Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

XVI

PROPIEDADES CLASIFICANTES Y CUALIFICANTES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Martin BOROWSKI*

SUMARIO: I. *Propiedades de los derechos fundamentales.* II. *Propiedades clasificantes y cualificantes.*

El criterio empleado para la caracterización de los derechos fundamentales sigue siendo controversial. En este escrito quiero presentar un sistema de propiedades de los derechos fundamentales. Me enfocaré en particular en la distinción entre propiedades clasificantes y propiedades cualificantes.

I. PROPIEDADES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son (1) derechos consagrados en Derecho positivo que (2) representan el resultado de transformar derechos humanos en Derecho; son, además, (3) derechos individuales, (4) derechos que se poseen frente el Estado, (5) derechos abstractos, y, (6) derechos substancialmente básicos, es decir, derechos cuyo contenido es substancial y que tienen (7) prioridad dentro del sistema jurídico.

1. *Derechos del Derecho positivo*

Los derechos fundamentales son derechos jurídicos y, como tales, son parte del Derecho. Una norma que consagra un derecho fundamental es válida si y sólo si cumple con los criterios de validez del sistema jurídico en

* Publicado originalmente como "Classifying and Qualifying Properties of fundamental rights" en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 108, 2007, pp. 37-45. Agradecemos la autorización garantizada por Martin Borowski y Franz Steiner Verlag. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

cuestión. Entre estos criterios están, necesariamente, la efectividad social[1] y la institucionalización correcta[2]. Además, en un concepto no positivista del Derecho, la corrección substancial cuenta como un criterio de validez jurídica. Esto aplica no sólo para los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, sino también para aquellos derechos establecidos en las declaraciones, convenciones y pactos internacionales al igual para que para los derechos fundamentales supranacionales. En el Estado democrático moderno con una Constitución escrita, los derechos fundamentales son parte del Derecho positivo. Así, los problemas especiales de los derechos fundamentales como una parte del Derecho consuetudinario no serán considerados en gran detalle aquí.

Los derechos fundamentales *qua* derechos jurídicos debe ser yuxtapuestos a los derechos morales, entendidos como derechos humanos.[3] Un derecho moral existe si la norma moral correspondiente es moralmente válida. Una norma es moralmente válida si y sólo si es substancialmente correcta.[4] El desarrollo histórico de los derechos humanos avanzó paralelo al de los derechos fundamentales, pero ello no implica que no se puede o no se deben distinguir. En adelante, los parecidos y las diferencias serán ilustrados.

2. *El producto de la transformación de derechos humanos en Derecho*

Los derechos fundamentales son a menudo denominados "derechos humanos transformados"[5]. Tomado literalmente, esto significa que los dere-

---

[1] Véase Robert Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (traducido por S. L. Paulson y B. L. Paulson), Oxford, Clarendon Press, 2002, p. 85. (Hay traducción castellana de Jorge Malem Seña, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, p. 1994, p. 87).

[2] Véase Alexy, *The Argument from Injustice, cit.*, p. 87 (*El concepto y la validez del derecho,* p. 89)

[3] En la terminología que se basa en una importante distinción desarrollada por Kant, los derechos humanos son derechos jurídicos porque ellos regulan la conducta externa, no las motivaciones. Véase, Robert Alexy, "Discurse Theory and Human Rights" en R. Martin y G. Sprenger (eds.) *Rights,* Stuttgart, Steiner, 1997, p. 81-2 (existe traducción al español de Luis Villar Borda, *Teoría del discurso y derechos humanos,* Universidad Externado: Bogotá, 1998), y, Martin Borowski, "Discourse Theory in International Law – Human Rights Trough discourse", *German Yearbook of International Law,* vol. 44, 2001, p. 43. Los derechos que regulan motivaciones juegan un papel escaso en la discusión de los derechos humanos. El objetivo no es que las otras personas o el Estado tengan una motivación para no dañar a las personas, sino, más bien, el objetivo es que ellos no las dañen. Por lo tanto, se prefiere de aquí en adelante la terminología que se refiere a la validez como fue introducida en el texto principal.

[4] Véase Alexy, *The Argument from Injustice, cit.*, p. 87 (*El concepto y la validez del derecho, cit.*, p. 89)

[5] Véase, por ejemplo, Albrecht Wellmer, *Menschenrechte und Demokratie*, en S. Gosepath y G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt on Main, Suhrkamp, 1998, p. 266.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

chos fundamentales son el producto de una transformación de los derechos humanos. Bajo el supuesto de que los derechos humanos existen, existen buenas razones para sostener que la transformación de los derechos humanos en derechos fundamentales no una operación contingente, sino algo los mismos derechos humanos requieren[6]. Moralmente, los derechos humanos demandan la protección efectiva del asunto que regulan[7]. Es porque los derechos morales no son aplicados de forma efectiva a menos que sean transformados en derechos fundamentales jurídicos. Después de la transformación, la norma anteriormente moral tiene ahora naturaleza moral y jurídica. La transformación marca la introducción de otro fundamento de validez, es decir, se añade validez jurídica a la validez moral.[8] Desde el punto de vista de la protección efectiva, el aspecto importante de esto es que el contenido transformado de los derechos humanos es entonces aplicable como parte del Derecho. La pregunta que surge es si efectivamente existe

[6] Véase Ernst Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt on Main, Suhrkamp, 1993, p. 349 (hay traducción al español de Luis Román Rabanaque, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1998); véase además Robert Alexy, "Die Institutionalisierung der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat", en S. Gosepath and G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt on Main, Suhrkamp, 1998, p. 255 (existe traducción al español de María Cecilia Añaños Mesa, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *Derechos y libertades*, vol. 5, núm. 8, 2000, pp. 21-42) y Borowski, "Discourse Theory in International Law", *cit.*, p. 44.

[7] La idea fundamental de reclamar las condiciones necesarias para la protección efectiva de los derechos también puede ser encontrada en el Derecho positivo internacional, a saber en el artículo 28 de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" (DUDH), Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos". Esta es una disposición del Derecho positivo internacional, no una obligación moral de crear unas normas jurídicas. Sin embargo, la idea de requerir los presupuestos de una protección efectiva para la realización de los derechos es estructuralmente comparable. Sobre el artículo 28 de la DUDH, véase Thomas W. Pogge, "Menschenrechte als moralische Ansprüche an globale Institutionen", en S. Gosepath and G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte* Frankfurt on Main, Suhrkamp, 1998, pp. 378-400.

[8] La operación opuesta a la transformación de derechos morales puede ser denominada "destransformación". La destranformación es la interpretación de que una norma jurídica está basada en la moral, es decir, añadir validez moral a la validez jurídica. El que esta operación sea o no importante, o en qué medida sea posible, no puede ser tratado aquí. A primera vista, parece ser que darnos cuenta del hecho de que la existencia y el contenido de los derechos humanos son temas profundamente discutidos, es interesante para tomar como el punto de partida los catálogos de los derechos fundamentales de los diferentes estados democráticos constitucionales para cuestionarnos sobre qué concepciones de derechos humanos presuponen ellos, si se entiende que están transformando derechos humanos.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

esta conexión entre derechos humanos y derechos fundamentales, y si existe, cómo se refleja ella en el concepto de los derechos fundamentales.

A. El concepto formal de los derechos fundamentales

De acuerdo al concepto formal de derechos fundamentales, la conexión entre derechos humanos y derechos fundamentales es completamente contingente. Los derechos fundamentales son aquellos derechos que han sido institucionalizados, en particular, en las constituciones nacionales. Se puede distinguir entre tres subtipos de este concepto formal.[9] El primer subtipo no implica ningún criterio límite. De acuerdo con el segundo subtipo, sólo cuentan como derechos fundamentales aquellos derechos cuyos derechos individuales están diseñados para ser "derechos fundamentales" por la Constitución misma, ya sea por una definición explícita o implícita. El tercer subtipo se deriva de la aplicación judicial de los derechos fundamentales. De acuerdo con esta definición, los únicos derechos constitucionales que cuentan como derechos fundamentales son aquellos que pueden ser aplicados a través de una querella constitucional o un mecanismo similar, como en el caso de los derechos señalados en el artículo 93 parágrafo 1 de la Ley Fundamental de Alemania. El concepto formal de derecho fundamental puede ofrecer ayuda práctica, sobre todo, en las interpretaciones diarias del Derecho. Pero el concepto formal no puede reemplazar el concepto material completamente. Si lo hiciera, carecería de sentido preguntarse si la clase de derechos fundamentales, de acuerdo con el concepto formal, contiene muy pocos o demasiados derechos. La pregunta, sin embargo, sí tiene sentido.[10] Este hecho nos conduce a la concepción material de los derechos fundamentales.

B. El concepto material de los derechos fundamentales

De acuerdo a la concepción material de derechos fundamentales, la clase de derechos fundamentales está caracterizada por criterios materiales. Estos criterios materiales se basan en los derechos humanos y sus transformación en Derecho. Dependiendo de la naturaleza de la conexión entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, objetivos o subjetivos, tres subtipos de concepción material pueden ser distinguidos.

---

9 Robert Alexy, "Grundrechte", en *Enzyklopädie Philosophie*, H. J. Sandkühler (ed.), vol. 1, Harmburg, Meiner, 1999, p. 525.

10 Véase Alexy, "Grundrechte", *cit.*, p. 526.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

a. Derechos fundamentales como el producto de la transformación en Derecho

El primer subtipo presupone une una conexión objetiva fuerte entre derechos humanos y derechos fundamentales. Un derecho individual en una Constitución es un derecho fundamental sólo en la medida en que pueda ser concebido como la transformación de un derecho humano. Las divergencias pueden ocurrir en dos direcciones: pueden ser sub-trasformaciones o sobre-transformaciones. Si una Constitución contiene menos derechos de los que debería contener para una transformación completa de los derechos humanos, es un caso de sub-transformación. Su sistema de derechos fundamentales es imperfecto. La otra divergencia, la sobre-transformación, aparece si la clase de derechos en una Constitución contiene más derechos humanos de los que podían ser transformados. Estos derechos representan un contenido adicional que no puede ser concebido como derechos fundamentales de acuerdo con este subtipo de concepción material de los derechos fundamentales, incluso si aquellos han sido clasificados como derechos de acuerdo al concepto formal de derechos fundamentales[11].

El problema con esta definición basada en la existencia de una conexión objetiva fuerte entre derechos humanos y derechos fundamentales está en que la existencia y el contenido de los derechos humanos es altamente discutido. Si no tenemos claridad sobre la pregunta si los derechos humanos existen y cuál es su contenido, no podemos tener claridad sobre la pregunta si un derecho fundamental es el producto de la transformación de un derecho humano[12]. Donde no exista un derecho humano correspondiente, un derecho fundamental no puede ser el producto de la transformación de un derecho humano. Si los derechos humanos no existieran, los derechos fundamentales tampoco podrían existir. Un proponente de la existencia de

[11] En este caso los derechos humanos están completamente transformados en derechos fundamentales. El problema es simplemente que en la clase de derechos fundamentales existen derechos que no tienen un contraparte en la clase de derechos humanos. Esta divergencia no implica que ningún derecho en esta Constitución sea imperfecto. Sin embargo, implica que la conexión entre derechos humanos y derechos fundamentales es incongruente. Esto puede ser considerado simplemente como una precaución teórica, pero tiene una dimensión substantiva. Si una clase de derechos fundamentales es contaminada con derechos que no son el resultado de la transformación de derechos humanos, y si se asume que los derechos fundamentales colisionan los unos con los otros, y por ello se limitan mutuamente, existe el peligro de la limitación inapropiada de los derechos fundamentales que son derechos humanos transformados por derechos fundamentales que no lo son. En un caso extremo, esta contaminación conduciría a un sistema en el cual la transformación de derechos humanos estaría limitada en una gran medida.

[12] Véase Siegtried König, *Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes-Locke-Kant*, Freiburg y Munich, Albert, 1994, p. 34-35.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

los derechos humanos puede sostener este concepto material fuerte el fundamento de una conexión objetiva fuerte. Pero si se niega la existencia de los derechos humanos, la inexistencia de los derechos fundamentales sigue automáticamente. Esta unión conceptual entre derechos humanos y derechos fundamentales transforma todas las incertezas y disputas sobre la existencia y el alcance de los derechos humanos lo cual, como resultado, termina siendo demasiado fuerte.[13]

b. El intento de transformar derechos humanos

Si alguien no está preparado para renunciar al concepto material de derecho fundamental, una concepción más débil puede ser intentada. Generalmente, una conexión subjetiva es más débil que una conexión objetiva. Esto conduce a la idea de la caracterización de los derechos fundamentales *como* un intento para transformar los derechos humanos en Derecho.[14] Si una asamblea constituyente intenta transformar los derechos humanos en Derecho, los derechos fundamentales son el resultado. Esta conexión es decididamente más débil que la conexión fuerte objetiva. Incluso si los derechos humanos no existieran, los derechos fundamentales son el resultado de la transformación intentada. Si, tomando la concepción correcta de derechos humanos como criterio de medida, existen divergencias entre la concepción de la asamblea constituyente de los derechos fundamentales y la concepción de derechos fundamentales que resulta de la transformación de la concepción correcta de derechos humanos, la intención de la asamblea constituyente, un hecho subjetivo, decide al asunto. Con esto, el vínculo conceptual entre la existencia de los derechos humanos y los derechos fundamentales no será tan fuerte.

Sin embargo, sigue existiendo un problema con esta conexión subjetiva. En la mayoría de los casos, las asambleas constituyentes introducen derechos individuales en la Constitución con la intención de transformarlos en derechos humanos. Pero ello no ocurre necesariamente. Se puede imaginar una asamblea constituyente cuyos miembros nieguen totalmente la existencia de los derechos humanos. La razón para introducir derechos individuales en una Constitución podría, por ejemplo, ser únicamente la promoción de bienes colectivos. Aunque se puede concebir derechos como el producto de la transformación de la concepción correcta de derechos humanos en Derecho, ellos no podrían ser concebidos como derechos fundamentales

[13] Véase Alexy, "Grundrechte", *cit.*, p. 526 y Borowski, "Discourse Theory in International Law", *cit.*, p. 45.

[14] Véase Alexy, "Grundrechte", *cit.*, p. 526

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

dado que carecen de la intención para transformar derechos humanos en Derecho. Con esto, la conexión subjetiva entre derechos humanos y derechos fundamenta prueba ser demasiado fuerte en algunos casos.

c. La conexión objetiva débil entre derechos humanos y derechos fundamentales

Considerando que se ha demostrado que la conexión objetiva fuerte y la conexión subjetiva son demasiado fuertes, parece ser inevitable que la transformación de los derechos humanos en Derecho sea concebida como una simple motivación contingente de la asamblea constituyente, una concepción del asunto que conduce a la concepción formal de los derechos fundamentales considerada anteriormente. Sin embargo, la pregunta que surge es si es posible emplear una concepción débil objetiva. El fundamento de esta concepción débil objetiva yace en una concepción de la transformación completa y adecuada de los derechos humanos en Derecho *como* el ideal de los derechos fundamentales. El que ideal no se cumpla no implica que el derecho fundamental en cuestión pierda su carácter de derecho fundamental sino que implicaría que ese derecho será cualificado como jurídicamente defectuoso. Entre menos se cumpla este ideal, más defectuosos los serán los derechos fundamentales.

Si la transformación completa y adecuada de los derechos humanos en Derecho no se cumple, la cualificación de los derechos jurídicos en cuestión como derechos fundamentales defectuosos cuenta como menos dramática que una clasificación que le denegaría su carácter como derechos fundamentales totalmente. Pero, al mismo tiempo, esta cualificación de defectividad es más que un simple crítica moral. Independientemente del concepto de derechos fundamentales, la crítica moral sobre la existencia o el alcance de los derechos jurídicos es posible en cualquier momento. Esta crítica moral se hace, sin embargo, desde un punto de vista externo al sistema jurídico. Por otro lado, la cualificación como un derecho fundamental defectuoso que se hace desde dentro del sistema jurídico, desde el punto de vista interno.

Con esto, la transformación de los derechos humanos en Derecho resulta ser un ejemplo de una propiedad cualificante de los derechos fundamentales*. Después de esbozar las demás propiedades de los derechos fun-

* *N. del T.* Para conservar lo que ha sido el uso común en las traducciones de Alexy, seguiré la traducción de Jorge Malem Seña de "classifying" y "qualifying" properties, como "propiedades clasificantes" y "propiedades "cualificantes". (véase, Alexy, *El concepto y la validez del derecho, cit.*, p. 32)

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

damentales, la distinción entre propiedades clasificantes y cualificantes será retomada con mayor detalle.

3. *Derechos individuales*

Los derechos fundamentales son primariamente derechos del individuo. El hecho de que los individuos sean ubicados en el centro del concepto de los derechos fundamentales[15] no significa que únicamente los individuos puedan ser los titulares de derechos fundamentales. Las entidades jurídicas también pueden ser concebidas como titulares de derechos humanos, pero no porque ellas merezcan ser protegidas jurídicamente como tales. Ellas son las titulares de derechos fundamentales como un medio para prestar protección efectiva a los intereses de los individuos, incluso si ello fuera solamente de una manera bastante abstracta.

4. *Derechos frente el Estado*

Los derechos fundamentales no son derechos frente a otros individuos ni frente a las entidades jurídicas de derecho privado. Más bien, ellos son derechos frente el Estado. En contraste, los derechos humanos pueden ser caracterizados como derechos *erga omnes*, lo que significa que son derechos frente a todos[16]. Si la transformación de derechos humanos a derechos fundamentales se lleva a cabo, el patrón estructural cambia de unos derechos *erga omnes* (derechos humanos) a una de derechos frente al Estado (derechos fundamentales).[17]

---

[15] Véase, por ejemplo, Alexy, Robert. *A Theory of Constitutional Rights* (traducida por J. Rivers), Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 332 (existe traducción al español de Carlos Bernal Pulido, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da edición, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2008).

[16] Véase, por ejemplo, Eibe Riedel, "Menschenrechte der dritten Dimension", *EuGRZ* 1989, p. 10. También, Peter Koller, "Der Geltungsbereich der Menschenrechte", in S. Gosepath y G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt on Main, Suhrkamp, 1998, pp.100-101.

[17] Borowski, "Discourse Theory in International Law", *cit.*, p. 46.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

5. *Derechos abstractos*

Una nota característica de los derechos fundamentales es su abstracción. Ellos son derechos que se encuentra en un alto nivel de generalidad *vis-a-vis* el asunto que regulan[18]. Además, se exhibe un alto nivel de abstracción en la forma en la que trata al titular y a la limitación del derecho. Si una Constitución incluye derechos bastante concretos, ellos son casi siempre casos de *leges speciales* dentro del rango de aplicación de los derechos abstractos. Pero la abstracción no es en sí misma un criterio definitorio. Los derechos de una Constitución bien pueden consistir en un grupo de derechos concretos. Puede existir una presunción de que un simple grupo de derechos concretos no representa una transformación adecuada y completa de los derechos humanos y que como resultado esos derechos resultarán ser derechos fundamentales defectuosos. Con esto en mente, se puede pensar que la abstracción es un criterio indirecto.

6. *Derechos substancialmente básicos*

También es característico de los derechos fundamentales la naturaleza sustancialmente básica del asunto que regulan, es decir, la protección de los intereses fundamentales y la satisfacción de necesidades fundamentales. Candidatos claros de intereses o necesidades que son fundamentales son aquellos cuya violación causa la muerte o grandes sufrimientos o viola el núcleo de la autonomía.[19] Pero los derechos en muchas constituciones van más allá de esto, en particular, cuando la libertad como tal es el asunto regulado por los derechos. Esto puede ser ilustrado por el artículo 2, parágrafo 1 de la Ley Fundamental de Alemania, en su interpretación prevalente, sobre la libertad general para la acción[20]. Esto cubre, por ejemplo, la libertad de los pensionados para alimentar a las palomas en la ciudad. Sólo un concepto

[18] Robert Alexy, "Grundrechte im demokratischen Verlassungsstaat", A. Aarnio, R. Alexy y G. Berghoitz (eds.), *Justice, Morality and Society*: *A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997*, Lund, Juristförlaget, 1997, pp. 31-32 (existe traducción al español de Alfonso García Figueroa, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", in Miguel Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta, 2003, pp. 31-47).

[19] Véase Alexy, "Die lnstitutionalisierung der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat", *cit.* p. 251 para los derechos humanos.

[20] Véase, por ejemplo, Hans-Uwe Erichsen, "Allgemeine Handlungsfreiheit", en J. lsensee and P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 6, Heidelberg, C. F.: Müller, 1989, p. 1196.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

muy amplio de la naturaleza fundamental de los derechos humanos puede cubrir esto. Dado que la idea básica del concepto propuesto de derechos fundamentales sostiene que los derechos fundamentales son el resultado de la transformación de los derechos humanos en Derecho, y en una visión del hecho de que todas las teorías de los derechos humanos apoyan a la libertad en general como un derecho humano, el carácter sustancialmente básico de los derechos no debe ser interpretado de forma demasiada estrecha. Esto no es abandonar substancialmente una propiedad, dado que substancialmente sigue siendo el principal criterio para valorar la importancia del interés o la necesidad en cuestión en el evento de una colisión con los derechos fundamentales o bienes colectivos de otras personas.

7. *Derechos con prioridad en el sistema jurídico*

Finalmente, los derechos fundamentales son derechos que gozan de prioridad en el sistema jurídico. Después de la transformación de derechos humanos en Derecho, su prioridad se refleja en la prioridad del producto de la transformación, es decir, los derechos humanos, dentro del sistema jurídico. La prioridad en el sistema jurídico consiste en tres elementos: los derechos fundamentales son derechos que se encuentran en el nivel más alto de la jerarquía de normas jurídicas, todos los poderes gubernamentales están comprehensivamente comprometidos con ellos, y ellos deben ser efectivamente aplicados mediante el reclamo de un individuo ante las cortes.

A. Derechos que se encuentran en el nivel más alto de la jerarquía de las normas

De forma clásica, los derechos fundamentales se encuentran en las constituciones, y por ello se encuentra en el nivel de normas constitucionales, es decir, el nivel más alto del Derecho nacional. La prioridad de los derechos fundamentales en el sistema jurídica no acepta nada menor que esto. De acuerdo con la regla *lex superior derogat legi inferiori*, los derechos fundamentales no podría gozar de prioridad si las normas con las que entran en conflicto estuvieran en un nivel más alto. El elemento de prioridad también es reclamado por el concepto procedimental de derechos humanos, según el cual aquellos derechos que son fundamentales son tan importantes que la decisión de protegerlos no puede ser dejada a una mayoría parlamentaria simple [21].

[21] Véase Alexy, *A Theory of Constitutional Rights, cit.*, p. 297; Alexy, "Grundrechte", p. 526.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

B. *La obligatoriedad comprehensiva de los derechos fundamentales frente a todos los poderes gubernamentales*

La legislación, la administración y el poder judicial están sujetos a los derechos fundamentales. En el desarrollo histórico de los derechos fundamentales, la obligatoriedad frente a la administración fue la primera en surgir. Y, debido a que la legislación y el poder judicial también pueden infringir los derechos fundamentales, en el Estado moderno democrático constitucional todos los poderes gubernamentales están compresivamente obligados a cumplir y hacer cumplir los derechos fundamentales. Sin embargo, esto no excluye discreción, pero en la medida en la cual la discreción sea otorgada debe ser justificada *vis-à-vis* el derecho fundamental en cuestión[22]. Como resultado, la obligatoriedad frente al poder legislativo puede ser cualificado con una discreción mayor que la obligatoriedad frente a la administración y el poder judicial[23].

C. *La aplicación efectiva de los derechos fundamentales a través de las reclamaciones individuales ante las cortes*

El tercer elemento de la prioridad que gozan los derechos fundamentales consiste en la aplicación efectiva mediante el reclamo del individuo ante las cortes – en últimas, a una corte constitucional mediante una querella constitucional o un mecanismo comparable. Dado que los derechos fundamentales buscan proteger el interés y satisfacer las necesidades del individuo, el individuo tiene que estar en posición de hacerlos cumplir mediante su recurso a las cortes.

[22] Robert Alexy, "Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 61, 2002, pp. 15-30 (existe traducción al español de Carlos Bernal Pulido "Derecho constitucional y derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria", en R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Externado, 2003, pp. 41-92); y, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights, cit.*, pp. 394-423.

[23] Borowski, "Discourse Theory in International Law", *cit.*, p. 201.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

II. Propiedades clasificantes y cualificantes

Una vez establecidos los criterios y características de los derechos fundamentales, la pregunta surge: ¿cuáles de estos criterios son clasificantes y cuáles son cualificantes?

1. *Tipos de Propiedades*

Una propiedad clasificante determina si los derechos cuentan o no como derechos fundamentales. Como fue mencionado anteriormente, una propiedad cualificantes no niega al derecho en cuestión el estatus de derecho fundamental, sino que –exactamente como la etiqueta sugiere- cualifica al derecho como un derecho fundamental jurídicamente defectuoso[24]. Gracias a esta dimensión cualificante la posibilidad de capturar la dimensión ideal en el concepto de derechos fundamentales se preserva.

Una propiedades cualificante es en la mayoría de los casos lo que puede ser denominado una cualidad graduada. Por "cualidad graduada" entenderé aquellas cualidades que no son casos "todo-o-nada", sino que, más bien, son casos que deben ser interpretados de forma gradual, que dan lugar un mayor o menor grado de satisfacción. Sin embargo, para efectos de la clasificación de las propiedades, preguntarnos si ellas se basan en cualidades graduadas no siempre es decisiva. Incluso si la conclusión de que una propiedad graduada sirve como base de una propiedad cualificante parece ser obvia, propiedades clasificantes basadas en cualidades graduadas también son posibles. También es posible imaginar propiedades cualificantes basadas en cualidades que no son graduadas. Un modelo combinado también es posible, en el cual las cualidades graduadas tienen fuerza clasificante hasta cierto punto y más allá de este umbral tienen fuerza cualificante.

La ventaja de esta distinción, aplicada a los derechos fundamentales, consiste en una clasificación más precisa de esos derechos. No sólo es posible distinguir entre los derechos que son fundamentales y los que no lo son, pero también entre derechos que (1) no son derechos fundamentales, (2) derechos que son fundamentales pero que no son jurídicamente ideales, y (3) derechos fundamentales que son jurídicamente ideales. A continuación, esto será explicado al resolver la pregunta sobre cuáles propiedades de los derechos fundamentales son, y en qué medida, clasificantes y cualificantes.

[24] Para una distinción comparable en el contexto de la discusión del concepto de derecho, véase Alexy, *The Argument from Injustice, cit.*, p. 26 (*El concepto y la validez del derecho, cit.*, p. 32).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

2. *La clasificación de las propiedades de los derechos fundamentales*

La complejidad del concepto de derechos fundamentales deriva principalmente del hecho de que sus propiedades son en parte de naturaleza clasificante y en parte de naturaleza cualificante. Dependiendo de si se considera una propiedad como clasificante o cualificante, pueden emerger diferentes concepciones de derechos humanos. Debido a limitaciones de espacio, sólo puedo hacer unos pocos comentarios aquí.

Ciertamente, la propiedad de los derechos fundamentales de *ser* derechos[25] y, en particular, de *ser* derechos jurídicos –especialmente en el sistema jurídico continental donde son derechos del Derecho positivo- es una propiedad clasificante. Si se concibe la propiedad de ser derechos individuales de forma amplia, es decir, de forma tal que incluya a entidades jurídicas como titulares, parece ser clasificante también.

La propiedad de los derechos fundamentales de ser derechos frente el Estado también es clasificante. Para hacer una claridad, esto no prohíbe los efectos horizontales o efectos frente a terceros. Una infracción a una de las libertades de un ciudadano por otro ciudadano nunca cuenta como una infracción de los derechos fundamentales de aquel. Pero si –bajo determinadas circunstancias- el Estado no interviene contra tal infracción entre ciudadanos, la omisión puede contar como una violación de los derechos fundamentales de las víctimas de sus derechos protectivos frente al Estado, un subtipo de derechos fundamentales que requiere la acción positiva del Estado[26].

La conexión entre los derechos humanos y los derechos fundamentales ha resultado ser de naturaleza cualificante, como fue mencionado antes. Entre más exitosa sea la transformación de derechos humanos en Derecho, menos defectuoso es el sistema resultante de derechos fundamentales.

Considerando la prioridad de los derechos fundamentales en el sistema jurídico, es útil distinguir entre tres elementos. A primera vista, parece ser que no se deberían aceptar derechos fundamentales en un nivel de jerarquía de las normas jurídicas menor al nivel más alto. El resultado, tomado

[25] Debido a que los derechos son definidos como una relación correlativa a las obligaciones relacionales (Véase, Alexy. *A Theory of Constitutional Rights, cit.*, p. 131-132), los derechos son siempre al menos, en cierta forma, también obligaciones. El obligado, sin embargo, es siempre la persona frente a la cual se tiene el derecho fundamental, no el titular. Desde el punto de vista del titular, los derechos fundamentales nunca son obligaciones.

[26] Véase Alexy, *A Theory of Constitutional Rights, cit.*, pp. 300-314; Borowski, "Discourse Theory in International Law", *cit.*, pp. 237-281; id., Borowski, "Grundrechtliche Leistungsrechte, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 50, 2002, p. 306 y pp. 316-323.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

literalmente, sería que los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos, que en el sistema jurídico de la República Federal de Alemana se encuentra en el nivel de el Derecho ordinario parlamentario, por debajo de Derecho constitucional, no son fundamentales.[27] Dado que ellos son parte del Derecho, el Derecho Europeo Internacional no cuenta como derechos morales en sentido estricto. Si alguien tomara la propiedad de ser un derecho en el nivel más alto de la jerarquía de las normas jurídicas como un criterio clasificante, emergería una laguna entre los derechos fundamentales y los simples derechos humanos, que cubriría, en particular, a los derechos del Derecho internacional. Otro problema serio resulta de la interpretación de las disposiciones del sistema jurídico de la Comunidad Europea como un tipo de Derecho superior a cualquiera de las disposiciones de los sistemas jurídicos de los Estados miembros[28]. Esto también incluye a todas las disposiciones de las constituciones de los Estados miembros –incluyendo también, a las disposiciones que garantizan derechos. Si se considerara la propiedad de que un derecho haga parte del nivel más alto de jerarquía de las normas jurídicas como un criterio clasificante, ningún derecho en una Constitución nacional de un Estado miembro de la Comunidad Europea podría ser clasificado como un derecho fundamental. Así, las razones favorecen a la interpretación de esta propiedad simplemente como una propiedad cualificante.

La propiedad de que los derechos comprensivamente obligan a todos los poderes gubernamentales también es una propiedad graduada. Por ejemplo, si sólo la administración y el poder judicial estuvieran sujetos a los derechos constitucionales, la falta de obligatoriedad en el legislativo sería un defecto. Menos severo que la falta de obligatoriedad puede ser el otorgamiento de demasiada discreción. Más allá del umbral de la discreción razonada y justificable[29], demasiada discreción para los poderes gubernamentales termina siendo una falta de obligatoriedad. Pero eso no implica necesariamente que tal derecho deba ser concebido como perteneciente a una categoría inferior a los derechos fundamentales. Sólo significa que es un derecho fundamental defectuoso.

Lo mismo aplica a la propiedad de un derecho de ser efectivamente aplicado por el reclamo del titular ante las cortes. Esto se basa en una cualidad graduada, y se pueden imaginar varios obstáculos jurídicos y fácticos

[27] Véase, por ejemplo, Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 3/1, Munich, C. H. Beck, 1988, p. 278.

[28] Véase la decisión de la Corte Europea de Justicia, Decisión de la Corte de julio 15 de 1964, Flaminio Costa v. E.N.E.L., Case 6/64, European Court Reports, English Special Edition, p. 585

[29] Sobre la concepción de discreción razonable y justificada, véase nota 22.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

para la aplicación efectiva. Los obstáculos jurídicos incluyen, por ejemplo, limitaciones en la fecha límite u otras condiciones restrictivas, y obstáculos fácticos bien pueden incluir la duración excesiva de los procedimientos judiciales.

En resumen, el entendimiento de ciertas propiedades de los derechos fundamentales como propiedades cualificantes hace posible capturar un amplio rango de derechos con ciertas características, y evaluarlos desde el punto de vista jurídico, no sólo desde un punto de vista moral. Si ello no fuera así, su evaluación podría ser adelantada sólo mediante estándares que están por fuera del concepto de derechos fundamentales. Si no estamos deseosos a abandonar la idea de que los derechos fundamentales son derechos humanos transformados, entonces el concepto resultante de derechos fundamentales es tan neutral como es posible *vis-a-vis* la existencia y el alcance de los derechos humanos *qua* derechos morales. Además, ofrece un esquema conceptual adecuado para la discusión de la pregunta cuáles derechos son fundamentales, cuales derechos están más allá de los derechos fundamentales, cuáles derechos están más allá de los derechos fundamentales, o cuáles son derechos fundamentales defectuosos.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas