

## De la funcionalidad en la teoría del derecho a la multifuncionalidad de los derechos fundamentales

From functionality in legal theory to the multifunctionality of fundamental rights.

 **Luís Guilherme Nascimento de Araujo**

[guilhermedearaujo@live.com](mailto:guilhermedearaujo@live.com)

Universidad de Santa Cruz del Sur, Brasil

 **Clovis Gorczewski**

[clovisg@unisc.br](mailto:clovisg@unisc.br)

Universidad de Santa Cruz del Sur, Brasil

**Resumen** | Este artículo analiza cómo se expresa la idea de la multifuncionalidad en la teoría del derecho y en la dogmática de los derechos fundamentales. Se considera que la comprensión de los derechos fundamentales no debe limitarse a la segmentación en dimensiones o generaciones, sino que debe pasar por el reconocimiento de este fenómeno como un conjunto unitario de pretensiones con múltiples funciones simultáneas en la contemporaneidad, capaces de articular, ante el Estado, la protección, la participación y la promoción de las condiciones materiales para la ciudadanía. Este enfoque busca responder a las exigencias del constitucionalismo contemporáneo y refuerza la necesidad de una dogmática que considere la complejidad estructural de los derechos fundamentales como categoría central en este momento histórico. La presente investigación es bibliográfica y adopta el método analítico y el enfoque dialéctico.

**Palabras clave** | derechos fundamentales, funcionalidad, teoría del derecho

**Abstract** | This article analyzes how the idea of multifunctionality is expressed in legal theory and in the dogma of fundamental rights. It is understood that the understanding of fundamental rights should not be limited to segmentation into dimensions or generations, but should involve recognition of this phenomenon as a unified set of claims with multiple simultaneous functions in contemporary society, capable of articulating, before the State, protection, participation, and promotion of material conditions for citizenship. This approach seeks to respond to the demands of contemporary constitutionalism and reinforces the need for a dogma that considers the structural complexity of fundamental rights as a central category in this historical period. The present research is bibliographic and adopts the analytical method and dialectical approach.

**Keywords** | fundamental rights, functionality, theory of law



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons

## Introducción

El objetivo de este estudio es abordar la noción de funcionalidad en la evolución de la teoría del derecho, así como la noción de multifuncionalidad en la dogmática de los derechos fundamentales. Se parte de la comprensión de que las transformaciones sociales y políticas del siglo XX provocaron una reorientación significativa de la ciencia jurídica en su conjunto y marcaron la superación de una visión estrictamente formal, sistemática y procedimental del derecho hacia una valorización de sus funciones sociales, así como hacia una complejización de la categoría de los derechos fundamentales y sus posibilidades de concretización. Se entiende que, aunque relativas a dimensiones distintas del fenómeno jurídico, estas transformaciones muestran una consonancia de enfoques y perspectivas.

Además, se discute la problemática desde la perspectiva de la dogmática de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo, destacando la idea de que la multifuncionalidad, en oposición a las concepciones segmentadas que los reducen a dimensiones o generaciones ontológicamente distintas entre sí, promueve avances teóricos en esta categoría. Se intenta evidenciar que tales derechos se configuran como un conjunto unitario de pretensiones, cuya efectividad depende de su interpretación integrada.

El primer tema se refiere a la discusión más general relativa a la Teoría del Derecho. El segundo tema se limita al examen de la categoría de los derechos fundamentales y la perspectiva multifuncional. Esta investigación es bibliográfica y se desarrolló mediante el método de procedimiento analítico y el enfoque dialéctico, considerados los más adecuados para responder a la problemática propuesta.

## El giro positivista en la teoría del derecho

Las transformaciones que se produjeron en las economías nacionales a mediados del siglo XX, regidas internamente por las dinámicas de la acumulación capitalista, y también en la relación entre estas economías, por el constante reajuste de las hegemonías geopolíticas mundiales de ese período de la historia, se reflejaron en la afirmación de teorías que buscaban comprender las institucionalidades en sus nuevas y complejas dinámicas, lo que resultó en una reconstitución de la Teoría del Derecho.

Las tendencias del debate jurídico de aquella época se vieron influidas de manera significativa, como no podía ser de otra manera, por acontecimientos políticos de dimensiones cada vez más profundas y globales. Esto hizo que las premisas positivistas de pureza metodológica, descriptividad y cientificidad desinteresada fueran cuestionadas mediante proposiciones teóricas más asertivas moralmente, menos tímidas a la hora de afirmar sus orientaciones valorativas.

En este contexto, Bobbio (2007), a finales de la década de 1960, afirmaría que el estudio del Derecho centrado en su estructura, es decir, en su composición estrictamente normativa y en la sistematización de sus peculiaridades más formales, debía reorientarse hacia la investigación de sus funciones como institución social e histórica, en particular, sus funciones de incentivar y premiar comportamientos y promover los amplios objetivos de los Estados nacionales. El caso del jurista italiano es particularmente ilustrativo de estas dinámicas de la teoría del Derecho en el siglo XX porque, además de ser una figura influyente en este campo teórico, según describe Losano (2007), pasa de una fase marcada por el positivismo de matriz kelseniana a una apertura al llamado pospositivismo y a la sociología jurídica.

Bobbio (2007) entendía que las descripciones del Derecho como fenómeno normativo coercitivo y sancionador eran insuficientes para comprender sus nuevas configuraciones ante la ampliación de las funciones del Estado en la contemporaneidad capitalista. Esta ampliación de los ámbitos de incidencia del Derecho habría añadido a estos una función teleológica y promocional, ya que el Estado había superado su papel meramente protector del dominio de las libertades individuales, sobre todo frente a sí mismo, el Estado, para convertirse en un ente dirigente en la dirección de un programa jurídico-político compartido y bien determinado. Así, en la ciencia del Derecho, se pasaría de un análisis de las estructuras internas y propias de su ser a una mirada más centrada en sus funciones y fines sociales políticamente establecidos.

Sin embargo, hay que señalar que, a diferencia de otras composiciones teóricas del amplio espectro pospositivista, la asumida por Bobbio (2007) no rechaza la tradición del positivismo jurídico como una opción descriptiva adecuada de la tecnología y la instrumentalidad jurídicas. Es decir, para él, los dos enfoques no solo serían conciliables, sino complementarios, siendo la concepción funcionalista promotora de una necesaria readaptación de los intereses de la ciencia jurídica a las demandas de la contemporaneidad posindustrial.

Por su parte, Pérez Luño (2004) sostiene que este giro en la orientación de la teoría del derecho también ha tenido repercusiones en términos de fundamentación de los derechos humanos y fundamentales. La premisa pospositivista de destacar el papel social del Derecho en lo que respecta a los derechos fundamentales permitió una diversidad de enfoques que proyectaron sobre esta categoría específica una gama de «funciones» sociales, históricas o jurídicas destacadas dentro del vocabulario jurídico contemporáneo.

Marmelstein (2014) destaca que el giro pospositivista facilitó el surgimiento de una teoría más sólida de los derechos fundamentales, basada en las premisas de la crítica al formalismo, la defensa de la formalización de ciertos valores ético-políticos, la fuerza normativa de la Constitución y sus principios, y también el compromiso constitucional con la dignidad humana. Según Pérez Luño (2004), estas lecturas no se construyeron en un consenso, sino que revelaron una coincidencia en la renovación de intereses en cuanto a la dimensión más operativa y pragmática de los derechos y libertades.

Leal (2007), al comentar esta renovación teórica, destaca que la nueva formulación de las constituciones jurídicas tras los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial dio mayor relevancia a la necesidad de proteger la democracia y los derechos humanos. En este contexto, se entendió que la Constitución debía ir más allá de la formalidad del respeto a las decisiones de la mayoría para abarcar en su ámbito de protección a las minorías desprotegidas. Además, los derechos fundamentales pasaron a regir todo el ordenamiento jurídico, destacando así una nueva extensión de la Constitución como norma básica, que debe observarse, con sus propuestas de principios, en todo el ámbito del Derecho.

Destacó la naturaleza abierta de la Constitución, que se concretaría a partir de las demandas sociales y la interpretación de los tribunales, en una verdadera actividad creativa a través de la hermenéutica y la argumentación jurídicas ante casos concretos. Se consideró el texto constitucional como resultado directo del contrato social de una sociedad democrática, expresando así los principios, valores y concepciones que deben aplicarse para el mantenimiento y la protección del Estado democrático de derecho. Cobra relevancia la concepción política y social comunitaria, en detrimento de la teoría liberal individualista que, hasta entonces, había regido el Estado de Derecho, y la posición humanista y protectora derivada de la ética comunitaria adquiere contornos jurídicos más concretos.

Según Leal (2007), para los autores de esta nueva tradición constitucionalista, el texto constitucional adquiere un aspecto vivo, de continuo movimiento de adaptación y condicionamiento recíproco entre el texto, la norma y la realidad concreta. En este contexto, es la interpretación de los tribunales la que cumple el papel de mediador entre lo real y el texto, transformando la Constitución en un producto histórico y cultural que interactúa con el entorno en el que se inserta. La actividad jurisdiccional creativa, por lo tanto, se lleva a cabo como una necesidad ante la naturaleza misma de la Constitución, por excelencia abierta e indefinida.

Citando a Pérez Luño (2004), se mencionan algunos modelos que delimitan estas doctrinas funcionalistas en el ámbito de los derechos fundamentales: modelo sincrónico o diacrónico; modelo descriptivo o prescriptivo; modelo de equilibrio o de prospección. Los dos primeros modelos se diferencian entre sí por el enfoque adoptado, ya sea centrado en las estructuras actuales de protección de los derechos fundamentales, en un análisis que el autor denomina sincrónico, o más basado en la evolución y la afirmación histórica de estas garantías en el ámbito del Derecho, en una lectura diacrónica.

Los modelos descriptivo o prescriptivo tienen su variación delimitada de acuerdo con el método de análisis de su objeto, si se preocupan únicamente por describir la función de los derechos fundamentales dentro de un determinado sistema social y jurídico o si se trata de subrayar una función material, sustancial, dentro de una determinada comunidad política. Por último, según el jurista español, el modelo de equilibrio se centra en las funciones de los derechos fundamentales en cuanto a la garantía del orden democrático del Estado social, y el modelo de prospección destaca su dimensión programática, que define las pautas axiológicas para la evolución de ese Estado (Pérez Luño, 2004).

Una vez perfilada una dimensión, entre otras susceptibles de análisis, de las transformaciones ocurridas en el ámbito de la teoría jurídica contemporánea, se propondrá un acercamiento a las problemáticas más restringidas al plano de los derechos fundamentales. En el siguiente apartado, el objetivo es consagrar la idea de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales que, aunque se inscribe en el mismo contexto histórico descrito anteriormente, presenta particularidades por estar ligada a la dogmática de estos derechos y, por lo tanto, cargada de cuestiones más pragmáticas del constitucionalismo contemporáneo.

## **La dogmática de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo**

Además de este conjunto de perspectivas relativas a la teoría del derecho o a la fundamentación más general de los derechos humanos y fundamentales, que se denominará enfoque funcionalista, existe una vertiente más restringida a la dogmática de los derechos fundamentales, que, en definitiva, también utiliza la idea de función, pero sin estar directamente vinculada a una fundamentación teórico-filosófica específica. Se trata de una apreciación de los derechos fundamentales por su estructura normativa y sus efectos jurídicos, en consonancia con el desarrollo de la teoría constitucional contemporánea, que otorga a esta categoría un estatus cualificado en el ordenamiento, un estatus jusfundamental. Pasemos a su caracterización.

El primer aspecto relevante es la idea de fundamentalidad. Esta deriva de una idea básica, expresada de forma clásica por Alexy (2008), al afirmar que los derechos fundamentales son bienes tan

relevantes socialmente que no pueden dejarse a merced de mayorías parlamentarias eventuales. En este sentido, se establece un régimen jurídico diferenciado para su protección, consolidado mediante criterios formales y materiales, que sirven tanto para definir los bienes jurídicos que deben protegerse como fundamentales (apertura en el contenido), como para delimitar los límites de su restricción o modificación (cierre en la forma) (Sarlet, 2003).

En términos formales, la fundamentalidad se demuestra por el nivel superior de estos bienes dentro de un ordenamiento constitucional, por los procedimientos onerosos exigidos para posibles modificaciones y por los límites materiales a la revisión. En cuanto a los criterios materiales, la fundamentalidad se refiere al hecho de que existen derechos que son fundamentales por su contenido, aunque no estén dispuestos en el texto constitucional original (Sarlet, 2003).

Una vez delimitado el aspecto de la fundamentalidad, se tiene la concepción de la función de los derechos fundamentales, también sistematizada por Alexy (2008), al describir la idea de que el contenido de una norma de derecho fundamental se resume en un «derecho a algo» que constituye una relación compuesta por un titular, un destinatario y un objeto. El titular es el acreedor, el destinatario es el deudor, y en esta «relación jurídica fundamental», la titularidad puede recaer tanto en un individuo como en una colectividad, y el destinatario, por lo general, es el Estado. El objeto de esta relación es el que dará lugar a la idea de funciones, ya que puede tener carácter de defensa o de prestación en sentido amplio.

El carácter de defensa, según el autor alemán (2008), consolida la idea de que el Estado debe impedir la violación de un derecho, no perjudicar su ejercicio o, incluso, eliminar las barreras existentes para ello. La prestación en sentido amplio, por su parte, puede ser fáctica o normativa. Existe la posibilidad de prestaciones normativas que ofrecen medios de protección de los derechos y prestaciones normativas de organización y procedimiento, relativas a la estructuración de herramientas procesales o administrativas que hacen viables las pretensiones de los titulares. Por último, la prestación fáctica consiste en prestaciones en sentido estricto, relacionadas con el suministro de recursos materiales o financieros que permiten al titular disfrutar de ese derecho (Alexy, 2008).

Teniendo en cuenta esta configuración clásica, se observa que un mismo derecho fundamental puede abarcar diversos objetos en esta relación jurídica, que van desde la defensa hasta la prestación. Por lo tanto, cuando se hace referencia a los derechos fundamentales en un sentido amplio, se quiere decir que su plena realización, en su conjunto, exigirá al Estado diversas posturas y acciones, tanto de abstención como de prestación.

El Estado es deudor, en este tipo de relación jurídica, de una serie de obligaciones y, por lo tanto, un único derecho fundamental agrega funciones que varían según el objeto establecido en la relación del titular con el Poder Público. La idea puede desarrollarse mejor por su contraste con la visión predominante de los derechos fundamentales, que los segmenta en generaciones o dimensiones, o incluso en derechos positivos y negativos.

En el ámbito de la dogmática de los derechos fundamentales, la concepción de la multifuncionalidad se enfrenta a algunos obstáculos muy arraigados en la doctrina brasileña, que se remontan a orígenes históricos anteriores al pleno desarrollo de la dogmática constitucional propiamente dicha y sus repercusiones en el plano de los derechos fundamentales. La idea de cientificidad en la Teoría de la Constitución e incluso en la Teoría del Estado es reciente, en términos históricos, si se compara con las discusiones filosóficas que marcaron más profundamente las concepciones modernas de los derechos naturales individuales y los derechos humanos.

Derechos individuales como la defensa de la propiedad, la protección de la libertad religiosa y la libertad de comercio se constituyeron semánticamente como garantías de protección frente al Estado, como mecanismos que salvaguardaban la autonomía de los espacios privados frente al dominio público, estatal y gubernamental. Esto fue el resultado, según Pérez Luño (2004), de la transposición de los postulados de la ley natural al plano de la subjetividad. La consecuencia de este panorama es una tensión entre las concepciones del Derecho basadas en la tradición liberal-individualista y la complejidad de las relaciones entre individuos, grupos y Estado, y entre particulares, que, en la actualidad, exige de las instituciones y las estructuras sociales respuestas que no se resumen en la dicotomía público-privado.

El papel de los derechos fundamentales en este escenario es fundamental, ya que es esta categoría la que añade nuevas determinaciones a la actuación estatal. Pérez Luño (2004) subraya el hecho de que son los derechos fundamentales los que dinamizan los significados históricos del Estado, en la medida en que se añade a la garantía de las libertades una perspectiva de búsqueda de un horizonte social, un estado de cosas diferente que impone a las estructuras estatales el deber de poner en práctica, a partir de su tecnología y sus propios poderes, los elementos materiales que propician esta dinámica.

Existe un debate bastante profundo y difundido sobre el estatus jurídico de los derechos sociales, representativo de la tensión ahora planteada. Sin embargo, la tendencia asumida en el constitucionalismo contemporáneo ha sido la de superar tal controversia con el pleno reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales, tal y como atestiguan Hachem (2014) y, en el debate portugués Novais (2017). En este sentido, al asumir, desde el punto de vista normativo, que los derechos fundamentales trascienden la dicotomía entre los ámbitos público y privado, se asume, de forma continua, que la realización de estos derechos en su totalidad constituye un elemento estructurante de la acción estatal.

La fragmentación consolidada de los derechos fundamentales en tipologías, dimensiones o generaciones tuvo su razón histórica y sigue teniendo un alto valor didáctico. Se trataba de una forma de expresar, en el plano teórico, las dinámicas políticas y sociales que definieron gran parte de la experiencia jurídica moderna, sobre todo a partir del siglo XVIII, con las revoluciones burguesas. La elevación, ora de los derechos llamados individuales, ora de los derechos llamados sociales, a la agenda de los Estados modernos representó un cambio concreto de enfoque, que no se limitó a la teorización jurídica, sino que se llevó a cabo desde la trayectoria de las institucionalidades de esos Estados.

Sin embargo, esta razón de ser se agotó en términos dogmáticos con la evolución de las formas jurídicas y políticas en la contemporaneidad. La multiplicidad de demandas atendidas por los poderes públicos, la tecnicidad adquirida por estas estructuras, la burocratización, así como la variedad de instrumentos, actores, procedimientos e instituciones involucrados en la constitución del Estado contemporáneo y en la garantía de los derechos fundamentales no permiten que se proteja solo un conjunto nuclear de pretensiones individuales o, por otro lado, que se destinen la totalidad de los recursos al financiamiento y suministro de prestaciones materiales a la totalidad de la población en detrimento de las garantías individuales.

La actuación estatal contemporánea pasa, simultáneamente, por los dos enfoques, la abstención y la prestación. Por ello, cuando se fetichizan, se consideran absolutas, estas segmentaciones —estrictamente conceptuales— dificultan más que contribuyen a los procesos de concretización de los derechos humanos y fundamentales, ya que generan perjuicios jurídico-dogmáticos relevantes, sobre todo en el ámbito del Derecho Constitucional, del Derecho Administrativo y, en particular, de

las políticas públicas (Bitencourt, 2013); (Hachem, 2014)

En este contexto, es relevante la intuición de Martínez (2011, p. 25) cuando afirma que «el imperialismo de las categorías tiene como una de sus consecuencias la falta de originalidad en la historia del pensamiento, ya que no se cuenta con una articulación diferente de la misma historia de los países centrales». Con ello se quiere demostrar cómo esta perspectiva generacional representa una ideologización de aquellos procesos históricos que dieron lugar a la gradual institucionalización del modo de producción capitalista, reflejando respuestas puntuales a las demandas populares en el marco del Derecho europeo. Por lo tanto, se trata de una sistematización eurocéntrica.

La afirmación de los derechos civiles y políticos, lema principal de las revoluciones burguesas, se erige como la primera dimensión de los derechos fundamentales, del mismo modo que las experiencias de los Estados llamados sociales, en particular el alemán y el estadounidense, son la base de las diversas definiciones de derechos sociales, económicos y culturales, denominados de segunda dimensión. Por último, los derechos de tercera dimensión se corresponden con el proceso de globalización impulsado esencialmente por las potencias del norte global a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Esto denota que la piedra angular de esta periodización es la historia de la consolidación del orden capitalista europeo y norteamericano hacia la globalización, con las adaptaciones naturales de este proceso expansionista. En estas narrativas se descartan los procesos sociales de lucha por los derechos que tuvieron lugar en las realidades periféricas y colonizadas, desde el principio de estas relaciones, por excelencia asimétricas (Loch y Fagundes, 2019). Prueba contundente de ello es la ausencia que se hace sentir en los manuales y exposiciones clásicas sobre las dimensiones de los derechos de la experiencia revolucionaria haitiana que, ya en los primeros momentos del siglo XIX, constitucionalizó de manera pionera la igualdad racial como un derecho fundamental (Santos, 2021).

Dicho esto, es necesaria una dogmática adecuada que supere estos obstáculos basados en una tradición que, aunque relevante históricamente, es insuficiente ante los retos concretos y técnicos que plantea la satisfacción de los derechos fundamentales. En este contexto, se aborda la idea de las generaciones o dimensiones de los derechos, telón de fondo de dos mitos constitutivos del "sentido común teórico de los derechos fundamentales" (Hachem, 2014, p. 14), a saber: el mito de que los derechos sociales son onerosos, mientras que los derechos individuales de libertad no lo son, y el mito de que la titularidad de los derechos es, por regla general, individual, siendo transindividuales solo los de la llamada tercera dimensión.

Estos mitos, según Hachem (2014), conforman la imagen de un túnel trifurcado en la interpretación doctrinal de los derechos fundamentales: o son derechos de defensa, o son derechos prestacionales, o tienen naturaleza y titularidad transindividuales. Sin embargo, para el jurista brasileño, que sigue en este punto la interpretación de Novais (2017), la estructura y las características de todos los derechos fundamentales son ontológicamente las mismas, es decir, todos ellos tienen aspectos de defensa, de prestación y, además, de titularidad transindividual.

Y esto es así porque los derechos denominados individuales no prescinden en modo alguno de las prestaciones estatales, ya que el propio Estado se ha conformado con la disposición de mecanismos de protección y defensa que no pasan necesariamente por prestaciones materiales concretas, sino que son prestaciones normativas de organización y procedimiento (Holmes y Sunstein, 2019). Del mismo modo, la titularidad transindividual es una característica común de todos los derechos fundamentales, ya sean sociales o individuales, ya que la dimensión objetiva de estos derechos impone al Estado un cuidado igualitario, público y generalizado, que no depende de la presentación de demandas puntuales

para su observancia y cumplimiento (Hachem, 2014); (Nascimento, 2018).

De este modo, siguiendo a Hachem (2014), todos los derechos fundamentales ostentan, en su conjunto, a) naturaleza de defensa, al imponer deberes negativos al Estado, b) carácter prestacional, por exigir acciones fácticas y prestaciones normativas por parte del Poder Público y c) titularidad, al mismo tiempo, individual y transindividual, por efecto de su dimensión objetiva. Este enfoque supone un alejamiento de la perspectiva generacional, al demostrar que aquellas características supuestamente determinantes de cada dimensión de los derechos pertenecen, por excelencia, a todos ellos.

En este sentido, es urgente una definición de derechos fundamentales que no los considere por separado o que se base en las reivindicaciones concretas que se derivan de ellos, como la abstención del Estado o el suministro de recursos materiales. Es necesario tomarlos como un todo o, en palabras de Hachem (2014), como un conjunto de pretensiones jusfundamentales, es decir, posiciones jurídicas con estatus fundamental. En este conjunto, determinadas pretensiones alcanzan la condición de subjetividad y, en consecuencia, se vuelven directa e individualmente justiciables, mientras que otras no.

A modo de ilustración de este enfoque, observemos el derecho fundamental a la libertad de expresión que, a primera vista, es un derecho de primera dimensión. Genera una multiplicidad de pretensiones para su titular: frente a los particulares, el titular tiene la pretensión de no ser censurado, no sufrir agresiones o linchamientos, expresarse en cualquier lugar del territorio nacional.

Sin embargo, dado su estatus jurídico fundamental, corresponderá al Estado cumplir con una serie de obligaciones tanto para garantizar el ejercicio de este derecho, que van desde asegurar la educación básica hasta el acceso a la información (función prestacional), como para protegerlo, en caso de abusos o amenazas, como la sanción de los discursos de odio y la constitución de toda estructura institucional que proporcione acceso a la justicia (función de defensa).

Por estas razones, los derechos fundamentales son multifuncionales. Estas pretensiones jurídicas fundamentales son numerosas en cuanto a su naturaleza y medios de disfrute. Son pretensiones heterogéneas y pueden reclamar diferentes funciones, de abstención o intervención por parte del Poder Público, pueden ser de defensa, protección o prestación, todas ellas relacionadas con el mismo núcleo material que es el bien jurídico protegido, el derecho fundamental en sí mismo.

Para garantizar el disfrute de un determinado derecho fundamental, el Estado actúa simultáneamente en su defensa, en su protección y en la prestación material de recursos. Así, se diferencian las pretensiones jurisprudenciales y los derechos fundamentales en sentido amplio, siendo las pretensiones las diversas facetas que un mismo derecho posee como bien jurídico protegido de manera cualificada (Hachem, 2014); (Novais, 2017).

Se trata de un enriquecimiento de la categoría tanto desde la óptica del titular del derecho como desde la perspectiva del Estado. En la primera, se pone de manifiesto que el derecho fundamental se compone de un universo de garantías que no se reducen a su núcleo esencial. Se piensa en el derecho al trabajo y en la multiplicidad de condiciones necesarias para su pleno ejercicio, que van desde la educación para el mercado laboral hasta la garantía de condiciones de trabajo dignas mediante normas reguladoras e instituciones de control. Por parte del Estado, se trata de afirmar que la realización de los derechos fundamentales exige una actuación variada, técnicamente apta, adecuadamente escalonada y coordinada, ya que no basta con una garantía aislada para dar cuenta de un derecho fundamental en su conjunto.

Ante esto, una división estricta y rígida entre derechos individuales y sociales, en la misma línea, no concuerda con la complejidad de los derechos fundamentales como categoría central del Derecho contemporáneo. Teniendo en cuenta que todos los derechos fundamentales tienen las mismas características y naturaleza, pero que se materializan en diversas formas de expresión de sus funciones (defensa, protección, prestación), se deduce que las diferencias de régimen jurídico que existen entre ellos se dan entre cada una de estas funciones, en particular, en función de la pretensión jurídica fundamental que suscitan, y no entre supuestos tipos de derechos fundamentales (Hachem, 2014); (Holmes y Sunstein, 2019). Ya sea social o individual, cualquier derecho fundamental dará lugar a pretensiones con distintos grados de exigibilidad y distintos objetos, lo que no los diferencia ontológicamente.

Novais (2017) denuncia el carácter artificial de la distinción entre derechos sociales e individuales, que da lugar a una sobrevaloración de los derechos de libertad, además de generar una miríada de ataques a los derechos sociales por ser demasiado costosos para el poder público, por infringir la separación de poderes, por expresar programas y no pretensiones inmediatas, entre otros argumentos instrumentalizados en su contra. Hachem (2014) elabora un inventario detallado de estos argumentos de ataque a los derechos fundamentales prestacionales y de los respectivos contraargumentos.

Por este conjunto de razones, Novais (2017) aboga por un régimen jurídico unitario para todos los derechos fundamentales, argumento corroborado por Hachem (2014) y que se ratifica en el presente estudio. Este régimen unitario se basa únicamente en la distinción entre el derecho fundamental en su conjunto, o en sentido amplio, y las facultades, pretensiones o garantías que se derivan de él y que lo integran, estas sí sometidas a distintos regímenes jurídicos.

## Conclusión

En conclusión, se entiende que las dinámicas sociales, políticas y económicas del siglo XX impulsaron una reorientación de la Teoría del Derecho, que dejó de centrarse únicamente en su estructura normativa para incorporar una comprensión más amplia de sus funciones sociales e históricas. El Derecho pasó a ser visto no solo como un mecanismo coercitivo y sancionador, sino también como un instrumento apto para promover acciones colectivas vinculadas a la realización de objetivos colectivos y al fortalecimiento del Estado social. Se ha tratado de demostrar que, a pesar de ser un giro teórico de la teoría jurídica, ha tenido repercusiones en la fundamentación de los derechos humanos y fundamentales y, sobre todo, ha abierto espacio para nuevos enfoques dogmáticos de esta categoría tan central en la experiencia constitucional contemporánea.

De ello se deduce que la multifuncionalidad de los derechos fundamentales, al constituirse a partir de la unidad estructural de sus diversas expresiones, exige una dogmática atenta a la complejidad de las pretensiones y obligaciones que se derivan de ella. Este enfoque fundamenta la necesidad y la adecuación de un régimen jurídico unitario de los derechos fundamentales, comprometido con su realización en su integridad, guiado por una perspectiva de acceso amplio e igualitario a estas garantías.

## Referencias

- Alexy, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros. ↑ ↑
- Bitencourt, C. M. (2013). *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Núria Fabris Ed. ↑ ↑
- Bobbio, N. (2007). *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Manole. ↑ ↑
- Hachem, D. W. (2014). *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária* [Tesis de doctorado, Universidade Federal do Paraná]. <https://hdl.handle.net/1884/35104> ↑ ↑
- Holmes, S. y Sunstein, C. R. (2019). *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. WMF Martins Fontes. ↑ ↑
- Leal, M. C. H. (2007). *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Lumen Juris. ↑ ↑
- Loch, A. de S. y Fagundes, L. M. (2019). Crítica das dimensões modernas: a historicidade dos direitos humanos desde o giro descolonial nuestroamericano. *Revista Direito e Práxis*, 10(4), 2736-2775. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/45687> ↑ ↑
- Losano, M. G. (2007). Prefácio. En N. Bobbio (Ed.), *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito* (p. ix-xv). Manole. ↑ ↑
- Marmelstein, G. (2014). *Curso de direitos fundamentais*. Atlas. ↑ ↑
- Martínez, A. R. (2011). *Derechos humanos desde el pensamiento latinoamericano de la liberación* [Tesis de doctorado, Universidad Carlos III de Madrid]. <https://hdl.handle.net/10016/12505> ↑ ↑
- Nascimento, F. A. dos S. (2018). *Entre a micro e a macrojustiça: contributos para a objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais* [Tesis de doctorado, Universidade Federal do Ceará]. <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/55515> ↑ ↑
- Novais, J. R. (2017). *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais* (2ª ed.). AAFDL. ↑ ↑
- Pérez Luño, A. E. (2004). *Los derechos fundamentales*. Tecnos. ↑ ↑
- Santos, M. do C. R. dos. (2021). *Constitucionalismo e justiça epistêmica: o lugar do movimento constitucionalista haitiano de 1801 e 1805*. Telha. ↑ ↑
- Sarlet, I. W. (2003). *A eficácia dos direitos fundamentais* (3ª ed.). Livraria do Advogado. ↑ ↑