

Derechos fundamentales humanos y económicos: una propuesta de diferenciación de sus pesos abstractos en el juicio de ponderación

ARTÍCULO EN PRENSA

Fundamental human and economic rights: a proposal for
differentiation of their abstract weights in the balancing test

ARTICLE IN PRESS

Sebastián Coppoletta 

Universidad Nacional del Litoral. Argentina

coppoletta@outlook.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-9544-9420>

<https://doi.org/10.18543/djhr.3618>

Fecha de recepción: 21.01.2026

Fecha de aceptación: 26.04.2026

Fecha de publicación en línea: julio 2026

Cómo citar / Citation: Coppoletta, Sebastián. 2026. «Derechos fundamentales humanos y económicos: una propuesta de diferenciación de sus pesos abstractos en el juicio de ponderación». *Deusto Journal of Human Rights*. <https://doi.org/10.18543/djhr.3618>

Sumario: Introducción. 1. Derechos humanos y derechos fundamentales. 2. El contenido de la categoría de derechos fundamentales. 3. El problema de diferenciar. 4. Una teoría de la diferencia abstracta de los derechos fundamentales. 5. La aplicación práctica de la teoría de la diferencia de los derechos fundamentales. 5.1. La estructura del juicio de ponderación. 5.1.1. Los juicios de idoneidad y necesidad. 5.1.2. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto. 5.2. La aplicación de la categoría de los DFH y DFE en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. 6. La ponderación es un tema de filosofía política. Conclusión. Bibliografía.

Resumen: Este artículo parte de una distinción ontológica entre derechos humanos y derechos fundamentales para, luego, proponer una subdivisión conceptual: derechos fundamentales humanos y derechos fundamentales económicos. Mientras los primeros se fundamentan en la inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona, los segundos son creaciones contingentes del sistema destinadas a proteger las instituciones que hacen al desarrollo

económico. Esta diferenciación resulta operativa en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, ofreciendo criterios objetivos frente a la discrecionalidad del intérprete: la afectación de un derecho fundamental humano por un interés económico no puede calificarse como leve, ni la de un derecho fundamental económico como grave frente a un valor humano. Finalmente, se concluye que la ponderación constituye un acto de filosofía política que define el compromiso democrático con la primacía de la condición humana sobre la lógica de mercado.

Palabras clave: Derechos Humanos, derechos fundamentales, ponderación, persona jurídica, desarrollo económico.

Abstract: This article proceeds from an ontological distinction between human rights and fundamental rights to subsequently propose a conceptual subdivision: human fundamental rights and economic fundamental rights. While the former are grounded in the inviolability, autonomy, and dignity of the person, the latter constitute contingent creations of the system designed to protect institutions fostering economic development. This differentiation becomes operational within the proportionality test in the strict sense, providing objective criteria to constrain the interpreter's discretion: an interference with a human fundamental right by an economic interest cannot be classified as slight, nor can an interference with an economic fundamental right be deemed serious when weighed against a human value. Ultimately, it is concluded that balancing constitutes an act of political philosophy, defining the democratic commitment to the primacy of the human condition over market logic.

Keywords: Human rights, fundamental rights, balancing test, legal entity, economic development.

Introducción¹

La teoría de los derechos fundamentales debe dar respuesta a un problema en su aplicación práctica en el marco del juicio de ponderación propuesto por Alexy: la determinación de criterios que permitan argumentar racionalmente sobre la posibilidad de que un derecho fundamental imponga restricciones a la extensión de otro derecho fundamental evitando la discrecionalidad de quien realiza el juicio. En particular, el juicio de ponderación (especialmente en su etapa de proporcionalidad en sentido estricto) ha sido objeto de críticas por la indeterminación de los criterios utilizados para asignar peso a los derechos en conflicto, quitándole racionalidad objetiva al proceso y presentándolo como una mera argumentación de decisiones volitivas de los tribunales, *“una especie de derecho natural encubierto al postular un marco de referencia de valores y de principios objetivos, el cual serviría como base teórica para que un juez pueda resolver conflictos entre dos derechos fundamentales”* (Gorra 2014, 44). La crítica abrió las puertas al desarrollo de un planteo no-conflictivista de los derechos fundamentales (Cianciardo 2024, 38).

La tesis que aquí se formula se ubica en el marco de este problema, y tiene como objetivo construir una categoría especial de análisis de los derechos fundamentales según su origen, analizando cómo llegan esos derechos al nivel fundamental, aportando ese criterio de diferenciación una pauta objetiva o abstracta de preferencia de estos derechos cuando entran en conflicto y debe abordarse el mismo desde el juicio de ponderación. Se pretende aportar un criterio de racionalidad que justifique una preferencia dentro de la categoría de los derechos fundamentales en el marco del procedimiento de ponderación que es reacio a someterse a pautas objetivas (Bernal 2006, 57).

Los argumentos que expongo en el análisis de la categoría de los derechos fundamentales implican un debate incómodo en cuanto al origen de algunos de ellos, pues nos lleva a analizarnos como sociedad frente al orden capitalista. Voy a afrontar el desafío del tratamiento de un tema políticamente incorrecto intentando darle siempre un argumento humanista, aunque ello no implique necesariamente una

¹ Agradezco a Emma Rodríguez Rodríguez (Universidad de Vigo), José J. Moreso (Universidad Pompeu Fabra) y María Eugenia Marichal (Universidad Nacional del Litoral) por sus valiosas críticas y observaciones a versiones preliminares de este texto. Asimismo, agradezco a quienes actuaron como revisores pares anónimos, pues sus muy valiosas críticas ayudaron a mejorar este trabajo.

mirada desde el sujeto individual, en tanto el análisis colectivo puede aportar importantes categorías de análisis.

La presente investigación se fundamenta en un enfoque metodológico propositivo y prescriptivo, ya que postulo la construcción de una categoría especial de análisis que permita asignar pesos abstractos de los derechos fundamentales, lo cual incidirá en el marco de la ponderación. Por lo tanto, se trata de una investigación teórico dogmática de carácter normativo en el ámbito del Derecho Constitucional, pues busca determinar un concepto desde la diferenciación de la categoría de los derechos fundamentales que incide en la estructura constitucional; no obstante, también propongo un análisis de la aplicación de esta teoría de la diferencia en el ámbito del juicio de ponderación, lo cual imprime a este trabajo un aspecto práctico. Asimismo, si bien propongo esta investigación desde la teoría constitucional, en tanto hay sistemas jurídicos (especialmente en Latinoamérica) que reconocen un bloque de constitucionalidad integrado por la constitución y —usualmente— los tratados en materia de derechos humanos, este trabajo podría también ser considerado desde la teoría del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En la argumentación teórica, también empleo como sustento argumentativo el análisis de fuentes doctrinarias y la revisión de sentencias dictadas por tribunales de los ámbitos europeo y americano. El núcleo de esta propuesta reside en la subdivisión de la categoría —entendida como heterogénea— de los derechos fundamentales en dos subespecies con propiedades distintas: los derechos fundamentales humanos, basados en la inviolabilidad, autonomía y dignidad preexistente de la persona, y los derechos fundamentales económicos, definidos como creaciones contingentes del sistema destinadas a proteger las instituciones que hacen al desarrollo económico. De este modo, con este diseño metodológico busco establecer una conexión operativa entre el nivel de la fundamentación y el nivel de la determinación del alcance de los derechos fundamentales, que permite aceptar una diferenciación en abstracto en el poder de protección de cada valor de los derechos fundamentales que se aplica en la justificación racional de una preferencia en el juicio de ponderación en sentido estricto, proveyendo criterios objetivos para la labor de argumentación.

El trabajo se estructura del siguiente modo: en primer lugar, se delimita la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, precisando la distinción y el alcance conceptual de cada categoría, lo cual es estructural en la propuesta que ensayo y que, por lo tanto, no deben ser tomados como sinónimos; en segundo término, se analiza la composición heterogénea de los derechos

fundamentales, identificando los distintos fundamentos que explican su reconocimiento; en tercer lugar, se desarrolla la propuesta de diferenciación entre derechos fundamentales humanos y económicos, justificando su relevancia teórica en lo que respecta a sus pesos en abstracto; finalmente, se examina la aplicación de esta distinción en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, mostrando de qué manera puede aportar criterios generales para la fundamentación racional de decisiones en casos de conflicto entre derechos fundamentales. Se concluye con una referencia política sobre los derechos fundamentales y su ponderación.

1. Derechos humanos y derechos fundamentales

El primer paso necesario es determinar los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales con los cuales me comprometo desde el marco teórico, postulando una concreta diferenciación entre ambos. Para presentar esta distinción voy a utilizar, a modo de ejemplo, la Opinión Consultiva n. 22 del año 2016 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la estructura de conflicto de la relación laboral.

La posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de derechos humanos ha sido la cuestión que la República de Panamá presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que dio lugar a la Opinión Consultiva n. 22/2016. Al abordar la materia, analizando el *corpus iuris* interamericano en forma literal, teleológica y sistemática, la Corte concluyó que las personas jurídicas no son titulares de derechos humanos.

No obstante, si tomamos como referencia al Derecho del Trabajo, resulta evidente que, dada la especial situación de subordinación en la que se encuentra la persona que trabaja, la relación laboral constituye un espacio particularmente propicio para la afectación de la dignidad de la persona por el poder empresario (Gamonal 2018, 7). Admitir la existencia de tales conflictos supone reconocer que el sujeto empleador —que puede ser una persona jurídica— es también titular de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el conflicto es reconocido a nivel constitucional en el art. 5, párrafo 7, de la Constitución de México y en el art. 23 de la Constitución de Perú, pues ambas normas presuponen el conflicto de derechos fundamentales en tanto asumen que existe una empresa —sujeto empleador— con poder suficiente como para imponer restricciones en los derechos constitucionales y afectar la dignidad de la persona que trabaja (Gamonal 2018, 6)

Pero si las personas jurídicas no pueden ser titulares de derechos humanos, entonces ¿cómo es posible que reconozcamos a las personas jurídicas dentro de un conflicto de derechos fundamentales? Para dar una respuesta, es necesario introducir aquella distinción conceptual entre derechos humanos y derechos fundamentales a la que hice referencia en la introducción y he utilizado.

Los derechos humanos son aquellos generados a partir de la combinación de los principios morales básicos de inviolabilidad, autonomía y dignidad del ser humano. Desde esta perspectiva, el único ente que logra reunir esas características y, por lo tanto, constituirse en el sujeto de esos derechos es la persona humana (Nino 2017b, 41 y 46). Siguiendo este razonamiento, los derechos humanos preexisten al sistema jurídico, por lo que su validez no depende de ese eventual reconocimiento pero, sin embargo, el desarrollo de la sociedad democrática lo impone a nivel constitucional y/o convencional (Vigo 2017, 164; Borowski 2020, pto. 2.1.1). Ese reconocimiento es una decisión política pues, si bien los derechos humanos preexisten al reconocimiento jurídico, su transformación en derechos fundamentales depende del acto político de su reconocimiento en las normas constitucionales y convencionales. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva n. 31 del año 2025 reconoció la existencia de un derecho humano autónomo al cuidado, con lo cual puede considerarse que, al menos en el ámbito americano, la categoría de derechos fundamentales ha sido ampliada a partir del reconocimiento de este derecho humano. Puede ahora hablarse de un derecho fundamental al cuidado. No obstante, la decisión política puede también efectuar una restricción de la categoría fundamental. Tomando nuevamente como ejemplo el Derecho del Trabajo, pues regula la tensión entre el capital y la capacidad laboral de la persona humana que se expresa a nivel de derechos fundamentales a través de los derechos laborales y la libertad de empresa y de comercio, las decisiones políticas de la sociedad llevan a oscilaciones entre intensificar la protección de unos u otros conforme las condiciones socioeconómicas. Así, el proceso de constitucionalización de los derechos humanos puede también sufrir un proceso contrario de desconstitucionalización (Rodríguez Rodríguez 2017, 37), y esto puede ocurrir tanto si un país denuncia un tratado en materia de derechos humanos como si las decisiones de los tribunales que deben interpretar los derechos humanos reconocidos como derechos fundamentales comienzan a ser restrictivas.

Entonces, junto al concepto de derechos humanos, existe el de derechos fundamentales, utilizado para denominar aquellos derechos

que han logrado su reconocimiento en los textos jurídicos fundamentales (usualmente, las constituciones y los instrumentos internacional a los que se les reconozca igual nivel) y que, además, materialmente generen un espacio de libertad para su titular, como resistencia a la injerencia de terceras personas sobre el interés protegido, sea el Estado u otro particular (Hernández Álvarez 2023, 90; Guastini 2018, 186).

Mientras los derechos humanos reconocen como categoría una homogeneidad dado el común origen en la persona humana, la de derechos fundamentales es una categoría de composición heterogénea, integrada por aquellos derechos que como sociedad se consideran esenciales para la constitución y desarrollo de ella (Carballo 2014, 22). La fundamentalidad de esta categoría está dada en la idea de que contiene los derechos que hacen a las instituciones más importantes para la estructura social, entendiendo como instituciones a *"las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana."* (North 1993, 13).

Si bien la "fundamentalidad" es un estatus jurídico compartido, se reconocen distintos orígenes de los derechos que integra la categoría de derechos fundamentales: por un lado, el proceso de constitucionalización del derecho privado hace referencia a aquellos derechos subjetivos de naturaleza privada que han sido elevados al nivel de derechos fundamentales a los efectos de proveerles de una mayor tutela (por ejemplo, la fuerza obligatoria de los contratos o la responsabilidad civil por daño); y, por otro lado, en materia de derechos humanos se observa el proceso de su reconocimiento en instrumentos jurídicos fundamentales.

Por lo tanto, la categoría de derechos fundamentales está constituida por derechos que arriban a ella desde distintos orígenes pero, en abstracto y *prima facie*, se consideran ontológicamente iguales en tanto derechos fundamentales ya que todos cumplen los requisitos de reconocimiento en el nivel jurídico constitucional o convencional y de proveer materialmente ámbitos de libertad que imponen restricciones a terceros sobre el valor protegido por cada derecho; por lo tanto, todos hacen a la construcción de las instituciones fundacionales de la sociedad.

Así, regresando a la pregunta formulada anteriormente, es posible que las personas jurídicas no sean titulares de derechos humanos pero lo sean de derechos fundamentales, en tanto esta última categoría es más amplia que la primera. Ello explica la posibilidad de conflicto de derechos fundamentales en la relación laboral, aun cuando a la

persona se le reconozcan derechos humanos y no se lo haga respecto al sujeto empleador.

2. El contenido de la categoría de derechos fundamentales

En tanto la categoría heterogénea de derechos fundamentales está integrada, por un lado, por los derechos humanos reconocidos por el sistema jurídico y, además, por los demás derechos subjetivos provenientes de la legislación común que el interés político de la sociedad decide darles la más intensa protección jurídica, debe buscarse el fundamento de ese interés político que justifica la elevación de esos derechos subjetivos al rango fundamental.

Las condiciones de nuestra vida material están determinadas, en este período histórico, por el modo de producción capitalista en una sociedad de mercado; lo cual quiere decir que todos los bienes y servicios que los seres humanos necesitamos para mantener y reproducir nuestra vida material se producen para ser ofrecidos en el mercado, y se adquieren en él por medio de una transacción económica. El modo de producción capitalista busca legitimarse como el mejor sistema de creación de valor y bienestar en la sociedad de la historia, y reclama las instituciones que provean a su estructura. De esta forma, el sistema jurídico coopera creando las instituciones necesarias para generar el desarrollo económico de la sociedad.

Voy a señalar como ejemplo de esto la noción de “persona jurídica”, por ser una institución jurídica creada a los efectos de proveer un instrumento jurídico al desarrollo económico capitalista.

Como sociedad, a partir del capitalismo, hemos decidido otorgarle el estatus de “persona” a entes que no son humanos: las personas jurídicas. Estas personas “no humanas” son desde el punto de vista jurídico iguales a las personas humanas en cuanto a que son entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones. Con lo cual, la creación de personas más allá de lo humano² (por ahora la “persona jurídica”) es una decisión política, como sociedad. La creación de las personas jurídicas se justifica desde la necesidad de que ciertas

² No hace al objeto de este trabajo, pero quisiera solo observar que si se decide políticamente reconocer a la naturaleza como un ente con derechos propios y que esos derechos sean protegidos a nivel constitucional y convencional (por ejemplo, Constitución de la República del Ecuador y Opinión Consultiva 32/25 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), entonces tendríamos que considerar también dentro de aquella categoría general a los derechos fundamentales ambientales.

actividades, por su elevado riesgo y/o costo, no pueden ni quieren ser asumidas por el patrimonio de una sola persona (Gómez Montoro 2002, 95). Por lo tanto, es necesario permitir la existencia de una persona jurídica, con un patrimonio propio que se pone en riesgo, pues las ventajas de esa actividad que se encarga a la persona jurídica, en el caso de ser exitosa, nos beneficia a todos como sociedad.

Aquí el debate se hace incómodo porque la idea de “beneficiarse” es polémica en tanto este beneficio es, en principio, económico y, entonces, el fundamento se vuelve incómodamente utilitarista: la sociedad (humana) se beneficia económicamente —se hace más próspera en términos materiales— a través de las personas jurídicas (y de los demás instrumentos jurídicos que hacen a la estructura económica). Este fundamento utilitarista implica, necesariamente, las dos críticas que usualmente se les formulan al utilitarismo (Sandel 2016, 48): reducir todo a una valoración económica y no preocuparse por la situación de las minorías que no se benefician (o que se perjudican). Aun así, y aceptando todas esas críticas, es difícil negar que, en términos muy generales de comparación histórica, el capitalismo ha creado las mejores condiciones de vida de toda la historia.

Este ejemplo respecto de las personas jurídicas puede también utilizarse en el caso de la propiedad intelectual, la fuerza obligatoria de los contratos, la responsabilidad civil por daños, leyes antimonopolios y antidumping, etc. Todas estas instituciones son aportes jurídicos a la estructura del modo de producción capitalista, legisladas usualmente como derechos subjetivos en la legislación ordinaria. De esta forma, asumiendo un modelo institucionalista del desarrollo (Mota y Trebilcock 2017, 53), el Derecho Privado comienza a regular el sistema de intercambio económico, creando el marco institucional legal básico para permitir el desarrollo económico (North 1993, 93), el cual en definitiva se asienta en un modelo de producción capitalista con la idea central de la propiedad privada. En la medida en que la economía se desarrolla, los intercambios comerciales se tornan más complejos, requiriéndose de instituciones jurídicas que respondan a dicha complejidad, generándose de esta forma un sistema jurídico institucional también más complejo (Mota y Trebilcock 2017, 102).

Llegado el momento de proveer las instituciones jurídicas que garanticen sólidamente la estructura económica de la sociedad posibilitando el desarrollo y la consecuente prosperidad, se seleccionan aquellos derechos subjetivos que regulan las instituciones básicas y esenciales del sistema productivo y son elevados al nivel fundamental, recibiendo el tratamiento como principios en la categoría de derechos

fundamentales. En definitiva, lo que se busca es que el sistema económico capitalista (y dentro de él, la empresa como agente económico paradigmático) tenga jurídicamente protegidas las condiciones necesarias para producir valor y prosperidad en la sociedad.

De esta manera, entonces, los textos fundamentales comienzan a reconocer derechos relacionados a garantizar la estructura económica de la sociedad, a resguardar las instituciones que hacen al desarrollo económico de la sociedad.

Estos derechos creados por razones económicas, terminan entonces ubicados al mismo nivel fundamental que aquellos derechos humanos reconocidos en función de la inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona humana, creando la heterogénea categoría de derechos fundamentales.

3. El problema de diferenciar

Arribados los derechos que protegen las instituciones básicas del sistema productivo al nivel fundamental, la convivencia incómoda en el efecto horizontal con los demás derechos fundamentales tienta a una solución: imponer un orden jerárquico. Ello significa asumir que, si bien son todos derechos fundamentales, no son todos iguales. Y no obstante que ello otorgaría el argumento para sostener fácilmente que, por ejemplo, la vida y la salud se imponen a la propiedad privada, del mismo modo abriría el debate sobre el orden jerárquico de todos los derechos fundamentales. Con lo cual, tratando el problema de la propiedad privada, lo único que hemos hecho es multiplicar ese problema, pues ahora debemos decidir, por ejemplo, el orden abstracto y general de prioridad entre educación y huelga, entre libertad de expresión y honor, entre seguridad y privacidad, entre salud y religión, etc. Por ello, la opción de jerarquización en abstracto no parece realizable.

No obstante la resistencia a jerarquizar los derechos fundamentales, existen al menos dos ejemplos en los que esto se realiza: el Código Penal y la Ley de Presupuesto Nacional. Todos los derechos fundamentales implican un costo (Holmes y Sunstein 2012), con lo cual asignar distintas cantidades de dinero en el presupuesto nacional para la atención de ellos implica establecer un orden de prioridades; y todos los derechos fundamentales representan un valor, así que asignar distintas penas a la agresión de aquel valor implica también establecer un orden de prioridades. ¿Por qué el asesinato

impone una pena mayor que el robo? ¿Por qué se decide gastar más dinero en equipamiento policial que en viviendas sociales? La larga lista de etcétera que pueden ubicarse luego de cada pregunta indica que como sociedad se toman decisiones legislativas priorizando ciertos valores que se protegen a través de derechos fundamentales respecto de otros; con lo cual, en definitiva, no se considera que todos son iguales. Si cada derecho encarna la protección de un determinado valor y esos valores reciben preferencias valorativas según una decisión política democrática, entonces los derechos fundamentales que representan esos valores también reconocen el orden impuesto a los valores que representan (Ekmekdjian 2000, 478).

En definitiva, aquellos derechos fundamentales que en su ámbito constitucional se teorizan como iguales, luego son jerarquizados a nivel legislativo, con lo cual en la práctica efectiva de proveer a las personas de protección a sus intereses (reconocidos en derechos fundamentales) algunos recibirán más protección o atención prioritaria que otros. Esto lleva a otro ejemplo de jerarquización —el tercero—, ahora dado por el interés en la protección efectiva: si un derecho fundamental carece de una vía procesal adecuada para su protección, entonces es infravalorado respecto de otros derechos que cuenten con esa protección procesal. Ugarte (2023, 9) se refiere al garantismo jurídico como un aliado natural de los derechos fundamentales. De este modo, si se legisla un proceso especial para el desalojo de una vivienda pero no existe un proceso especial urgente para reclamar la protección de la salud, se valora más el derecho a la propiedad privada que el derecho a la salud.

Superada la diferenciación (y consecuente categorización ideológica) entre los Derechos Civiles y Políticos, por un lado, y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales por otro (Abramovich y Courtis 2004; Essink et al. 2023), en algunos instrumentos jurídicos que siguieron se han ensayado algunas pautas de jerarquización. Por ejemplo, el concepto de interés “superior” en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) implica —de algún modo— pretender que el derecho del que se trata tiene una preferencia respecto de otros derechos.

En el ámbito jurisdiccional, la resolución casuística de conflictos de derechos fundamentales va generando criterios de preferencia (Clérico 2012). Como ejemplos, la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en el caso “Álvarez”³ sobre el principio de igualdad como

³ Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, 07/12/10. Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA. Fallos: 333:2306.

ius cogens (Coppoletta y Ugarte 2014), y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los casos “Ca Na Negreta”⁴, “HK Danmark”⁵ y “Bervidi”⁶ sobre el concepto de “ajuste razonable” en relación a la discapacidad (Rodríguez Rodríguez 2026).

Finalmente, desde los marcos teóricos, los estudios feministas trajeron toda una revolución en la forma de entender y proponer ordenar los intereses dentro de la sociedad. La crítica al sistema patriarcal implica, en definitiva, una crítica al sistema de valores de la sociedad. Otro tanto podría decirse en relación a los estudios ambientales, y su crítica al modelo extractivista propio del capitalismo. Por ello, no es casual el ámbito de encuentro de los estudios ecofeministas.

Como corolario, la resistencia a reconocer en teoría una jerarquía interna dentro de la categoría de derechos fundamentales no se observa en la práctica, al menos en ciertos aspectos teóricos, legislativos y jurisdiccionales. No obstante, debe admitirse, en ninguno de estos ámbitos se ha logrado construir una teoría sobre la jerarquía abstracta de los derechos fundamentales.

4. Una teoría de la diferencia abstracta de los derechos fundamentales

Para afrontar el problema de la jerarquización teórica de los derechos fundamentales, propongo en este trabajo construir una nueva categoría conceptual específica, en la medida en que la categoría conceptual general de los derechos fundamentales pueda aceptar dentro de ella derechos que tengan distintos orígenes.

Asumiendo que ciertos derechos fundamentales llegan a ese nivel por la necesidad de asegurar las instituciones principales del sistema de producción capitalista, estos tendrían un fundamento de origen distinto a los derechos fundamentales que llegan a ese nivel con fundamento en la persona humana. Comparten el mismo nivel constitucional y/o convencional, tienen las mismas características y efectos en lo vertical y horizontal, hacen a las instituciones principales de la estructura social, pero tienen distintos fundamentos de origen.

Habría entonces una distinción cardinal en el origen: los derechos humanos de las personas humanas son reconocidos pues la persona y

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de enero de 2024.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013.

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de septiembre de 2025.

su inviolabilidad, autonomía y dignidad preexisten y son independientes del reconocimiento que haga de ello un determinado sistema jurídico. El derecho humano de la persona humana preexiste a su eventual (y deseable) reconocimiento por el sistema jurídico. Por el contrario, un determinado orden económico (en este caso, el capitalista, pero puede ser cualquiera) existe por creación social, puede existir o no, y, en consecuencia, los derechos que sean necesarios para su constitución son creados y no reconocidos, pues no preexisten a su reconocimiento. Cada sociedad se dio su sistema de producción de riqueza y creó las instituciones jurídicas que le dieron estructura; en todas ellas la persona humana existió en su inviolabilidad, autonomía y dignidad, aunque el sistema jurídico no lo reconociera. Un claro ejemplo de esto es el sistema económico basado en el trabajo esclavo que requirió de la legislación sobre la trata de personas esclavas, a pesar de que esas personas esclavizadas eran personas humanas a las que se les negaba su inviolabilidad, autonomía y dignidad.

La persona humana necesariamente es titular de derechos humanos que al ser reconocidos por un sistema jurídico se denominan derechos fundamentales, pero la persona y sus derechos humanos preexisten al reconocimiento y la ausencia de reconocimiento no afecta la existencia ni de la persona ni de sus derechos humanos.

Un determinado orden económico existe contingentemente en una determinada sociedad y lo es en función de los derechos que ese sistema crea. Ni el orden económico ni sus derechos preexisten al sistema jurídico.

Puedo afirmar que una persona humana de nacionalidad X necesariamente existe como persona y tiene el derecho humano a la libre elección de su identidad de género, aun cuando el régimen legal del país X castigue penalmente la homosexualidad. Pero no puedo afirmar que una persona jurídica de nacionalidad X (ya sea por su registro, incorporación, etc.) necesariamente deba existir, y que existiendo tenga el derecho fundamental a la libre elección de un determinado tipo societario si el régimen legal X no lo regula.

De esta forma, las personas necesariamente tienen derechos humanos que pueden adquirir la categoría de derechos fundamentales (y es deseable que lo hagan); y el orden económico contingentemente puede requerir derechos subjetivos creados por el sistema jurídico que por decisión política, alguno de ellos pueden ser elevados a la categoría de derechos fundamentales.

Esta diferencia en el origen da sustento a la diferenciación de los derechos fundamentales que propongo en este trabajo: los derechos

de las personas humanas son derechos fundamentales humanos⁷ (DFH) y los derechos del orden económico son derechos fundamentales económicos (DFE).

Los DFE garantizan las instituciones que posibilitan el desarrollo a través de la competencia en una economía de mercado, asignando recursos en función del desempeño individual, pero los DFH aseguran que la persona humana no será afectada en su inviolabilidad, autonomía y dignidad por la carencia de recursos, colocando la satisfacción de estos valores por fuera de una lógica de mercado (Grosman 2025, 135).

Esto caracteriza el contenido heterogéneo del concepto derechos fundamentales, pues mientras los DFH generan que el texto que los reconoce se convierta en *"inalienable e inviolable, convirtiéndola en una norma de aplicación y eficacia directa, sostén, por su carácter obligatorio y fuerza vinculante, de cualquier ejercicio interpretativo de las normas jurídicas y de la validez de toda actuación tanto de públicos como de privados"* (Aparicio 2024, 202), no sucede lo mismo con los DFE, pues esos textos son contingentes, mutantes en virtud de las necesidades de la estructura del sistema económico.

Es fundamental precisar que esta distinción no se basa en la naturaleza del sujeto titular de derechos —persona física o jurídica—, sino en el fundamento y origen del derecho: mientras los DFH protegen valores sobre la persona humana preexistentes a la norma, los DFE son creaciones contingentes del sistema destinadas a resguardar las instituciones que posibilitan el desarrollo económico⁸. La distinción entre DFH y DFE está en el origen y no en la titularidad de la persona que los reclame.

La categoría de DFH y DHE puede ser ahora aplicable a los efectos de ensayar una diferencia al interior de los derechos fundamentales en base al distinto origen de cada uno de ellos, pues al ser los DFE creados por necesidad (y conveniencia) del sistema económico, nacen sin la vocación de extensión infinita que caracteriza a los DFH.

⁷ Carballo (2014, 23), siguiendo el orden de existencia y posterior reconocimiento de los derechos humanos, hace referencia, en cambio, a derecho humano fundamental para referirse a la "categoría de derechos subjetivos que siendo reconocibles como derechos humanos aparecieran también consagrados en los textos constitucionales".

⁸ Es una discusión que escapa a este estudio sobre el cruce entre las distintas personas (humanas y jurídicas) y los DF humanos y económicos. Solo expreso que, hasta el momento, parece aceptarse que las personas humanas podrían ser titulares de ambos, pero si se sigue la OC 22/16 parecería que las personas jurídicas no pueden ser titulares de DFH.

Si los derechos fundamentales se entienden dentro del orden jurídico como principios, y esto son mandatos de optimización que ordenan que el valor que inspira el derecho fundamental sea realizado en la mayor medida posible (Alexy 1997, 86), entonces cada DFH se entiende en abstracto y *prima facie* como ilimitado, con vocación de que aquel nivel óptimo de realización práctica sea el más amplio posible (Serna y Toller 2000, 17). Y ello, en tanto que cualquier restricción que se imponga a un DFH, atendiendo a su origen como derecho humano, implica cercenar el principio de inviolabilidad de la persona humana, el cual se expresa como la prohibición de imponer sacrificios a la persona humana que no redunden en su propio beneficio (Nino 2017b, 239).

Como ejemplo, el art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone: *“Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*, por lo que el derecho fundamental a la salud se reconoce en abstracto en forma ilimitada, pero en concreto en *“el más alto nivel posible”*, y esas posibilidades van a estar dadas por las circunstancias de concurrencia con otros derechos fundamentales.

Sin embargo, los DFE se entienden como necesarios para garantizar las instituciones que hacen a la realización económica de la sociedad y, por ello, son meramente instrumentales al logro del mayor bienestar socioeconómico. ¿Cuánta protección se le otorga a la libertad de comercio, al régimen de patentes, a la organización empresarial, etc.? Solamente la necesaria para lograr el desarrollo económico de la sociedad, pero nada más que eso⁹. Por ello, los DFE son creados sin aquella vocación abstracta de extensión ilimitada, pues llegan al nivel fundamental ya limitados por el fundamento de esa recepción: garantizar las instituciones básicas del sistema de producción.

Esta ausencia de una concepción ilimitada de los DFE, entonces, señala que su capacidad de imponer restricciones a la autoridad estatal y a los demás derechos fundamentales es limitada (efecto vertical y horizontal).

Como corolario, los DFH y DHE se diferencian en el poder de restricción que logran imponer en defensa del interés o valor que representan. Si bien como derechos fundamentales todos tienen la naturaleza jurídica de un mandato de optimización, la idea de ese nivel

⁹ Sandel (2016, 11) analiza el caso de los precios abusivos como tensión entre la libertad de mercado y la noción de justicia.

óptimo de realización no tiene la misma fuerza en cada especie, pues los DFH se asumen teóricamente y en abstracto como ilimitados, pero no sucede lo mismo con los económicos; y ello en tanto la persona humana es un fin en sí mismo, pero el sistema económico no lo es. De esta forma, en abstracto, puede asumirse una diferenciación o jerarquía en los derechos fundamentales.

La diferenciación que propongo entre DFH y DHE no se relaciona con lo que se ha entendido como los derechos fundamentales de distintas generaciones, o Derechos Civiles y Políticos, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Como mencioné, esta es una clasificación que ha sido superada. No obstante, la diferenciación que establezco en este trabajo marca un distinto poder de protección del valor que cada derecho fundamental representa, sin importar su pertenencia en aquellas clasificaciones.

5. La aplicación práctica de la teoría de la diferencia de los derechos fundamentales

Propongo tomar el juicio de ponderación propuesto por Alexy como un ámbito de aplicación práctica de la teoría de la diferencia entre DFH y DHE, ello en tanto este método pretende lograr un grado de racionalidad en la decisión del conflicto entre derechos fundamentales, a diferencia de otras propuestas que prescinden de dicho intento de racionalidad.

La aplicación del Derecho en el caso de un conflicto de reglas lleva al tribunal a solucionar un litigio aplicando una consecuencia prevista en una norma jurídica general a un caso particular, entendiéndose este como una manifestación individual del caso genérico regulado por aquella. El tránsito de la norma general a la consecuencia individual se logra mediante una operatoria lógica: los hechos que constituyen el caso o conflicto (premisa menor) son subsumidos o encuadrados en la norma que se entiende aplicable (premisa mayor), lo que permite obtener una decisión que resuelve el problema (conclusión). En el caso de existir conflicto entre dos o más reglas que pudieran resultar aplicables al caso (antinomia o conflicto de normas), la lógica de la subsunción es la pérdida de validez de una de las reglas jurídicas en competencia por la vía de las normas especiales para el efecto: *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*. Así, los conflictos de reglas se abordan desde la subsunción, en la cual se determina si una de las partes en conflicto tiene o no el derecho que reclama. En este juicio, una parte gana y la otra pierde. Sin embargo, no es esa la estructura

del juicio de ponderación, pues tratándose de derechos fundamentales, no es posible que el resultado del juicio sea que un derecho fundamental no tenga validez; por el contrario, el objeto de la *litis* es determinar si un derecho fundamental puede imponer restricciones (que no implican la negación) a otro derecho fundamental, siempre en el caso concreto.

La ponderación no implica una jerarquización abstracta de derechos fundamentales sino un método para determinar en el caso concreto y ante un conflicto específico de derechos fundamentales si la restricción que uno trata de imponer a otro se encuentra justificada (o no).

El juicio de ponderación es un modelo de fundamentación (Alexy 1997, 158) para determinar en el caso concreto cuál de los derechos fundamentales en conflicto debe prevalecer dado su peso, entendiendo esto como la posibilidad de imponer ciertas restricciones a la extensión de otro derecho fundamental. Ahora bien, ese peso que se atribuye a cada derecho fundamental no se encuentra en el Derecho mismo, ya que ontológicamente son considerados todos iguales. Por lo tanto, el peso se atribuye en el caso concreto y por medio de la argumentación, en una tarea discursiva. Al respecto, Rivas (2025, 675) expresa que:

En efecto, la ponderación no opera como un algoritmo decisorio ni como una técnica de medición objetiva del peso de los principios en disputa, sino como una forma de organizar y presentar razones dentro del marco del discurso práctico. La conocida “fórmula del peso” propuesta por Alexy pretende modelizar la comparación entre principios mediante la gradación de la intensidad de su afectación, pero su racionalidad depende íntegramente de la racionalidad del discurso en el cual está inserta.

Pero para evitar que ese discurso sea una mera declaración subjetiva, el método de la ponderación busca objetivar esa argumentación, por medio de un discurso racional (Alexy 2002, 32) que sea aceptado por la mayoría de los agentes intervinientes (Barak 2017, 499). En este sentido, sostiene Guibourg (2011, 162) que:

Ponderar es pesar; y pesar requiere alguna clase de algoritmo. Así, si no encontramos un método apropiado para pesar los principios y medir el grado de su participación en un caso dado, el acto de pesar se vuelve imposible, la ponderación se torna subjetiva, se lesiona la racionalidad del discurso práctico, se hace incierto el conocimiento moral y las decisiones judiciales no pueden encontrar un apoyo sólido en la aplicación de los principios.

No obstante, si bien se evita el problema de la jerarquización en abstracto, el juicio de ponderación realiza una jerarquización en concreto, para el caso específico, estableciéndose una relación de preferencia condicionada entre ambos derechos (Alexy 1997, 92). De este modo, en definitiva, tanto el método de la jerarquización en abstracto como la ponderación del caso en concreto terminan realizando una jerarquización de los derechos fundamentales (Serna y Toller 2000, 13), y ambos deben enfrentar el problema de justificar la distinción. La categoría conceptual de DFH y DHE puede ser de ayuda al momento de realizar esa jerarquización en el caso concreto pues ofrecen una diferenciación en abstracto, previa a la ponderación en el caso en concreto.

5.1. *La estructura del juicio de ponderación*

En tanto los derechos fundamentales son mandatos de optimización, es necesario determinar las posibilidades fácticas y jurídicas del grado óptimo (Etcheverry 2020, 7). Para ello se realiza un triple juicio sobre las restricciones que un derecho fundamental —en búsqueda de su grado óptimo de realización— intenta imponer a otro derecho fundamental: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres pasos del juicio de ponderación “*expresan la idea de optimización*” (Alexy 2006, 2).

Esto es, para decidir sobre la justificación de una extensión pretendida por un derecho fundamental que impone una restricción por el ejercicio de otro derecho fundamental, es preciso preguntarse, en orden transitivo, si dicha extensión (ese grado de optimización del principio pretendida) es idónea, necesaria y proporcional entre los perjuicios que causa y los beneficios que proporciona.

No es el objeto de este trabajo exponer estos tres pasos del juicio de ponderación, sino aplicar la categoría de los DFH y DHE en el tercer paso (proporcionalidad en sentido estricto). Por lo tanto, solo mencionaré brevemente los dos primeros juicios para llegar al tercero.

5.1.1. LOS JUICIOS DE IDONEIDAD Y NECESIDAD

El juicio de idoneidad exige que la medida que restringe el derecho fundamental permita alcanzar efectivamente el fin legítimo que hace al objeto del derecho fundamental que pretende expandirse. En este caso, lo que se mide es la relación de medio-fin entre la conducta que

restringe un derecho fundamental y la finalidad respaldada constitucionalmente que se persigue con la misma.

Como ejemplo de esto, los discursos de odio no son idóneos en relación al derecho fundamental de libertad de expresión, pues este se entiende en función de construir una sociedad democrática facilitando el diálogo y el intercambio de ideas, y aquellos discursos tienen el fin opuesto.

No obstante, este juicio no está orientado a determinar la idoneidad de una medida restrictiva sino, más bien, revistiendo el estatus de una pauta negativa, a detectar medidas que no son idóneas para satisfacer el interés reconocido en el derecho fundamental que pretende imponer restricciones (Alexy 2002, 28).

El juicio de necesidad, por su parte, importa que la medida que restringe el derecho fundamental sea la única disponible para lograr el fin legítimo del derecho fundamental que impone la restricción, no existiendo una medida alternativa que logre el mismo resultado y que sea menos agresiva con el derecho fundamental en cuestión (Alexy 2002, 28).

5.1.2. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ERICTO

Por último, cuando para el logro de una finalidad derivada de un derecho fundamental se requiere la restricción idónea y necesaria de un interés protegido por otro Derecho Fundamental —de modo tal que la satisfacción de uno sólo puede realizarse a costa del otro—, debe aplicarse el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Este es el núcleo del sistema y su paso más importante. Mientras los dos primeros pasos cumplen la función de rechazar restricciones que no sean idóneas y necesarias, es decir, se refieren a la relación existente entre el fin perseguido por la restricción que se intenta imponer a un derecho fundamental y el medio por el cual se intenta ello (que debe ser idóneo y necesario), este tercer paso se refiere a la relación necesariamente proporcional entre los efectos negativos de imponer una restricción a un derecho fundamental (que es idónea y necesaria) y los efectos positivos que el otro derecho fundamental obtiene de esa medida. De este modo,

Los principios de idoneidad y necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible. De modo tal, que expresan la idea del óptimo de Pareto. En cuanto al tercer subprincipio, el de proporcionalidad en el sentido estricto, está enfocado en la optimización de las posibilidades jurídicas. Estas

posibilidades jurídicas están esencialmente definidas por principios contrapuestos. La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos. Por lo tanto, el tercer subprincipio se puede expresar mediante la (...) "ley de la ponderación" (Alexy 2006, 2).

Así, este juicio de proporcionalidad en sentido estricto se expresa en la denominada "ley de la ponderación": *"Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"* (Alexy 1997, 161).

Este test ha recibido recepción normativa, por ejemplo, en el art. 36. inc. 3 de la Constitución de la Confederación Suiza que dispone: *"Las restricciones a los derechos fundamentales deben ser proporcionadas."*

No se trata de una preferencia subjetiva del intérprete jurídico del caso concreto, sino de una regla objetiva que impone que la afectación que soporte un derecho fundamental solo puede ser racionalmente justificada si representa la satisfacción proporcional de otro derecho fundamental.

5.2. *La aplicación de la categoría de los DFH y DHE en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto*

La regla objetiva de la ponderación que pretende asegurar la proporcionalidad entre los efectos negativos y positivos de la restricción requiere enunciados acerca de los grados de afectación e importancia de cada uno de los derechos fundamentales en conflicto y, como lo admite el propio Alexy (1997, 164), *"Los argumentos aducibles para la fundamentación de tales enunciados no tienen ningún carácter específico de ponderación"*.

Esta operación, a su vez, supone tres pasos básicos: primero, determinar el grado de afectación o restricción de un derecho fundamental; segundo, determinar el grado de importancia del derecho fundamental que opera en sentido contrario, y tercero, debe compararse ambos para establecer si la importancia de uno justifica la restricción del otro, es decir, si es proporcional (Alexy 2002, 32). En el constante y reiterado ejemplo de la balanza de viga, los dos primeros pasos representan la determinación del contenido de cada plato, mientras que el tercero sería el fiel o ajuste, que expresa la relación entre los platos.

De este modo, como ya he expresado, cada derecho fundamental no tiene un peso en sí mismo, en abstracto, ni ese peso está dado por el propio Derecho, sino que ello se determina en relación con otro derecho fundamental, en el caso concreto y en forma relativa.

Para hacer operativo este ejercicio de asignación de peso y, por ende, permitir la comparación entre los derechos en colisión, se propone una escala triádica de intensidad: grave, media o leve.

No obstante, este último paso del juicio de ponderación —la ponderación en sentido estricto— mientras pretende ser presentada por Alexy como un método que asegure objetividad en la fundamentación de la proporcionalidad, también sufre serias críticas. Decidir que la relación entre efectos negativos y positivos es proporcional implica un juicio axiológico, valorativo, fácilmente llevable a terrenos de mera opinión subjetiva. Así, Barak (2017, 385) directamente acepta que *“dicha ponderación se deriva, entre otras cosas, de diversas ideologías políticas y económicas que corresponden a la historia de cada país, a la estructura del sistema político y a los diversos valores sociales”*.

De las críticas formuladas a este proceso¹⁰, por todas, tomaré la formulada por Moreso (2009, 231-233), en los siguientes términos:

La primera duda que se me plantea es la siguiente: dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos. No conozco ninguna escala de este tipo que pueda ser aceptada razonablemente. (...) En resumen, no es claro qué es lo que debería medir la supuesta escala abstracta de ordenación de los derechos constitucionales.

El segundo punto al que quiero referirme guarda relación con la distinción de Alexy entre interferencias leves, moderadas y graves en los principios constitucionales. Aquí estamos frente a una escala, pero ¿de qué depende la asignación de estos tres conceptos en un caso concreto? Sólo podemos construir escalas ordinales o cardinales cuando estamos en presencia de una propiedad claramente definida, como sucede con el test del rayado para la escala de los minerales: un mineral es más duro que otro si y sólo si el primero puede rayar al segundo y el segundo no puede rayar al primero. La dureza de los minerales nos permite de este modo construir una escala ordinal. No

¹⁰ No considero aquí la formulada por Habermas (2010), pues directamente niega la posibilidad de la ponderación como método racional.

veo cómo podemos hacer lo mismo con la interferencia en los derechos constitucionales, dado que no estamos en posesión de nada semejante al test del rayado, ni siquiera somos capaces de delimitar con claridad de qué propiedad estamos hablando frente a la cual la interferencia pueda ser calificada de leve, moderada o grave. Y como hay varias propiedades que son candidatas plausibles a representar ese papel, podemos generar varias escalas, distintas entre sí.

La tercera y última duda que quiero plantear está relacionada con la insistencia de Alexy en que la operación de ponderación se refiere siempre a un caso individual."

Frente a ello, voy a proponer que la categoría de los DFH y DHE es útil para ofrecer alguna respuesta parcial a las preguntas críticas formuladas por el profesor catalán.

Diferenciar los DFH y DHE por su origen, fundamento y por su poder de resistir restricciones sobre el valor que representan, como lo propongo, permite proveer un argumento abstracto y objetivo en la fundamentación sobre aquellos grados de afectación e importancia, evitando caer en argumentaciones que no encuentren un fundamento de autoridad y, por lo tanto, conspiran contra la construcción de la fundamentación racional del juicio de proporcionalidad. Permite establecer en forma parcial una escala de gradación abstracta de los derechos fundamentales al menos para ser utilizada en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, otorgando una regla objetiva para el test de proporcionalidad entre daños y beneficios que se siguen de la restricción de un derecho fundamental, evitando así que estos grados de afección sean relativos al contexto establecido por el caso concreto (Moreso 2009, 228).

En el juicio de ponderación en sentido estricto, debe considerarse que ya en abstracto la resistencia que un DFH puede oponer es mayor respecto de un DFE que a uno de su misma naturaleza; y a la inversa, la restricción que un DFE puede imponer es menor respecto de un DFH que a uno de su misma naturaleza.

De este modo, la restricción de un DFH por un DFE sólo se justifica y se considera proporcional mediante un grado de alta satisfacción del segundo.

A su vez, para la justificación proporcional de la restricción de un DFE por un DFH sólo se requiere un bajo grado de satisfacción del segundo.

Aquí cobra relevancia aquella diferenciación marcada entre la vocación de extensión ilimitada de los DFH de la cual carecen los DFE, pues la aplicación de la "Ley de la ponderación" va en contra del

principio de inviolabilidad de la persona humana que sirve de fundamento a los derechos humanos y, por lo tanto, a los DFH. Si el principio de inviolabilidad de la persona humana *“establece que no es justificación suficiente para un sacrificio el que depare beneficios para otros o para una entidad supraindividual, incluso si esos beneficios son mayores”* (Nino 2017a, 125), entonces la Ley de la Ponderación no podría nunca aplicarse en materia de DFH. Se puede salir de este problema sosteniendo que los DFH tienen solamente “vocación” de ser ilimitados, esto es, que aquel concepto de lo óptimo como mandato debe ser pensado como el máximo posible, pero ello no implica la imposibilidad de reconocer algún límite externo en la expansión de esos derechos cuando entran en conflicto con otros derechos fundamentales. Por lo tanto, aquel límite externo de los DFH debe ser lo más amplio posible, pues ello no solo implica la menor restricción en función de intereses externos (protegiendo la inviolabilidad de la persona humana) sino que también el mayor ámbito de libertad en la elección del plan de vida (protegiendo la autonomía de la persona humana). Por el contrario, estos principios no se encuentran en el fundamento de los DFE y, por lo tanto, carecen de esa vocación de extensión ilimitada, con lo cual su grado óptimo como mandato debe ser pensado sólo en función del desarrollo económico de la sociedad.

Volviendo a la tríada clasificatoria propuesta dentro del juicio de ponderación en sentido estricto, la afectación de un DFH que impone un DFE no puede considerarse nunca leve (porque es un ataque a la autonomía, inviolabilidad y dignidad humana); y, al contrario, la afectación de un DFE que impone un DFH no puede considerarse nunca grave (porque es meramente un obstáculo al desarrollo económico). De tal modo, la afectación de un DFH, que por definición es media o grave, sólo se justifica por una alta (grave) satisfacción del DFE; y la afectación de un DFE, que por definición es leve o media, se justifica tanto por una media como por una alta (grave) satisfacción del DFH. Lo primero permite conciliar la Ley de la ponderación con el principio de inviolabilidad de la persona humana.

En el caso de empate se debe decidir en favor del DFH, excepto especiales circunstancias del caso. Así, el caso de empate tiene una regla objetiva, abstracta y general de preferencia del DFH, excepto que las circunstancias del caso permitan construir una argumentación racional particular de preferencia del DFE. Esta preferencia se basa en la vocación de expansión ilimitada que en abstracto sólo se reconoce a los DFH, y la excepción debe permitirse pues pueden concurrir derechos fundamentales de terceros junto a los económicos.

De esta forma, se logran establecer reglas objetivas y generales para juzgar la proporcionalidad entre los efectos negativos y los beneficios que se siguen de una restricción de un derecho fundamental, lo cual es el objetivo del juicio de proporcionalidad en sentido estricto; y los casos (raros) de empate ya no quedan en manos de la discrecionalidad de los tribunales ni del legislador¹¹.

Voy a proponer algunos ejemplos o aplicaciones prácticas de esta teoría de la diferenciación de los pesos abstractos de los DFH y DFE.

Supongamos que las personas que trabajan en una empresa están en huelga y la empresa pretende que preparen mercadería para ser entregada a un tercero. Asumiendo que la pretensión del DFE es idónea y necesaria, llegado al tercer paso, la huelga (DFH) resiste siempre el embate del derecho a ejercer el comercio (DFE), pues la afectación que sufre es media o grave y la satisfacción del DFE es leve o media. No obstante, si se trata de los denominados “servicios esenciales”, la satisfacción del interés de la empresa pierde su mero carácter económico, pues aparecen razones de índole humana (supongamos que la mercadería a entregar se trata de insumos para un hospital) que habilitan la calificación de satisfacción alta o grave y, en consecuencia, se habilita la regulación legislativa de servicios mínimos, lo cual implica imponer restricciones al DFH de huelga. En este caso de servicios mínimos, la concurrencia de derechos fundamentales de terceros habilitaría que en caso de empate se opte por el DFE dado su vínculo con DFH de terceros.

Lo dicho en el párrafo anterior me sirve para revisar en forma crítica la sentencia del TJUE en el caso “Iraklis”¹², en especial el Considerando 57 en tanto expresa: *“En estas circunstancias, procede considerar que una normativa nacional de esta índole puede constituir un obstáculo grave para el ejercicio de la libertad de establecimiento en Grecia”*. Mientras la decisión del Tribunal otorga prioridad a las libertades económicas frente a los derechos sociales (Rodríguez Rodríguez 2017, 48), desde la teoría que propongo, considerando la protección contra el despido colectivo como un DFH y la libertad de establecimiento como un DFE, no podría considerarse que la restricción que el primero le impone al segundo pueda ser calificada como “grave”, tal como lo hace el TJUE.

Tomemos ahora como ejemplo el derecho fundamental a la protección del honor. ¿Cómo debe entenderse este respecto de una persona humana —su nombre— y una persona jurídica —una marca

¹¹ Sobre las distintas soluciones propuestas por Alexy, ver: Bernal (2003, 230).

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016.

registrada—? En forma abstracta, el DFH al honor se debe entender en forma ilimitada, la máxima protección posible a la dignidad de la persona; y el DFE al honor debe entenderse solo como la protección necesaria para proteger la marca en el giro comercial. Luego, en forma concreta, confrontado desde la libertad de expresión (como DFH), la resistencia que el DFE al honor puede oponer es menor que el DFH al honor; lo cual será relevante si el caso se trata de una persona que ha comprado un producto de una empresa y critica el mismo en las redes sociales de una forma que afecta la marca.

Volviendo al ejemplo utilizado por Moreso, tal vez de esta forma podemos construir parcialmente ese test del rayado para la escala de los minerales aplicado a los derechos fundamentales: un DFH puede rayar mucho más que un DFE.

Sin embargo, como he señalado, la solución sólo es parcial, pues es aplicable a los conflictos entre derechos fundamentales humanos y económicos, pero no cuando el conflicto se presente solo dentro de una de las especies del género derechos fundamentales (humano-humano o económico-económico).

6. La ponderación es un tema de filosofía política

Hay un tema que da vuelta en torno a los derechos fundamentales y su ponderación en caso de conflicto, el cual ha surgido en varias partes de este trabajo, y que es central: los derechos fundamentales y su ponderación es un tema de filosofía política, esto es, de pensarnos como sociedad. Tanto sostener que todos los derechos fundamentales son ontológicamente iguales como que se deben establecer preferencias entre ellos son decisiones políticas, que nos definen como sociedad. Si no lo aceptamos directamente, no podemos negarlo en el orden de prioridades que asignamos a los valores que cada tipo protege en el Código Penal, en la cantidad de dinero que al desarrollo y/o protección de cada uno se le asigna en la ley de presupuesto nacional y en las diferencias en las leyes procesales que garantizan la protección de los derechos fundamentales.

En definitiva, la muy famosa balanza de doble plato que pondera los derechos fundamentales no funciona libremente, pues la decisión política implica colocar un dedo en uno de los platos y ejercer presión para que pese más. ¿Puede el Estado obligar a las personas a vacunarse? Es decir, ¿qué pesa más, la salud pública o la autonomía individual para decidir sobre la salud? Asumamos que la medida estatal se considera idónea y necesaria, y ahora hay que “pesar”. Esa balanza

funcionará en forma muy diferente dependiendo del tipo de sociedad en que decidamos vivir.

En el fondo de este problema se encuentra una concepción de la sociedad. ¿Cómo la entendemos? ¿Somos sujetos individuales que en función de preservar nuestra vida cedemos una porción limitada de nuestra libertad en favor de la sociedad, o somos una comunidad que en la medida en que su estructura lo permita concedemos ciertas y limitadas libertades individuales?

La respuesta a la pregunta sobre la sociedad excede en mucho este trabajo, pero hay dos premisas que considero necesarias en la base de cualquier discusión sobre los derechos fundamentales.

La primera parece demasiado obvia: la discusión de los derechos fundamentales debe darse desde la idea de la sociedad, del vivir en comunidad. Pues el debate sobre la mejor forma de vida no es desde un sujeto individual y aislado sino desde lo comunitario, de ese sujeto viviendo en relaciones con los demás sujetos. Por lo cual la inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona no son materia de un discurso en la primera persona del singular sino de cómo asegurar esos valores en un vivir en común.

La segunda premisa es que esa sociedad es democrática. Esto es importante por un sinnúmero de razones, pero en lo que interesa en este trabajo, si la ponderación en sentido estricto va a formular un juicio de valor y decidirá que un derecho fundamental pesa menos que otro y por ello la persona titular de aquel debe tolerar una restricción, esa decisión sólo se puede legitimar frente a la persona afectada si ella ha podido formar parte del debate argumentativo social que llevó a la formulación del criterio con el cual se pondera. Si la ley obliga a la persona a vacunarse, la restricción a su derecho fundamental a decidir sobre su propia salud necesita legitimarse en que esa persona pudo votar en la formación del Parlamento que sancionó esa ley y pudo incidir en el debate social, por ejemplo, con su participación en organizaciones intermedias.

La discusión sobre derechos fundamentales y su ponderación que niegue la incidencia determinante de la previa determinación del tipo de sociedad democrática en que pretendemos vivir, entendiendo esa determinación como una decisión política sobre el orden de los valores democráticamente discutibles (Grosman 2025, 106), será una discusión que no logrará hacer pie en ningún fundamento ético cuando llegue el momento de la pretendida argumentación racional del juicio de proporcionalidad.

Como expresa Guibourg (2011, 161): *“La ponderación está conectada con el discurso y es imposible sin él. De tal modo, la*

ponderación es tan racional como el discurso mismo: si el discurso práctico no es racional, no hay racionalidad práctica en absoluto”.

Esto ya es asumido por el propio Alexy (2006, 7), pues luego de admitir que *“la estructura de la escala triádica no es suficiente para mostrar que la ponderación es racional”*, afirma que *“es de central importancia para la teoría del discurso jurídico que en el caso de la ponderación de principios exista una contraparte de este esquema deductivo. Este esquema podría llamarse “fórmula del peso”*. Que la ponderación requiera de una contraparte hace a la necesidad de discutir en sociedad los valores que se reconocen y la importancia de los mismos que se admite. El recurso de Alexy (2006, 8) a la matemática para poner un número a los tres valores del modelo triádico (leve, moderado y grave, expresados como 1, 2 y 4) no resuelve el problema de que, en definitiva, el número que se decida colocar es una decisión política.

Como corolario, toda ponderación de derechos fundamentales es política.

La distinción que propongo entre DFH y DFE se inscribe en esta discusión política, pues preferir los humanos sobre los económicos expresa una idea de sociedad democrática en la cual se otorguen los medios jurídicos para asegurar que la persona humana no se someta al sistema económico capitalista. La persona humana (inviolable, autónoma y digna) es necesaria, el modo de producción capitalista es contingente.

Conclusión

Los argumentos que he desarrollado en este trabajo permiten concluir que la distinción ontológica y terminológica entre derechos humanos y derechos fundamentales es una condición de posibilidad para una teoría de la ponderación racional. Mientras los derechos humanos tienen su origen y fundamento en los principios morales de inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona humana, preexistiendo a cualquier reconocimiento estatal, los derechos fundamentales constituyen una categoría heterogénea donde conviven derechos de distintos orígenes, arribando a esa categoría tanto los derechos humanos que han sido reconocido por los textos jurídicos fundamentales como aquellos otros derechos subjetivos que, teniendo su origen en el derecho privado, se los eleva a esta categoría dada su relevancia como instituciones que garantizan el desarrollo económico de la sociedad. Estos últimos, encuentran su fundamento en una

necesidad utilitarista orientada al desarrollo económico y la prosperidad social. Esto permite segmentar la categoría general de derechos fundamentales en dos especies: los DFH y los DFE.

Desde la Filosofía del Derecho, el aporte de esta teoría de la diferencia de los DFH y DFE reside en la asignación de pesos abstractos diferenciados que inciden luego en el caso concreto del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Mientras todos los derechos fundamentales, como mandatos de optimización, requieren de una determinación de ese grado de expansión cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales, los DFH operan con una vocación de extensión ilimitada, dado que cualquier restricción afecta la esencia de la persona humana; y, por el contrario, los DFE son instrumentales al desarrollo económico y su protección debe circunscribirse estrictamente a lo necesario para garantizar el funcionamiento del sistema productivo.

Esta diferenciación dota al intérprete de reglas objetivas y abstractas para superar las críticas a la arbitrariedad de la ponderación: La afectación de un DFH por un interés económico nunca podrá calificarse como “leve”, pues implica una restricción a la protección de la persona humana. La restricción de un DFE por un DFH nunca será considerada “grave”, al tratarse de una restricción a las condiciones de posibilidad del desarrollo económico frente a la posibilidad de desarrollo de la persona humana.

Ante un empate ponderativo, la regla de preferencia debe inclinarse a favor del DFH, dada su vocación de extensión ilimitada, excepto que las particularidades del caso aconsejen ponderar en favor del DFE.

Finalmente, es imperativo reconocer que toda ponderación es, en última instancia, un acto de filosofía política. La decisión de otorgar mayor peso a lo humano sobre lo económico no es una mera operación técnica, sino un compromiso con una sociedad democrática que entiende al mercado como un medio contingente y a la persona como un fin en sí mismo. La legitimidad de este sistema de valores depende de la participación ciudadana en el discurso que define qué intereses merecen protección prioritaria en el pacto social.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. 2004. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Alexy, Robert. 1997. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Alexy, Robert. 2002. «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional* 22(66): 13–64.
- Alexy, Robert. 2006. «Ponderación, control de constitucionalidad y representación». En *Jueces y ponderación argumentativa*, de Andrés Ibáñez y Robert Alexy, 1–18. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Aparicio, Rebeca. 2024. «Crítica a la jerarquización y ponderación de derechos fundamentales desde una perspectiva armonizadora». *Revista de Derecho Político* 119: 187–213.
- Barak, Aharon. 2017. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra.
- Bernal, Carlos. 2003. «Estructura y límites de la ponderación». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 26: 225–238.
- Bernal, Carlos. 2006. «La racionalidad de la ponderación». *Revista Española de Derecho Constitucional* 77: 51–75.
- Borowski, Martín. 2020. «La Drittwirkung ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales». *Revista Derecho del Estado* 45: 3–27.
- Carballo, César. 2014. «Derechos fundamentales del trabajador como categoría jurídica». En *Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa*, coordinado por Wilfredo Sanguinetti y César Carballo, 15–43. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Cianciardo, Juan. 2024. «La armonización de los derechos: bases para una propuesta alternativa al conflictivismo». *Revista de Derecho* 23(45): 53–67. Doi: 10.47274/DERUM/45.3
- Clérico, Laura. 2012. «Sobre ‘casos’ y ponderación: los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?», *Isonomía* 37: 113–145.
- Coppoletta, Sebastián y José Ugarte. 2014. «Discriminación laboral, ponderación y ‘jus cogens’», en *Revista de Derecho Laboral* 1: 61–86
- Ekmekdjian, Miguel. 2000. *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
- Essink, Jan, Alberto Quintavalla y Jeroen Temperman. 2023. «The indivisibility of human rights: an empirical analysis». *Human Rights Law Review* 23(3): 13. Doi: 10.1093/hrlr/ngad013
- Etcheverry, Juan B. 2020. «Una aproximación a los principios jurídicos desde su función de fundamentación». *Civilistica* 9(1): 1–31.
- Gamonal, Sergio. 2018. «De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana». *Latin American Legal Studies* 3: 1–28.
- Gómez Montoro, Ángel. 2002. «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación». *Revista Española de Derecho Constitucional* 65: 49–105.
- Gorra, Daniel. 2014. «Crítica a la teoría de argumentación jurídica de Robert Alexy: sistema de ponderación de principios». *Nuevas Fronteras de Filosofía Práctica* 3: 43–61.
- Grosman, Lucas. 2025. *Escasez e igualdad: un modelo para pensar los derechos sociales*. Buenos Aires: Siglo XXI.

- Guibourg, Ricardo. 2011. «Alexy y su fórmula del peso». En *Desafíos a la ponderación*, editado por Gustavo Beade y Laura Clérico, 157–187. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guastini, Riccardo. 2018. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Habermas, Jürgen. 2010. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Hernández Álvarez, Oscar. 2023. *Derecho constitucional del trabajo: una visión iberoamericana*. Santo Domingo: Tribunal Constitucional de la República Dominicana.
- Holmes, Stephen y Cass Sunstein. 2012. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Moreso, José J. 2009. «Alexy y la aritmética de la ponderación». En *Derechos sociales y ponderación*, coordinado por Ricardo García Manrique, 223–248. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Mota Prado, Mariana, y Michael Trebilcock. 2017. *Derecho y desarrollo: guía fundamental para entender por qué el desarrollo social y económico depende de instituciones de calidad*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Nino, Carlos. 2017a. *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Nino, Carlos. 2017b. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.
- North, Douglass C. 1993. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rivas, Martín. 2025. «Más allá de la ponderación: sistematización normativa de conflictos entre derechos fundamentales». *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* 1(1): 666–683.
- Rodríguez Rodríguez, Emma. 2017. «El despido colectivo frente a la flexibilidad interna». *Revista de Derecho Social* 79: 37–62.
- Rodríguez Rodríguez, Emma. 2026. «Igualdad y no discriminación por origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad y edad». En *La recepción del derecho internacional y de la Unión Europea en el ordenamiento laboral español*, dirigido por Juan Gil Plana, Madrid: Colex.
- Sandel, Michael. 2016. *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* Buenos Aires: Penguin Random House.
- Serna, Pedro y Fernando Toller. 2000. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: La Ley.
- Ugarte, José. 2023. *Derechos fundamentales, contrato de trabajo y proporcionalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vigo, Rodolfo L. 2017. *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.