos protocolos de 1977.

Como afirma KAGI, es una realidad que los derechos fundamentales si bien no garantizados por el instrumento formal constitucional, son mejor defendidos por el “*rule of law*” inglés que por cualquier Constitución.⁵¹ Por ello, considera AGUILERA PORTALES que estamos ante dos modelos de interpretación jurídica totalmente diferentes, por un lado el *Common Law* de origen inglés y, por otro, el modelo continental europeo que busca la protección de los derechos fundamentales mediante el principio de supremacía constitucional. En este tenor, propio autor, subraya que la modernidad política y jurídica ha considerado siempre el concepto de Constitución, ligado en su parte dogmática, a los derechos fundamentales y libertades públicas, de forma que derechos del hombre y del ciudadano se marcaron desde un principio como indisolublemente unidos.⁵²

La conquista de los derechos que durante décadas han realizado los hombres y las sociedades, tiene como efecto el reconocimiento de los derechos fundamentales tanto a nivel nacional como internacional. Por eso podemos decir que la lucha y conquista de los hombres para que sea reconocido sus derechos fundamentales resultó en una categoría jurídica que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales. Ambas clases de derechos fundamentales son, parte integrante, necesaria e ineludible de la cultura jurídica de todo Estado constitucional.

Por otra parte, en los Estados democráticos, la legislación es la instancia jurídica que se encarga de introducir cambios en el Derecho, reflejando o guiando el cambio social. En el campo judicial, la interpretación permite un margen para introducir cambios, dentro de lo que permita el sistema. Y la capacidad para actuar como agentes del cambio social de la Administración y el Poder ejecutivo deriva,

⁵⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, *op. cit.*, p. 5.

⁵¹ Werner KAGI, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, p. 215, *cit.* AGUILERA PORTALES, *op. cit.*, p. 99.

⁵² FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, p. 147; Gregorio PECES-BARBA, *El fundamento de los derechos humanos*; Maurizio FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, s.p. ; AGUILERA PORTALES, *op. cit.*, p. 96.

en gran medida, de que su función en el Estado contemporáneo se desenvuelve en el terreno de la normación que tiende a agrandarse cada vez más.⁵³ Los cambios que sufre el modelo aplicativo del Derecho rompen con la concepción del estricto formalismo, creándose espacios relacionados con fines y estrategias de naturaleza social, económica, política, etc., que tienen un gran peso en la realización de los principios reguladores del nuevo Derecho.⁵⁴

A partir de esta misma pretensión de “fijar” el derecho fundamental, codificarlo, y atribuir un contenido cierto y definido a los *standards* conforme a los cuáles medir la “moralidad” y legitimidad de la actuación de los gobernantes yace la tensión irresoluble que es característica del constitucionalismo. En tanto que expresión de derecho fundamental, toda Constitución se pretende permanente, al menos en la misma medida en se consideran permanentes los principios que simplemente “declara” y no crea. En tanto que “derecho”, en cambio, los preceptos constitucionales tienen la consideración de normas jurídicas con contenido determinado, aunque necesitadas de interpretación, y como derecho aplicable, expuestas al mismo proceso de transformación que experimentan otras normas por influjo de la cambiante realidad social que pretenden regular.⁵⁵

Si a esto agregamos que en la doctrina alemana de entreguerras ya se había desarrollado, en la obra de SMEND, una teoría de la Constitución en la cual una de sus funciones se describía como la de integración espiritual en torno a los valores de los que daban cuenta los derechos fundamentales, resulta a la mano entender el por qué, a muy poco andar de su funcionamiento, el Tribunal Constitucional Federal alemán afirma la función de los preceptos sobre derechos fundamentales, no en una dimensión normativa tradicional, sino que en una sustancialización ontológica; los enunciados sobre derechos fundamentales dejan de constituir la base para fundar reglas de deber ser y pasan a considerarse un orden objetivo de valores.

⁵³ ATIENZA, *El sentido del Derecho*, pp. 169 y ss., cit. María Isabel GARRIDO GÓMEZ, *Fundamentos e instrumentos de la regulación globalizadora de los derechos fundamentales*, p. 31.

⁵⁴ T. PICONTÓ NOVALES, *En las fronteras del Derecho. Estudio de casos y reflexiones generales*, p. 162, cit. *idem*, p. 31.

⁵⁵ AHUMADA, *op. cit.*, p. 16.

Si bien es cierto que con ello los derechos fundamentales se mantienen en el universo de las categorías deónticas, no lo es menos que, desde la perspectiva de la función que cumplen los textos normativos en el sistema de fuentes, se presencia aquí una revolución copernicana, si es que la figura es aplicable a la cultura jurídica: los textos normativos no serán más considerados como un llamado al juez a disciplinar su proceso argumental en la construcción de reglas, sino que como definiciones de lo valioso, que, una vez asumidas como tales, dejan en libertad de acción al juzgador.⁵⁶

Sin embargo, los derechos fundamentales como valores y el enfoque axiológico del neoconstitucionalismo, podemos decir que el origen inmediato de la evolución que lleva a la consideración de los derechos fundamentales como valores, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, es la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso LÜTH, mencionada tantas veces que no amerita mayor explicación aquí.

En conexión con la teoría constitucional desarrollada por SMEND en el período de entreguerras, y con la cuestión jurídica a resolver en el caso (una expresión del Código Civil alemán de función jurídica equiparable a la del castellano “buenas costumbres”), la sentencia en este caso califica a la parte de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn como constitutiva de un “orden objetivo de valores”.⁵⁷ Como segundo hito en este camino puede mencionarse el desarrollo doctrinal que se intenta a partir de una lectura de la Ley Fundamental de Bonn y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, realizada por Robert ALEXI.

El propio ALEXI sostiene que los preceptos sobre derechos fundamentales constituyen principios, y éstos, a su vez, son la expresión, en términos de deber ser, de los valores, ubicados en el plano del ser. Desde un punto de vista normativo, los principios se caracterizarían por ser mandatos de optimización. A partir de la difusión de la obra de ALEXI en italiano y en castellano, junto con el prestigio alcanzado por el Tribunal Constitucional Federal alemán y su jurisprudencia, la calificación de los derechos funda-

⁵⁶ Eduardo Aldunate LIZANA, *Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo*, pp. 81 y 82.

⁵⁷ *Idem*, p. 9.

mentales como valores o principios se hace patrimonio común del componente teórico del neoconstitucionalismo.⁵⁸

La afirmación de que los derechos fundamentales constituyen valores, o un orden de valores, así como la más amplia afirmación de que ciertos principios constitucionales se insertan dentro de un sistema axiológico, (re)introduce una reflexión iusteorética sobre la relación entre el derecho y la moral que se identifica como un rasgo propio del neoconstitucionalismo.⁵⁹ Para HABERMAS, los derechos sólo son gozados ejercitándose. La autodeterminación individual se constituye en el ejercicio de los derivados de normas legítimamente elaboradas, de lo que se desprende que “la igual distribución no se desligue de esa autonomía pública ejercitable con exclusividad por los ciudadanos en común, participando en la práctica de la producción legislativa”.⁶⁰ Especialmente en la esfera de los derechos, han de fijarse los criterios de la discusión: la capacidad de elección, la satisfacción de necesidades básicas y el igual poder de los sujetos morales en la determinación de lo correcto.⁶¹

A nuestro juicio el mayor desafío en la actualidad recae en como reconocer y garantizar los derechos fundamentales tanto nacionales como internacionales que pudiera ser en sus Cartas Constitutivas o mediante protocolos adicionales a este para que tenga mayor aplicación y un control de carácter constitutivo. También para la eficacia de tales derechos fundamentales el control ciudadano mediante las denuncias y que tenga un tribunal especializada para hacer valer las denuncias, para eso en las comunidades debe facilitar las informaciones gratuitamente a sus ciudadanos.

Otro paradigma contemporáneo lo constituye, sin lugar a dudas, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, asumido y postulado por parte considerable de la doctrina contemporánea, tanto de nuestra área geográfica como de otras, entre ellos desta-

⁵⁸ Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 86.

⁵⁹ LIZANA, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁰ J. HABERMAS, *Facticidad y validez. sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, pp. 498, 502 y 503, cit. GARRIDO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 34.

⁶¹ Rodrigo DE ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, p. 73.

cando a los españoles VICIANO PASTOR y MARTÍNEZ DALMAU,⁶² quienes perciben ambas corrientes o paradigmas como complementarios en sus principales postulados, así como ÁVILA SANTAMARÍA,⁶³ quien lo identifica como Neoconstitucionalismo transformador. Como ejemplos que encarnan este nuevo tipo de constitucionalismo podemos afirmar que se encuentran los textos constitucionales de Colombia (1991), Ecuador (1998), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009) y Dominicana (2010).

Así, los propios autores identifican que, con respecto al Neoconstitucionalismo, “el nuevo constitucionalismo mantiene las posiciones sobre la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico”, así como “la necesidad de construir la teoría y observar las consecuencias prácticas de la evolución del constitucionalismo hacia el Estado constitucional”.⁶⁴ A propósito de las novedades apreciadas en este nuevo tipo de constitucionalismo aseguran, con relación al origen constitucional, a los procesos constituyentes democráticos que ofrece el elemento legitimidad, así como otros elementos, de carácter formal, como son el contenido innovador de los textos constitucionales (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad) y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez).

También destacan como elementos materiales comunes que caracterizan este paradigma, como son la búsqueda de instrumentos que recompongan la perdida (o nunca lograda, como afirman los autores citados) relación entre soberanía y gobierno, asumiéndose el compromiso de promover la participación ciudadana a través de fórmulas directas, estableciéndose mecanismos de legitimidad y control sobre el poder constituido. También la abierta e inequívoca declaración del carácter jurídicos de los textos constitucionales, más allá de meras declaraciones nominales, habilitándose mecanismos

⁶² Roberto VICIANO PASTOR y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, “¿Puede hablarse de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?”, pp. 1 y ss.

⁶³ Ramiro Ávila Santamaría, “En defensa del neoconstitucionalismo transformador. Los debates y los argumentos”, pp. 1 y ss.

⁶⁴ *Idem*, p. 2.

de control constitucional mucho más efectivos, con el propósito de visibilizar los atentados a las Constituciones y reparar tales daños en vistas de brindar toda la certeza o seguridad jurídicas necesarias, tanto para el Estado como para los ciudadanos.

Y por último, el que nos interesa a los propósitos de la presente investigación, lo relacionado con los derechos fundamentales, postulándose profusas catálogos de derechos en las nuevas Constituciones y que, a diferencia del constitucionalismo clásico, que se limita a establecer de forma genérica los derechos y no se preocupa por la individualización y colectivización de los mismo, es posible advertir en los nuevos textos la identificación de los grupos vulnerables y una interpretación amplia de los beneficiarios de los derechos.

Además, continúan asegurando, la recepción de los convenios internacionales de derechos humanos, la búsqueda de criterios de interpretación más favorables para las personas, o las acciones indirectas de amparo, acompañan a tales catálogos, otorgando a los derechos económicos, sociales y culturales (de prestación, según su contenido) una mayor efectividad, así como el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios o indígenas como se les conoce en Latinoamérica; entre otras innovaciones interesantes de este paradigma.

Por su parte, ÁVILA SANTAMARÍA,⁶⁵ con especial énfasis en la Constitución ecuatoriana del 2008, significó el establecimiento en su texto de la posibilidad de que particulares, por cuestiones de abuso de poder, de discriminación o por situaciones de sumisión, puedan ser controlados constitucionalmente a través de una acción de protección, avanzando en la teoría clásica de los derechos fundamentales, por la que se concebía que sólo el Estado podía violar derechos. Así advirtió que la “realidad nos demuestra que los particulares pueden violar derechos humanos y en los ámbitos que los liberales consideraban inviolables, tales como la esfera doméstica, el abuso contractual de las empresas, el poder de las multinacionales para explotar laboralmente y contaminar, la mala práctica médica.

La teoría contemporánea de los derechos humanos considera que cualquier poder, público o privado, debe ser limitado por los dere-

⁶⁵ ÁVILA SANTAMARÍA, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

chos constitucionales”,⁶⁶ complementando la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, anteriormente referida y que constituye otro carácter generalizado en este nuevo paradigma. Entre los ejemplos que cita se encuentran los abusos en que pueden incurrir los hospitales privados cuando se permiten limitar la libertad al encerrar a un paciente que no puede pagar, en la externalización de los costos de producción de empresas que por producir barato explotan y contaminan (y los costos los paga el Estado con fondos públicos), en el maltrato infantil y en la violencia contra la mujer, en la discriminación en los arriendos o en el acceso a trabajos por cuestiones de origen nacional o color de piel.

De este modo, se consolidan ambos paradigmas, el segundo de ellos de reciente impacto en Latinoamérica, conduciendo a reinterpretaciones en cuanto al tratamiento que se les brinda a los derechos fundamentales, dimensionándolos a partir de las insuficiencias históricas que los han diezmado o disminuidos en cuanto al alcance de su ejercicio o efectividad, no sólo ya desde el punto de vista jurídico sino material, privilegiándose el tratamiento de los derechos económicos, sociales y culturales, lastrados ya por su relativización como derechos fundamentales. Se vinculan además al reconocimiento y goce de esos derechos tanto a los poderes públicos como a los entes particulares o privados, reconociéndose una suerte de efecto de irradiación de los derechos fundamentales, los que deben impregnar todo el ordenamiento jurídico, lo que por supuesto incluye las relaciones entre particulares.

⁶⁶ *Idem*, p. 15.

Reflexiones finales:

Los derechos fundamentales (o humanos) se afirman como productos históricos que condensan conquistas pasadas, demandas presentes y proyectos futuros. De esta forma los mismos evolucionan como paradigma y como progreso constante en el sentido de asegurar la plena dignidad de todos los seres humanos y la necesidad de imponer los límites y controles a los actos practicados por el Estado y sus autoridades, es decir, al poder gobernante. Esa evolución fue animada profundamente por las luchas reivindicatorias en defensa de nuevas libertades y derechos contra los viejos poderes hegemónicos del Estado, acompañando los procesos históricos, las luchas sociales y los contrastes de regímenes políticos, así como los progresos científicos, técnicos y económicos.

Podremos entender a los derechos fundamentales (o humanos) como el conjunto de valores, principios, instituciones, facultades y/o prerrogativas reconocidas a todos los seres humanos que, en cada momento histórico, han sido reivindicados como consagratorios de la dignidad humana, a partir de los principios de libertad, igualdad, justicia y solidaridad, entre otros, y que en la actualidad gozan de un consenso en la comunidad internacional de naciones, así como que deben estar positivados en los ordenamientos jurídicos vigentes con el propósito de dotarlos de las necesarias efectividad y aplicabilidad jurídica y material. En cuanto a sus contenidos esenciales podremos clasificarlos como: derechos de defensa o derechos de libertades; derechos de prestación; y derechos de participación.

El mayor desafío en la actualidad, evidenciado profundamente por el Neoconstitucionalismo y acentuado en los tiempos por el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, recae en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales (o humanos) tanto nacional como internacionalmente. Superando ello, la eficacia de tales derechos fundamentales (o humanos) pasará de ser una quimera imposible a un efectivo goce y ejercicio, sumado al control necesario y la disposición de medios múltiples de defensa jurídica.

Bibliografía:

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, Teoría Política y jurídica, Problemas actuales, Editorial Porrúa, México, 2008.

AHUMADA, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo”, disponible on-line: http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada11/4_AHUMADA.pdf (consultado: 10 de abril de 2013).

ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto, Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, Editorial UNAM, México, 2003.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo” en, Revista de Derecho, Volumen I, XXIII, Número 1, 2010.

ALEX, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Editorial CEPC, Madrid, 1993.

AÑON, María José, “Derechos fundamentales y Estado constitucional”, disponible on-line: http://drept.unibuc.ro/dyn_doc/relatii-internationale/cds-2010-3.Cc-40.-Anon.pdf (consultado: 15 de abril de 2013).

ASENSI SABATER, José, Constitucionalismo y Derecho Constitucional, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1995

ASÍS ROIG, R., Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, España, 2001.

BOBBIO, Norberto, A, Era dos Direitos, (Trad. de Carlos Nelson Coutinho), Campus, Rio de Janeiro, Brasil, 1992.

CAÑIZARES ABELEDO, Fernando Diego, Teoría del Derecho, 1^{era} reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, Cuba, 1979.

Cañizares Abeledo, Fernando Diego, Teoría del Estado, Universidad de La Habana, La Habana, [s.f.].

Carbonell, Miguel, Los derechos fundamentales en México, UNAM, México, 2004.

Carbonell, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, España, 2009.

Competa Amaral, Renata, Direito Internacional Publico e privado, verbo jurídico, Porto Alegre, Brasil, 2012.

Cutié Mustelier, Danelia, El sistema de garantías de los Derechos Humanos en Cuba, Tesis de Doctor en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, Cuba, 1999.

Da Cunha Junior, Derley, Curso de derecho constitucional, 5ª edición, Revista ampliada e actualizada, Jus POIVM, Bahía, Brasil, 2011.

De Moura Agra, Walber, Direito Constitucional, 6ª edición, Revisada E Actualizada, Forense, Rio de Janeiro, 2010.

De Julios Campuzano, Alfonso, La globalización ilustrada: Ciudadanía derechos humanos y constitucionalismo, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2003.

Derrida, Jacques, Espectros de Marx. El estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995.

De Otto, Ignacio, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, 2ª edición, 1ª reimpresión, Ariel, Barcelona, 1989.

Ferrajoli, Luigi, Los fundamentos de los Derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, España, 2005.

Ferrando Badía, Juan, Estudios de Ciencia Política y Teoría Cons-

titucional, 3ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1988.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, Los Derechos Humanos y su Protección Jurídica y Procesal en Latinoamérica, UNAM, Mexico, 2001.

FREIXES SANJUÁN, Teresa, Constitución y derechos fundamentales, PPU, Barcelona, 1992.

GARCÍA ALONSO, Ricardo, “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, en Cuadernos de Derecho Público, No. 13, mayo-agosto, 2001.

GARCÍA COTARELO, Ramón y Andrés DE BLAS HERRERO, Teoría del Estado y Sistemas Políticos, Tomos I y II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1986.

GÓMEZ GARRIDO, María Isabel, “Fundamentos e instrumentos de la regulación globalizadora de los derechos fundamentales”, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, No. 11, 2007/2008, disponible on-line: http://bajo.delasalle.edu.mx/revistas/derecho/numero_10/maestros_Losderechosfundamentales.html (consultado: 28 de junio de 2013).

GÓMEZ ISA, Felipe y José Manuel PUREZA, La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI, Universidad de Deusto Bilbao España 2004

GUERRERO MAYORGA, Orlando, “El derecho comunitario: Concepto, naturaleza y características”, en Anuario del Derecho Constitucional Latinoamericano, Nicaragua, 2005.

HUMMER, Waldemar, “La elaboración de una Carta de los derechos fundamentales del Mercosur desde una perspectiva europea”, Anuario Constitucional Latinoamericano, Año XV, Montevideo, Uruguay, 2009.

KELSEN, Hans, Teoría pura del Derecho, (Trad. de la 2ª edición en alemán Roberto J. Bernenco), UNAM, México, 1982.

LA MADRID ALIAGA, Jesús Raúl, Derecho Constitucional General, disponible on-line: <http://es.scribd.com/doc/136908139/Derecho-Co>

LANDA, César, “Teoría de los Derechos Fundamentales nstitucional-General (consultado: 13 de marzo de 2013).”, disponible on-line: <http://www.capje.org.pe/guia/teo.htm> (consultado: 28 de noviembre de 2012).

MÁRQUEZ RIVAS, Fernando, “Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo” en revista electrónica, disponible on-line http://bajio.delasalle.edu.mx/revistas/derecho/numero_10/maestros_lossderechosfundamentales.html (consultado: 15 de abril de 2013).

MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., Curso de Direito constitucional, Sao Paulo, 1991.

MOLINA, Ignacio, Conceptos fundamentales de Ciencia Política, 1ª reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

MONCAYO VINUESA GUTIÑERREZ POSSE. Derecho Internacional Público, Zavallá S.A., Buenos Aires-Argentina, 1990.

MORAIS, Alexandre, Direito Constitucional, 27ª. ed., Sao Paulo, 2011.

NEGRO, Dante M. “El sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aspectos jurídicos y políticos”, abril, 2012, disponible on-line http://72.29.69.19/~ejal/images/stories/archivos/sidh/sistema_interamericano.pdf (consultado: 15 de abril de 2013).

NORIEGA ALCALÁ, Humberto, Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

NORIEGA CANTÚ, Alonso, Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.

NOVELINO, Marcelo, Direito Constitucional, 5ª ed., Método, Brasil 2011.

PAULO, Vicente y Marcelo ALEXANDRINO, *Direito Constitucional descompilado*, 7ª ed., Método, Brasil, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1994.

PÉREZ ROYO, Javier, *Las Fuentes del Derecho*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1986.

PEREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 4ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.

PINHO REBELLO, Rodrigo César, *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*, 11ª ed., V. 17, Saraiva,, Brasil, 2011.

PUPE BRAGA, Marcelo, *Direito Internacional Publico e Privado*, Metodo, Brasil, 2010.

ROLLA, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002.

RUBIO LLORENTE, Francisco, “El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 48, Madrid 1996.

SANTANA LESCAILLE, Freider, *América latina y el Caribe ante los desafíos de la integración regional: Perspectivas jurídicas de ordenación*, Tesis en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Habana, 2010 (inédito).

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, 1ª ed., 3ª reimp., Alianza Editorial, Madrid, 2001.

SERRANO, G. Enrique, *Derecho y orden social. Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt*, México, 2007, disponible on-line: <http://ISEGORIA.REVISTA.CSIC.ES> (consultado: 15 de abril de 2013).

TÜNNERMANN, Carlos, *Los Derechos Humanos: evolución histó-*

rica y reto educativo, 2da. ed., Unidad Regional de Ciencias Sociales y Humanas para América Latina y el Caribe – Oficina UNESCO, Caracas, 1997.

VAN NIEKERK LOLETTE Kritzinger, *Regional integration, concepts, advantages, disadvantages and lessons of experience*, Ed. SN 2010.

VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “¿Puede hablarse de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?”, disponible on-line: <http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/sources/Issue%2089.7/Landa/fn005.Landa.Viciano.Sistematizada.pdf> (consultado: 20 de mayo de 2013).