

## CAPÍTULO 44

### DERECHOS FUNDAMENTALES

Carlos BERNAL PULIDO\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Propiedades formales.* III. *Propiedades materiales.* IV. *Conclusión.* V. *Bibliografía.*

#### I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales son una clase especial de derechos subjetivos cuya diferencia específica estriba en su carácter fundamental. Es por ello que el propósito de esclarecer el concepto de derechos fundamentales presupone, por una parte, aclarar el concepto de DERECHOS SUBJETIVOS y, por otra, establecer qué debe entenderse por carácter fundamental.

El objeto de este texto es únicamente definir el carácter fundamental de los derechos fundamentales. Para tal fin, se partirá del concepto de derecho subjetivo formulado por Robert Alexy. De acuerdo con este concepto, un derecho subjetivo es un todo integrado por tres tipos de entidades: una disposición jurídica, una NORMA JURÍDICA o varias normas jurídicas y una posición jurídica o varias posiciones jurídicas. En tanto especie de los derechos subjetivos, los derechos fundamentales también ostentan esta estructura. Un derecho fundamental es un todo, es decir, un conjunto de normas y posiciones de derecho fundamental que se adscriben interpretativamente a una disposición de derecho fundamental.<sup>1</sup>

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos que revisten propiedades específicas. Algunas de dichas propiedades están presentes en otros tipos de derechos subjetivos —por ejemplo, los derechos públicos subjetivos de rango legislativo, otros derechos subjetivos de rango inferior al constitutu-

\* Profesor de la Universidad Externado de Colombia y Associate Professor Macquarie Law School.

<sup>1</sup> Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 2006, p. 54 ss. y 163 s. (Tiene trad. al castellano de C. Bernal Pulido como: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2a. ed., 2008).

cional, tales como los derechos subjetivos conferidos a los individuos por actos de la Administración Pública o por negocios jurídicos celebrados por los particulares, o los DERECHOS HUMANOS protegidos por el derecho internacional—. Entre estas propiedades se encuentran, entre otras, la VALIDEZ JURÍDICA (los derechos fundamentales tienen validez de acuerdo con las condiciones específicas del SISTEMA JURÍDICO), su carácter abstracto (las disposiciones de derecho fundamental están formuladas mediante conceptos abstractos) y su generalidad (los derechos fundamentales tienen validez antes de su aplicación concreta e independientemente de ella).<sup>2</sup>

Sin embargo, la diferencia específica de los derechos fundamentales radica en su carácter fundamental. Esta propiedad se denota mediante el adjetivo “fundamental” de la expresión en castellano “derecho fundamental” o mediante el prefijo “*Grund*” de la expresión alemana “*Grundrechte*”. El carácter fundamental es una propiedad específica que es exclusiva de los derechos fundamentales.<sup>3</sup>

La pregunta central de este texto es: ¿En qué consiste el carácter fundamental de los derechos fundamentales? El carácter fundamental es una propiedad compleja que, a su vez, está compuesta por otras propiedades. Como consecuencia, la pregunta de partida puede formularse de manera más precisa de la siguiente forma: ¿Qué propiedades constituyen el carácter fundamental de los derechos fundamentales y le atribuyen a estos derechos su naturaleza específica dentro del género de los derechos subjetivos? A esta pregunta se aludirá cuando, en seguida, se pregunte acerca de las propiedades fundamentales de los derechos fundamentales.

<sup>2</sup> Sobre el concepto de generalidad de los derechos subjetivos, *cfr.* Schauer, Frederick, “The Generality of Rights”, *Legal Theory*, vol. 6, 2000, pp. 323-36.

<sup>3</sup> Es cierto que el carácter fundamental también es una propiedad de los derechos humanos. Sin embargo, el carácter fundamental de los derechos humanos no puede confundirse con el carácter fundamental de los derechos fundamentales. Como más adelante se mostrará, algunas de las propiedades materiales que integran el carácter fundamental de los derechos humanos también integran el carácter fundamental de los derechos fundamentales. No obstante, el carácter fundamental de los derechos humanos no reviste algunas de las propiedades formales que sí están presentes en el carácter fundamental de los derechos fundamentales. Como quiera que el carácter fundamental de los derechos fundamentales es un todo, compuesto por propiedades formales y materiales, entonces este carácter no es idéntico al carácter fundamental de los derechos humanos. *Cfr.* Sobre el carácter fundamental de los derechos humanos: Alexy, Robert, “Menschenrechte ohne Metaphysik?”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, vol. 52, 2004, pp. 15-24; Alexy, Robert, “Discourse Theory and Fundamental Rights”, en A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht 2006, pp. 15-29 (la trad. al castellano de C. Bernal Pulido está en prensa, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España).

CARLOS BERNAL PULIDO

1573

La pregunta acerca de las propiedades fundamentales de los derechos fundamentales tiene una relevancia teórica y práctica. Desde la perspectiva teórica, responder a esta pregunta es un presupuesto de cualquier respuesta que quiera darse al interrogante, más general, acerca del concepto y la naturaleza de los derechos fundamentales. En este sentido, resulta necesario especificar las propiedades fundamentales de los derechos fundamentales a fin de definir en abstracto, qué son los derechos fundamentales. Desde la perspectiva práctica, la compresión de dichas propiedades es relevante para la catalogación de determinado derecho subjetivo como derecho fundamental en la práctica jurídica, por parte de los jueces y tribunales, en especial, por parte del Tribunal Constitucional. Es preciso que el Tribunal Constitucional conozca las propiedades fundamentales de los derechos fundamentales, para determinar si los derechos subjetivos relevantes en cada caso concreto son derechos fundamentales. En esto consiste la función clasificatoria de las propiedades fundamentales de los derechos fundamentales. Junto a esta función, estas propiedades también desempeñan una función calificadora. Como es bien sabido, los derechos subjetivos son susceptibles de entrar en colisión con otros derechos subjetivos y bienes colectivos. La ponderación es el método para resolver las colisiones que, de esta manera, tienen lugar (véase, CONFLICTOS NORMATIVOS). Que un derecho fundamental revista o no ciertas propiedades fundamentales es una razón para conceder a este derecho un peso mayor o menor en la ponderación en la que se enfrenta a otros derechos subjetivos o bienes colectivos.

Ahora bien, dentro de las propiedades que pueden ser consideradas como fundamentales es preciso diferenciar entre propiedades formales y materiales. A continuación resulta conveniente considerar estos dos diferentes tipos de propiedades.

## II. PROPIEDADES FORMALES

No todos los derechos subjetivos del sistema jurídico son ni pueden ser derechos fundamentales. Los derechos fundamentales vinculan al legislador y, de esta manera, establecen límites al proceso democrático de toma de decisiones políticas. Asimismo, estos derechos se garantizan por medio de mecanismos extraordinarios de protección, tales como el recurso de amparo en España o de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) en Alemania. Por esta razón, estos derechos conforman una clase especial dentro del género de los derechos subjetivos, a la que sólo muy pocos derechos pueden pertenecer. Si no fuera así, se restringiría excesivamente el

proceso democrático. De la misma manera, si todos los derechos subjetivos se garantizaran por medio de los mecanismos especiales de protección, los derechos fundamentales perderían su carácter especial.

Por esta razón, resulta imprescindible limitar la clase de los derechos fundamentales a sólo ciertos derechos. Una primera estrategia para ello consiste en definir ciertas propiedades formales como las propiedades fundamentales de estos derechos. Dichas propiedades formales se refieren al hecho de que los derechos fundamentales hayan sido establecidos en ciertas fuentes del derecho. Desde este punto de vista, con frecuencia se mencionan cuatro propiedades formales. Si se enuncian estas propiedades desde aquella más restrictiva hasta la más amplia, ellas son: (1) Que la disposición que establece el derecho fundamental pertenezca al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución; (2) Que dicha disposición forme parte del texto constitucional; (3) que dicha disposición forme parte del texto constitucional o de otra fuente del derecho (sobre todo de los pactos, convenciones o tratados sobre derechos humanos), siempre y cuando la constitución haga un reenvío a dicha fuente; y (4) que la jurisdicción constitucional reconozca la validez —no de una disposición sino— de una norma o de una posición de derecho fundamental.

Es preciso examinar a continuación estas cuatro propiedades formales.

### *1. La pertenencia al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución*

Existen tres posibilidades en relación con la primera propiedad, es decir, la pertenencia al capítulo de derechos fundamentales de la disposición que establece el derecho. Es posible considerar a esta propiedad como (1) una condición suficiente y necesaria para la clasificación de un derecho subjetivo como derecho fundamental; (2) como una condición sólo necesaria o (3) como una condición sólo suficiente.

Un ejemplo de la consideración de esta propiedad como una condición suficiente y necesaria es la extendida interpretación del art. 53.1 de la Constitución Española (en adelante: CE) que la mayoría de la doctrina prohíja. Esta disposición establece:

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos.

Un sector emblemático de la doctrina constitucional española acepta que, de acuerdo con este artículo, un derecho es fundamental si y sólo si vincula

CARLOS BERNAL PULIDO

1575

al Legislador y a los demás poderes públicos.<sup>4</sup> Sin embargo, una interpretación plausible del art. 53.1 CE lleva a la conclusión de que el carácter vinculante frente al Legislador y a los demás poderes públicos es solo la consecuencia de una causa anterior. Dicha causa consiste en la pertenencia de la disposición que establece el derecho al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución Española, es decir, al Capítulo II del Título I. Mientras el título del Título I es: “De los derechos y deberes fundamentales”, el título del Capítulo II es: “Derechos y libertades”. De ello se sigue que el Capítulo II contiene los derechos y libertades fundamentales.

Si —como ocurre en este caso— esta propiedad se considera como una condición suficiente y necesaria, entonces, serían correctas las siguientes afirmaciones:

(a) Un derecho subjetivo es un derecho fundamental si y sólo si este derecho ha sido establecido por una disposición que pertenece al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución.

(b) Todos los derechos subjetivos establecidos por las disposiciones que integran el capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución, son derechos fundamentales.

Esta concepción del carácter fundamental de los derechos fundamentales ofrece la ventaja de que permite establecer con mayor certeza que otras concepciones qué derechos subjetivos son derechos fundamentales. A causa de la indeterminación de las disposiciones constitucionales está certeza nunca es absoluta. No obstante, esta concepción elimina la posibilidad de que se catalogue como derechos fundamentales a derechos subjetivos que hayan sido establecidos por otras disposiciones que no pertenezcan al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución.

Asimismo, esta concepción enfatiza que el concepto de derechos fundamentales tiene un elemento particular, es decir, específico a cada sociedad. Este elemento consiste en que cada sociedad define, mediante la decisión del Constituyente, qué derechos deben considerarse como fundamentales y así los cataloga explícitamente en el texto constitucional. Finalmente, a favor de esta concepción juega el canon *sedes materiae* para la

<sup>4</sup> Cfr. Entre otros: Rubio Llorente, Francisco, “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves de la razón práctica*, vol. 75, 1997, p. 2 y ss.; Cruz Villabón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 25, 1989, p. 40 y ss.; Cruz Villabón, “Derechos Fundamentales”, *Encyclopædia jurídica básica*, t. II, p. 2399; Aguiar de Luque, Luis, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 14, 1993, p. 10; Peñes-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, Madrid 1995, p. 484; Jiménez Campo, Javier, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid 1999, pp. 15, 17, 21 y 24.

interpretación jurídica. De acuerdo con este canon, la ubicación de una disposición en cierto capítulo de una fuente del derecho, en este caso de la Constitución, es relevante para su interpretación.<sup>5</sup> Con base en este canon interpretativo, podría enunciarse el siguiente argumento: (1) el Constituyente es racional; (2) para garantizar la racionalidad, el Constituyente divide los derechos subjetivos que integran la constitución en diferentes capítulos, de tal manera que en cada capítulo de la Constitución aparezcan todos los derechos subjetivos y sólo los derechos subjetivos que comparten una misma propiedad que se expresa en el título del respectivo capítulo; (3) el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución está integrado por un conjunto de disposiciones; (4) dichas disposiciones ostentan una propiedad común; (5) dado que el título de dicho capítulo es “derechos fundamentales”, la propiedad común a los derechos establecidos por tales disposiciones es su carácter fundamental; entonces (a) y (b); por lo tanto (conclusión) la pertenencia al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución de la disposición que establece un derecho subjetivo representa una condición suficiente y necesaria del carácter fundamental de los derechos fundamentales.

A pesar de lo anterior, esta concepción no parece plausible. Es posible aducir varias razones en contra de ella. En primer lugar, existen constituciones —como, por ejemplo, la Constitución de México—<sup>6</sup> que no tienen un capítulo rubricado con el título: “derechos fundamentales” y que, a pesar de ello, protegen derechos fundamentales. Los artículo 18 y 20 de la Constitución Mexicana establecen con claridad que dicha Constitución protege ciertos derechos fundamentales. En segundo lugar, la premisa (2) del argumento basado en el canon *sedes materiae* no parece convincente. No es cierto que en cada capítulo de la Constitución se incluyan todos los derechos y sólo los derechos que comparten una misma propiedad que el título del capítulo exprese. Así una constitución establezca un capítulo de derechos fundamentales, suele haber derechos subjetivos que tienen el estatus de derechos fundamentales y que aparecen por fuera de dicho capítulo.

<sup>5</sup> Cfr. Sobre el canon *sedes materiae*: Bengoetxea, Joxerramón, “Legal System as a Regulatory Ideal”, en H.-J. Koch y U. Neumann (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung: Legal System and Practical reason: Verhandlungen des 15. Weltkongress der internationalen Vereinigung für Rechtsund Sozialphilosophie (IVR)* in Göttingen, August 1991, *ARSP*, vol. 53, Stuttgart 1994, p. 76. Cfr. Asimismo Bengoetxea, Joxerramón, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice: Towards a European Jurisprudence*, Oxford, 1993. p. vi y 99.

<sup>6</sup> Sobre los derechos fundamentales en México, véase, Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, 2004.

CARLOS BERNAL PULIDO

1577

Tercero, si bien es cierto que el concepto de derechos fundamentales tiene un elemento particular, en dicho concepto también está presente un elemento universal. No es mera casualidad que, con prescindencia de las fórmulas empleadas en la redacción de las disposiciones de derechos fundamentales, estos derechos prohíban en casi todos los países las discriminaciones o las vulneraciones de libertad. La coincidencia en el contenido de los derechos fundamentales en las constituciones de diferentes países es una razón para no entender el concepto de derechos fundamentales, ni su carácter fundamental, como algo completamente particular. Por el contrario, a este concepto debe adscribir también una naturaleza universal. La consideración de la pertenencia de la disposición que establece el derecho al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución como una condición suficiente y necesaria impide explicar esta naturaleza universal del carácter fundamental de los derechos fundamentales. En cuarto lugar, siempre es posible preguntar si el capítulo de derechos fundamentales de una constitución es incompleto. Es posible que en él falten algunos derechos fundamentales. Enunciados como: “el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución del país (x) es incompleto, porque no incluye el derecho a la igualdad” tienen pleno sentido. Sin embargo, esto no sería así, si la pertenencia al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución se considerara como una condición suficiente y necesaria del carácter fundamental de los derechos fundamentales. En quinto lugar, en el argumento *sedes materiae* antes mencionado hay una *petitio principi*. Si se observa con atención, se corroborará que la premisa (5) es sólo una nueva formulación de la conclusión del argumento. Finalmente, en varios países la división de la Constitución en capítulos no ha sido una tarea que haya sido llevada a cabo por el constituyente, sino por parte de los editores encargados de la publicación del texto constitucional. En estos casos, la división de la constitución en diversos capítulos no es un reflejo de la voluntad del constituyente.

Todas estas razones también juegan en contra del entendimiento de la pertenencia al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución como una condición necesaria. Ellas muestran que (a) no es cierto; así como tampoco lo es (b), es decir, no todos los derechos subjetivos establecidos en las disposiciones que pertenecen al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, son derechos fundamentales. En casi todas las constituciones hay derechos subjetivos establecidos por tales disposiciones y que, sin embargo, no son derechos fundamentales.

Como ejemplo puede citarse el art. 22 de la Constitución Política de Colombia que establece el derecho a la paz. Este derecho subjetivo no es

un derecho fundamental. Por razones materiales, la paz no puede ser el objeto de un derecho fundamental. Es más bien una de las finalidades del derecho. Entonces, la tesis según la cual la pertenencia al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución es una condición suficiente del carácter fundamental de los derechos fundamentales tampoco puede considerarse como correcta. Como más adelante se verá, las propiedades materiales atinentes al carácter fundamental de los derechos fundamentales tienen una prioridad sobre las propiedades formales. Si esto es correcto, entonces, es necesario que un derecho subjetivo revista por lo menos una propiedad material, para que pueda considerarse un derecho fundamental. No obstante, además de ello, es necesario que también revista por lo menos una propiedad formal.

## *2. La pertenencia de la disposición de derecho fundamental al texto constitucional*

La pertenencia de una disposición de derecho fundamental al texto constitucional también puede entenderse como una condición suficiente y necesaria, sólo como una condición suficiente o sólo como una condición necesaria. La consideración de esta propiedad como una condición necesaria o suficiente y necesaria implicaría que sólo podría considerarse como derechos fundamentales a aquellos derechos subjetivos establecidos por una disposición del texto constitucional. Esta comprensión no parece convincente. Contra ella juegan por lo menos cuatro razones.

En primer lugar, es bien cierto que esta comprensión enfatiza la naturaleza particular del carácter fundamental de los derechos fundamentales. Sin embargo, no puede dar cuenta de su naturaleza universal. En segundo lugar, siempre tiene sentido preguntar si el texto de la Constitución es incompleto porque en él todavía no están incluidos ciertos derechos fundamentales. No obstante, según esta comprensión de la tesis de la pertenencia al texto constitucional, preguntas de este tipo carecerían de todo sentido. En tercer lugar, esta interpretación no puede aclarar por qué en muchos países se ha aceptado que existen disposiciones que no están incluidas en la Constitución y que establecen derechos fundamentales. En cuarto lugar, esta interpretación del carácter fundamental de los derechos fundamentales no puede explicar por qué hay ciertos derechos fundamentales que no tienen ninguna relación directa con el texto constitucional pero que han sido

reconocidos como tales por la jurisprudencia.<sup>7</sup> Conocidos casos de este fenómeno son el reconocimiento del derecho a la intimidad por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos<sup>8</sup>y la protección de derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de Australia, cuya Constitución no contiene un catálogo de derechos fundamentales.<sup>9</sup>

Con todo, tampoco es plausible la tesis según la cual la pertenencia a la Constitución de la disposición que establece un derecho subjetivo representa una condición suficiente del carácter fundamental de los derechos fundamentales. No todos los derechos subjetivos establecidos en el texto constitucional son derechos fundamentales. Un ejemplo de ello es el art. 38.1 de la Ley Fundamental alemana (en adelante: LF). El art. 38.1 LF establece los derechos de los diputados del *Bundestag* en los siguientes términos: “Los diputados del *Bundestag* Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia”. En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha considerado que estos derechos son derechos subjetivos pero no derechos fundamentales.

Ahora bien, una razón para considerar la tesis de la pertenencia a la Constitución de la disposición que establece un derecho subjetivo como una condición suficiente para el carácter fundamental de los derechos fundamentales consiste en que todos los derechos subjetivos de la Constitución despliegan cuatro efectos que son propios de los derechos fundamentales, a saber: (1) la vinculación a todos los poderes públicos; (2) la garantía por medio de procedimientos de constitucionalidad; (3) el efecto de irradiación y (4) el efecto horizontal o entre terceros. Dado que todas las disposiciones de la Constitución —y no sólo las disposiciones del capítulo de los derechos fundamentales— vinculan de una manera comprensiva a los poderes públicos y establecen medidas que vinculan a los particulares en sus relaciones, así como pueden ser aplicadas directamente por el Tribunal Constitucional.

<sup>7</sup> Esto quiere decir que no hayan sido reconocidos como posiciones de derecho fundamental que se adscriben al ámbito semántico de una disposición de la Constitución.

<sup>8</sup> Cf. Una crítica al reconocimiento del carácter de derecho fundamental de este derecho subjetivo: Bork, Robert, “The Right of Privacy: The Construction of a Constitutional Time Bomb”, en Bork, Robert, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, 1990, p. 95 y ss.

<sup>9</sup> Cf. Campbell, Tom; Goldsworthy, Jeffrey, y Stone, A. (eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights: Institutional Performance and Reform in Australia*, Aldershot, 2006, sobre todo el capítulo I: B. Galligan y F. L. (Ted) Morton, “Australian Exceptionalism: Rights Protection Without a Bill of Rights”, pp. 17-39.

tucional, a partir de esta premisa podría concluirse que todos los derechos subjetivos establecidos por la Constitución son derechos fundamentales, porque revisten estos cuatro efectos.

Sin embargo, en contra de la tesis de que esta propiedad es una condición necesaria podría aducirse la siguiente objeción: los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que pueden defenderse por medio de recursos extraordinarios de índole constitucional, tales como el recurso alemán de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), el recurso de amparo español o la acción de tutela establecida por la Constitución Política de Colombia de 1991. Con todo, el hecho de que existan estos mecanismos “extraordinarios” específicos para la protección de los derechos fundamentales no implica que ellos atribuyan a tales derechos su carácter fundamental. Justo todo lo contrario, estos mecanismos protegen los derechos fundamentales precisamente porque estos derechos revisten un carácter fundamental. El carácter fundamental es una razón o una causa para que los derechos fundamentales sean protegidos por medio de estos mecanismos y no el efecto de tal hecho. Además, en muchas constituciones los mecanismos extraordinarios no protegen todos los derechos fundamentales sino sólo algunos de ellos —como, por ejemplo, los derechos a la vida, la libertad, la IGUALDAD— que revisten una importancia especial para la sociedad. Lo pertinente es reconocer que esta particular importancia de ciertos derechos fundamentales para la sociedad no es idéntica al carácter fundamental que revisten todos los derechos de esta índole.

Finalmente, tampoco es correcta la tesis de que la pertenencia a la Constitución de una disposición que establece un derecho fundamental represente una condición suficiente para el carácter fundamental de los derechos fundamentales. Como ocurre en el caso del art. 38 de la Ley Fundamental, existen derechos subjetivos establecidos por la Constitución, que no revisten las propiedades materiales de los derechos fundamentales. Por lo tanto, no pueden ser catalogados como derechos fundamentales.

### *3. La pertenencia de la disposición de derecho fundamental al texto constitucional al bloque de constitucionalidad*

La pertenencia de una disposición de derecho fundamental al texto constitucional o a otra fuente del derecho a la que la Constitución reenvía no es tampoco una condición suficiente ni una condición necesaria para el carácter fundamental de los derechos fundamentales protegidos. En los sistemas jurídicos de algunos estados se consideran como derechos fundamentales a

CARLOS BERNAL PULIDO

1581

algunos derechos subjetivos que han sido establecidos por disposiciones que pertenecen al llamado bloque de constitucionalidad. Sin embargo, no todos los derechos pertenecientes al bloque de constitucionalidad tienen el carácter de derechos fundamentales. El concepto de bloque de constitucionalidad se desarrolló de manera primigenia en el derecho constitucional francés. El preámbulo de la Constitución de la República Francesa del 4 de octubre de 1958 reenvía a otros documentos que amplían el catálogo de derechos con rango constitucional. El texto de ese preámbulo establece lo siguiente:

El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2004.

El *Conseil Constitutionnel* ha interpretado este texto en el sentido de que los derechos subjetivos del texto de la Constitución se aúnan a los derechos establecidos en otros documentos para conformar un bloque de constitucionalidad.<sup>10</sup> A este bloque pertenecen todos los derechos subjetivos de la Constitución, así como los que aparecen en los documentos a los que reenvía el preámbulo de la Constitución. La jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel* ha ampliado el bloque de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad constituye el rasero con el cual se evalúa la constitucionalidad de las normas de rango legislativo.<sup>11</sup>

El concepto de bloque de constitucionalidad ha sido acogido en otros sistemas jurídicos. Sin embargo, no siempre es claro si la expresión “bloque de constitucionalidad” se ha entendido en estos otros sistemas en el mismo sentido originario. Por ejemplo, en España, el concepto de bloque de constitucionalidad se utiliza para referirse al conjunto de normas que tienen rango constitucional y que determinan las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas.<sup>12</sup> Por el contrario, este concepto se utiliza en otros países de América Latina, tales como Panamá, Costa Rica y Colom-

<sup>10</sup> La primera decisión del Conseil Constitutionnel en la que se aplicó dicho concepto fue la decisión del 8 de julio de 1966. *Cfr.* Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel, p. 15.

<sup>11</sup> Sobre el bloque de constitucionalidad en Francia, *cfr.* Favoreu, Luois, “Bloc de constitutionnalité” en O. Duhamel y Y. Meny (eds.), *Dictionnaire constitutionnel*, París 1992, p. 87.

<sup>12</sup> Sobre el concepto de bloque de constitucionalidad en España, *cfr.* Rubio Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 27, 1989, pp. 9-37.

bia,<sup>13</sup> para denominar el conjunto de disposiciones que tienen rango constitucional y que, independientemente de su pertenencia al texto constitucional, conforman el rasero para evaluar la constitucionalidad de las leyes. Algunos, pero no todos los derechos subjetivos que estas disposiciones establecen, son derechos fundamentales. Este “conjunto” por lo general está compuesto por todas las disposiciones del texto constitucional y de los tratados internacionales sobre derechos humanos. En la Constitución Política de Colombia de 1991 el art. 93 constituye el fundamento del bloque de constitucionalidad. De acuerdo con esta disposición, los derechos humanos incluidos en los tratados internacionales sobre tales derechos ratificados por Colombia tienen prioridad sobre el orden interno. La Corte Constitucional colombiana ha interpretado este artículo en el sentido de que tales derechos humanos tienen un carácter fundamental.<sup>14</sup>

Al art. 93 de la Constitución Colombiana constituye un ejemplo en el que ciertos derechos subjetivos, establecidos por disposiciones que no pertenecen al texto constitucional, se reconocen y tratan como derechos fundamentales. Sin embargo, también existen otros derechos que pertenecen al bloque de constitucionalidad y que, sin embargo, no son derechos fundamentales.

#### *4. El reconocimiento del carácter fundamental por parte de la jurisprudencia constitucional*

El reconocimiento de una norma como norma de derecho fundamental o de una posición como posición de derecho fundamental por parte de la jurisprudencia constitucional no constituye una condición necesaria pero, sumada a una propiedad material, sí suficiente del carácter fundamental de los derechos fundamentales.

La jurisprudencia constitucional juega desde dos puntos de vista un papel determinante en relación con la catalogación de una norma jurídica o una posición jurídica como una norma o una posición de derecho fundamental. Por una parte, la jurisprudencia constitucional adscribe interpreta-

<sup>13</sup> Sobre el bloque de constitucionalidad en Costa Rica y Panamá, *cfi.* Hoyos, Arturo, “El Control Judicial y el Bloque de Constitucionalidad en Panamá”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 25, núm. 75, 1992, pp. 785-807.

<sup>14</sup> *Cf.* Sobre el bloque de constitucionalidad en Colombia, con una referencia particular alas decisiones más importantes de la Corte Constitucional sobre este concepto: Arango Olaya, Mónica “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Precedente*, 2004, pp. 79-102.

tivamente normas y posiciones jurídicas a las disposiciones de derechos fundamentales de la Constitución o del bloque de constitucionalidad. Esta adscripción consiste en la definición autoritativa de que una norma o posición jurídica ha de considerarse como norma o posición de derecho fundamental, porque se encuentra dentro del ámbito semántico de una disposición de derecho fundamental. Cuanto esto sucede, la pertenencia de la norma o de la posición a la respectiva disposición constitucional o del bloque de constitucionalidad, sumada a la adscripción que lleva a cabo la jurisprudencia, atribuyen a la mencionada norma o posición el carácter fundamental. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional puede atribuir un carácter fundamental a ciertas normas o posiciones jurídicas que no pertenecen al margen semántico de una disposición de derecho fundamental. Esto ocurre en el caso del reconocimiento de derechos fundamentales no escritos por parte de la jurisdicción constitucional.<sup>15</sup>

En este caso, no se trata de derechos fundamentales adscritos sino de derechos fundamentales que no han sido establecidos por una disposición de derecho fundamental. Algunas constituciones prevén explícitamente la validez de derechos fundamentales que no han ido establecidos por la Constitución, es decir, de derechos fundamentales no escritos. Un ejemplo conocido es el texto de la novena enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que establece lo siguiente:

No por el hecho de que la Constitución enumere ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.

El art. 5 LXXVIII § 2o. de la Constitución de Brasil<sup>16</sup> y el art. 94 de la Constitución Colombiana establecen fórmulas similares.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Interesantes ejemplos del reconocimiento de derechos no escritos por parte de la jurisprudencia constitucional pueden encontrarse en decisiones de los tribunales constitucionales frances e italiano. Cf. Al respecto: Ponteau, Marie-Clarie, *La reconnaissance des droits non écrits pour les cours constitutionnelles italiennes et françaises*, París 1997.

<sup>16</sup> El texto de este artículo establece lo siguiente: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>17</sup> El texto de este artículo establece lo siguiente: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

### *5. Conclusión en cuanto a las propiedades formales*

Como resultado del estudio de las propiedades formales puede señalarse que un derecho subjetivo está dotado de carácter fundamental, y por lo tanto, es un derecho fundamentales, cuando se cumple una de las siguientes condiciones: ha sido establecido por una disposición que (1) pertenece al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución o (2) pertenece, en general, al texto constitucional o (3) al bloque de constitucionalidad; o (4) cuando la norma o posición jurídica relativa al derecho ha sido reconocida como una norma o posición de derechos fundamentales por parte de la jurisprudencia. (4), sumada a una propiedad material, es una condición suficiente, al paso que, para ser un derecho fundamental, es una condición necesaria que el derecho subjetivo relevante satisfaga por lo menos una de las condiciones formales (1) a (4).

Estas cuatro condiciones revisten un grado creciente de certeza en relación con la pregunta de si un derecho subjetivo tiene carácter fundamental y, por lo tanto, es un derecho fundamental. (1) ostenta el mayor grado de certeza y (4) el menor. Estos grados tienen relevancia para la ponderación. Que el derecho subjetivo relevante en un caso concreto represente un derecho fundamental es una premisa normativa importante para la determinación del peso abstracto del derecho en la fórmula del peso. Esta premisa normativa, como tal, puede ser cierta o incierta. La certeza en relación con esta premisa es un elemento de la certeza de las premisas de la ponderación, y por tanto es uno de los factores que tienen importancia dentro del tercer elemento de la fórmula del peso.<sup>18</sup>

## III. PROPIEDADES MATERIALES

Las propiedades formales no son suficientes para formular un concepto apropiado y completo del carácter fundamental de los derechos fundamentales. La pregunta de si el texto de la constitución, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional han establecido y reconocido ya

<sup>18</sup> Sobre la estructura de la ponderación en el sentido de la fórmula del peso y sobre la certeza de las premisas como un factor de la ponderación, *cfr.* Alexy, Robert, “Die Gewichtsformel”, en J. Jickel; P. Kreutz, y, D. Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenchein*, Berlín, 2003, pp. 771-792. Sobre la certeza de las premisas normativas de la ponderación, *cfr.* Bernal Pulido, Carlos, “The Rationality of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 92, 2006, pp. 195-208.

CARLOS BERNAL PULIDO

1585

todos los derechos fundamentales, o si aún debería reconocer como fundamentales otros derechos subjetivos, tiene pleno sentido. Para responder esta pregunta relevante para la discusión política de todas las sociedades, es necesario referirse a las propiedades materiales.

La pregunta sobre las propiedades materiales para la definición del carácter fundamental de los derechos fundamentales tiene una estrecha relación con el difícil problema filosófico de si existen derechos subjetivos por fuera del derecho. Formulada de un modo más preciso, esta pregunta filosófica se refiere a si existen o no derechos subjetivos morales o si existen derechos fundamentales morales. Los derechos fundamentales morales<sup>19</sup> son un tipo de derechos morales que, en razón de su contenido deberían ser reconocidos como derechos fundamentales en el sistema jurídico. Como quiera que estos derechos son una especie del género derechos morales, el reconocimiento de su existencia depende del reconocimiento de la existencia de derechos morales. Si no existen derechos morales, entonces las propiedades materiales no pueden ser relevantes para definir el carácter fundamental de los derechos fundamentales. Si se parte de esta premisa, entonces los únicos derechos fundamentales que podrían existir serían aquellos que el Constituyente o el Tribunal Constitucional establecieran con su autoridad. Si, por el contrario, se acepta la existencia de derechos morales, entonces los derechos fundamentales de la Constitución o de la jurisprudencia constitucional sólo serían el producto de una institucionalización de los derechos fundamentales morales. En este caso, las propiedades formales de los derechos institucionalizados en la Constitución, en el bloque de constitucionalidad y en la jurisprudencia constitucional y las propiedades materiales de los derechos fundamentales morales no definirían por sí mismas el carácter fundamental de los derechos fundamentales. Estos derechos revestirían las propiedades materiales de forma anticipada e independiente de su institucionalización en el sistema jurídico. Que un derecho subjetivo ostentara una propiedad material de los derechos fundamentales sería una razón para institucionalizarlo como derecho fundamental.

Aquí no puede investigarse a profundidad acerca del interrogante atinente a la existencia de derechos morales. No obstante, debe introducirse un argumento a favor de dicha existencia. Una razón de gran peso en contra de la existencia de tales derechos estriba en la afirmación de que los

<sup>19</sup> En el ámbito de la moral en general se habla de “derechos humanos”. Sin embargo, por razones de consistencia, aquí se hablará de “derechos fundamentales morales”. Como consecuencia, se entenderá que, en el ámbito moral, las expresiones “derechos fundamentales morales” y “derechos humanos” son sinónimas.

derechos subjetivos no elevan pretensiones morales especiales. En este sentido, puede aducirse, que lo que en realidad importa para la moral es la identificación de ciertas acciones como correctas. La identificación de cuáles son las acciones correctas se fundamentaría en la identificación de las intenciones correctas o de las razones para actuar correctas o en los resultados deseados de las acciones. Asimismo, se señalaría que el respeto de los derechos de los demás no es necesario para establecer cuáles son dichas intenciones, razones o resultados. Es en esta dirección en la que Bentham sostuvo: “natural rights is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense — nonsense upon stilts”.<sup>20</sup> El punto de partida de Bentham estriba en que la estructura compleja del concepto de los derechos subjetivos se limita al derecho.

En sus propias palabras:

Right ... is the child of law: from real laws come real rights; but from imaginary laws, from laws of nature, fancied and invented by poets, rhetoricians, and dealers in moral and intellectual poisons, come imaginary rights, a bastard brood of monsters”.<sup>21</sup>

Aquí debe señalarse que esta concepción no parece plausible. Es bien cierto que el concepto de derecho subjetivo se aplica sobre todo en el ámbito jurídico. No obstante, las teorías de los derechos morales tienen un objetivo bien claro. Se trata de responder a la pregunta de cuáles deben ser los derechos subjetivos del sistema jurídico. Siempre resulta razonable preguntar si las normas jurídicas que establecen los derechos subjetivos son correctas o si, por el contrario, fracasan porque no protegen los derechos morales de las personas. En este sentido Steiner señala: “theories of moral rights advance views about how specific other person’s valued services should be interpersonally distributed by enforceable systems of rules”.<sup>22</sup>

Por esta razón, aquí debe partirse de la existencia de los derechos morales. Entonces, la pregunta relevante es la siguiente: ¿Qué propiedades materiales atribuyen a ciertos derechos morales un carácter fundamental, de tal manera que deban ser reconocidos como derechos fundamentales en los ámbitos de la moral y del derecho?

Esta pregunta sólo puede responderse sobre la base de un concepto de persona política. Los derechos fundamentales protegen los intereses fun-

<sup>20</sup> Bentham, Jeremy, “Anarchical Fallacies”, en J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, London, 1838-1843; Reimpreso en: New York, 1962, Vol. 2, verso 230.

<sup>21</sup> *Ibid.*, verso 730.

<sup>22</sup> Steiner, Hillel, “Moral Rights”, en D. Copp (ed.), *Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford, 2006, p. 460

CARLOS BERNAL PULIDO

1587

damentales del individuo frente a la sociedad y el Estado. La pregunta es: ¿Cuáles son estos intereses?

Estos intereses fundamentales dependen de la relación de doble implicación necesaria que existe entre el Estado y la persona política. Los intereses materiales de la persona política y las propiedades del Estado se condicionan mutuamente. Desde los círculos del Estado Constitucional Democrático los derechos fundamentales han buscado proteger la libertad de la persona frente a las intervenciones del Estado, la participación del individuo en los procedimientos democráticos y la igualdad jurídica.<sup>23</sup> Tras la inclusión del principio del Estado Social en la definición del Estado, los derechos fundamentales adquirieron además la función de garantizar el mínimo vital y la creación de la igualdad real. Los derechos fundamentales caracterizan a la persona política como libre, autónoma en los ámbitos privado y público, igual a otras personas y como titular de ciertas necesidades básicas. La protección de esta libertad, autonomía e igualdad y la satisfacción de dichas necesidades constituyen el fin del Estado. Estos fines justifican y fomentan la acción del Estado mediante las prohibiciones del exceso y de protección deficiente.

Por lo tanto, la libertad, la autonomía y la igualdad son los intereses básicos de la persona política. A estos intereses se suma la satisfacción de ciertas necesidades básicas. Estos intereses deben considerarse como propiedades materiales para la definición de los derechos fundamentales en la moral y —mediante la institucionalización de la moral—<sup>24</sup> en el derecho. Ellos constituyen un concepto tríadico de la persona política que aquí debe ser explorado. Este concepto reviste tres dimensiones: la dimensión liberal, la dimensión democrática y la dimensión de la persona atinente al Estado Social. Las propiedades materiales de la persona consisten, a su vez, en otras propiedades que son indispensables para la protección de la dignidad humana y para el desarrollo de un individuo en el marco de un Estado liberal, democrático y social de derecho.

<sup>23</sup> Cf. Stolleis, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Múnich 1992, t. 2, p. 114 y ss.

<sup>24</sup> Sobre la institucionalización de los derechos fundamentales morales en el ámbito jurídico, Cf. Alexy, Robert, “Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, en S. Gosepath y G. Lohmann (ed.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a. M. 1999, p. 246 y ss.; Michelman, F.I. “Brauchen Menschenrechte eine demokratische Legitimation?”, en H. Brunkhorst, W. Köhler y M. Lutz-Bachmann (ed.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt a. M. 1999, p. 53; y Habermas, Jürgen, “Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte”, *Recht auf Menschenrechte*, p. 216.

### *1. Los intereses fundamentales de la persona liberal*

De acuerdo con la concepción liberal de la persona política y del Estado, este tiene como finalidad garantizar el ejercicio de la libertad. En este sentido, por ejemplo, Locke señaló que la justificación de la legitimidad del poder del Estado estriba en la protección de la propiedad privada.<sup>25</sup> Para Locke la PROPIEDAD es un concepto general que incluye todo el ámbito de la libertad. En un sentido similar, Kant sostuvo que la más importante directriz de las acciones del Estado es el principio general del derecho. Según este principio, “el derecho debe establecer las condiciones en las cuales el arbitrio de unos debe hacerse compatible con el arbitrio de los demás, según una ley general de libertad”.<sup>26</sup> Este principio define que la libertad es un interés fundamental de la persona cuya protección es el fin más importante del Estado. Pero, en este contexto: ¿Qué se entiende por libertad? ¿En qué consiste ella?

John Rawls ha ofrecido una respuesta a esta pregunta con su concepto de persona liberal. Según Rawls, la persona se caracteriza por dos propiedades morales que este autor denomina “facultades morales”. La primera facultad moral es la facultad de ser razonable. Esta facultad consiste en la capacidad de tener un sentido de la justicia.<sup>27</sup> La segunda facultad es la de ser racional. Esta facultad apunta a tener la capacidad de tener una comprensión de lo bueno.<sup>28</sup> La primera facultad moral consiste en la capacidad humana de participar conscientemente en la cooperación social. La segunda facultad se basa en la capacidad de perseguir finalidades que reflejen la propia concepción de lo que vale la pena en la vida.<sup>29</sup> Las dos facultades están relacionadas. La primera facultad moral constituye el fundamento de la protección de los presupuestos individuales de la vida política, es decir, de las libertades políticas y de los derechos de participación en los procedimientos democráticos. La segunda facultad moral es el fundamento de las libertades individuales.

Para la teoría liberal, estas dos facultades constituyen la base para la definición del carácter fundamental de los derechos fundamentales. Por lo tanto, los derechos subjetivos indispensables para el desarrollo de estas dos

<sup>25</sup> Locke, John, *Second Treatise of Government*, en [on-line Version:  
<http://www.gutenberg.org/etext/7370>]

<sup>26</sup> Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlín, 1911, p. 230.

<sup>27</sup> Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York 1993, pp. 49 y 338.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 338.

<sup>29</sup> *Ibid.*

CARLOS BERNAL PULIDO

1589

facultades morales de la persona deben ser reconocidos como derechos fundamentales por el Constituyente o por el Tribunal Constitucional.<sup>30</sup> Rawls enuncia un catálogo de estos derechos subjetivos, que él caracteriza como “basic liberties”. A este catálogo pertenecen las libertades de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas, la libertad personal, la integridad de la persona y los derechos y libertades conexas con el concepto de estado liberal de derecho.<sup>31</sup> Es posible aducir razones de peso a favor de la tesis de que este catálogo es demasiado limitado. Sin embargo, aquí no es posible tratar este aspecto de forma más extensa.

## *2. Los intereses fundamentales de la persona democrática*

La teoría democrática implica, a su vez, una concepción de la persona que constituye una segunda dimensión de la persona política. De acuerdo con esta concepción, a la persona también debe atribuirse ciertos intereses fundamentales. El núcleo de esta concepción consiste en el concepto de autonomía que refleja el ideal de Rousseau, de encontrar una forma de asociación política en la que cada persona y sus bienes sean protegidos, pero, a la vez, esta permanezca libre mediante su participación en la toma de decisiones, de tal manera que al obedecer el derecho se obedezca a sí misma.<sup>32</sup> De acuerdo con la teoría democrática, a cada persona debe reconocérsele en la mayor medida posible la facultad de darse normas a sí misma.

La idea central de la teoría democrática ha sido desarrollada en las últimas décadas por Habermas en su teoría del discurso. Esta teoría presupone un concepto de persona democrática o deliberativa. Al igual que el concepto liberal de persona, el concepto democrático de persona implica unas facultades básicas que pueden funcionar como base para las propiedades materiales definitorias del carácter fundamental de los derechos fundamentales.

El principio del discurso constituye el núcleo de la teoría del discurso de Habermas. De acuerdo con este principio, sólo deben tener validez aquellas normas en relación con las cuales todos los afectados —en tanto participantes en discursos racionales— hayan prestado su consentimiento.<sup>33</sup> El principio del discurso es el fundamento del principio democrático. De ello

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 330.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 328.

<sup>32</sup> Rousseau, J.J, *Contrat Social*, Berlín 1922, p. 13.

<sup>33</sup> Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, p. 172 (*Facticidad y Validez*).

puede derivarse que el concepto de persona presupuestado por el principio del discurso constituye el fundamento del concepto democrático de persona. Dicho de otra manera: las facultades básicas de la persona democrática son las facultades básicas de un participante en los procesos deliberativos en un discurso racional.

El principio del discurso presupone una persona que es capaz de participar en la deliberación política y dar su consentimiento para la toma de decisiones. Estas facultades pueden expresarse mediante el concepto de capacidad de discernimiento. La capacidad de discernimiento es necesaria para participar en la comunicación. La capacidad de discernimiento consiste en dos facultades básicas, a saber (1) la capacidad de hacer afirmaciones y de defenderlas mediante razones de las objeciones que contra ella se hagan y (2) la capacidad de comportarse de manera crítica frente a las propias afirmaciones y frente a las afirmaciones llevadas a cabo por los demás.<sup>34</sup>

Las dos capacidades que componen la capacidad de discernimiento son el objeto que, desde la perspectiva de la teoría democrática, debe ser protegido por los derechos fundamentales. Por lo tanto, el concepto democrático de persona también puede servir de base para establecer una propiedad material suficiente para el carácter fundamental de los derechos fundamentales. En este sentido, un derecho subjetivo representa un derecho fundamental, cuando protege la capacidad de discernimiento de la persona. Los derechos fundamentales democráticos, tales como el derecho al voto y las libertades necesarias para el funcionamiento de los procesos democráticos, revisten esta propiedad.

### *3. Las necesidades básicas de la persona en el Estado Social*

La teoría del Estado Social presupone una dimensión de la persona política. En el trasfondo de esta dimensión aparecen las necesidades básicas. Esta concepción objeta a las teorías liberal y democrática que la protección de la libertad y de la autonomía no es suficiente para garantizar el status fundamental del individuo.

En cada sociedad existe un gran número de personas que no pueden satisfacer sus necesidades básicas mediante el ejercicio de su libertad y de su

<sup>34</sup> Günther, Klaus, “Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en H. Brunkhorst y P. Niesen (ed.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt a. M. 1999, p. 83 ss.

autonomía.<sup>35</sup> El objeto de estas necesidades son los bienes necesarios para tener una buena vida —tales como la alimentación, la vivienda, la atención en salud, el mínimo vital, etcétera— y para el ejercicio de las libertades individuales y políticas. El principio de solidaridad fundamenta la idea de que cuando una persona no puede satisfacer por sí mismo estas necesidades, la sociedad debe hacerlo por medio de la acción del Estado.<sup>36</sup>

En este sentido, la satisfacción de las necesidades básicas de la persona representa una propiedad material del carácter fundamental de los derechos fundamentales. En consecuencia, si un derecho subjetivo tiene como propósito satisfacer tales necesidades, debe ser reconocido como un derecho fundamental. Los derechos fundamentales que ostentan esta propiedad son, frecuentemente, derechos a algo, correlativos a deberes de prestación a cargo del Estado.

#### *4. Conclusión en relación con las propiedades materiales*

Las propiedades materiales relativas al carácter fundamental de los derechos fundamentales deben entenderse como condiciones suficientes que un derecho subjetivo debe revestir para poder tener el status de derecho fundamental. Por lo tanto, un derecho subjetivo debe ser reconocido como un derecho fundamental, si protege las facultades morales de la persona liberal o su capacidad de discernimiento, o cuando su finalidad es satisfacer las necesidades fundamentales de la persona. A ello se suma que un derecho subjetivo es un derecho fundamental cuando busca asegurar la igualdad en el ejercicio de las facultades liberales o de la capacidad de discernimiento de la persona o cuando garantiza la igualdad en la distribución de los bienes que satisfacen las necesidades fundamentales. Un derecho subjetivo debe ostentar por lo menos una propiedad material para ser un derecho fundamental.

Asimismo, las propiedades materiales tienen una prioridad en relación con las propiedades formales. Las propiedades materiales también son relevantes para la ponderación. La siguiente regla tiene validez: tanto mayor sea la medida en la que un derecho fundamental ostenta una propiedad material, es decir, tanto más el derecho proteja las facultades morales de la persona liberal o la capacidad de discernimiento o cuanto más busque sa-

<sup>35</sup> Cfr. Tugendhat, Ernst, *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt am M. 2003, p. 338 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. Sobre esta función del principio de solidaridad: Borgetto, M., *La notion de Fraternité en Droit Public Français*, París, 1993, p. 398.

tisfacer las necesidades básicas, tanto mayor será el peso que debe atribuirse al derecho en la ponderación.

#### IV. CONCLUSIÓN

El carácter fundamental de los derechos fundamentales consiste en un conjunto de propiedades formales y materiales. Para ser un derecho fundamental, un derecho subjetivo por lo menos debe revestir una propiedad formal y una propiedad material. Esta es una condición necesaria. Entre las propiedades formales y las materiales existe una relación. Esta relación consiste en que los derechos fundamentales reconocidos por el Constituyente o por el Tribunal Constitucional representan una institucionalización de los derechos fundamentales morales, de tal manera que los derechos fundamentales establecidos por la Constitución y por la jurisprudencia constitucional por lo general también revisten por lo menos una propiedad material. Sin embargo, debe reconocerse que —como quiera que las propiedades materiales son abstractas— el Constituyente o el Tribunal Constitucional goza de un margen de acción para concretar dichas propiedades mediante la institucionalización.

Dentro de este margen de acción el Constituyente o el Tribunal Constitucional pueden establecer cuáles deben ser en cada sociedad los derechos fundamentales concretos que garantizan los intereses liberales y democráticos de la persona política y las necesidades de ella que están ligadas con la protección que ofrece el Estado Social. Aunque esta concreción aparenta ser discrecional, en todo caso ella eleva una pretensión de corrección y, por lo tanto, siempre puede ser objeto de crítica en la dimensión ideal del derecho.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 14, 1993.
- ALEXY, Robert, “Die Gewichtsformel”, en J. Jickel; P. Kreutz, y, D. Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín 2003.
- \_\_\_\_\_, “Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, en S. Gosepath y G. Lohmann (ed.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a. M. 1999.

- \_\_\_\_\_, “Discourse Theory and Fundamental Rights”, en A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht 2006. (la trad. al castellano de C. Bernal Pulido está en prensa, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España).
- \_\_\_\_\_, “Menschenrechte ohne Metaphysik?”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, vol. 52, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 2006. (Tiene trad. al castellano de C. Bernal Pulido como: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2a. ed. 2008).
- ARANGO OLAYA, Mónica “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Precedente* 2004.
- BENGOETXEA, Joxerramón, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice: Towards a European Jurisprudence*, Oxford, 1993.
- \_\_\_\_\_, “Legal System as a Regulative Ideal”, en H.-J. Koch y U. Neumann (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung: Legal System and Practical reason: Verhandlungen des 15. Weltkongress der internationalen Vereinigung für Rechtsund Sozialphilosophie (IVR) in Göttingen, August 1991*, *ARSP*, vol. 53, Stuttgart 1994.
- BENTHAM, Jeremy, “Anarchical Fallacies”, en J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, London, 1838-1843; Reimpreso en: New York, 1962.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “The Rationality of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 92, 2006.
- BORGETTO, M., *La notion de Fraternité en Droit Public Français*, París 1993.
- BORK, Robert, “The Right of Privacy: The Construction of a Constitutional Time Bomb”, en Bork, Robert, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, 1990.
- CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey, y STONE, A. (eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights: Institutional Performance and Reform in Australia*, Aldershot, 2006, sobre todo el capítulo I: B. Galligand y F. L. (Ted) Morton, “Australian Exceptionalism: Rights Protection Without a Bill of Rights”, pp. 17-39.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, 2004
- CRUZ VILLABÓN, Pedro, “Derechos Fundamentales”, *Enciclopedia jurídica básica*, t. II.
- \_\_\_\_\_, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 25, 1989.
- FAVOREU, Luois, “Bloc de constitutionnalité” en O. Duhamel y Y. Meny (eds.), *Dictionnaire constitutionnel*, París 1992.

- GÜNTHER, Klaus, "Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson", en H. Brunkhorst y P. Niesen (ed.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt a. M. 1999.
- HABERMAS, Jürgen, "Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte", *Recht auf Menschenrechte*.
- HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992.
- HOYOS, Arturo, "El Control Judicial y el Bloque de Constitucionalidad en Panamá", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 25, núm. 75, 1992.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999.
- KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlín, 1911.
- LOCKE, John, *Second Treatise of Government*, en [on-line Version:  
<http://www.gutenberg.org/etext/7370>]
- MICHELMAN, F.I. "Brauchen Menschenrechte eine demokratische Legitimation?", en H. Brunkhorst, W. Köhler y M. Lutz-Bachmann (ed.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt a. M. 1999-
- PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, Madrid, 1995.
- PONTEAU, Marie-Clarie, *La reconnaissance des droits non écrits pour les courts constitutionnelles italienne et française*, París, 1997.
- RAWLS, John, *Political Liberalism*, Nueva York, 1993.
- ROUSSEAU, J.J, *Contrat Social*, Berlín, 1922.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "El bloque de constitucionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 27, 1989.
- \_\_\_\_\_, "Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España", *Claves de la razón práctica*, vol. 75, 1997.
- SCHAUER, Frederick, "The Generality of Rights", *Legal Theory*, vol. 6, 2000.
- STEINER, Hillel, "Moral Rights", en D. Copp (ed.), *Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford, 2006.
- STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Múnich 1992, t. 2, p. 114 y ss.
- TUGENDHAT, Ernst, *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt am M., 2003.