

La crisis del estatuto teórico de los derechos fundamentales.*

Fernando Silva García.**

La adecuada protección de los derechos fundamentales¹ requiere partir de una teoría coherente sobre su papel en el presente momento histórico. Si la teoría de los derechos fundamentales se encuentra en crisis, difícilmente la práctica puede llegar a ofrecer soluciones efectivas para lograr una adecuada protección de los derechos. Por ende, en el presente trabajo, nos hemos dado a la tarea de desarrollar cómo la teoría de los derechos fundamentales se encuentra en crisis, para que después, con esas bases, puedan aportarse soluciones en el ámbito de su efectiva justiciabilidad.²

* El presente trabajo es un mero apunte sobre la crisis actual que afronta la teoría de los derechos fundamentales. Agradezco la guía del Profesor Antonio De Cabo para su realización.

**Doctor en Derecho Público. Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Del contexto en el que se utilice el término de *derechos fundamentales* el lector podrá saber si nos referimos a los derechos previstos en las Constituciones de ciertos Estados, a los consagrados en tratados internacionales o al concepto que maneja la doctrina académica, en los casos respectivos. Sin embargo, consideramos importante dejar anotada la definición material de Ferrajoli, para quien son derechos fundamentales aquellas expectativas de prestaciones o de no lesiones que se atribuyen, de forma universal e indisponible, a todos en cuanto personas, ciudadanos y/o capaces de obrar. Ferrajoli, Luigi. Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 9-17, 287-381 (Prólogo de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello).

² "(...) Without a theory of rights a theory outlining what they are, where they come from, and how they are defined - it is impossible to know what institutions are best suited to articulate and defend them (...)"

En las siguientes líneas, realizaremos una somera exposición de las distintas etapas de evolución del estatuto teórico de los derechos fundamentales, con el objeto de tener presente, a lo largo de nuestra investigación, el estado de evolución actual de la teoría y práctica jurisdiccional en ese ámbito. A esos efectos, utilizaremos de guía las distintas etapas de un proceso dialéctico que ha servido, para caracterizar, principalmente, al constitucionalismo europeo, aun cuando pueda pensarse que, en la actualidad, el fundamento del Estado constitucional sea prácticamente universal, por descansar, en términos generales, en la renovada noción del papel del hombre dentro del Derecho.³

I. De la Teoría Liberal al Estado Social.

Parte de la doctrina académica ha sustentado que a partir del pensamiento tomista se consolida la exigencia de someter el Derecho positivo a los preceptos del Derecho natural, en cuanto expresión de la naturaleza racional humana, lo cual, se ha apuntado, sirvió de

Calabresi, Guido. Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan debate ignores). *Harvard Law Review*. Vol. 105, no. 1, november 1991, p. 84-85.

³ Se ha pensado que la etapas de este proceso son: tesis, Estado liberal; antítesis, la forma social, y síntesis, el Estado constitucional o social y democrático de derecho. Ver Cossío Díaz, José Ramón.

sustento al pensamiento de Vitoria y de Las Casas para sentar las bases doctrinales del reconocimiento de la libertad y dignidad de *todos* los hombres, reflejándose posteriormente en la teoría de los derechos naturales construida por Pufendorf y Locke, por ejemplo.⁴

Con esos antecedentes históricos y la influencia directa del iusnaturalismo racionalista, la doctrina liberal elaboró una construcción analítica sobre derechos del hombre basándose especialmente en la llamada teoría contractualista. Esa teoría consiste, en términos muy generales, en una serie de razonamientos hipotéticos⁵ dirigidos a establecer una posición útil para la fundamentación de formas racionales en el ejercicio del poder político, la cual resultó ser la concepción del hombre en un estado presocial, en una situación de libertad natural y absoluta, que termina a partir de su integración en la vida colectiva. Diferentes teóricos han hecho suya esta construcción analítica para abordar temas de filosofía política⁶ y, en la actualidad,

Constitucionalismo y Globalización. Carbonell, Miguel; Vázquez, Rodolfo (comp.). *Estado Constitucional y Globalización*. México: Porrúa, 2001, p 225-236.

⁴ “(...) The theologians of the Second Scholastic built upon the tradition established by Thomas Aquinas. Natural law is a body of self-evident principles, a ‘function of reason’”. (...) Locke’s theory of natural law is similar to the accounts of Grotius and Pufendorf in crucial respects. Natural law is not relative, but universal. It is discovered by rational reflection (...)”. Cavallar, Georg. *Vitoria and the Second Scholastic. The Rights of Strangers*. England: Asgate, 2002, p. 75-120, 260.

⁵ Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Madrid: FCE, 1979, p. 27-30.

⁶ El mismo fundamento teórico puede llevar a resultados diferentes. Ver Hobbes, Thomas. *Leviatán*. Madrid: Editora Nacional, 1979. Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid: Aguilar, 1969. Rousseau, Jean Jacques. *El Contrato Social*. Madrid. Edimat, 2000.

constituye uno de los fundamentos del constitucionalismo moderno (*We the people ...*), no sin algunos matices.⁷

A partir de ese postulado, la teoría liberal concibe una idea abstracta de libertad natural, como ausencia de toda sujeción e injerencia a esa cualidad intrínseca del hombre, interpretando que ésta termina con la incorporación del individuo en el orden colectivo, en función de principios de convivencia social.⁸ De ese modo, se interpreta que la porción de libertad que sigue siendo inherente al individuo e indisponible a la agrupación, luego del pacto social, son los derechos naturales. Estos derechos pasan a ser concebidos como residuos de la libertad presocial del hombre, que conforman una esfera de vaciamiento de poder, excluyente de toda intromisión estatal. Es a partir de esa concepción cuando llega a entenderse que la violación de esa esfera de libertad produce la desnaturalización del ser humano.

⁷ “(...) Porque se renuncia previamente a la democracia de la identidad como posibilidad histórica, es por lo que se hace posible plantear una teoría de la limitación del poder y, en definitiva, una teoría de la Constitución como ley suprema, en el marco de la democracia representativa (...)”. De Vega, Pedro. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, 1ª ed., 4ª reimpr. Madrid: Tecnos, 1999, p. 15-19.

⁸ “ (...) todo lo que cada uno enajena, por el pacto social, de su poder, de sus bienes, de su libertad es solamente la parte de todo aquello cuyo uso importa a la comunidad (...)”. Rousseau, Jean Jacques, *El Contrato Social*, op. cit., p. 60, 70.

Esa primera construcción fue modificándose a partir de ciertos datos empíricos.⁹ En primer lugar, la experiencia demostró que los derechos no pueden tenerse en forma absoluta, pues ello impediría que otros gocen del mismo o de otros derechos. De ahí las múltiples controversias en las que el juzgador se ve obligado a realizar un balance entre los intereses individuales y generales en juego, conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad¹⁰, favoreciendo más a unos que a otros, dependiendo del caso concreto y de los valores culturales operantes en la comunidad respectiva.¹¹ Se argumenta, entonces, que el grado de incondicionalidad de los derechos del individuo depende del bien común¹² y de la existencia de los derechos de los demás miembros del orden social.¹³ Esa situación puso de relieve que la resolución de los conflictos entre derechos

⁹ De Cabo, Antonio. "Globalización y derechos fundamentales", Conferencia organizada por la Universidad Complutense de Madrid, llevada a cabo los días 7 al 9 de abril de 2003.

¹⁰ Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, 1987, p. 75-85. (Trad. de Ernesto Garzón Valdés).

¹¹ Sobre el balance entre el derecho a la vida y la libertad sexual, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147 (1973). En *Texas v. Johnson* (491 U.S. 397, 109 S.Ct. 2533, 105 L. Ed. 2d 342 (1989), el conflicto entre la libertad de expresión y una ley penal aplicada por quemar la bandera estadounidense. La sentencia del TC alemán 1BvR 653/96, de 15 de diciembre de 1999, sobre libertad de prensa y privacidad. Por México, la sentencia D.A. 109/2002-1421, 6 de mayo de 2002, del 1º Trib. Col. Adm. 1º Circ., que trata sobre los alcances del derecho a la inviolabilidad del domicilio de personas jurídicas de derecho privado frente a una orden de inspección de medidas de seguridad e higiene en un centro de trabajo.

¹² "(...) Los derechos formulados como naturales y previos no son los mismos que los del hombre en sociedad (...)". Cruz Villalón, Pedro, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: CEPC, 1999, p. 34- 35.

¹³ "(...) No hay libertad para atentar contra la libertad (...)". El art. 4º de la Declaración francesa de 1789 ya apuntaba que: "el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los

implica una elección y una jerarquización de los principios y valores que la colectividad considera trascendentes.¹⁴ Por ello, los niveles de protección de derechos llegan a variar de un Estado a otro, dada la presencia de factores históricos, sociológicos y culturales en la resolución de esos problemas. Un ejemplo clásico de esta cuestión son las sentencias de los tribunales constitucionales y equivalente relativas al aborto.¹⁵ Otro ejemplo en el que ha resultado trascendente esa situación se ha producido en el ámbito comunitario europeo, en relación con el control pretoriano que ha venido realizando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).¹⁶ En suma, la imposibilidad de que los derechos fueran eficaces en un nivel máximo en todos los casos produjo una primera fractura a la teoría liberal.

Un segundo elemento que contribuyó a la modificación de la construcción teórica liberal fue el reconocimiento de los derechos políticos¹⁷, habida cuenta que su requerida indisponibilidad para el

que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos". Bidart, Campos Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: UNAM, 1993, p. 210-215.

¹⁴ Weiler, Joseph H.H. *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries; On the conflict of standards and values in the protection of human rights in the European legal space. The Constitution of Europe*. UK: Cambridge University Press, 1999. p. 102-112.

¹⁵ Decisiones de la Corte Suprema de E.U.A: *Roe v. Wade*, *Doe v. Bolton* (1972). *Harris v. Mcrae* (1980), *Webster v. Reproductive Health Services* (1989). *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992), por ejemplo.

¹⁶ STJCE *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, 13 de septiembre de 1979 (44/79). STJCE *Nold (J.) KG v. Comisión*, 14 de mayo de 1974 (4/73).

¹⁷ De Cabo, Antonio. "Globalización y derechos ...", *op. cit.*

Estado¹⁸ no encaja autónomamente, en principio, en la construcción analítica que concibe a todos los derechos como residuos de la libertad presocial del hombre.

Por otro lado, la experiencia también demostró que, *de facto*, los derechos son eficaces mediante su juridificación¹⁹, por razones de certidumbre jurídica.²⁰ A partir de ese dato los derechos van a adquirir una doble significación: a) como derechos-valor, por su contenido axiológico (aspecto material) y, b) como categorías jurídico-formales, por su previsión en normas jurídicas (aspecto formal).²¹ Esa concepción produjo un entendimiento obtuso de los derechos, limitado

¹⁸ El método democrático es necesario para salvaguardar los derechos fundamentales, al mismo tiempo que el goce y garantía de éstos resulta indispensable para el funcionamiento efectivo de dicha forma de gobierno. Bobbio, Norberto. *Liberalismo y Democracia*. México: FCE, 2001. (Traducido por José F. Fernández Santillán).

¹⁹ “(...) los hombres, mediante la Constitución, confían su gobierno al Estado, precisamente porque, mediante la Constitución, el Estado queda obligado a respetar la libertad (...)”. La consecuencia de su reconocimiento jurídico: “(...) es la eficacia jurídica de tales derechos constitucionales (...)”. Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y Derechos Fundamentales. Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: CEPC, 1998, p. 148-149.

²⁰ Desde cierta perspectiva, es un contrasentido que los derechos se reconozcan jurídicamente, pues puede dar a entender que la carta respectiva es constitutiva. Si son áreas de exclusión de la actividad estatal ¿cómo van a depender de un acto que es expresión del Estado? En ese sentido Hamilton respondía a la objeción de la falta de un catálogo de derechos en el plan de la convención: “(...) For why declare that things shall not be done which there is no power to do? (...)”. Hamilton, Alexander. *The Federalist No. 84*. Hamilton, Alexander (*et al.*). *The Federalist Papers*. N.Y: Buccaneer Books, 1992, p. 436-437. En cierto grado, la certidumbre jurídica condujo a la adopción de la carta sobre derechos de la Unión Europea. Carrillo Salcedo, Juan Antonio. Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 9, año 5, 2001, p. 25-26.

²¹ Para Peces-Barba, los derechos fundamentales encuentran sustento en un sistema de valores previo y sólo alcanzan su plenitud cuando: 1) una norma jurídica los reconoce, 2) de tal norma se desprenden un conjunto de facultades o derechos subjetivos y, 3) los titulares pueden contar con el aparato coactivo del Estado para la protección de tales derechos. Peces-Barba, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales I, Teoría general*. Madrid: Eudema, 1991.

a su virtualidad jurídica, que degeneró hasta el punto de nacionalizar, en cierto grado, sus alcances y su eficacia fáctica.²² Se ha dicho que la relativización del contenido iusnaturalista de los derechos comienza bajo su concepción como derechos públicos subjetivos²³, que se adopta en la segunda mitad del siglo XIX en Alemania, principalmente en la obra de Georg Jellinek. Bajo su teoría, se concibe a los derechos como pretensiones jurídicas concretas a favor del individuo protegidas por el principio de legalidad, por el principio de tutela judicial efectiva y por el derecho de participación.²⁴

La consolidación del Estado social contribuyó también a la reconducción de la teoría liberal de los derechos, sobre todo a partir de su eficacia horizontal y de los derechos de prestación. Se ha señalado que la teoría liberal pasó en cierto grado inadvertido (salvo los casos de configuración de tipos penales) que los particulares pueden afectar derechos fundamentales, porque los principios de generalidad de las leyes, de igualdad y de autodeterminación impiden la producción de contravenciones de derechos a nivel horizontal.

²² “(...) La ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de status que aún delimitan la igualdad de las personas humanas (...)”. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más Débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 40. Una importante reacción a ese hecho es la Declaración sobre Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en el que viven, emitida por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

²³ Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, 7ª ed. Madrid: Tecnos: 1998, p. 37.

²⁴ *Ibidem*, p. 24.

Porque tales principios no operan, de modo absoluto, en la realidad²⁵, se ha clarificado la idea de que los derechos fundamentales son susceptibles de verse afectados por particulares.²⁶

El tránsito del Estado liberal al Estado social dinamizó el significado de los derechos fundamentales, en razón a que dejaron de ser meros límites al ejercicio del poder político para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos.²⁷ De esa forma, se abrió paso a una nueva concepción de los derechos que “(...) opone a la idea apriorística, formal y abstracta de la libertad unas libertades concretas, que no se

²⁵ Existen leyes que aunque formalmente son generales, materialmente no reúnen ese atributo, porque tienen por objeto regular la conducta de ciertos sujetos específicos, sin la posibilidad de que cualquier individuo, voluntariamente, pueda ubicarse en el supuesto normativo. Asimismo, este principio se ha desgastado a partir de las leyes remedio o leyes singulares (ley RUMASA). El principio de igualdad ante la ley también se ha ido erosionando por la existencia de grupos intermedios (grandes empresas, uniones de trabajadores, monopolios de los medios de comunicación) que se presentan como bloques de poder que implican, frente a los individuos, diferencias inconmesurables. Tampoco parece regir, en forma general, el principio de autodeterminación, pues gran parte de las actividades cotidianas se encuentran previstas en forma unilateral, dada la existencia de contratos de adhesión que no permiten margen decisorio a los individuos para elegir su modo de participación en ciertos ámbitos. De Cabo, Antonio. “Globalización y derechos ...”, *op. cit.*

²⁶ Una línea de evolución en las sentencias del Tribunal Constitucional español 5/1981; 38/1981; 78/1982; 18/1984. Cruz Villalón, Pedro. *La curiosidad del ...*, *op. cit.*, p. 217-232. Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Young, James y Webster c. Reino Unido*, 13 de agosto de 1981. STEDH X y Y c. *Holanda*, 26 de marzo de 1985. STEDH *Gustaffson c. Suecia*, 15 de abril de 1996. Sobre todo, la opinión disidente del Juez Jambrek en esta última. Por México, la sentencia R.A. 3007/2001-4641, 8 de febrero de 2002, del 1º Trib. Col. Adm. 1º Circ.

²⁷ Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales ...*, *op. cit.*, p. 21. Los derechos son reactivos a las nuevas y distintas formas que los amenazan (Convención sobre Bioética y el Derecho al Agua, por ejemplo). De Cabo, Antonio. “Globalización y derechos ...”, *op. cit.* “(...) las pretensiones morales que fundamentan cada derecho, tienen un carácter histórico que aparece cuando surge la necesidad, o cuando el progreso técnico lo permite (...)”. Peces-Barba Martínez, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. Nieto Navia, Rafael (ed.). *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, 1ª ed. San José: Corte IDH, 1994, p. 410.

agotan en la libertad *en y para sí misma*, sino que son libertades *con* los demás y *en* un contexto social e histórico determinado (...)", que precisa de la acción positiva de los poderes públicos para remover los obstáculos de orden económico, social y cultural, que impiden la plena expansión de la persona humana.²⁸

Con esas bases, se ha propuesto reconocer *a todos* los derechos tres dimensiones: a) *dimensión de exclusión*, que consiste en la indisponibilidad²⁹ de la esfera de derechos fundamentales (aportación liberal); b) *dimensión de protección o tutela*, que significa la garantía en favor de los particulares de acudir ante los tribunales para defender sus derechos y, c) *dimensión de promoción*, que implica la obligación del Estado, de un lado, de dictar las medidas positivas necesarias a efectos de promover el respeto a los derechos fundamentales³⁰; de otro lado, de crear los medios adecuados para que los derechos puedan gozarse *por todos* los particulares en forma real y efectiva.

²⁸ Por ello, se ha subrayado que los derechos sociales están vinculados a los valores iusnaturalistas, en cuanto especificaciones de la igualdad y por implicar la extensión de la libertad *a todos* los ciudadanos, en condiciones correspondientes. *Ibidem*, p. 214-215.

²⁹ "(...) The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities (...)" *West Virginia State Board Education v. Barnette*, USA Supreme Court, 319 US 624 (1943).

³⁰ La condición polifacética de los derechos fundamentales implica la no injerencia de los poderes públicos en ciertas áreas de la esfera jurídica de los particulares, así como la intervención pública del Estado para posibilitar y satisfacer debidamente el ejercicio del derecho. STEDH *Plattform Ärzte Für das Leben v. Austria*, 21 de junio de 1988.

Esa morfología sugiere concebir a los derechos fundamentales como un sistema de valores objetivos dotados de *unidad de sentido*, lo cual impone su interdependencia o mutua implicación³¹, que cobra su mayor expresión en el hecho de que su disfrute real por todos los miembros de la sociedad, en la actualidad, exige garantizar unas cotas de bienestar económico que permitan a todos los individuos una participación activa en la vida comunitaria.³²

II. Del Estado Social al Estado neoliberal.

Ahora bien, la crisis económica del Estado social ha producido cambios trascendentales en la organización política y en su relación con los principales actores sociales, lo cual ha incidido nuevamente en la esfera de los derechos de los individuos y grupos de particulares. Parte de la doctrina académica ha apuntado que la pérdida de la

³¹ Sobre la interpretación sistemática de la Constitución, para dar eficacia a *todos* los derechos, por España las SSTC de 4 de febrero de 1983 y de 7 de junio de 1984. Por México, la sentencia R.A. 3007/2001-4641, 8 de febrero de 2002, del 1º Trib. Col. Adm. 1º Circ.

³² Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales ...*, *op. cit.*, p. 134-137. Por ejemplo, la protección de la libertad de expresión requiere la no intervención del Estado en ese ámbito y, además, el acceso a tribunales para su defensa, así como acciones positivas que garanticen la obtención de información adecuada para su debido ejercicio. De Cabo, Antonio. "Globalización y derechos ...", *op. cit.* Aunque fue desestimado por la Corte Suprema norteamericana, uno de los argumentos principales de los demandantes en el asunto *San Antonio Ind. School Dist. V. Rodríguez*, 411 U.S. 1, 93 S. Ct. 1278, 36 L. Ed.2d 16 (1973), fue que el derecho a la educación, a su vez, garantiza el ejercicio *efectivo* de las libertades previstas en la primera enmienda y el derecho al voto.

dimensión social del Estado va a afectar, en cierto grado, al principio democrático y al Estado de Derecho. La imposibilidad material del Estado de solucionar, por sí solo, la situación económica y de remediar los problemas que trascienden a sus fronteras ha dado lugar al nacimiento de procesos de integración y acuerdos económicos multilaterales, que han supuesto que, en cierta medida, las grandes decisiones, no sólo económicas, se tomen por entes externos, en donde la participación del individuo es mínima o casi nula (ONU³³, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Unión Europea³⁴, Banco Central Europeo³⁵, la OMC, por ejemplo).³⁶

³³ “(...) La actual situación del ‘sistema internacional’, de estrecha interdependencia y de internacionalización de la política interior, tiende a favorecer las soluciones de tipo autoritario más que las democracias (...)”. Germani, L. *I limiti della democrazia*. Nápoles: 1985, p. 34. En Bobbio, Norberto. *El Futuro de la Democracia*, 3ª ed. México: FCE, 2001, p. 191-212.

³⁴ La particularidad del proceso decisorio comunitario junto con el principio de primacía [STJCE *M. Flaminio Costa*, 15 de julio de 1964 (6/64)] produce que, mientras más se amplíe el ámbito competencial comunitario, la influencia de los ciudadanos en las normas que regulan su conducta sea cada vez menor. De ahí el término *ministrocracia*, en Woodard, Stephen. “The 1996 IGC: the chance to shape a democratic European Union”, *EBJ*. 7 (3), 1995, pp. 47-48. Contribuye el hecho de que el Parlamento Europeo no ha tenido un control sobre el Consejo de Ministros, en su actuación como Ejecutivo (como en los sistemas parlamentarios europeos); a que no existe un verdadero sistema de partidos políticos a nivel europeo (cuya actuación tienda a respaldar ciertas corrientes políticas y no la postura del Estado); y a que no ha existido una influencia efectiva del Parlamento Europeo en el sistema presupuestario. Eriksen, Eric. *Governance or Democracy? The White Paper on European Governance*. Symposium: Responses to the European Commission’s White Paper on Governance. New York University School of Law. *Jean Monnet Working Paper*. No. 6/01. El Tratado constitucional de la UE ha tomado algunas medidas tendentes a reforzar el principio democrático en ese ámbito. Así, por ejemplo, la previsión de un nuevo papel para los Parlamentos nacionales a la hora de verificar el cumplimiento del principio de subsidiaridad.

³⁵ Gormley Laurence (*et al.*). *The Democratic Deficit of the European Central Bank*. *European Law Review*. Vol. 21, no. 2, 1996.

³⁶ Estévez Araujo, José Antonio. *Cesiones de soberanía: la OTAN, la Unión Europea y la Organización Mundial del Comercio*. Pisarello, Gerardo. *Constitución y gobernabilidad: razones de una democracia de baja intensidad*, en Capella, Juan Ramón (ed.). *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta, 2003.

Ese estado de las cosas, por un lado, ha llegado a afectar el derecho de participación del individuo con incidencia directa en la garantía de todos los demás derechos fundamentales; por otro, ha llegado a incidir en el disfrute de los derechos de prestación y, por tanto, en la dimensión de promoción de todos los derechos, en virtud de su interconexión.

En ese sentido, se ha apuntado que las nuevas formulaciones teóricas requieren tomar en cuenta un entendimiento de los derechos fundamentales en las tres dimensiones referidas y en una inescindible correlación con los principios que consagran la forma de Estado y que definen el sistema económico³⁷, pues únicamente de esa forma pueden suponer medios adecuados para los particulares frente a su posible amenazas, en razón a la existencia de grupos nacionales y multinacionales detentadores de una hegemonía fáctica sobre el resto de los individuos.

En años recientes, Ferrajoli ha abierto el debate con su definición estructural o formal de derechos fundamentales³⁸, complementada por cuatro tesis principales:

³⁷ Sobre el problema de la vinculación de los derechos prestacionales a aspectos financieros y la intervención de jueces en ese ámbito, Alexy, Robert. *Teoría de los ...*, op. cit., 425-435.

³⁸ Son derechos fundamentales aquellas expectativas de prestaciones o de no lesiones que se atribuyen, de forma universal e indisponible, a todos en cuanto personas, ciudadanos y/o capaces de obrar. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías ...*, op. cit., p. 37. También en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2000, p. 910-920.

a) La separación entre los derechos y sus garantías, que implica que la inexistencia de las últimas no afecta la existencia del derecho,

b) La distinción estructural entre derechos fundamentales (universales e indisponibles) y derechos patrimoniales (singulares y alienables),

c) La identificación de los derechos fundamentales con la dimensión sustancial de la democracia, como ámbito de primacía sobre las mayorías políticas y,

d) La no necesaria coincidencia entre derechos fundamentales y derechos de ciudadanía. Esas cuatro tesis permiten desprender el valor de los derechos fundamentales, como elementos que contribuyen a la paz, a la igualdad, al aseguramiento de la democracia y, sobre todo, a la protección de los más débiles.³⁹

Esas cuatro tesis parecen complementarse con la idea consistente en que la positivación internacional de los derechos fundamentales produce que estos derechos sean no sólo constitucionales, sino también supraestatales, convirtiéndose en límites no sólo internos, sino también externos a la potestad de los Estados.⁴⁰

³⁹ Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de ..., *op. cit.*, p. 9-17, 287-381.

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías ...*, *op. cit.*, p. 145.

Las aportaciones de Ferrajoli para rescatar el fundamento de los derechos fundamentales ha sido criticada desde diversas perspectivas; principalmente, a partir de la clásica objeción dirigida a demostrar que las mayorías son quienes deben definir qué derechos tenemos (Waldron)⁴¹, lo que ha sido contestado a partir de la conocida respuesta consistente en que la fundamentalidad de los derechos radica precisamente en constituir espacios indisponibles para la decisión de las mayorías.

Con independencia de la dificultad de construir una teoría formal de los derechos fundamentales (que no involucre una determinada ideología en cuanto a su contenido y sentido), parece que las ideas de Ferrajoli constituyen una de las más importantes aportaciones para el mundo jurídico en la actualidad.

Finalmente, los derechos fundamentales son reactivos a las situaciones que los ponen en peligro. La desmesurada situación de desigualdad económica, social y cultural que el mundo pone en evidencia en el presente termina por legitimar la posición del jurista o similares interpretaciones y construcciones sobre los derechos fundamentales.

⁴¹ Waldron, J. Rights and Majorities: Rousseau Revisited, en Chapman, J. W. (et al.). *Majorities and Minorities*. New York University Press (1990).