

Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional

GIANCARLO ROLLA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



DERECHOS FUNDAMENTALES, ESTADO
DEMOCRÁTICO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ENSAYOS JURÍDICOS, Núm. 7

Cuidado de la edición y formación
en computadora: Edith Cuautle Rodríguez

GIANCARLO ROLLA

**DERECHOS
FUNDAMENTALES,
ESTADO DEMOCRÁTICO
Y JUSTICIA
CONSTITUCIONAL**

Estudio introductorio

MIGUEL CARBONELL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
México, 2002

Primera edición: 2002

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-9818-2

CONTENIDO

ESTUDIO INTRODUCTORIO DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Miguel CARBONELL

I. Introducción	11
II. La universalización de los derechos . . .	13
III. La especificación de los derechos	17
IV. ¿Qué garantías para los derechos funda- mentales?	20
V. La jurisdicción constitucional y los dere- chos	26
VI. Conclusión	29

DERECHOS FUNDAMENTALES,
ESTADO DEMOCRÁTICO
Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Giancarlo ROLLA

LAS PERSPECTIVAS DE LOS DERECHOS
DE LA PERSONA A LA LUZ
DE LAS RECIENTES TENDENCIAS
CONSTITUCIONALES

- I. Consideraciones preliminares 33
- II. Impulsos y obstáculos a la generalización
de los derechos de la persona 37
- III. Desarrollo y límites a la positivización
de los derechos de la persona 49
- IV. La potenciación y la articulación de los
instrumentos de garantía 62
- V. La circulación de los modelos culturales
y la influencia recíproca entre el ordena-
miento internacional y el nacional . . 82
- VI. La esencialidad del principio personalista 95

VII. Codificación e interpretación evolutiva en el ámbito de los derechos de la persona	106
VIII. La doble naturaleza jurídica de los derechos de la persona	116

DERECHOS FUNDAMENTALES
Y ESTADO DEMOCRÁTICO:
EL PAPEL DE LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL

I. Breve introducción	125
II. Justicia constitucional y derechos fundamentales: dos bases del constitucionalismo democrático	126
III. La justicia constitucional, institución esencial para la tutela de los derechos fundamentales	133
IV. La aportación de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en la generalización y en la ampliación de los derechos fundamentales	156

Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 6 de febrero de 2002 en los talleres de J.L. Servicios Gráficos, S. A. de C. V. En la edición se utilizó papel cultural de 70 x 95 de 50 Kg. para los interiores y cartulina cuché de 162 Kg. para los forros. Consta de 1,000 ejemplares.

ESTUDIO INTRODUCTORIO
DERECHOS FUNDAMENTALES
Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Miguel CARBONELL

I. Introducción	11
II. La universalización de los derechos . . .	13
III. La especificación de los derechos	17
IV. ¿Qué garantías para los derechos funda- mentales?	20
V. La jurisdicción constitucional y los dere- chos	26
VI. Conclusión	29

ESTUDIO INTRODUCTORIO DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Miguel CARBONELL*

I. INTRODUCCIÓN

Giancarlo Rolla es un destacado profesor de la Universidad de Siena, Italia. Desde el *Istituto di Diritto Costituzionale Comparato* de esa Universidad ha conformado un grupo de estudio que se ubica dentro de la vanguardia europea en el estudio del derecho público comparado. Es además autor de una abundante bibliografía en temas de derecho constitucional, particularmente en lo referido a la distribución territorial de funciones (los modelos federalistas o regionalistas) dentro de los Estados compuestos,

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

a las formas de ejercer la jurisdicción constitucional y a los derechos fundamentales.¹

En las páginas que siguen el lector podrá encontrar justamente dos luminosos ensayos dedicados a las últimas áreas temáticas mencionadas: los derechos humanos y la justicia constitucional.

Son dos ensayos que se encuentran íntimamente relacionados; no solamente por una necesidad metodológica (en el sentido de que la forma más evolucionada de protección de los derechos fundamentales es la jurisdicción constitucional), sino porque el autor, en realidad, conforma una especie de diálogo entre ambos. El referido al papel de la justicia constitucional es la continuación del primero, que toca lo relativo a los derechos fundamentales.

Los dos trabajos de Rolla plantean y vienen a sintetizar un número tan amplio de cuestiones que sería del todo imposible intentar resumirlas en las pocas páginas que debe tener un simple estudio introductorio. Se puede, sin embargo, intentar resaltar algunos de los temas que trata el autor a fin de situarlos dentro de la discusión teórica y práctica que sobre los mismos hemos tenido (o no hemos tenido, pues muchos aspectos no han sido aborda-

1 Rolla es autor también de un amplio *Manuale di diritto pubblico* (Turín, Giappichelli editore, 2000), que constituye un valioso instrumento para la docencia.

dos por la doctrina y la jurisprudencia nacionales) en México. A eso se dedican las páginas que siguen.

II. LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Rolla comienza analizando las grandes tendencias contemporáneas en materia de derechos fundamentales. La primera de esas tendencias es la universalización de los derechos. Es, como se apunta, una tendencia, no una realidad consolidada. La universalización de los derechos ha tropezado históricamente con una serie impresionante de resistencias. En México lo sabemos bien, pues en no pocas ocasiones se ha esgrimido la teoría de la soberanía nacional para no dar cuenta de violaciones impresionantes a los derechos. Todavía al día de hoy no se alcanza a comprender por todos la necesidad y oportunidad de que México participe en los mecanismos jurisdiccionales de carácter supranacional encargados de proteger derechos humanos.

La universalización de los derechos supone tomar en serio y llevar a la práctica la conocida frase de “todos los derechos para todos”. Obviamente, como se apuntaba, este proceso evolutivo en la

“edad de los derechos”² se topa con una serie importante de obstáculos (“contratendencias” los llama nuestro autor en su texto). Rolla refiere, como lo han hecho también Habermas, Ferrajoli y otros importantes autores, la (contra)tendencia que convierte en la realidad a los derechos humanos (universales en el discurso) en derechos de los ciudadanos. La ciudadanía es, como ha escrito el propio Ferrajoli, el último *status* normativo de discriminación, diferenciación y privilegio en el campo de los derechos.³ Esta (contra)tendencia impacta directamente en el tema, bien conocido en México, de la protección de los derechos de los inmigrantes.

La presión migratoria sobre los países desarrollados es una realidad contemporánea frente a la que la teoría de los derechos no puede cerrar los ojos. Hasta el momento, la reacción de muchos Estados frente a la inmigración se ha traducido en políticas represivas y persecutorias, fundadas en la negación como sujetos de los derechos de los inmigrantes; esa persecución “está escribiendo y parece destinada a escribir en los próximos decenios

2 La “edad de los derechos” es justamente el título de un importante libro de Norberto Bobbio sobre el tema: *L'Età dei diritti*, 3a. ed., Turín, Einaudi, 1997.

3 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 119.

las páginas más luctuosas de la historia civil y política de los países occidentales”.⁴

Otra (contra)tendencia importante de la universalización de los derechos, que apunta Rolla en su ensayo y que se conecta con el tema de la inmigración, es “la presencia de formas de relativismo cultural en determinadas áreas geográficas”. Las civilizaciones orientales e islámicas no aceptan en igual medida el valor de la dignidad y la libertad de las personas. Los ejemplos normativos concretos del rechazo a la “visión occidental” de los derechos son citados por Rolla en su trabajo. Lo peor de todo es que, en palabras del autor, “la reivindicación del relativismo cultural en el ámbito de los derechos fundamentales se ha realizado para justificar institutos del todo incompatibles con el valor de la persona, como la esclavitud, las torturas, la discriminación racial o la subordinación por razones de sexo”.

Los países occidentales, sin embargo, no siempre han estado muy preocupados por estos hechos, pues con frecuencia han establecido pactos y convenios comerciales con países que violaban impunemente derechos fundamentales de sus habitantes.

4 Zolo, Danilo, “La strategia della cittadinanza”, en Zolo, Danilo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità. Diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 42.

La respuesta de los países democráticos frente al relativismo cultural, pese a todo, no es fácil. No se pueden dejar pasar violaciones intolerables a los derechos sólo porque los afectados viven en un país extranjero; pero la solución tampoco es arrojar bombas e invadir países (como tanto le gusta hacer, utilizando como excusa los derechos humanos, a los Estados Unidos).

Curiosamente, las identidades nacionales que —supuestamente— se tratan de proteger con el relativismo cultural no se encuentran amenazadas por la efectiva universalización de los derechos fundamentales, sino por la presencia de otros nacionalismos más fuertes y agresivos, como se encarga de resaltar con agudeza Rolla. La historia parece corroborarlo. Las teorías del nacionalismo, además, no han dado cuenta de cómo se pueden defender los nacionalismos minoritarios que se encuentran al interior de un Estado-nacional.⁵ Al parecer, la mejor fórmula de convivencia de los contemporáneos Estados multiculturales pasa por la construcción de un piso mínimo compartido de derechos,

5 Al respecto véase Kymlicka, Will y Straehle, Christine, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías*, trad. de Karla Pérez Portilla y Neus Torbisco, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, y Kymlicka, Will, *Politics in the Vernacular*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

que ponga a salvo a las minorías (a todas, incluso a la minoría irreductible que es el disidente individual⁶) frente a las decisiones de las mayorías, delimitando lo que Ernesto Garzón Valdés ha llamado el “coto vedado” o lo que Ferrajoli denomina “la esfera de lo no decidible”.⁷

III. LA ESPECIFICACIÓN DE LOS DERECHOS

Otra tendencia contemporánea de los derechos es la que resulta del proceso de “especificación” de los mismos, la cual se puede dar tanto con respecto a los contenidos como en relación a los sujetos.⁸ La especificación, como ha indicado Bobbio, supone el paso de la persona considerada en abstracto a la persona pensada en concreto, en sus dis-

6 Flores D’Arcais, Paolo, *El individuo libertario*, Barcelona, Seix Barral, 2001.

7 Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia” en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993; Garzón Valdés, Ernesto, “Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural” en su libro *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, México, Paidós-UNAM, 2000; Ferrajoli, Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

8 Peces Barba, Gregorio *et al.*, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, Carlos III-BOE, 1995, pp. 180 y ss.

tintos roles sociales y en sus diferentes etapas biológicas.⁹ Rolla lo describe con las siguientes palabras

en el constitucionalismo contemporáneo el hombre y la mujer son considerados en su calidad de personas históricamente determinadas, inmersos en la sociedad, personas concretas, consideradas en su existencia histórica y material, portadoras de múltiples necesidades y expectativas.

Se comienza a hablar, como consecuencia de esa especificación en el orden de los sujetos, de los derechos de los trabajadores, de las mujeres, de los migrantes, de los indígenas, de los niños, de las personas de la tercera edad, de los consumidores, de las minorías sexuales, etcétera. En el campo de los contenidos, hoy en día por ejemplo no se regula solamente la inviolabilidad del domicilio, sino que existe ya un derecho más específico a la intimidad, a la protección de la vida privada frente a los medios de comunicación. De la misma forma, ya no es suficiente contar con la genérica libertad de expresión; hoy esa libertad supone también derechos que garanticen el pluralismo informativo y la posibilidad misma de hacerse oír en el espacio público. Y así por el estilo. Como lo apunta Rolla,

9 *Op. cit.*, nota 2, pp. 62 y 68, entre otras.

“los elencos de los derechos de la persona tienden a ser cada vez más articulados y minuciosos”.

La especificación de los derechos, hace notar nuestro autor, es más importante en los textos constitucionales que se adoptan sobre la base de una ruptura político-institucional derivada de la caída de algún régimen autoritario. Es decir, cuando una sociedad se reconstruye luego de una experiencia autoritaria, suele apuntar con mayor énfasis y detalle los derechos fundamentales en sus normas básicas. Este es un punto que merece ser recuperado y meditado en México. En efecto, el país está dejando atrás un régimen autoritario, pero no se ha dado una nueva Constitución (y ni siquiera es seguro que existan las condiciones institucionales e incluso teóricas para hacerlo¹⁰), ni ha avanzado tanto como sería deseable en la modernización y puesta al día de su catálogo constitucional de derechos fundamentales.¹¹

Desde luego, ni la universalización ni la especificación de los derechos se pueden dar, si se quie-

10 Carpizo, Jorge, “México: ¿hacia una nueva Constitución?”, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

11 Carbonell, Miguel, “Un sistema moderno de derechos. Propuestas para reformar la Constitución mexicana”, *Documento de trabajo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero de 2002.

re que no sean pura retórica constitucional, en el vacío; tendrán éxito en la medida en que sean procesos que se acompañen y se inserten en contextos normativos que tengan otros tantos dispositivos institucionales definidores del paradigma del Estado de derecho. Entre esos dispositivos Rolla menciona la rigidez constitucional, el principio de legalidad, la justicia constitucional, la reserva de ley y la separación de poderes. Los derechos tendrán una mejor “atmósfera” en aquellos Estados que hayan *constitucionalizado* su ordenamiento jurídico, lo que supone llevar a la práctica varias de las condiciones que enumera Rolla.¹²

IV. ¿QUÉ GARANTÍAS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Otra cuestión de primera importancia que aborda el autor en su primer ensayo es la relativa a la “garantía” de los derechos. Los ciudadanos saben que los derechos han sido, sobre todo en América Latina, estrategias discursivas de los gobernantes dirigidas a disimular todo tipo de latrocinios y atropellos. En

12 Para el concepto de “constitucionalización del ordenamiento jurídico” véase Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 153 y ss.

México, por ejemplo, a partir de los años setenta el Estado se tuvo que enfrentar a la imposibilidad de seguir suministrando condiciones de bienestar generalizado (concretamente en materia de derechos sociales) a la población, pero empezó a incluir en el texto de la Constitución grandes enunciados retóricos para sustituir con el discurso constitucional lo que no podía ofrecer en la realidad;¹³ al final fue una estrategia que no le dio un buen resultado, pero prolongó durante varios años la caída del régimen autoritario.

Rolla apunta una cuestión que es muy cierta: los derechos son tales si pueden ser garantizados, si son —en última instancia— justiciables. Esa es una visión que, partiendo de esquemas kelsenianos, da cuenta de una realidad palmaria: la inutilidad de las fórmulas constitucionales que no tienen medios de protección para el caso de ser violadas. Pero junto a esa visión otro autor importante, Luigi Ferrajoli, ha sostenido la necesidad de distinguir entre los derechos y sus garantías.

Esta distinción permite, según Ferrajoli, que la ciencia jurídica no se limite a constatar la inutilidad de un derecho no justiciable, sino que se convierta en una palanca de denuncia del incumplimiento de

13 Al respecto, Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa, ITAM, 2001.

los poderes públicos que no han establecido o bien las correspondientes obligaciones para los sujetos a los que se dirigen los derechos (lo que Ferrajoli llama *garantías primarias*), o los remedios procesales para el caso de que esos sujetos no den cumplimiento a tales obligaciones (las llamadas por el mismo autor *garantías secundarias*);¹⁴ la ausencia de ambos tipos de garantías da lugar a *lagunas primarias* o *lagunas secundarias*, respectivamente.

La tarea actual de la ciencia jurídica iría más en el sentido de denunciar la existencia de esas lagunas que en el de negar el carácter de derechos fundamentales a las posiciones subjetivas recogidas en los textos constitucionales pero no garantizadas por ningún mecanismo de tutela.

Las garantías jurisdiccionales de los derechos, para ser efectivas, han de proyectarse al menos sobre un triple ámbito de actuación: a) sobre todos los poderes públicos (incluyendo desde luego al poder legislativo) y sobre todos los poderes privados¹⁵ (lo que desata la controversia sobre los efectos ho-

14 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 3, pp. 61 y 62.

15 Ferrajoli, Luigi, "Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado", trad. de Miguel Carbonell, en varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 99 y ss.

rizontales de los derechos fundamentales¹⁶); b) sobre todos los derechos, con independencia de que se trate de derechos de libertad o de derechos sociales;¹⁷ y c) hacia los espacios internacionales, de modo que los tribunales supranacionales puedan obligar también a los Estados a proteger los derechos de sus habitantes o a reparar las violaciones que ya hayan ocurrido.

El terreno internacional tiene una doble influencia positiva en el tema de los derechos; por un lado, suministra las posibilidades para ir construyendo un constitucionalismo global que haga realidad las aspiraciones universalistas de los derechos; por otro, ha permitido la construcción de una serie de códigos lingüísticos y operativos que circulan entre los países para ir formando un *nuevo derecho común de los derechos humanos*.

16 Un buen panorama sobre el tema se encuentra en Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales en tre particulares*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000.

17 Sobre las formas de protección de los derechos sociales, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 139 y ss.

Por eso tiene razón Rolla cuando escribe que

En el ámbito de la tutela de los derechos de la persona, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales un círculo virtuoso, de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmática como práctica.

Se trata, en alguno de sus aspectos, de utilizar el derecho comparado (nacional e internacional) como un nuevo método de interpretación constitucional.¹⁸ No son pocos los países que recogen disposiciones constitucionales expresas para dar un rango supremo a documentos internacionales de derechos humanos; quizá el ejemplo más representativo, como indica nuestro autor, sea el artículo 75.22 de la Constitución argentina.¹⁹ A la Constitución mexicana de 1917 le haría falta incluir un precepto como ese.

18 Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 162 y ss.

19 Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 2000, pp. 163 y ss.

Los tribunales constitucionales de muchos países se han acostumbrado a utilizar principios presentes en el ordenamiento y en la teoría internacionales, como la cláusula *pro homine* o el principio garantista, de acuerdo con el cual, escribe Rolla, “ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permita con mayor efectividad ‘dar desarrollo a la eficacia jurídica’ de un determinado derecho”.

Hacia el final de su primer ensayo, Rolla defiende la necesidad de contar en los textos constitucionales con cláusulas abiertas, que permitan lograr una síntesis adecuada entre las disposiciones de las cartas magnas y los valores contemporáneos, es decir, que puedan conciliar el derecho y la historia.²⁰ Las “constituciones abiertas” permiten, además de la conciliación entre el derecho y la historia, formas de control jurisdiccional más amplias,²¹ por ejemplo recabando derechos de manera implícita o asegurando mayor capacidad abarcadora para los enun-

20 Sobre este punto, Zagrebelsky, Gustavo, “Storia e costituzione”, en Zagrebelsky, Gustavo *et al.* (comps.), *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996.

21 La discusión sobre las ventajas de las “Constituciones procedimentales” frente a las “Constituciones de detalle” es estudiada por Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 247 y ss.

ciados generales (como el principio de igualdad, por ejemplo). Obviamente, la apertura constitucional no puede ser indiscriminada; no puede llegar, por ejemplo, a desdibujar el contenido esencial de los derechos o a dejar sin definir la forma de gobierno o las vías de solución de los conflictos al interior del Estado.

V. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS

El segundo ensayo que compone este libro es una continuación, como ya se apuntaba al principio, del primero. Se trata de trasladar varias de las cuestiones generales que dibuja Rolla sobre los derechos fundamentales al ámbito de su protección por los tribunales y cortes constitucionales. No faltan en este ensayo sugerencias y aportaciones de gran interés para México, puesto que nuestra jurisdicción constitucional apenas está comenzando a intentar construir esquemas interpretativos novedosos para la protección de los derechos (aunque seguimos a años luz, no solamente de las jurisdicciones más avanzadas en la materia como la estadounidense o la alemana, sino incluso de nuestros países vecinos de América Latina como Costa Rica, Colombia, Argentina o Guatemala).

El carácter “contramayoritario” de la jurisdicción constitucional asegura la protección de las minorías frente a las mayorías, protegiendo de esa forma la libertad individual, pero garantizando también el pluralismo social y político.²²

Rolla realiza en su texto diversas clasificaciones sobre la forma en que funcionan las jurisdicciones constitucionales contemporáneas; así por ejemplo, habla de instrumentos de garantía *general* o *sectorial*, ya sea que se trate de mecanismos que tutelan todos los derechos o solamente una parte de ellos (es el caso del *habeas corpus*, destinado a proteger fundamentalmente la libertad de las personas frente a detenciones arbitrarias o frente a incomunicaciones). Desde el punto de vista de los sujetos involucrados se puede hablar de instrumentos que operan solamente frente a poderes públicos o de instrumentos que se pueden hacer valer también frente a particu-

22 Una discusión sobre los problemas y dificultades de ese carácter contramayoritario de la justicia constitucional puede verse en Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996. Para enmarcar el debate teórico sobre el tema deben consultarse dos obras clásicas: Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., New Haven-Londres, Yale University Press, 1986 y Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de Magdalena Holguín, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre editores, 1997.

lares (por ejemplo el recurso de amparo tal como está contemplado en la Ley de Amparo de Costa Rica).

Más adelante el autor señala la función cívica que cumplen los jueces constitucionales, cuya tarea sirve también como una forma de “educación para la democracia”. El analista constitucional que trabaja en México no puede dejar de preguntarse si esto se aplica a nuestra Suprema Corte; la respuesta, desilusionante sin duda alguna, es que no: la función cívica y educativa que los jueces constitucionales tienen en muchos países (que es particularmente importante en tiempos de transición democrática²³) es un dato que no parece asomarse en ninguna de las sentencias de nuestro máximo tribunal.

Rolla asume una posición realista muy atinada cuando señala las diferencias que se dan en la tutela de los derechos en un Estado con una democracia consolidada y otro que apenas se encuentre en fase de transición democrática. Mientras que en el pri-

23 Rolla lo describe en los siguientes términos: “En particular, es importante el papel de los jueces constitucionales en las fases de transición, cuando sobre las cenizas de un ordenamiento totalitario se instauran nuevas constituciones inspiradas en los valores del Estado democrático de derecho: los jueces constitucionales ejercen un papel determinante en la modernización y en la democratización del ordenamiento jurídico, contribuyendo a afirmar los nuevos valores constitucionales”.

mer caso los jueces se enfrentan con problemas de tutela de derechos normalmente relacionados con el desarrollo cultural, el progreso científico y tecnológico, y el carácter multicultural de las sociedades, en el segundo conocen de cuestiones relacionadas con torturas, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias, derecho a un juicio justo, etcétera. La diferencia no es menor y condiciona por completo la agenda de protección de los derechos. En términos generales se comprende que no es lo mismo dictar sentencias contra empresas de países desarrollados que contra grupos de delincuencia organizada o de carácter mafioso que funcionan al amparo de los poderes públicos. Las posibilidades de llevar a cabo una interpretación “extensiva” de las normas aplicables dependerá en ocasiones de las amenazas que penden sobre la vida y/o familia del juez, o del “estímulo procesal” que haya recibido ese mismo juez en forma de soborno.

VI. CONCLUSIÓN

Los textos de Giancarlo Rolla que el lector encontrará a continuación contienen una riqueza de planteamientos mucho más amplia de que lo que se ha podido apenas dibujar en las páginas anteriores. El estilo claro y directo del autor ayuda no-

tablemente a su buena comprensión. Las lecciones que los textos arrojan para el presente y el futuro del incipiente Estado constitucional mexicano son múltiples y deberán ser ponderadas con detenimiento tanto por los teóricos como por los operadores jurídicos prácticos.

No quisiera terminar sin agradecer el apoyo del autor y de la profesora Eleonora Ceccherini, también de la Universidad de Siena, para que la presente publicación se llevara a cabo con el sello de la UNAM. Para el Instituto de Investigaciones Jurídicas es un honor tener en su catálogo de publicaciones a autores tan importantes como Giancarlo Rolla.

DERECHOS FUNDAMENTALES,
ESTADO DEMOCRÁTICO
Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Giancarlo ROLLA

LAS PERSPECTIVAS DE LOS DERECHOS
DE LA PERSONA A LA LUZ
DE LAS RECIENTES TENDENCIAS
CONSTITUCIONALES

I. Consideraciones preliminares	33
II. Impulsos y obstáculos a la generalización de los derechos de la persona	37
III. Desarrollo y límites a la positivización de los derechos de la persona	49
IV. La potenciación y la articulación de los instrumentos de garantía	62
V. La circulación de los modelos culturales y la influencia recíproca entre el ordena- miento internacional y el nacional . .	82
VI. La esencialidad del principio personalista	95

VII. Codificación e interpretación evolutiva en el ámbito de los derechos de la per- sona	106
VIII. La doble naturaleza jurídica de los dere- chos de la persona	116

LAS PERSPECTIVAS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA A LA LUZ DE LAS RECIENTES TENDENCIAS CONSTITUCIONALES*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Cuando nos aproximamos al argumento del reconocimiento y de las formas de tutela de los derechos fundamentales de la persona desde una perspectiva histórica y comparada, no podemos dejar de percibir cómo el constitucionalismo contemporáneo manifiesta algunas tendencias unitarias, a pesar de la peculiaridad de cada concreto ordenamiento. Estas tendencias se pueden concretar utilizando las palabras de una autorizada doctrina, que las ha individualizado en la afirmación de los procesos de positivización, de internacionalización y de especi-

* Traducción del italiano de Carlos Ortega Santiago, profesor de derecho constitucional en la Universidad de Valladolid.

ficación de dichos derechos.¹ Con tales expresiones el ilustre autor se ha referido, respectivamente, a la exigencia de dotar a la idea de los derechos, de un estatuto jurídico que permita una protección eficaz de los sujetos que son titulares de los mismos; a la generalización de las cartas constitucionales que reconocen los derechos de la persona y a la respectiva toma de conciencia de la insuficiencia de una tutela de los mismos exclusivamente estatal; y a la tendencia de los documentos constitucionales más recientes a la concreción y a la precisión de las situaciones subjetivas concretamente aseguradas.

Con respecto a esta última cuestión, basta con poner en relación la simple —pero eficaz— esquematicidad de la Declaración de Independencia norteamericana del 1776 “Afirmamos que todos los hombres son creados iguales y que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los que están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”, o de la Declaración de los Derechos de 1789 “Deber de las sociedades políticas es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”; con la enumeración detallada de los derechos

1 Así Peces Barba, *Teoría dei diritti fondamentali*, Milán, 1993, pp. 138 y ss.

garantizados contenida, por ejemplo, en el *Bill of Rights* que forma parte de la Constitución de Sudáfrica de 1996,² o —por permanecer en el área europea— en la Constitución de Portugal.

En concreto, la tendencia a la especificación representa no tanto una ampliación de las posiciones subjetivas abstractamente tutelables, sino una técnica de codificación específica dirigida a concretar históricamente la materia de los derechos de la persona reconocidos en un determinado ordenamiento. Tal técnica se propone —quizá de forma optimista— codificar un catálogo de derechos de la persona sin lagunas, en contraposición a otros ordenamientos constitucionales propensos a recabar la tutela de nuevas posiciones subjetivas por vía ju-

2 La nueva Constitución democrática de Sudáfrica también ha suscitado un vivo interés entre los estudiosos del derecho constitucional por sus elementos innovadores. Entre los numerosos autores que han seguido el proceso de transición, véase varios autores, *Rights and constitutionalism. The new South Africa legal order*, Oxford, 1996; Gentili, *Sudafrica: processi di mutamento politico e costituzionale*, Rímíni, 1993; Robertazza, *Verso un nuovo Sudafrica: dall'apartheid allo stato multiétnico*, Milán, 1995; Scaffardi, "La 'rivoluzionaira' tutela dei diritti fondamentali nella nuova Costituzione del Sudafrica", *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, pp. 600 y ss.

risprudencial e interpretativa, sobre la base de formulaciones constitucionales esenciales.³

Al mismo tiempo, se puede percibir que cada una de las tendencias indicadas con anterioridad no se muestra como consolidada e indiscutible, pues debe confrontarse con tendencias contrarias. Como se dirá con mayor amplitud en los epígrafes siguientes, una rápida mirada sobre lo que sucede en estos años en el mundo permite darse cuenta —por ejemplo— que la positivización de los derechos históricos de la persona llevada a cabo por las Constituciones liberales encuentra un freno en una aproximación relativista a los derechos, por lo que la determinación de cuáles de dichos derechos deben considerarse fundamentales ha de tener en cuenta las especificidades culturales e históricas de los diferentes países. Mientras que el impulso hacia la internacionalización de las modalidades de reconocimiento y de tutela de los derechos viene limitada, en numerosos ordenamientos, por el principio de soberanía estatal y, por tanto, por el reconocimiento de la superioridad de las normas nacionales respecto de las internacionales.

3 Sobre la cuestión, por lo que se refiere a las diversas técnicas de codificación, véase Jyranki, *La définition constitutionnelle des droits et des libertés*, Aix, 1987, p. 18.

II. IMPULSOS Y OBSTÁCULOS A LA GENERALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

Una perspectiva que merece atención está representada, en nuestra opinión, por la tendencial universalización tanto de muchos derechos de la persona, cuyo reconocimiento está ya presente en la gran mayoría de las Constituciones vigentes, como de los instrumentos de garantía dispuestos para asegurar su efectiva tutela.

Tal impresión se encuentra reforzada por la circunstancia de que en este último decenio se han aprobado en muchísimos Estados nuevos textos constitucionales y éstos, más allá de las especificidades históricas y de la diversidad de las formas de gobierno y de Estado, tienden a homologarse a través del elenco de los derechos de la persona reconocidos como fundamentales. Cuando se asumen como base del análisis las tradicionales divisiones en familias jurídicas elaboradas por la doctrina comparada,⁴ se

4 Véase sobre la cuestión, David, *Sistemi giuridici contemporanei*, Padua, 1994; Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milán, 1995; Vergottini de, *Diritto costituzionale comparato*, Padua, 1993; Bognetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Turín, 1995; Miranda, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, 1996, vol. I, y Finer, *Comparing Constitutions*, Oxford, 1995.

comprueba que las nuevas Constituciones de Estados pertenecientes a diferentes áreas culturales y geográficas, tienen en común la voluntad de reservar una amplia parte del texto al elenco de una vasta gama de derechos fundamentales y a la individualización de instrumentos específicos y de órganos para su tutela. Dicha tendencia parece aproximar realidades constitucionales tan diferentes como las de los Estados de la Europa central y oriental,⁵ las recientes Constituciones de América Latina y Centroamérica, y las de África.⁶

5 En concreto, es el caso de las Constituciones húngaras, checa, eslovaca y polaca. Al respecto, véase Wieruszewsky, "Human rights and current constitutional debates in central and eastern european countries", en Rosas y Helgesen, *The Strength of Diversity*, Nijhoff, 1992, pp. 187 y ss. Más en general, sobre los caracteres de los recientes procesos constitucionales en los países de la Europa oriental, Wrzyniecki, *La Polonia e le sue costituzioni dal 1791 ad oggi*, Rímimi, 1993; Bartole, *Riforme costituzionali nell'Europa centro orientale*, Bolonia, 1993; Pogany, *Human Rights in Eastern Europe*, Elgar, 1995, y Howard, "Costituzioni e diritti nell'Europa centro-orientale", *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bolonia, 1994.

6 Cfr. Valencia Villa, "Los derechos humanos en la Constitución colombiana de 1991", *Debate Abierto*, 1992, pp. 9 y ss.; Hernández, Rubén, *Las libertades públicas en Costa Rica*, San José, 1980; López Chavarría, "Nuevos aspectos en el estudio de los derechos humanos y la lucha por su defensa en el Estado mexicano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1995, pp. 1053 y ss.; López Guerra, "Protección de derechos

Además, el correlativo proceso de especificación que ha ocupado las declaraciones internacionales de los derechos, ofrece sin duda una importante contribución a la perspectiva referida en el sentido de que, junto a las declaraciones universales —compuestas inevitablemente por normas que generan más que derechos verdaderos y propios, estándares de garantía tutelables en términos políticos más que jurisdiccionales—, se están difundiendo declaraciones circunscritas geográficamente capaces de desarrollar ordenamientos jurídicos supranacionales, cuyas normas se encuentran reconocidas automáticamente por las Constituciones de los Estados miembros y que resultan directamente aplicables en los

fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá”, *La justicia constitucional: una promesa de la democracia*, San José, 1992, pp. 11 y ss.; García Bauer, *Los derechos humanos en América*, Guatemala, 1987; Brysk, *The Politics of Human Rights in Argentina*, Stanford, 1994; Buerghenthal, Nomis y Schelton, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, 1990.

Con respecto a las Constituciones de África véase Olinga, “L’aménagement des droits et libertés dans la Constitution camerounaise révisée”, *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, 1996, vol. 8, pp. 116 y ss.; N’Guema, “Human Rights Perspectives in Africa”, *Human Rights Journal*, 1990, pp. 261 y ss.; varios autores, *Rights and Constitutionalism. The New South African Legal Order*, Oxford, 1996; Elías, *Africa and the Development of International Law*, Nijhoff, 1988.

misimos. Declaraciones entre las que se encuentran, por ejemplo, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969, la Declaración Islámica de los Derechos Humanos de 1981, o la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981.⁷

A la luz de estas observaciones, se podría considerar que el fenómeno de la globalización se está extendiendo de la economía a las estructuras constitucionales, de los mercados financieros al sector de los derechos humanos de la persona, como si estos últimos representasen incluso una “ideal moneda única”, de *curso legal* en la mayor parte de los ordenamientos. Un rápido vistazo general por

7 Acerca del fenómeno de la formación de los sistemas transnacionales de tutela de los derechos de la persona, véase varios autores, *La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, Padua, 1990; varios autores, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1979; varios autores, *La Corte Interamericana de derechos humanos*, San José, 1986; N'Gom, “La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples”, *Droits de l'homme, droits des peuples*, París, 1982; Jacobs, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1996; Mendelson, *The Impact of European Community Law on the Implementation of the European Convention of Human Rights*, Estrasburgo, 1984; Ankunah, *The African Commission on Human and People Rights*, Nijhoff, 1996. Con respecto a otras aportaciones doctrinales, se reenvían también a los autores citados con posterioridad en el presente trabajo.

las tendencias en presencia podría inducir a afirmar que al final del presente siglo el auspicio iluminista formulado por el presidente Roosevelt en medio del segundo conflicto mundial, según el cual *four freedoms—freedom of speech and expression, freedom to worship as one chooses, freedom from want and freedom from a fear of aggression—were to prevail everywhere in the world*, empieza a concretarse.

Sin embargo, esta voluntad de generalización (*everywhere in the world*) encuentra un obstáculo para su obtención no sólo en los caracteres intrínsecos y en los presupuestos ideológicos de determinados regímenes políticos, sino en concretas *contratendencias* de naturaleza constitucional selladas por los vínculos de la soberanía estatal y por la presencia de formas de relativismo cultural en determinadas áreas geográficas.

Por lo que se refiere a este último aspecto, no debe olvidarse que el reconocimiento de determinados derechos de la persona típicos del constitucionalismo liberal no es aceptado de forma generalizada en su dimensión —para nosotros natural— de factor de progreso y de valorización de la libertad, de la personalidad del individuo. En extensos contextos culturales dicho reconocimiento es considerado como una expresión de colonización

jurídica, o bien como una perspectiva secundaria de la dignidad de la persona humana.⁸

No obstante, en algunas realidades —aun distantes de la cultura jurídica occidental— la aceptación del constitucionalismo liberal y de la codificación de sus principales conceptos dogmáticos no ha ocasionado especiales problemas de integración y de asimilación. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Corea del Sur, cuyos trabajos preparatorios han sido influenciados significativamente por la Constitución alemana de Weimar.⁹ Mientras que la experiencia del Japón se muestra todavía como más emblemática, ya que pone de manifiesto de forma evidente cómo una dominación política ha podido influir sobre los caracteres constitucionales de un país. En efecto, los principios relativos a los derechos fundamentales fueron condicionados por la dramática derrota en la Segunda Guerra Mundial, y la Constitución fue el fruto de una elaboración cultural totalmente externa a la tradición

8 Cfr. a este respecto Renteln, *International Human Rights: Universalism versus Relativism*, Newbury Park, 1990; Donoho, "Relativism versus Universalism in Human Rights", *Stanford Journal of International Law*, 1991, pp. 345 y ss.; varios autores, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, Filadelfia, 1992.

9 Cfr. Bakeer y Shaw, "Human Rights in Korea: Historical and Policy Perspectives", *Modernization and this Impact Upon Korea Law*, Berkeley, 1981.

cultural nacional. Baste considerar que, por una parte, en el lenguaje japonés no existía un ideograma capaz de expresar palabras como *right* o *human rights*; mientras que, por otro lado, algunas frases de la Constitución japonesa reproducen literalmente el texto de la de Estados Unidos: así, el artículo 13 de la Constitución japonesa habla de *right of life, liberty, and the pursuit of happiness*.¹⁰

Sin embargo, otros ordenamientos se muestran refractarios —o decididamente hostiles— a la aceptación directa —sin mediaciones y adaptaciones a las especificidades locales— de la concepción occidental (liberal o del Estado de derecho) de los derechos fundamentales de la persona. Es el caso de muchos de los países africanos y de los de religión islámica.

En estos últimos, el proceso de construcción de los derechos fundamentales ha seguido vías totalmente antagónicas respecto de las del constitucionalismo occidental. Así, la Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre aprobada por el *Islamic Council* afirma la derivación divina de los derechos del hombre, al igual que de la so-

¹⁰ Cfr. Beer, "Constitutionalism and Rights in Japan and Korea", *Constitutionalism and Rights*, Nueva York, 1990, pp. 225 y ss.; Beer, *Constitutionalism in Asia: Asian Views of the American Influence*, Berkeley, 1979.

beranía. Los derechos encuentran su reconocimiento y sus límites no en un contrato social sino en el Corán, y en cuanto tales son íntimamente homogéneos con la identidad musulmana.¹¹

Resistencias igualmente fuertes se verifican en África, en cuanto a reconocer un valor general a los derechos de la persona tal y como se encuentran codificados en otros contextos culturales.¹² En este inmenso continente dos razones fundamentales se oponen al enraizamiento de una concepción liberal de los derechos de la persona, de manera que se puede afirmar que en este continente no existe una tradición de derechos humanos a pesar de (o a causa de) la influencia del colonialismo occidental, y de

11 Sobre esta materia, véase Tibi, "The European Tradition of Human Rights and the Culture of Islam", *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, Filadelfia, 1992, pp. 116 y ss.; Mayer, *Islam and Human Right*, Londres, 1991; Hauder, *Islamic Concept of Human Rights*, Lahore, 1978; Ahmed Au-na'im, *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law*, Siracusa, 1990; Afshari, "An Essay on Islamic Cultural Relativism in the Discourse of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, núm. 2, 1994, pp. 235 y ss.; Muñoz, Martín, *Democracia y derechos humanos en el mundo árabe*, Madrid, 1993; varios autores, *Islam et droits de l'homme*, París, 1994.

12 Cfr. por ejemplo, Buirette, Maurau, "Les difficultés de l'internationalisation des droits de l'homme: à propos de la Convention de Lomè", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1985, pp. 463 y ss.; N'Gom, *op. cit.*, nota 7; N'Guema, *op. cit.*, nota 6, pp. 261 y ss.

la formación europea de muchas de las élites políticas nacionales. Y ambas razones tienden a limitar el relieve de la persona entendida como individuo, como sujeto.

De un lado, hay que considerar que uno de los valores primarios en este continente está constituido por la dignidad de la persona humana entendida según una concepción que considera al hombre no como individuo, sino como parte de una comunidad. En consecuencia, el individuo adquiere relevancia en cuanto parte de un grupo —de la familia, de la tribu, de la colectividad—. De manera significativa, el artículo 17.3 de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos sitúa entre los deberes fundamentales de los diferentes ordenamientos el de asegurar “la protección de la moral y de los valores tradicionales reconocidos por las comunidades”. Por otra parte, de las diversas tradiciones que han forjado la cultura jurídica de la mayoría de los países de África —la islámica, la occidental, la animista—, sólo esta última ofrece un significativo reconocimiento a la figura de la persona humana, mientras que el mundo islámico propugna el origen divino del derecho y la cultura occidental ha sido entendida en su dimensión estatalista, hasta el punto de favorecer la formación

de superestructuras burocráticas y, en definitiva, autoritarias.¹³

La consideración de las peculiaridades que se acaban de referir y su justificación en el plano histórico, representan un obstáculo indudable para la universalización efectiva de los derechos fundamentales de la persona y alimentan una contraposición relativista favorable a reconocer, en nombre de las especificidades locales, derogaciones al reconocimiento y a la tutela de determinados derechos.

No se puede desconocer que la reacción a la universalización forzada y homogeneizadora, puede encontrar su fundamento en la afirmación de que los principios de las Constituciones occidentales no representan el único estándar a considerar en la tutela de los derechos fundamentales; más bien al contrario, la experiencia de la historia enseña que, a menudo, la reivindicación del relativismo cultural en el ámbito de los derechos fundamentales se ha realizado para justificar institutos del todo incompatibles con el valor de la persona, como la esclavitud, las torturas, la discriminación racial, o la subordinación por razones de sexo. En otros términos, la apelación a la identidad cultural y nacional ha constituido en muchos casos una pantalla para con-

13 Véase, sobre la cuestión, varios autores, *La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, Padua, 1990.

servar tradiciones inconciliables con los propios fundamentos de la dignidad de la persona.

La contradicción entre estos dos elementos — tradiciones y tendencias universalizadoras— es en nuestra opinión aparente, en cuanto se considere que uno y otro no son antitéticos, sino que más bien subsiste entre los dos perfiles una relación de necesaria complementariedad. La salvaguarda de las tradiciones y de las diversas identidades culturales constituye un criterio adecuado para especificar, implementar y disciplinar los derechos de la persona internacionalmente codificados; salvaguarda de las tradiciones y de las identidades culturales a la que no se puede apelar para justificar la no consideración de dichos derechos dentro de un determinado ordenamiento jurídico. En otros términos, se está en presencia de una cuestión de equilibrio y ponderación, no ya de absoluta prevalencia abusiva de un principio sobre el otro. Desde esta perspectiva, es especialmente significativa la previsión contenida en el artículo 30 de la Constitución de Sudáfrica, previsión que pretende garantizar un equilibrio entre el *Bill of Rights* y las específicas tradiciones locales (cada persona tiene derecho a usar la lengua y a participar en la vida cultural según su propia elección, pero debe hacerlo de forma coherente con las previsiones del *Bill of Rights*).

Por otra parte, se ha observado sutilmente que la experiencia histórica muestra que el enemigo de la identidad nacional debe buscarse no en la tendencia al universalismo, que empuja hacia la conciente y voluntaria superación de particularismos contingentes, sino en otros nacionalismos más fuertes y agresivos.¹⁴ Esta consideración pone de relieve un límite ulterior a la efectiva universalización de los derechos de la persona, constituido por una interpretación rígida del principio de la soberanía estatal como barrera impermeable a las aportaciones del ordenamiento internacional.¹⁵

La reducción de los problemas de la tutela de la persona a un mero *domestic affair* se muestra igual de peligrosa que una rígida y totalizadora utilización del principio del relativismo cultural, desde el momento en que dicha argumentación permite —en su aséptica linealidad— justificar y conferir un fundamento legal a cualquiera derogación de los estándares internacionales de reconocimiento y de tutela de los derechos de la persona. Según esta aproximación, por ejemplo, se ha podido sostener en el pasado que la política del *separatore deve-*

14 Así, Truyol Serra, *La integración europea: idea y realidad*, Madrid, 1972, p. 68.

15 Sobre el problema véase Rosas, "State Sovereignty and Human Rights: Towards a Global Constitutional Project", *Politics and Human Rights*, 1995, pp. 61 y ss.

lopment (es decir, al *apartheid*) practicada por el Estado sudafricano antes de la democratización del mismo, era totalmente legal *the apartheid order is a legal order*, a pesar de que el Tribunal Internacional de Justicia lo hubiese considerado contrario a los derechos humanos tutelados por las Naciones Unidas.¹⁶

III. DESARROLLO Y LÍMITES A LA POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

Otra tendencia que caracteriza a la actual fase de tutela de los derechos de la persona está constituida por su especificación y positivización, es decir, por la inserción en el seno de los documentos constitucionales de amplios catálogos que enumeran las posiciones subjetivas tuteladas.

Basta con leer los textos de las Constituciones para darse cuenta de que los elencos de los derechos de la persona tienden a ser cada vez más articulados y minuciosos, diferenciándose de la esencialidad de la Constitución norteamericana y de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. De la misma forma que es posible destacar que la tendencia a una amplia co-

¹⁶ Cfr. Dugard, *Human Rights and South African Legal Order*, Princeton, 1978.

dificación de los derechos se manifiesta sobre todo en las Constituciones que se han formado sobre la base de una ruptura político-institucional, como respuesta a la crisis de regímenes autoritarios. Es el caso de las Constituciones europeas aprobadas después del segundo conflicto mundial que sancionó el fin del fascismo y del nazismo (Alemania, Italia); de las Constituciones mediterráneas nacidas de la crisis de regímenes autoritarios (Grecia, España, Portugal); de las Constituciones de los países que se han dotado de nuevos ordenamientos de inspiración democrática con posterioridad a la caída de los regímenes comunistas (Polonia, Hungría, Eslovenia, Eslovaquia); o de las Constituciones de los países de América Latina y de los nuevos Estados de África, siempre expuestos a regresiones golpistas.

La conexión entre la conquista de nuevos ordenamientos democráticos y la especificación detallada de los derechos reconocidos como fundamentales, induce a las cartas constitucionales a subrayar aquellos perfiles de la dignidad y de la libertad de la persona que los regímenes precedentes han conculcado más repetidamente. Los ejemplos a los que se puede apelar son muchísimos, pero a título de mera ejemplificación se pueden citar las normas que prohíben la esclavitud y la segregación racial en las Constituciones africanas, las que excluyen la tortura y tutelan el derecho a la vida en las Constituciones de América

Latina, o las que aseguran el pluralismo y los derechos políticos en las Constituciones europeas.

Diversa se manifiesta la estructura de las Constituciones de los ordenamientos que se caracterizan por su continuidad, que han registrado una evolución progresiva, sin sufrir cesuras violentas y autoritarias. En este caso, las partes del texto constitucional reservadas a la disciplina de los derechos fundamentales de la persona a menudo tienen dimensiones notablemente más reducidas y presentan una estructura más simple. La razón de dicha diferencia se puede buscar, en nuestra opinión, no ya en el elemento temporal, en virtud del cual se está en presencia —en general— de documentos que se remontan en el tiempo, sino más bien al hecho de que la continuidad constitucional ha permitido que determinados valores y principios reconducibles a la persona humana hayan penetrado en profundidad en el tejido social, convirtiéndose en parte integrante de la cultura de ese país.¹⁷ Tal constatación permite introducir algunas consideraciones de orden general.

¹⁷ A este propósito, es interesante lo que señala Tamm, “Enunciazione de effettività dei diritti fondamentali nei paesi escandinavi”, *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle corti costituzionali europee*, Milán, 1994, pp. 65 y ss.

En primer lugar, una codificación constitucional detallada produce una cierta estratificación de los contornos de la persona humana objeto de tutela, en el sentido de que la reafirmación de los derechos conculcados precedentemente se acompaña del reconocimiento de nuevas posiciones subjetivas, de la misma forma que a los primarios derechos de libertad se asocian los derechos propios del Estado social. En general, el punto de referencia se encuentra representado por las principales codificaciones internacionales, en relación con las cuales las Constituciones nacionales se proponen reconducir a la unidad, en torno a la noción de la dignidad y de la libertad de la persona, derechos que el ordenamiento internacional ha reconocido a través de diversos pactos y declaraciones.¹⁸

Si dicha característica constituye un trazo común a gran número de las Constituciones del presente siglo, se puede resaltar una línea de demarcación que separa las nuevas cartas constitucionales elaboradas al término del segundo conflicto mundial, de las sucesivas y más recientes de los años setenta.

18 Téngase en cuenta, por ejemplo, que en la gran parte de las cartas constitucionales recientes se consideran unitariamente los derechos comprendidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos.

Dicha línea se puede individualizar en la presencia —en las Constituciones de América Latina, de África y de algunos países de Europa oriental— de disposiciones constitucionales dirigidas a tutelar no sólo los derechos individuales, sino también los derechos colectivos o a la identidad cultural de los grupos sociales. Dicha proyección comunitaria de la persona, de su dignidad e individualidad, representa una indudable novedad en el panorama constitucional, que ha encontrado a la doctrina constitucional sin preparación para sistematizarla a la luz de los tradicionales esquemas interpretativos, perfeccionados para proteger al individuo más que a la comunidad de la que los mismos forman parte.¹⁹

En segundo lugar, debe precisarse que una amplia y analítica positivización no es de por sí índice de una efectiva y sustancial tutela de los derechos de la persona, su inserción en el texto de las Constituciones —por cuanto sea necesario e importante—

19 Sobre la cuestión, véase más ampliamente *infra*, punto VI. Véase también, Pérez Luño, “Las generaciones de derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, pp. 203 y ss.; Ruiz Miguel, “La tercera generación de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, 1991, pp. 303 y ss.; Riccobono, *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milán, 1989. Para una reconstrucción de los problemas constitucionales conectados con la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento italiano, véase para todos, varios autores, *I diritti fondamentali oggi*, Padua, 1995.

no permite determinar con inmediatez su nivel de efectividad, que sólo puede ser reconstruido verificando la presencia de otras opciones constitucionales y la previsión de específicos remedios procesales.

Por ejemplo, constituye un factor de crecimiento de los ámbitos de tutela de la persona la existencia de fórmulas constitucionales que introducen en el ordenamiento interno las normas de las convenciones internacionales en materia de derechos fundamentales, o bien prescriben una interpretación evolutiva de los derechos codificados. En relación con el primer punto, es interesante la experiencia de las Constituciones de Centroamérica y Sudamérica, las cuales atribuyen en casi su totalidad valor constitucional a los derechos reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por la Declaración Americana sobre los Derechos del Hombre, y por los principales pactos internacionales sobre la materia.²⁰ Mientras que, por lo que se refiere a la obligación constitucional de una interpretación amplia de los derechos de la persona inspirada en el principio del *favor libertatis*, merece subrayarse particularmente la reciente Constitución sudafricana, cuyo artículo 39 —dedicado a

20 Baste referirse, por todos, al artículo 7o. de la Constitución de Costa Rica, al artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, y al artículo 93 de la Constitución de Colombia.

los criterios para la interpretación del *Bill of Rights*— dispone que los jueces deben atenerse a tres criterios en la interpretación de los artículos de la Constitución relativos a los derechos de la persona: promover una interpretación en sintonía con la dignidad humana, la igualdad y la libertad; considerar el derecho internacional; además de valerse, si lo consideran oportuno, del derecho extranjero.²¹

Viceversa, la ausencia de remedios procesales eficaces o la previsión de órganos de tutela no adecuadamente profesionalizados ni dotados de un *status* de autonomía respecto del poder político, representan una de las principales causas que impiden una tutela amplia de los derechos de la persona, amplitud que se desprendería en principio de su codificación.²²

21 En el sentido de la posibilidad de utilizar las codificaciones internacionales para ampliar la interpretación de las disposiciones nacionales con base en el principio del *favor libertatis*, se ha pronunciado también la Corte Interamericana para los Derechos del Hombre. A este propósito, véase varios autores, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José 1986; Hernández, Rubén y Trejos, Gerardo, *La tutela de los derechos humanos*, San José, 1972; Fix-Zamudio, “Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, 1992, pp. 849 y ss.

22 En la cultura anglosajona se ha cuestionado la posibilidad de introducir instrumentos adecuados para medir el respeto de los estándares internacionales de tutela de los derechos de

Difícilmente se puede refutar que los estándares más elevados de tutela se han conseguido —hasta ahora— en los sistemas en los que la positivización de los derechos de la persona se ha acompañado de los institutos y de los principios del constitucionalismo; cuando la positivización se ha insertado en un contexto institucional que se inspira en la dimensión más evolucionada del Estado de derecho: rigidez de la Constitución, justicia constitucional, principio de legalidad, reserva de ley, separación de los poderes. Lo dicho es fácilmente comprensible si se tiene en cuenta que la gran parte de las reglas elaboradas por el constitucionalismo son instrumentales para la consecución del libre desarrollo de la

la persona, algunos estudiosos y algunos centros de investigación han realizado esfuerzos interesantes en este sentido, haciendo referencia fundamentalmente a los siguientes parámetros: *a)* relaciones de las organizaciones internacionales y de las comisiones introducidas por las diferentes cartas internacionales de los derechos del hombre; *b)* resultados estadísticos ofrecidos por las organizaciones especializadas; *c)* datos relativos a las decisiones de condena de los Estados por las cortes internacionales. Acerca del problema de la creación de estándares para utilizar una especie de *benchmarking* internacional en el ámbito de los derechos fundamentales, véase las aportaciones de Lawrence, “Measuring Human: Problems of Methodology and Purpose”, *Human Rights Quarterly*, 1993, pp. 87 y ss.; Cingarelli, *Human Rights: Theory and Measurement*, Basingstoke, 1988.

persona humana. Alrededor del valor de la persona humana gira la propia estructura del Estado constitucional, nacido como poder limitado que quiere tutelar las libertades de los individuos frente al ejercicio arbitrario del poder.

Se puede apelar a dos ejemplos —de signo opuesto— tomados de la experiencia constitucional más reciente para confirmar que la aceptación de los principios del constitucionalismo en la adopción de algunos de sus institutos más significativos, contribuye a acrecentar la tutela de la persona humana. En Israel, donde falta —como es sabido— un texto constitucional escrito, la exigencia advertida de producir normas para tutelar algunas dimensiones de la libertad de la persona, ha alimentado un proceso que ha producido gradualmente la existencia de normas de rango constitucional y, en consecuencia, formas de *judicial review*. En efecto, la Ley Fundamental sobre la Dignidad y la Libertad del Individuo, y la Ley sobre la Libertad Profesional de los Ciudadanos, contienen normas consideradas jerárquicamente superiores a las otras normas primarias, y susceptibles de servir de parámetro judicial para verificar la legitimidad de las otras normas.²³

23 Cfr. Etzion, *Le controle juridictionnel de l'Administration en Israel*, París, 1970; Kerber, *Les droits de l'homme dans les territoires administrés par Israel*, París, 1978.

En sentido contrario, se puede apelar al ejemplo de ordenamientos que no sólo tienen una Constitución escrita que ha codificado un amplio catálogo de derechos, sino que también han previsto la institución de una corte constitucional competente para la tutela de los derechos de la persona. A pesar de lo referido, la eficacia de la acción de dicho órgano constitucional parece comprometida por los criterios de composición de la misma, por la disciplina de sus modalidades de funcionamiento, o por las modalidades de acceso ante ésta. En efecto, en muchos sistemas constitucionales este órgano no posee autonomía respecto de los órganos de dirección política y no puede ser activado para una tutela eficaz de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. En otros términos, dicha corte se muestra carente de los requisitos principales para que pueda ser un juez de la legitimidad constitucional o, más sencillamente, un órgano supremo de garantía.

En tercer lugar, se puede destacar que la positivización de determinados derechos es eficaz si expresa un valor sentido como tal por la comunidad social, si es el reflejo de una convicción más que de una prescripción meramente formal; en otros términos, si sucede que el sistema de protección de los derechos se encuentra entre los valores funda-

cionales de la Constitución —en sentido sustancial— de un determinado pueblo.

Diversas perspectivas inducen a considerar que el poderoso proceso de positivización y de especificación de los derechos de la persona, presente en estos años ha permitido convertir —con absoluta certeza— en suficientemente homogéneo el número de los derechos “universalmente” aceptados y reconocidos. Sin embargo, la efectividad de los mecanismos de tutela depende de los caracteres del ordenamiento constitucional en su conjunto y de los valores que lo han inspirado, haciéndolo vital.

En otros términos, la positivización de los derechos de la persona concreta históricamente el valor general y universal de la persona humana reconocido por las grandes declaraciones universales; tanto los derechos como las técnicas y los instrumentos de tutela deben ser no sólo codificados, sino también aceptados y convalidados por la cultura jurídica y política de un determinado país. En otras palabras, las modalidades de tutela de los derechos de la persona se encuentran disciplinadas por las cartas constitucionales, pero la idea de tutela se forma necesariamente en el interior de la comunidad y sólo de esta forma entra a formar parte de su constitución sustancial.

Se pueden compartir totalmente las posiciones doctrinales que introducen un nexo de coesencia-

lidad entre derechos fundamentales y Constitución; en el sentido de que si, por una parte, se manifiesta aún como convincente la afirmación contenida en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano según el cual *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*, por otro lado se debe reconocer que los derechos fundamentales nacen con las Constituciones, son —por usar las palabras de Cruz Villalón— “una categoría dogmática del derecho constitucional”.²⁴

La estrecha relación que se produce entre la positivización de los derechos y la inserción de los mismos entre los caracteres de la Constitución sustancial, permite interpretar —entre otras— algunas situaciones de hecho evidentes. Por ejemplo, el éxito desilusionante —en una visión de conjunto— que ha tenido en África y en los Estados de Europa oriental la tendencia a trasplantar instituciones tí-

24 Así, Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, p. 162. En Italia, acerca de la imposibilidad de configurar una categoría de derechos fundamentales más allá de aquéllas codificadas en el texto formal de la Constitución, se ha pronunciado autorizadamente y de forma repetida. Pace, “Diritti fondamentali al di là della Costituzione?”, *Politica del diritto*, 1993, pp. 3 y ss.

picos de la historia constitucional europea, inspirados en particular en el *estatualismo* francés. O bien, por el contrario, la circunstancia de que, inmediatamente después del desarrollo del proceso de descolonización, países pertenecientes a la *Commonwealth* e influenciados por una base legal común constituida por el *common law* inglés, han asumido posturas claramente diferenciadas en cuanto al reconocimiento y a la garantía de los derechos fundamentales. En este sentido, baste considerar el diferente éxito que la problemática de los derechos de la persona ha tenido, por una parte, en Australia y en Nueva Zelanda y, por otra parte, en India y en Sudáfrica.

Por otro lado, que la tutela de los derechos fundamentales deba ser considerada en su dinamismo y que no se deba ceder a las tentaciones mecanicistas, se confirma ampliamente por la historia: la *Magna Charta* de 1215 no ha impedido a los ingleses reprimir las aspiraciones de independencia de las colonias; la Declaración de Independencia de 1776 no frenó la práctica de la esclavitud y la destrucción, física y cultural, de las poblaciones indígenas; la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 1948 no hizo cesar el *apartheid*.

IV. LA POTENCIACIÓN Y LA ARTICULACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE GARANTÍA

Es compartida de forma generalizada la conclusión —dirigida a evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a ser “una romántica declaración” carente de efectividad— de que la garantía es parte esencial, condición indispensable para la existencia de un derecho; que no se puede hablar de derechos si las posiciones subjetivas de la persona no se encuentran protegidas eficazmente. Por otra parte, la inescindibilidad del nexo entre reconocimiento de un derecho y funcionamiento de los institutos de garantía es evidente en los ordenamientos en los que, por tradición, los derechos de la persona se encuentran asociados a la actividad de los jueces, tanto los ordinarios como los constitucionales.²⁵ Y la mencionada conexión induce a algunos autores a individualizar en la tutela judicial el elemento principal que *contradistingue* los derechos de la persona como categoría, y —por el contrario— a utilizar la ausencia de una efectiva justiciabilidad como parámetro para diferenciar los derechos fundamentales

25 Hasta el punto que, como tuvo ocasión de recordar el juez Marshall, las Cortes federales norteamericanas fueron introducidas *to decide on human rights* (Fletcher vs. Peck, 10 U. S., 87, 133, 1810).

de aquéllos que no pueden ser considerados como tales.²⁶

Por otra parte, el perfeccionamiento de las técnicas y la búsqueda de nuevas formas de garantía representa el principal cometido que compete a cada ordenamiento constitucional para implementar el ámbito de las posiciones subjetivas efectivamente tuteladas, a través de la disciplina constitucional de las formas de garantía, los estándares reconocidos por las convenciones y por las declaraciones internacionales se transforman en derechos en sentido pleno, esto es, disponibles cotidianamente y de plena e inmediata vigencia.²⁷ En otros términos, se puede

26 Así, Cruz Villalón, op. cit., nota 24, p. 161. La estrecha relación que liga a la justicia constitucional con la tutela de los derechos fundamentales ha sido abordada ampliamente por la doctrina. Véanse, entre muchos, varios autores, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, Milán 1992; varios autores, *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Turín, 1992; Beaty, *Human Rights and Judicial Review*, Nijhoff, 1994; varios autores, *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Turín, 1994; Oliver, "La protección de los derechos fundamentales por la Corte Suprema norteamericana a través de la *Judicial Review*", *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universitat de les Illes Balears*, 1987, pp. 279 y ss.; varios autores, *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee*, Milán, 1994.

27 Según Stern, "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, p. 263; los derechos de la persona, una vez incorporados en el derecho constitucional, dejan

afirmar que los derechos de la persona son tales si resultan —ante todo— justiciables, y si su tutela constituye un límite también para el legislador ordinario; incluso si dicha convicción deba relativizarse cautamente, en el sentido de que la ausencia de formas de control de constitucionalidad o la inexistencia de una jerarquía constitucional, no determinan necesariamente la no tutela de la persona.

En caso contrario se debería admitir que en Finlandia, donde no existe un mecanismo de *judicial review*, y en Nueva Zelanda, donde la Constitución no posee una fuerza jerárquicamente superior a la de la ley, los derechos de la persona no se encuentran adecuadamente tutelados. En efecto, en las referidas realidades la ausencia de estos importantes institutos se compensa con otros instrumentos de naturaleza jurisdiccional que convierten en igual e inmediatamente aplicables dichos derechos fundamentales. Como ha sido observado, un efectivo *degree of realitation of constitutional rights can only be based on an examination of the totality of the legal order and of the legal reality*.²⁸

de ser meros enunciados programáticos para transformarse en normas jurídicas objetivas de rango supremo.

²⁸ Así, Jyranki, *Constitucional Definition of Rights and Freedoms*, Aix, 1987, p. 2.

Por tanto, cuando se consideran los derechos de la persona desde la perspectiva de su tutela, se advierte la exigencia de superar algunas contraposiciones y distinciones tradicionales, que si por una parte conservan una cierta utilidad desde una perspectiva descriptiva o bien con fines didácticos, por otro lado no son ya expresivas de las tendencias en presencia.

Por ejemplo, ya no parece que se corresponda con las exigencias actuales la tradicional contraposición entre un modelo francés y un modelo norteamericano de garantía de los derechos de la persona, según la cual el primero, basado en el principio de la soberanía popular y en la posición primaria de la ley, confiaría sobre todo al legislador la tarea de tutelar los derechos; mientras que el segundo transferiría al juez, y en particular a la corte suprema, la tarea de hacer efectivo el valor supremo de la libertad de la persona humana.²⁹

Del mismo modo que la distinción histórica entre derechos como libertad negativa (que se realizan a través de la protección y de la defensa del individuo

²⁹ Véase Gambino, *Sistema delle fonti e controllo di costituzionalità. Il caso francese*. Turín, 1988; Bognetti, "I diritti fondamentali tra giudiziario e legislativo nell'ordinamento degli Stati Uniti", *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, pp. 1072 y ss. Una reconstrucción de los dos modelos ha sido realizado también por Cruz Villalón, *op. cit.*, nota 24, pp. 157 y ss.

frente al legislador, a los poderes públicos y a los privados) y derechos de prestación (que postulan una intervención reguladora de la ley) no puede situarse —en nuestra opinión— como base de una alternativa radical acerca de la concepción de los derechos fundamentales. En efecto, cada vez es menos posible distinguir entre libertades directamente ejercitables, que no necesitan de una intervención activa de los poderes públicos, y libertades cuyo disfrute se encuentra necesariamente condicionado por la interposición organizativa de la administración pública o del legislador.

Sin duda es cierto que el componente prestacional y la exigencia de una disciplina normativa articulada son particularmente necesarios para los derechos sociales y económicos y también para los “nuevos” derechos, es decir, para aquellas posiciones subjetivas que, poniendo de manifiesto las nuevas fronteras de desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, y aún encontrándose incluidas en el catálogo constitucional, no son directamente justiciables sin una concreta *interpositio legislatoris*. En muchos de estos casos, la naturaleza y las modalidades de disfrute derivan de las previsiones normativas y no directamente del dictado constitucional. Sin embargo, probablemente no es aventurado afirmar que cada derecho tutelado por la Constitución, articulándose en una multiplicidad

de situaciones subjetivas —muchas de las cuales necesitan de una coordinación recíproca entre ellas—, precisa para su efectividad tanto de la labor especificadora del legislador, como de la intervención garantista y reparadora del juez. En otros términos, cada derecho contiene en sí mismo un componente garantista y una prestación. Y esta última se muestra cada vez más necesaria, a fin de remover los múltiples condicionantes que subordinan la efectiva posibilidad de ejercicio de determinadas actividades que constituyen —incluso— el núcleo esencial de algunos derechos fundamentales de la persona.³⁰

Por otra parte, tampoco debe olvidarse que la creciente complejidad de la sociedad, el impacto de las nuevas tecnologías, los nuevos problemas suscitados por el desarrollo de los conocimientos, introducen causas inéditas de agresión a los derechos fundamentales; lo que sitúa en primer plano la necesidad de medirse no sólo con la teoría de

30 Cfr. Jiménez Campo, “El legislador de los derechos fundamentales”, *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, 1993, pp. 473 y ss.; Retortillo, Martín, “El paradójico protagonismo de la administración pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 4, 1994, pp. 11 y ss.; Retortillo, Martín, “La administrativización de los derechos fundamentales y su posible incidencia sobre el contenido esencial de aquéllos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, pp. 9 y ss.

los derechos fundamentales, sino también con una teoría de los deberes de protección de los derechos fundamentales, es decir, con la gama completa de los instrumentos —jurisprudenciales, normativos, procedimentales— que el sistema constitucional debe proveer.³¹

También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre parece promover tal perspectiva, reconociendo la esencialidad de la prestación pública para conferir tutela efectiva a un derecho fundamental. En efecto, el Tribunal Europeo ha introducido la noción de “obligaciones positivas”, afirmando que en determinadas posiciones subjetivas subsiste una obligación específica del Estado de adoptar medidas adecuadas y razonables dirigidas a proteger los derechos tutelados por las convenciones supranacionales.³²

31 Véase Cavazos, *Cyberspace and the Law*, Bostón, 1994; Frosini, “Per una sociologia dei diritti umani nell’età tecnologica”, *Sociologia del Diritto*, 1984, pp. 53 y ss.; Pérez Luño, *op. cit.*, nota 19, pp. 203 y ss.; Preuss, “The Concept of Rights and the Welfare State”, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, pp. 151 y ss.; Ruggeri, “Nuovi diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione”, *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padua, 1995, pp. 605 y ss.; Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Turín, 1995; Proto Pisani, “Nuovi diritti e tecniche di tutela”, *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milán, 1993, pp. 47 y ss.

32 Así, Sudre, “Les ‘obligations positives’ dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1995, pp. 363 y ss.

En el supuesto concreto es controlable y sancionable no ya la intervención coercitiva o limitativa de un derecho, sino la falta de intervención que debería hacer posible el disfrute del mismo. En otros términos, el juez internacional tiene la competencia no sólo de imponer un deber de abstención, sino también de obligar al Estado a intervenir, vinculándolo a la obtención de un determinado resultado; en consecuencia, puede controlar la coherencia y la racionalidad de las intervenciones actuadas por un Estado miembro en ejecución del deber de intervención referido con anterioridad. Corresponde a la autonomía de cada ordenamiento nacional individualizar las concretas medidas, pero éstas deben resultar respetuosas con el criterio de proporcionalidad para ser legítimas, es decir, deben resultar idóneas para asegurar el derecho concreto de la persona a través de un justo equilibrio entre el interés general y el del individuo.

A la luz de dichas premisas, en nuestra opinión se puede sostener que una tutela orgánica de los derechos reconocidos y garantizados por las cartas constitucionales necesita de una articulación garantista tan amplia, que la misma ha de desarrollarse en más niveles.

Es esencial, ante todo, el papel de la justicia constitucional, que se confirma como el principal tribunal de los derechos y de las libertades, según la eficaz

y siempre actual afirmación de Cappelletti.³³ Como lo demuestra, por una parte, la evolución concreta de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en Europa y en Norteamérica y, por otro lado, la gran difusión que este instituto ha tenido en las nuevas cartas constitucionales de Europa oriental, de Centroamérica y Sudamérica y de África, en conexión con la codificación de amplios catálogos de derechos de la persona.³⁴

Por otra parte, no debe olvidarse que el principal salto de calidad en la tutela de los derechos de la persona se ha realizado con la afirmación del principio de la rigidez constitucional, y con la consiguiente introducción de controles jurisdiccionales sobre la discrecionalidad del legislador. Nexos que

33 Cfr. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, 1955.

34 Acerca de la tendencial universalización de la justicia constitucional y sobre su presencia en ordenamientos regidos por sistemas jurídicos diferentes, véase Rolla, "Consolidación y desarrollo de la justicia constitucional en Europa", *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universitat de les Illes Balears*, 1987-1988, pp. 126 y ss.; Fede, "La giustizia costituzionale nei paesi dell'Est europeo", *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, pp. 711 y ss.; varios autores, *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle corti costituzionali europee*, Milán, 1994; López Guerra, *op. cit.*, nota 6, pp. 11 y ss.; Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 1987; varios autores, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997.

ha sido resaltado por la doctrina, según la cual la protección de los derechos fundamentales no se puede considerar suficientemente asegurada si resulta fácil para el legislador llevar a cabo derogaciones a la misma;³⁵ de igual forma es un intento vano —en opinión de otros autores— limitarse a proclamar la garantía de determinados derechos de la persona, sin especificar qué remedio jurisdiccional es posible contra su lesión por parte del legislador.³⁶

En muchos ordenamientos la actividad del tribunal constitucional se caracteriza precisamente por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona, y las principales decisiones han constituido una piedra angular en la evolución del Estado de derecho y de la costumbre. A este propósito, es natural referirse a la Corte Suprema norteamericana bajo la presidencia del juez Warren, por el papel impulsor que ha tenido en cuanto a la superación de la discriminación racial —en el sector de la educación, aboliendo el principio “separados pero iguales”, o en el de los derechos políticos—, o en cuanto a la

35 En este sentido, por ejemplo, Bon, “La protección constitucional de los derechos fundamentales, Aspectos de derecho comparado europeo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, p. 43.

36 Así, Cruz Villalón, *op. cit.*, nota 24, p. 172. En el mismo sentido, Stern, *op. cit.*, nota 27, p. 268.

afirmación del derecho a la tutela judicial efectiva, o del derecho de crítica y de libre manifestación del pensamiento.³⁷ Además, es interesante resaltar que incluso antes del célebre caso *Marbury vs. Madison*, comúnmente señalado como el inicio de la justicia constitucional, la Corte Suprema había ligado su más significativa jurisprudencia a la tutela de algunos derechos de la persona —como por ejemplo el reconocimiento del derecho a la justicia y de la incompatibilidad de la esclavitud con la Constitución—.³⁸

Del mismo modo, se puede apelar a la experiencia de la Corte Suprema de Canadá, que ha valorizado su papel de juez constitucional precisamente a continuación de la aprobación de la *Charter of Rights and Freedoms*, en cuanto que la introducción de un documento constitucional vinculante para el parlamento y el gobierno de Canadá (artículo 31 del *Constitution Act*) ha hecho madurar la conciencia de que existen derechos propios de los ciudadanos que pueden ser tutelados judicialmente ante la acción arbitraria de los poderes públicos.³⁹

37 Cfr. varios autores, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, Milán, 1992.

38 Importantes referencias se encuentran en Schwarz, *The Great Rights of Mankind. A History of the American Bill of Rights*, Nueva York, 1977.

39 Acerca del nacimiento del *Judicial Review* en conexión

Junto a las formas de tutela indirecta de las posiciones subjetivas de la persona, adquieren un relieve creciente los procedimientos dirigidos a asegurar una tutela directa de los derechos de la misma, permitiendo al ciudadano que se considere lesionado en un derecho propio constitucionalmente garantizado acudir directamente ante el juez constitucional. En Europa, el acceso directo a la justicia constitucional se encuentra previsto —por ejemplo— por el artículo 90 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, o bien por la Ley Orgánica núm. 2 de 1979 del Tribunal Constitucional español; pero esta forma de tutela ha tenido un desarrollo particular —sobre todo— en las recientes Constituciones de los Estados de Centroamérica y Sudamérica, a través de la introducción del instituto del amparo constitucional.⁴⁰

con la aprobación de la *Constitution Act* véase Manfredi, *Judicial Power and the Charter*, Toronto, 1992; Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts: the Fruction and Scope of Judicial Review*, Toronto, 1983; Rolla, “La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese”, *Quaderni Costituzionali*, 1996, pp. 197 y ss.

⁴⁰ La doctrina en lengua española acerca del amparo es muy amplia. En esta ocasión nos limitamos a recordar los trabajos de Burgoa, *El juicio de amparo*, México, 1968; Campos, *Derecho de amparo*, Buenos Aires, 1961; Sendra Llobregat, *Los procesos de amparo*, Madrid, 1994; varios autores, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, 1994; García Mo-

Dicha experiencia testimonia positivamente el crecimiento y la diversificación de los instrumentos procesales que los ordenamientos constitucionales han previsto para asegurar una tutela específica de los derechos de la persona, confiándola a la acción imparcial de los jueces, tanto de los ordinarios como de los constitucionales. Comúnmente, los ordenamientos constitucionales prevén instrumentos de garantía general o sectorial. Estos últimos, por su parte, pueden hacer derivar su propia sectorialidad o de los actos lesivos que pueden ser impugnados, o de la naturaleza de los derechos concretamente lesionados. Entre los primeros se puede citar el Tribunal de la Libertad italiano, que lleva a cabo una revisión de las decisiones restrictivas de la libertad personal adoptadas por un magistrado;⁴¹ o bien el *writs* de *injuction* dirigido a solicitar al juez la adopción de una de-

rillo, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, 1985; Cruz Villalón, "Sobre el amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, pp. 9 y ss.; Fix-Zamudio, "El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado", *Studi in onore di Biscaretti di Rufia*, 1987, pp. 411 y ss.

⁴¹ Sobre la cuestión véanse, entre otros, los trabajos de Giambruno, *Riflessioni sul riesame avanti al Tribunale della libertà*, Padua, 1989; Grevi, *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, Bolonia, 1983; Garavelli, "Tribunale della libertà", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLV, pp. 22 y ss.; Ferrajoli, *Il riesame dei provvedimenti sulla libertà personale*, Milán, 1989.

cisión que obligue a la autoridad pública a cubrir una obligación o a reintegrar al privado en un derecho lesionado.

Mientras la experiencia más difundida y significativa del segundo tipo se encuentra constituida por el *mandado de segurança* brasileño, como instrumento de garantía contra los actos arbitrarios de las autoridades administrativas inherentes a la ciudadanía y a la nacionalidad;⁴² y sobre todo por el instituto del *habeas corpus*, que permite impugnar cualquier determinación arbitraria e ilegal de los poderes públicos que sea susceptible de incidir sobre la libertad personal, la de circulación y la de residencia.⁴³

Dicho instrumento garantista, aunque pudiera ser catalogado entre los mayormente difundidos y remotos en el tiempo, se muestra limitado por el hecho de que, por una parte, tutela al ciudadano de

42 Véase Fairén Guillén, “Le ‘writ’ de ‘habeas corpus’, les recours des ‘griefs’, de ‘firma’, de ‘manifestación’, de ‘amparo’ et le ‘mandado de segurança’”, *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, Bolonia, 1988, pp. 573 y ss.; Pellegrini, “La tutela preventiva delle libertà nell’ordinamento brasiliano”, *Studi in onore di T. Carnacini*, Milán, 1984, pp. 603 y ss.

43 En relación con tal instituto, *cfr.* Duker, *A Constitutional History of the habeas corpus*, Londres, 1980; Sharpe, *The Law of habeas corpus*, Oxford, 1986; Biscaretti di Ruffia, “Habeas corpus”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, pp. 941 y ss.

las agresiones a los propios derechos provenientes de los poderes públicos pero no de otros privados; mientras que, por otro lado, limita la tutela a los dos derechos históricos de la persona —los de libertad y los de movimiento—.

Desde esta perspectiva, el amparo puede ser considerado una ampliación generalizada de la acción del *habeas corpus*, dirigida a tutelar a los ciudadanos de las lesiones de todos los derechos fundamentales garantizados en las Constituciones por parte de cualquier sujeto o autoridad frente a cuyas actuaciones se haya previsto expresamente el referido amparo. Y eso explica la razón de la amplia difusión del instituto, más allá de su ámbito de origen.⁴⁴

Además, dicho instituto está previsto en las constituciones de Honduras (artículo 183), México (artículo 107), Panamá (artículo 50), Paraguay (artículo 134), Perú (artículo 295), Colombia (artículo 86) y Chile (artículo 20).

44 Son importantes leyes en materia de amparo la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala (1986); la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (1989); la Ley de Amparo de Nicaragua (1988); o la Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador (1988). Acerca de la difusión en los países de América Latina de este instituto, véase López Guerra, *op. cit.*, nota 6, pp. 75 y ss.; Soriano, *El derecho de habeas corpus*, Madrid, 1986.

Es indudable que en cuanto a la garantía de los derechos de la persona, el juez y el proceso ocupan un lugar de absoluta preeminencia —un *incredible power* según las palabras de Dworkin—,⁴⁵ como consecuencia de que en el ámbito de la interpretación de la Constitución los jueces tienen “la última palabra”. Sin embargo, sería errado considerar que la incidencia creciente del control de constitucionalidad o de las formas de tutela jurisdiccional, determinen el consiguiente debilitamiento de la importancia de la ley para asegurar la tutela de los derechos. Es más, por lo que se refiere a la efectividad de los derechos la aportación del legislador no es secundaria respecto de la del juez, como se manifiesta cuando se toma en consideración que el disfrute sustancial de un derecho se deriva no solamente de la posibilidad de acudir a la justicia contra las vulneraciones de los mismos, sino también de la predisposición de garantías procedimentales idóneas, de la disciplina de los medios y de los presupuestos necesarios para su disfrute,⁴⁶ de la existencia de criterios para la organización de las instituciones o de las estructuras

45 Así, Dworkin, “The Concept of Unenumerated Rights”, *The Bill of Rights in Modern State*, Chicago, p. 383.

46 Así, Pace, “La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei ‘giudici comuni’”, *Scritti in onore di P. Barile*, Padua, 1990, pp. 109 y ss.

instrumentales para el ejercicio inmediato o mediato de los diferentes derechos.⁴⁷ En muchos casos es la ley la que confiere contenido jurídico concreto a las garantías ofrecidas por la Constitución, según un proceso “a dos tiempos” por el cual la carta constitucional proclama —en primer lugar— la garantía de un derecho, y después el legislador determina el contenido específico de la misma.⁴⁸

Por otra parte, la intervención del legislador es necesaria para implementar el contenido de los concretos derechos constitucionales de la persona, y también para favorecer la ponderación entre posiciones subjetivas contrapuestas susceptibles de entrar en conflicto. En el primer caso, la *interpositio legislatoris* es importante para tutelar posiciones subjetivas, derechos de los que se puede disfrutar sólo en virtud de una específica tutela legislativa, en ausencia de la cual no subsistirían los presupuestos para su efectiva justiciabilidad. Eso acontece de modo particular en el caso de los derechos sociales, los cuales —como se dirá a continuación— poseen sólo en una medida limitada cobertura constitucional, y precisan para su efectivo disfrute —en consecuencia— de concretas op-

47 Cfr. Stern, *op. cit.*, nota 27, p. 266.

48 Así por ejemplo, la doctrina francesa, entre la cual Hau-riou, *Precis èlémentaire de droit constitutionnel*, París, 1933, p. 244.

ciones del legislador. Como se ha defendido con solidez,

mientras el mejor legislador en materia de derechos a prestaciones negativas... es el que evita intervenir, el peor legislador en el sector de los derechos a prestaciones positivas (por ejemplo, el derecho a la asistencia sanitaria y previdencial) es, obviamente, el que no interviene.⁴⁹

Por otro lado, es evidente que en los casos en los que entran en juego diversos y contrapuestos derechos constitucionales, su ponderación no se puede dejar enteramente a la interpretación del juez (y en particular del juez constitucional), sino que encuentra su sede “natural” en la voluntad del legislador que, en cualquier caso, debe actuar bajo el criterio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad.

Al mismo tiempo, la tutela administrativa de los derechos de la persona adquiere un papel creciente, siendo entendida desde la perspectiva tanto de la intervención directa de la administración para reforzar determinadas posiciones subjetivas, como de la disposición de adecuados órganos de tutela.

Por lo que se refiere al primer aspecto, se ha señalado oportunamente que en las sociedades contemporáneas la efectividad de los derechos precisa

49 Así, Pace, *op. cit.*, nota 46, pp. 109 y ss.

de un cierto protagonismo de la administración pública.⁵⁰ Su intervención es determinante para la erogación de servicios específicos cuya existencia es necesaria para asegurar los derechos fundamentales de la persona. Piénsese, sobre todo, en aquellos derechos compuestos no sólo de un contorno negativo —prohibición de injerencia—, sino también de un perfil positivo —posibilidad de elección entre varias opciones—. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la educación (que implica la existencia de una pluralidad de centros de enseñanza, diferentes en cuanto a metodología e ideología, privados y públicos), del derecho a la libertad de culto y de religión (que precisa de medidas dirigidas a favorecer la edificación de lugares de culto y a la financiación de las diversas Iglesias), del derecho al medio ambiente y a la salud (que reclama instituciones de cura, de vigilancia y de prevención), o del pluralismo de los medios de información. Por otra parte, en las formas de Estado social la intervención activa de la administración es necesaria para asegurar el respeto del principio de no discriminación en el aprovechamiento de determinados servicios básicos, conectados con el disfrute de derechos fundamentales de la persona.⁵¹

50 Por ejemplo, Retortillo, Martín, *op. cit.*, nota 30, pp. 11 y ss.; Retortillo, Martín, “La administrativización de los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, nota 30, pp. 9 y ss.

51 Sobre la cuestión, véase Alonso García, “Los límites de

Además, no debe olvidarse, que por lo que se refiere a la administración el ciudadano no es sólo un usuario, sino *in primis* el titular de un derecho. En el centro del sistema constitucional se encuentra la persona, hombres y mujeres portadores de exigencias materiales y concretas, en razón de las cuales a los derechos del ciudadano les corresponde un simétrico deber de la administración de naturaleza organizativa, la cual debe crear institutos y disciplinar procedimientos coherentes.⁵²

En definitiva, la acción de la administración pública es importante para garantizar el libre ejercicio de los derechos constitucionales, para financiar actividades, pero también para introducir instrumentos de tutela no jurisdiccional dirigidos a sancionar los episodios de mala administración (*desgobierno, bureaupathologies*), sucesos que son susceptibles de menoscabar el efectivo disfrute de posiciones subjetivas constitucionalmente tuteladas.⁵³

la justicia constitucional; la constitucionalización de los derechos prestacionales del *welfare state* en Norteamérica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, pp. 149 y ss.

52 Sobre la cuestión, permítase el reenvío a Rolla, “Autonomie locali e diritti di cittadinanza”, *Valori costituzionali e pubblica amministrazione*, Florencia, 1994, p. 61.

53 A este propósito, es significativa la difusión del instituto del *Ombudsman*, que constituye el instrumento más extendido a nivel comparado junto con la justicia constitucional. Sobre la

V. LA CIRCULACIÓN DE LOS MODELOS
CULTURALES Y LA INFLUENCIA RECÍPROCA
ENTRE EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL
Y EL NACIONAL

En un mundo cada vez más integrado es evidente la crisis de autosuficiencia de los Estados, la utilidad de realizar una circulación vital de los modelos culturales y jurídicos, así como la necesidad de que en la base de los diversos derechos nacionales se consolide un derecho jurisprudencial —entendido en su acepción cultural, como comprensivo de las aportaciones tanto de la jurisprudencia como de la doctrina— común.

En el ámbito de los derechos de la persona tal exigencia se manifiesta de forma particular, si se tiene en cuenta la tendencia *universalizadora* presente en la protección de la persona y en el reconocimiento de sus derechos; pero al mismo tiempo, puede asegurarse mejor en ésta que en otras áreas del derecho como consecuencia tanto de la existencia de

cuestión, véase varios autores, *L'Ombudsman*, Turín, 1974; Vergottini de, "Ombudsman", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIV, 1979, pp. 879 y ss.; Fairén Guillén, "El Ombudsman en México", *Revista de Estudios Políticos*, 1995, pp. 9 y ss.; Stacey, *Ombudsman compared*, Oxford, 1978; Calderón, *El Ombudsman y la protección de los derechos humanos*, México, 1992.

cartas, documentos y declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales —ya universales, ya geográficamente circunscritas—, como de la presencia en los textos constitucionales de codificaciones de dichos derechos bastante similares. Baste considerar, por una parte, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, la Convención Americana, la Carta Islámica y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos y, por otra parte, los textos constitucionales más recientes de ciertos países, para advertir cómo se ha llevado a cabo un sustancial trasvase desde las codificaciones internacionales a las nacionales, a menudo reforzado por la presencia en la Constitución de cláusulas dirigidas a conferir valor de norma constitucional a los acuerdos y a las declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales de la persona.⁵⁴

La presencia de normas internacionales con relevancia jurídica —directa o indirecta— en los ordenamientos nacionales constituye un elemento peculiar de la actual fase jurídica, en cuanto introduce algunos

54 A este propósito es emblemática la Constitución de Sudáfrica, cuya parte dedicada al *Bill of Rights* reproduce sustancialmente buena parte de las disposiciones codificadas en las cartas internacionales de derechos. La misma tendencia se advierte también en las recientes cartas constitucionales de los Estados de Europa central y oriental. Sobre la cuestión, véase Wieruszewsky, *op. cit.*, nota 5, pp. 187 y ss.

correctivos al principio de autodeterminación estatal, que ha constituido en muchos casos un freno a la difusión de determinados derechos fundamentales de la persona y a la introducción de formas sustanciales de tutela. En el pasado, el derecho constitucional ha vivido una contradicción entre —por un lado— la tendencia a disciplinar en el ámbito internacional los derechos de la persona, codificando catálogos muy amplios y avanzados y, por otro, su no directa vinculabilidad dentro de los concretos ordenamientos.

Esta dicotomía había permitido a los regímenes autoritarios firmar acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y, al mismo tiempo, adoptar una legislación fuertemente restrictiva de los mismos. Actualmente, sin embargo, el perfeccionamiento de los institutos constitucionales, unido a un crecimiento de la sensibilidad social sobre la materia, ha favorecido un proceso de ósmosis entre las normas de los respectivos ordenamientos, proceso que —incluso sin producir un sistema normativo unitario— ha actuado de tal forma que ha hecho que el principio constitucional de la soberanía nacional no represente un escudo frente a la aplicación directa de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona.

El proceso ha sido cualquier otra cosa menos lineal y carente de resistencias, no sólo de natura-

leza política —en cuanto a la especificidad de los diversos regímenes políticos— sino también de tipo cultural e institucional —conectadas con la relevancia atribuida al principio de estatalidad o de soberanía nacional—. En el primer caso, se puede hacer referencia a las áreas geográficas que han resultado ser impermeables a la extensión de las normas de tutela internacional en los ordenamientos internos, sobre la base de consideraciones ideológicas (China) o religiosas (Islam). En la segunda hipótesis, viene de forma espontánea la referencia al planteamiento restrictivo asumido en el contexto europeo por Francia. En este sentido, es interesante resaltar que el Consejo Constitucional francés —diferenciándose por ello ampliamente de la jurisprudencia desarrollada por los tribunales constitucionales europeos—⁵⁵ ha afirmado repetidas veces su propia falta de competencia para declarar la ilegitimidad constitucional de las leyes francesas por lesionar las normas contenidas en un acuerdo internacional, incluso si el mismo se refería a los derechos fundamentales. Según el *Conseil*, las normas del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre no serían idóneas para servir de parámetro en un juicio

55 *Cfr.*, sobre la cuestión, varios autores, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1979; Cocozza, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Turín, 1994.

de constitucionalidad pudiéndose utilizar solamente como criterio para la interpretación de los derechos y de las libertades directamente tuteladas a través del preámbulo de la Constitución.⁵⁶

En el ámbito de la tutela de los derechos de la persona, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales un círculo virtuoso, de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmática como práctica.⁵⁷

56 Véase Rousseau, "L'integration de la Convention européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité", *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, París, 1990, pp. 117 y ss.

57 Tal tendencia ha sido evidenciada y valorada positivamente, entre otros, por Cartabia, *Pincipi inviolabili e integrazione europea*, Milán, 1995; varios autores, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, 1984; Tomuschat, "National Implementation of International Standard on Human Rights", *Canadian Human Rights Yearbook*, 1984-1985, pp. 31 y ss.; Pérez Luño, "El derecho constitucional común europeo: apostillas en torno a la concepción de Peter Häberle", *Revista de Estudios Políticos*, 1995, pp. 165 y ss.; Martineau, "Interpreting the Constitution: the Use of International Human Rights Norms", *Human Rights Quarterly*, 1983, pp. 87 y ss.; Graefrath, "How Different Countries Implement International Standard on Human Rights", *Canadian Human Rights Yearbook*, 1984-1985, pp. 3 y ss.; Drzemczewski, "The Impact of the ECHR in Poland", *European Human Rights*, 1996, pp. 261 y ss.; Rechia, "Corte di giustizia delle Comunità europee

En primer lugar, dicho proceso osmótico permite al derecho nacional especificar e implementar los estándares de tutela definidos en el ámbito internacional; al igual que atribuye al derecho internacional la potestad de ampliar las normas directamente aplicables por los jueces nacionales, vinculantes a su vez para el legislador por su rango constitucional. Tal proceso tiene lugar asignando a las disposiciones de las convenciones internacionales la doble naturaleza de fuentes productoras de normas internacionales y de normas constitucionales; lo que se determina, sobre todo, o bien al reconocer la aplicación directa de las convenciones sobre derechos fundamentales de la persona, o bien al aplicar el principio de que en caso de conflicto las normas internacionales deben considerarse en cualquier caso prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias, sin necesidad de admitir en este último caso la aplicabilidad directa de las normas internacionales.

e tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana y tedesca”, *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milán 1991, pp. 123 y ss.; varios autores, *L’Unione europea e i diritti dell’uomo*, Roma, 1995; Comoglio, “Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva europea”, *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, Milán, 1995, pp. 1025 y ss. Véase también Pagano, “I diritti fondamentali nellà Comunità europea dopo Maastricht”, *Rivista di Diritto Europeo*, 1996, pp. 163 y ss.

Intentando reconducir a una síntesis esquemática las tendencias en presencia, algunos autores han individualizado tres técnicas para conseguir una incorporación sustancial de los derechos y de las garantías tuteladas en el ámbito internacional dentro del ordenamiento doméstico: la incorporación directa a través de la previsión de cláusulas constitucionales expresas; la incorporación indirecta llevada a cabo por la jurisprudencia por vía interpretativa; y la *mirrored or equivalent incorporation*, que se efectúa a través de la reproducción en los textos constitucionales de disposiciones que reflejan las que se encuentran en los documentos internacionales.⁵⁸

De este modo, se crean los presupuestos para implementar los contenidos de los derechos reconocidos por las concretas Constituciones, haciendo resaltar una especie de *Bill of Rights* no escrito, con capacidad para servir de criterio interpretativo y, en el caso de cuestiones de legitimidad constitucional, de normas interpuestas.⁵⁹ Cada vez más las normas

58 Cfr. Paust, *Incorporating human rights into domestic constitutional law*, Texas, (s.d.). Véase también Bon, *op. cit.*, nota 35, pp. 54 y ss.

59 Varios autores, "Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?", *Revue Française de Droit Administratif*, 1993, pp. 849 y ss.; Martineau, *op. cit.*, nota 57, pp. 87 y ss.; Tomuschat, *op. cit.*, nota 57, pp. 31 y ss.

internacionales constituyen —especialmente en los ordenamientos constitucionales que se han abierto más recientemente al constitucionalismo— la piedra angular para las *new human rights policies*.⁶⁰

En segundo lugar, el mencionado proceso de ósmosis favorece la creación de un derecho común, utilizable tanto por los órganos supranacionales como por los nacionales, derecho común que constituye la base unitaria de la tutela de los derechos de la persona en un determinado ámbito geográfico supranacional. Dicho resultado se alcanza tanto reconociendo las tradiciones constitucionales de los concretos Estados, como haciendo referencia a las codificaciones internacionales y, sobre todo, a la interpretación que han dado de las mismas los jueces internacionales. No obstante, otros elementos se revelan como necesarios, como la adhesión a un método interpretativo común, la existencia de formas significativas de unidad cultural, o la aceptación de un sistema de valores suficientemente homogéneo.

Por tales razones, esta segunda perspectiva del proceso de influencia entre los ordenamientos nacionales y supranacionales se encuentra de forma más circunscrita que la primera y, sobre todo, situada en realidades de antigua y más consolidada tradición jurídica común, como la de los países de

60 Así, Wieruszewsky, *op. cit.*, nota 5, p. 193.

la Europa continental.⁶¹ En concreto, y por lo que se refiere a Europa, se pueden mencionar —por ejemplo—, por una parte el artículo F2 del Tratado de Maastricht, según el cual

La Unión respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, en cuanto principios generales del derecho comunitario;

o bien la Declaración de las Libertades y de los Derechos Fundamentales aprobada por el Parlamento Europeo en abril de 1989, donde se habla de la existencia de una “comunidad de derechos fundada en el resto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales”. Por otro lado, se puede hacer referencia a los artículos de las diversas Constituciones que prevén que las disposiciones relativas a los derechos y a las libertades fundamentales reconocidas por la Constitución, deben ser interpretadas de conformidad con la Declaración Uni-

61 Cfr. Predieri, “Il diritto europeo como formante di coesione e come strumento di integrazione”, *Il diritto dell’Unione Europea*, 1996, pp. 5 y ss. Véase también Cartabia, *op. cit.*, nota 57; Pérez Luño, *op. cit.*, nota 57, pp. 165 y ss.; Coccozza, *op. cit.*, nota 55.

versal de los Derechos Humanos y con los tratados y los acuerdos ratificados sobre la materia.⁶²

Del conjunto de estos fenómenos deriva la formación de tradiciones constitucionales comunes capaces de homogeneizar los niveles de tutela de los derechos de la persona, con independencia del ordenamiento estatal de referencia. Si, por un lado, los derechos fundamentales forman parte de los principios fundamentales del derecho comunitario; si —por otro lado— los derechos constitucionalizados por los concretos ordenamientos concurren en la definición de las tradiciones constitucionales comunes, de ahí se deduce que los niveles constitucionales de tutela tienden a homogeneizarse⁶³ y, al mismo tiempo, a enriquecerse. En efecto, se ofrece al ciudadano la posibilidad de acudir a una doble jurisdicción: dirigiéndose al juez nacional para solicitar la aplicabilidad de una norma de derecho internacional; o bien, recurriendo ante el juez internacional para que compela al propio Es-

62 Cfr., por todos, el artículo 10 de la Constitución española.

63 Cfr. varios autores, *Human Rights and the European Community, Methods of Protection*, Baden-Baden, 1991; Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1989; López y Medel, “Tendencias últimas de la política comunitaria de derechos humanos”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 123, 1995, pp. 25 y ss.; varios autores, *The European System for the Protection of Human Rights*, Nijhoff, 1993.

tado a dar aplicación a sus obligaciones internacionales.⁶⁴

Una tercera consecuencia conectada con la formación de un *ius commune* en materia de derechos fundamentales, está constituida por la ampliación del catálogo de los derechos reconocidos en el ámbito nacional, tanto por vía normativa como jurisprudencial. Particularmente, la implementación normativa tiene lugar a través de la incorporación en la Constitución de las normas internacionales sobre los derechos fundamentales, o bien reconociendo a dichas normas una fuerza superior a la de la ley ordinaria.

En este sentido, se puede mencionar la interesante experiencia de numerosos Estados de América Latina. La Constitución de Ecuador dispone que los derechos contenidos en las convenciones tienen valor constitucional (artículo 137), igual que la de Perú (artículo 103). Sin embargo, las Constituciones de la República Dominicana (artículo 32) y de Guatemala (artículo 144) incorporan en el derecho interno las normas de los tratados, confiriendo a las mismas el rango de leyes constitucionales.

64 Pero también se están difundiendo con éxito disposiciones constitucionales con una estructura similar, pudiéndose encontrar en las cartas constitucionales más recientes tanto de los Estados de Europa oriental como de África.

Más articulada es la solución adoptada por la nueva Constitución argentina, cuyo artículo 75.22 afirma que las declaraciones universales en materia de derechos de la persona deben considerarse complementarias de los derechos tutelados por la Constitución y, si son ratificadas con ley aprobada por los dos tercios de los miembros de cada Cámara, asumen una fuerza jurídica superior a la de la ley y a la de otros tratados internacionales.⁶⁵

65 A este propósito es interesante recordar la experiencia de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, que puede obligar a un Estado no sólo a remover las causas que han producido la lesión de un derecho fundamental, sino también a resarcir a la persona a través de la justa indemnización correspondiente. Acerca de dicha experiencia, véase Buergenthal, Nomis y Schelton, *op. cit.*, nota 6; Medina, "The Interamerican Commission on Human Rights and the Interamerican Court of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, 1990, pp. 439 y ss.; Fix-Zamudio, "Judicial Protection of Human Rights in Latinameric and the Interamerican Court of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, pp. 387 y ss.; Buergenthal, *Protecting Human Rights in the Americas*, Estrasburgo, 1982. Por otra parte, merece señalarse por su peculiaridad la específica tutela ofrecida a los palestinos que residen en los territorios ocupados militarmente por el Estado de Israel. En efecto, dichos palestinos pueden acudir a la Alta Corte de Justicia contra los actos de los gobernadores de los territorios ocupados considerados lesivos de los derechos fundamentales de la persona, asumiendo como parámetro la normativa internacional. A ese propósito, véase Etzion, *op. cit.*, nota 23, París, 1970.

Por su parte, la implementación jurisprudencial de los derechos es posible si se utiliza el criterio de la interpretación constructiva, con base en la cual la normativa nacional debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance que los propios derechos tienen en el ámbito internacional. Del mismo modo que se puede apelar al principio garantista, por el cual, ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permita con mayor efectividad “dar desarrollo a la eficacia jurídica” de un determinado derecho.

Al operar de esta forma se introduce un factor de dinamismo en la interpretación de los derechos fundamentales cuanto menos interesante, desde el momento en que se predispone a los catálogos nacionales —casi de forma natural— a la apertura hacia la consideración de nuevas situaciones subjetivas. Una posición favorable a un desarrollo extensivo de la referida posibilidad ha sido asumida a través de una de sus decisiones por la Corte Americana de los Derechos del Hombre, con sede en San José de Costa Rica, la cual ha considerado aplicables directamente todas las convenciones en materia de derechos humanos, incluso las no ratificadas (por ejemplo, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre), y también las normas relativas a dichos derechos consolidadas a nivel internacional. Esta significativa am-

pliación del parámetro ha sido motivada con el argumento de que el fin que debe ser logrado por los diferentes ordenamientos consiste en todo caso en la exigencia de asegurar la mejor y más amplia tutela de los derechos de la persona.⁶⁶

VI. LA ESENCIALIDAD DEL PRINCIPIO PERSONALISTA

Por regla general, los ordenamientos constitucionales sitúan en el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales a la persona humana, y su función es la de garantizar y favorecer el desarrollo de dichos derechos. Sin embargo, debe precisarse que la persona a la que los textos constitucionales reconocen una posición de centralidad no es el individuo aislado, entendido como “mónada constitutiva del Estado moderno”⁶⁷ contrapuesta a la sociedad organizada, sino la persona considerada en su proyección social.⁶⁸ En efecto, en el constitucionalismo contemporáneo el hombre y la mujer son considerados en su calidad

66 Cfr. Medina, *op. cit.*, nota 65, pp. 439 y ss.

67 Así V. E., Orlando, “Del fundamento político della rappresentanza politica”, *Diritto pubblico generale*, Milán, 1954, p. 422.

68 Cfr. Occhoicupo, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, Milán, 1984; Ferri, “Persona umana e formazioni sociali”, *Diritti fondamentali dell'uomo*, Milán, 1977, pp. 71 y ss.

de personas históricamente determinadas, inmersas en la sociedad; los sujetos tutelados por las Constituciones no son individuos abstractos, sino personas concretas consideradas en su existencia histórica y material. En otros términos, se asiste al paso de una visión atomista a una visión social de la persona humana.⁶⁹

Esta particular proyección del principio personalista se conecta con la evolución del Estado social en los países de democracia madura; mientras que en los Estados que se han inspirado más recientemente en los principios propios del constitucionalismo, dicha proyección se inspira en un particular enlace con las propias tradiciones históricas y étnicas.

En el primer caso, existe una estrecha correlación entre los derechos conectados con el principio de libertad y los que lo están con el principio de igualdad, o bien —como se suele afirmar de forma más sintética— entre derechos civiles y derechos sociales. Ambos constituyen articulaciones del mismo

⁶⁹ A este propósito, es interesante recordar que durante los trabajos preparatorios de la Constitución alemana se propuso precisar que el catálogo de derechos se refería “a nuestro pueblo de nuestro tiempo”, fórmula reductiva en cuanto podría ser interpretada en el sentido de excluir “una tutela igual para los extranjeros”, pero conceptualmente importante en cuanto habría puesto de manifiesto la historicidad de la noción de persona humana.

rango de la categoría más general de los derechos de la persona, de los *human rights*, desde el momento en que se muestran como igualmente necesarios para garantizar el desarrollo y la promoción de la personalidad humana, para lograr aquella *pursuit of hapiness* que de manera emblemática fue colocada en la base del constitucionalismo por los constituyentes americanos.

En otros términos, existe complementariedad entre la esfera de la libertad y la de la igualdad, complementariedad que no reproduce otra cosa que la dialéctica entre los valores primarios de la sociedad civil y organizada, reconocidos y garantizados por la casi totalidad de las Constituciones contemporáneas: por un lado, individualismo, librecambismo, igualdad formal; por otro lado, solidaridad, promoción social e igualdad material.⁷⁰ Sin duda es cierto que una extendida y autorizada doctrina tiende a

70 A este propósito, véase Cheli, "Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana", *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milán, 1995, p. 1773; Luciani, "Sui diritti sociali", *Scritti in onore di M. Mazziotti di Celso*, Milán, 1995, pp. 97 y ss.; Díez-Picazo, *The constitutional aprotection of social rights, some comparative remarks*, Florencia, 1997; Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988; Pace, "Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei", *Piero Calamandrei, ventidue saggi su di un grande maestro*, Milán, 1990, pp. 303 y ss.

diferenciar —no sólo con fines clasificatorios, sino también desde la perspectiva de la naturaleza y de las formas de garantía—, los derechos llamados “clásicos” de los derechos de carácter social, económico o cultural, partiendo de la consideración de que no pueden conceptuarse como fundamentales derechos que dependen para su efectividad del presupuesto del Estado y de la cantidad de los recursos económicos disponibles;⁷¹ de la misma forma que no se puede dejar de considerar que las codificaciones internacionales distinguen los derechos de un tipo y del otro, incorporándolos en diferentes convenios.

A pesar de lo que se acaba de referir, en nuestra opinión se pueden compartir los planteamientos que tienden a despotenciar la tutela constitucional de los derechos sociales y económicos, considerándolos —a diferencia de los de libertad, tenidos por fundamentales e inviolables— condicionados, es decir, dependientes de la cantidad de recursos disponibles. Por una parte, su presencia en diferentes actas de derecho internacional se muestra más como el fruto de una necesidad política que estrictamente jurídica y, además, la referida diferenciación no aparece en la estructura más reciente de las Constituciones nacionales. Por otra parte,

71 Así, Stern, *op. cit.*, nota 27, p. 264.

la circunstancia de que los derechos sociales sean susceptibles de debilitación en el momento en que entren en conflicto con los tradicionales derechos civiles y políticos no deberían incidir en su posición constitucional, sino más bien en el modo de ser disciplinados, en su conformación.

Nada impide que dentro de la categoría de los derechos fundamentales se puedan reconducir tanto derechos originarios, que despliegan directamente todas las facultades previstas por los constituyentes, como derechos derivados que necesitan de la *interpositio legislatoris*, es decir, que precisan de una sucesiva intervención dirigida a disponer la organización y la erogación de las prestaciones necesarias para hacerlos efectivos.

El principio personalista, interpretado en conexión con la consolidación del Estado social, valoriza las perspectivas subjetivas que se refieren a la formación de la identidad personal, entendida como libertad de elección, de determinación autónoma.⁷² Del mismo modo que ofrece una lectura más evolucionada del principio de igualdad, en el sentido de que el reconocimiento de la paridad entre las personas y de la prohibición de diferenciaciones

⁷² A este respecto, es interesante señalar que la Constitución de Sudáfrica ha incluido entre los derechos fundamentales de la persona también el reconocimiento de la propia *sexual orientation*.

irrazonables no debe traducirse en el desconocimiento de las múltiples diversidades —individuales y colectivas— que componen la sociedad contemporánea, de lo que se deriva la necesidad de reconocer y garantizar las muchas diferencias que recorren la sociedad.⁷³

Sin embargo, el principio personalista es desarrollado por numerosas constituciones también desde la perspectiva diferente, que considera la caracterización colectiva e histórica de la persona, su formar parte de un grupo social más amplio y dotado de una destacada individualidad. De este modo, también la tutela de la identidad cultural de la comunidad en la que el individuo vive asciende al rango de característica esencial del derecho a la identidad personal.

La codificación constitucional del derecho a la identidad cultural se encuentra presente de modo particular, por una parte en los ordenamientos constitucionales que han nacido de la crisis del colonialismo o que se encuentran expuestos a nuevas formas de colonialismo político y cultural, y por otra parte allí donde viven concretos grupos étnicos

73 Véase Barile, “Eguaglianza e tutela delle diversità in Costituzione”, *Quaderni Costituzionali*, 1994, pp. 53 y ss.

originales a los que la Constitución reconoce —por el respeto a su historia— un *status* particular.⁷⁴

En la misma perspectiva se sitúa el reconocimiento de la autonomía de las comunidades de base como verdadero y propio derecho constitucional, lo que, por otra parte, estaba presente —por ejemplo— en la Constitución del *Reich* de 1849, cuyo artículo 184 colocaba los derechos de autonomía de los municipios entre los derechos fundamentales tutelados por la Constitución; o bien en la vigente Constitución española, cuyo artículo 2o. reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones.

Una evolución plena y lineal del carácter personalista de los derechos fundamentales encuentra, en su impacto con la experiencia histórica, algunos obstáculos que no han sido aún superados por soluciones satisfactorias, aunque sean formalmente correctas.

Uno de esos obstáculos lo constituye el hecho de que los derechos de la persona (potencialmente

74 Piénsese, por ejemplo, en la Constitución de Nicaragua, que atribuye a las comunidades de la Costa Atlántica el derecho a conservar y desarrollar la propia identidad cultural dentro de la unidad nacional, y de dotarse de formas propias de organización social, administrativa y económica (artículo 89); o en la Constitución de Paraguay, que afirma que los pueblos indígenas son grupos culturales anteriores a la formación del Estado y reconoce, en caso de conflictos, la preeminencia del derecho consuetudinario indígena.

universales), una vez positivizados tienden a transformarse en derechos del ciudadano en los concretos ordenamientos. Numerosos derechos que las convenciones internacionales atribuyen a todas las personas, acaban por corresponder sólo a aquéllos que poseen el *status civitatis*. Sin duda es cierto que en las Constituciones contemporáneas han aumentado notablemente los derechos del extranjero y que tanto la presencia de cláusulas que reenvían a las convenciones internacionales, como la preeminencia de interpretaciones extensivas de las disposiciones constitucionales, han hecho evolucionar el *status* jurídico del extranjero.⁷⁵ Sin embargo, la ciudadanía permanece —por el momento— como la clave de bóveda del sistema de las garantías, hasta el punto de que algunos autores —incluso a la luz de su dramática experiencia histórica— no dudan en afirmar que los derechos de la persona no tienen ningún valor fuera de la tríada “Estado-pueblo-territorio”.⁷⁶

75 Véase, por lo que concierne a la situación italiana, Dorazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padua, 1992; Melica, *Lo straniero extracomunitario*, Turín, 1996; varios autores, *Inmigrazione e condizione dello straniero*, Padua, 1989; Capotorti, “Incidenza della condizione di straniero sui diritti dell'uomo internazionalmente protetti”, *Studi in onore di G. Sperduti*, Milán 1984, pp. 451 y ss.

76 Así, Arendt, *The origins of totalitarianism*, Nueva York, 1973. En Italia, véase Ferrajoli, “Cittadinanza e diritti fondamentali”, *Ordine, conflitto e libertà nei grandi mutamenti del*

Como razonamiento a *contrariis* y confirmación a su vez de la estrecha conexión que se mantiene entre *status libertatis* y *status civitatis*, se puede señalar que los diferentes ordenamientos prohíben, precisamente como garantía de las libertades fundamentales, la pérdida de la ciudadanía como sanción o pena: La Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha considerado inconstitucional una ley que preveía como pena la pérdida de la ciudadanía, en cuanto tal sanción constituía un *cruel and inusual punishment*, prohibido en cuanto tal por la VIII enmienda de la Constitución.

En una situación en la que los confines estatales no constituyen ya rígidas demarcaciones, el problema de reducir al mínimo las distinciones entre ciudadanos y personas respecto del disfrute de las garantías y de los derechos constituye una cuestión ardua pero ineludible. Algunos pasos en esta dirección ya se han dado. Así, a nivel procesal, muchos tribunales han adoptado la extensión de las mismas garantías procesales —y entre ellas el derecho a la asistencia legal y a un proceso justo— a todas las personas, incluso en aquellos ordenamientos en los

nostro tempo, Turín, 1995, pp. 255 y ss.; Senese, “Cittadinanza, etnocentrismo, diritti fondamentali”, *Immigrati non cittadini?*, Milán, 1989, pp. 175 y ss.

que dicha posibilidad no se encuentra codificada. Por otra parte, y por vía interpretativa, se ha atribuido el disfrute de determinados derechos también a los no ciudadanos, a través de la apelación al carácter vinculante de las declaraciones y de las convenciones internacionales. Por último, en otros ordenamientos tal extensión ha sido posible gracias al principio internacional de reciprocidad y a la previsión de tratamientos específicos en favor de los refugiados políticos. Pero sobre todo es interesante llamar la atención acerca de cómo el desarrollo de ordenamientos supranacionales determina una ampliación de la propia noción jurídica de ciudadanía.⁷⁷

Un segundo problema se conecta —como reconoce la doctrina prevalente— con el hecho de que la base personalista de los derechos lleva a que los titulares de los derechos no puedan ser agrupaciones; es decir, se niega que subsista en el ámbito nacional un derecho a la identidad colectiva, como proyección social del derecho individual a la identidad personal. Y sin embargo algunas actas internacionales hacen referencia a la existencia de derechos con vocación colectiva, por ejemplo: el Pacto

⁷⁷ Cfr. Lippoois, *La cittadinanza europea*, Bolonia, 1994; Pensovecchio, *La cittadinanza europea, i diritti dei cittadini dell'Unione Europea*, Palermo, 1994; Bedeschi y Lalducci, *Cittadinanza europea e extracomunitari*, Padua, 1995.

Internacional de los Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de las minorías a tener una vida cultural propia (artículo 27); mientras que la Carta Africana afirma el derecho de autodeterminación como instrumento de garantía para tutelar la propia identidad cultural. Además, el problema se ha planteado en diversas ocasiones ante los tribunales internacionales, los cuales han resuelto el contencioso generalmente recurriendo al derecho internacional y aplicando los criterios fijados por la ONU para que sea reconocido el derecho a la autodeterminación. No obstante, somos de la opinión de que en el problema de la autodeterminación y de la tutela de la identidad histórica y cultural está presente también una perspectiva doméstica, que es reconducible al reconocimiento de la autonomía de las colectividades locales como verdadero y propio derecho constitucional. En este contexto, la autonomía representa un derecho de las comunidades territoriales, no ya una mera característica organizativa de un ente público.

VII. CODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

Al clasificar y hacer un elenco de los derechos de la persona, las Constituciones recurren a terminologías diferentes. El término lingüístico utilizado es tan variado —se habla de derechos fundamentales, derechos de libertad, derechos constitucionales, derechos humanos— que puede ocasionar incertidumbres. Con fines sistemáticos se revela poco útil el recurso al mero referente lingüístico —en el caso en que los constituyentes hayan optado por introducir diferenciaciones terminológicas—, o bien al criterio clasificatorio —dirigido a determinar dentro de qué título o junto a qué otros derechos un determinado derecho ha sido reconocido y regulado—. En efecto, no debe olvidarse que la estructura de los catálogos de las libertades y de los derechos se resiente de muchos factores que inducen a dudar de su rigor absoluto; mejor dicho, como ha sido resaltado, una de las características de las formulaciones constitucionales en materia de derechos “es precisamente la de una carencia casi absoluta de sistematización”.⁷⁸

⁷⁸ Así, Castro Cid, “Derechos humanos y Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, 1980, p. 132.

En nuestra opinión, resulta más útil buscar el núcleo unificante *aglutinador* capaz de reducir a unidad sistemática las diversas posiciones subjetivas incluidas en la esfera de los derechos fundamentales y de distinguirlas de otras, igualmente presentes en la Constitución pero dotadas de una tutela menos intensa. Dicho núcleo debería hallarse en cláusulas generales específicas que las Constituciones hacen preceder comúnmente a la codificación de los concretos derechos y que pueden ser reconducidas por su tipología a dos categorías distintas —pero coordinadas funcionalmente—, según permitan una ampliación y una implementación de las posiciones jurídicas tuteladas a través de un reenvío a la normativa extranacional, o bien logren dicho resultado en virtud de una interpretación evolutiva y constructiva de los diferentes derechos fundamentales pertenecientes a la persona.

Se encuentran dentro de las cláusulas del primer tipo el artículo 10.2 de la Constitución española (Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España), o el artículo 16 de la Constitución portuguesa (las disposiciones constitucionales y legales relativas a los derechos fundamentales

deben ser interpretadas e integradas en armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos). Entre las cláusulas del segundo grupo se pueden contar, por ejemplo, el artículo 2o. de la Constitución italiana (la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea individualmente considerado, ya en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad), el artículo 2o. de la Constitución alemana (Todos tienen derecho a desarrollar libremente su propia personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país), o el artículo 44 de la Constitución de Guatemala (Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana).⁷⁹

Estas cláusulas son estructural y funcionalmente diferentes de otras —presentes incluso de manera amplia en los textos constitucionales— que inciden sobre las modalidades de ejercicio de los derechos de la persona. En las Constituciones se encuentran

⁷⁹ Sin embargo, excluyen la posibilidad de recurrir a cláusulas abiertas otras Constituciones como por ejemplo, la austriaca. En este sentido, véase Ohlinger, “Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, Cour constitutionnelle autrichienne”, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Aix, 1987, p. 346.

disposiciones de contenido jurídico indeterminado,⁸⁰ las cuales pueden resultar —por una parte— ambivalentes y neutras respecto del problema de la ampliación de las posiciones subjetivas tuteladas (piénsese en las fórmulas que se refieren al interés general o al bien común), y por otra son susceptibles de ser utilizadas para limitar el ejercicio o suprimir el propio disfrute de los derechos de la persona —como es el caso de las referencias contenidas en muchos textos constitucionales acerca de los conceptos de “moral”, de “orden social”, o de “seguridad”—.⁸¹

Del mismo modo, están extendidas las cláusulas de apertura genérica al reconocimiento de futuros derechos no enumerados en el momento, cláusulas

80 Con tal expresión se hace referencia a las cláusulas que, proponiéndose limitar las tensiones que se producen de forma natural entre la realidad jurídica y la social a través de la subsunción de elementos propios de otras disciplinas dentro del fenómeno jurídico, no pueden ser interpretadas con definiciones jurídicas sino recurriendo a conceptos y fórmulas metajurídicas.

81 Véase sobre la cuestión varios autores, *Costituzione de emergenza in America Latina*, Turín, 1997; Haba, “Interpretaciones de los derechos humanos. El problema de los conceptos indeterminados y la doctrina de la seguridad nacional en el constitucionalismo latinoamericano”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1985, pp. 89 y ss.; Morelli, *La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno, la Legge fondamentale di Bonn comparata con le Costituzioni francese e italiana*, Milán, 1966.

que se remiten a la conocida fórmula de la Constitución de los Estados Unidos según la cual la enumeración de determinados derechos no debe interpretarse como negación o restricción de otros.⁸² Como se ha señalado, dichas cláusulas confían al juez la tarea no tanto de implementar los derechos de la persona, como de interpretar el sentir social del momento teniendo presente “un conjunto de derechos controvertidos” en cuanto a su subsistencia o alcance objetivo.⁸³

Las fórmulas a las que nos referimos —y que hemos mencionado en los inicios del presente punto—, permiten al legislador y al juez ofrecer a la persona una mayor y más articulada tutela a través de una interpretación tanto evolutiva, como integrativa y creativa de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales de la persona.

Una interpretación que relegue dichas fórmulas al rango de una mera expresión que resume y anticipa el catálogo de los derechos contenidos en los artículos sucesivos, se muestra como poco convincente. Por un lado, porque una interpretación rigurosamente selectiva acaba por no considerar a la persona en su unidad, tutelando los concretos per-

82 La misma fórmula se encuentra, por ejemplo, en el artículo 35 de la Constitución de Bolivia, o en el artículo 39 de la Constitución de SudrÁfrica.

83 Así, Dworkin, *op. cit.*, nota 45, p. 385.

files de la misma más que a la persona humana en la totalidad de las manifestaciones que concurren a definir su personalidad.⁸⁴ Por otro lado, porque dicho planteamiento se contradice en algunos ordenamientos con el propio dictado constitucional, el cual reconoce explícitamente la existencia de ulteriores derechos fundamentales. Por el contrario, una interpretación abierta de las referidas fórmulas lingüísticas se revela como demasiado incierta y abandonada a una discrecionalidad excesivamente amplia del intérprete, que puede derivar en un excesivo subjetivismo.

En consecuencia, es necesario buscar un punto de equilibrio satisfactorio. En nuestra opinión, una alternativa rígida entre fórmulas “cerradas” o “abiertas”, entre *close-band theories* o bien *free-wheeling theories*, entre cláusulas que contienen disposiciones que remiten a los derechos explícitamente disciplinados por las disposiciones constitucionales —derechos enumerados— o bien que abren el camino a la inserción de ulteriores derechos —derechos innumerados—, es descaminada. La relación existente entre las cláusulas que remiten al principio personalista y los concretos derechos que gozan

84 Pizzorusso, “Delle persone e della famiglia”, *Persone fisiche*, Bolonia, 1930, p. 30.

de una tutela constitucional explícita puede ser reconstruida sobre planos diversos.

En primer lugar, dichas cláusulas constituyen y representan la base constitucional para la interpretación evolutiva, dinámica, de las posiciones subjetivas expresamente reconocidas y garantizadas por las Constituciones. El catálogo de los derechos dirigidos a la promoción de la persona humana no es estático, desde el momento en que las formas a través de las que se logra dicho resultado son susceptibles de implementación. Se pone de manifiesto así la necesidad de consentir una puesta al día del catálogo de los derechos fundamentales, en conexión con las actividades y las exigencias de la persona humana. Sin embargo, es evidente que la individualización de los derechos fundamentales no puede prescindir de un anclaje en las previsiones formales de la Constitución. A tal fin, las cláusulas generales permiten considerar como fundamentales no sólo los derechos reconocidos de forma explícita por la Constitución, sino también aquéllos que se pueden recabar de forma implícita, instrumental y transversal, siempre que sean reconducibles al principio personalista.

En otros términos, las cláusulas generales representan el trasfondo, el *background*, susceptible de dotar de una justificación racional a la jurisprudencia evolutiva de los derechos —de forma sig-

nificativa, la doctrina norteamericana considera tales expresiones *a critical guide to a historically selfconscious moral, political and legal*—. Ofrecen al intérprete una base legal para desarrollar una actividad creativa que puede llegar incluso a resultados cuando menos exagerados, hasta el punto de reconducir al libre desarrollo de la personalidad humana numerosas actividades y comportamientos contrarios a los valores y a los dogmas morales de un determinado contexto social (pornografía, prostitución, etcétera), o bien suficientemente controvertidos en el tejido cultural de un país (aborto, derecho a la contracepción, etcétera).

En otros términos, se puede considerar que las cláusulas generales reconducibles a la personalidad del ser humano, permiten diferenciar el ámbito semántico y el elemento lingüístico de un derecho de su ámbito normativo, siendo éste último la resultante de la interpretación que se afirma en un determinado contexto de esa determinada fórmula lingüística.

En segundo lugar, las cláusulas generales permiten asegurar una continua síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos; en definitiva, entre derecho e historia. Por otra parte, no debe olvidarse que el *we people* que ha dado vida de forma solemne a la Constitución estadounidense, se encontraba constituido por propietarios de la tierra, blancos y de sexo masculino, mientras

que no formaban parte del mismo ni los esclavos, ni los negros, ni los sin voto y las mujeres. A pesar de ello, los derechos codificados por aquéllos (los padres constituyentes) han permitido —aún a costa de luchas ásperas y sanguinarias— una extensión efectiva del principio de igualdad y del principio personalista.

Tales cláusulas permiten orientar también la disputa relativa a la posibilidad de incluir los llamados “nuevos derechos” entre los derechos fundamentales de la persona.⁸⁵ A este propósito, parece oportuno introducir una *summa divisio* entre aquellos derechos que son “nuevos” en cuanto no se encuentran regulados expresamente por el catálogo constitucional, pero que pueden ser extraídos de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales a través de la referencia al principio personalista recogido por las cláusulas generales; y aquellos otros derechos que —sin embargo— son “nuevos” en cuanto que no se encuentran incluidos, ni son icluibles, en el catálogo constitucional

85 Badeni, *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, Buenos Aires, 1995; Ruiz Miguel, *op. cit.*, nota 19, pp. 303 y ss.; Gil Robles, “Apuntes sobre el reconocimiento y tratamiento de los llamados nuevos derechos en algunas constituciones de Latinoamérica”, *La reforma de la Constitución argentina en perspectiva comparada*, Madrid, 1997, pp. 103 y ss.; Pérez Luño, *op. cit.*, nota 19, pp. 203 y ss.

de los derechos fundamentales. De dicho criterio distintivo se deriva, en nuestra opinión, una doble consecuencia.

Ante todo, sólo los primeros pueden contarse plenamente entre los derechos fundamentales de la persona, y gozan de una tutela constitucional igual a la que es propia de los derechos a los que se conecta. Los segundos, por el contrario, poseen una cobertura no constitucional, sino legislativa; forman parte no de la Constitución, sino de la materia constitucional. En consecuencia, el objeto, las formas y los caracteres de la tutela dependen de las elecciones llevadas a cabo en concreto por el legislador.

En segundo lugar, en relación a los primeros puede hablarse sólo formalmente de derechos nuevos, desde el momento en que su presencia es inmanente a las fórmulas constitucionales que disciplinan uno o más derechos fundamentales. La individualización por parte del legislador o de la jurisprudencia no tiene naturaleza creativa en sentido propio, sino meramente *certificadora*; el intérprete explicita y concreta históricamente el alcance de derechos conectados a los valores que ya han sido codificados positivamente. En estos casos lo nuevo no puede entenderse desarraigado de lo viejo, las nuevas posiciones subjetivas —gracias a la intermediación de la cláusula general— fundan sus raíces en el terreno fértil del catálogo constitucional.

VIII. LA DOBLE NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

Por regla general, la naturaleza y el fundamento de los derechos de la persona se reconstruye recurriendo a la filosofía y a la historia del pensamiento político.⁸⁶ Sin embargo, los límites del presente trabajo reclaman que el mismo problema sea afrontado desde una perspectiva más modesta. A tal fin, creo que es útil efectuar el razonamiento desde dos exigencias que han sido subrayadas en tiempos, en formas y en ámbitos bien diversos.

La doctrina anglosajona ha afirmado recientemente —desde una actitud pragmática, pero eficaz— que no es oportuno considerar las Constituciones como la fuente de los derechos de la persona, porque en ese caso una simple enmienda, un acto

86 Véase, por ejemplo, Peces Barba, *Teoría dei diritti fondamentali*, Milán, 1993; Bobbio, *L'età dei diritti*, Turín, 1990; Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1984; varios autores, *A Culture of Rights, the Bill of Rights in Philosophy, Politics, and Law*, Washington, 1991; Baldassarre, "I diritti fondamentali nello Stato costituzionale", *Scritti in onore di A. Predieri*, Milán, 1996, pp. 63 y ss.; Martín y Otto de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988; Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, 1995; Fernández Segado, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, pp. 195 y ss.

de revisión constitucional, podría negarlos legítimamente.⁸⁷ Esta simple observación llama la atención sobre el hecho de que una actitud meramente positivista en el ámbito de los derechos de la persona es totalmente insatisfactoria, en cuanto que es indiferente al problema de la efectividad de la garantía de los derechos de la persona. Incluso sin utilizar reconstrucciones *iusnaturalistas*, esta perspectiva pone el acento sobre el hecho de que el reconocimiento de los derechos de la persona constituye un objeto no disponible, representa un límite sustancial al propio poder de revisión de la Constitución.

Por otro lado, remontándose a los orígenes del constitucionalismo moderno, puede ser útil reflexionar acerca de la afirmación de Jefferson según la cual *we truths to be self-evident that all men are created equal, that they are endowed by their creation with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness*, y hacerlo en particular acerca de la expresión *self-evident*, utilizada para justificar la subsistencia de tales derechos. Incluso en este caso, la referencia a la “autoevidencia” no es una apertura a las teorías del derecho natural, sino que induce más bien a medirse con el concepto de Constitución. Como se ha afir-

87 Cfr. Doolan, *Constitutional Law and Constitutional Rights in Ireland*, Dublín, 1994.

mado de forma autorizada, detrás de la teoría de los derechos fundamentales se encuentra “una determinada idea de la Constitución, en la medida en que ésta ilustra la disciplina jurídica fundamental de las relaciones del individuo y de la sociedad con el Estado”.⁸⁸ En otros términos, la actitud de los constituyentes respecto de los derechos de la persona permite distinguir entre las Constituciones de la libertad y las de la tiranía.

La “verdad evidente” que autolegitima la *fundamentalidad* de los derechos de la persona no está constituida por una verdad externa, impuesta, sino por una verdad racional que deriva del consenso indiscutido acerca de dicha *fundamentalidad*, consenso que se expresa por las personas que, dándose una Constitución, se constituyen en comunidad política.⁸⁹ Es decir, se puede afirmar que es no tanto la naturaleza sino la *polis* la que crea los derechos de la persona como derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la Constitución.

88 Véase Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, 1993; Stern, “Riflessioni sull’interpretazione dei diritti fondamentali”, *Diritto e società*, 1995, p. 231.

89 En cuanto a las teorías de la Constitución, véase, por todos, Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, 1994; Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, Milán, 1994.

Los derechos constituyen, en gran parte de las comunidades políticas contemporáneas, un elemento calificador del pacto que se instaaura entre los ciudadanos, y entre éstos y sus representantes, con el objetivo de la realización de las formas y de las instituciones de la convivencia; derechos que en cuanto tales forman parte del sistema de valores, de la cultura sustancial que se expresa a través de la Constitución. Sólo en estas condiciones y en los referidos términos se puede considerar que los derechos forman parte naturalmente, “evidentemente”, de las Constituciones.

Según dicha perspectiva, no parece arbitrario atribuir a los derechos de la persona una doble naturaleza jurídica. Por un lado, a través de la disciplina de los derechos fundamentales se constitucionaliza un conjunto de garantías y de situaciones jurídicas subjetivas y, por otro lado, algunos de los valores de base del sistema. La terminología empleada por la doctrina a este propósito es variada —algunos hablan de “postulados generales de la sociedad”, otros de “principio institucional”—,⁹⁰ pero se puede señalar una significativa concordancia sobre la cuestión. La propia jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales

90 Véase Stern, *op. cit.*, nota 88, p. 213; Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Florencia, 1993.

parece haber adoptado la misma perspectiva si se tiene en cuenta que, por una parte, el Tribunal Constitucional español se ha referido a “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica”; y por otra parte, el juez constitucional italiano ha hecho referencia a la noción de “principios supremos”.⁹¹

La doble faz de los derechos de la persona actúa de tal forma que los mismos se refieren tanto a las posiciones subjetivas de los individuos, como a los valores que caracterizan al ordenamiento. Y la relación entre los dos elementos es dialéctica, ya que no sólo los derechos confieren expresividad a algunos valores, sino que —por su parte— la interpretación constitucional de los derechos resulta condicionada por las orientaciones basadas en los valores y en los principios informadores del orden constitucional. Si el primer contorno (subjetivo) agrega los derechos fundamentales con los derechos constitucionales, el segundo (objetivo) introduce un criterio selectivo, de diferenciación, desde

91 Véase, por ejemplo, la sentencia 25/1981 del Tribunal Constitucional español y la sentencia 1.146/1988 de la *Corte Costituzionale* italiana.

el momento en que el referido aspecto es propio solamente de los derechos fundamentales.

En otros términos, se debe considerar que son fundamentales aquellos derechos que concurren a definir la fisonomía de un determinado ordenamiento constitucional. En esta perspectiva, los derechos fundamentales —incluso estando constituidos por una pluralidad de derechos específicos y autónomos— pueden ser considerados en su unidad sistemática como elementos caracterizadores de la cualidad del orden constitucional, en cuanto que pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución de un determinado país. En otros términos, expresan el ideal político que plasma a un determinado cuerpo social,⁹² confiriéndole una identidad particular.

En correspondencia con la cualificación particular de los derechos de la persona las Constituciones prevén, en general, formas específicas de tutela. La coesencialidad de los derechos de la persona para una determinada Constitución se manifiesta a través de la oferta de una garantía reforzada.⁹³ Las técnicas dispuestas son diferentes, aunque estén encaminadas a lograr el mismo objetivo.

92 Así, Dworkin, *op. cit.*, nota 45, p. 382.

93 De forma general, véase varios autores, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales, Alemania, España, Francia, Italia*, Madrid, 1991.

Algunos ordenamientos constitucionales prevén una tutela jurisdiccional cualificada. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución española, cuyo artículo 53 diferencia, desde el punto de vista de los instrumentos de tutela, los derechos reconocidos en el capítulo segundo del título primero (Derechos y libertades), en el artículo 14 y en la sección primera del mismo capítulo (Derechos fundamentales y libertades públicas), y en el capítulo tercero del título primero (Los principios rectores de la política social y económica). Estos últimos se desarrollan por ley y se garantizan ante la jurisdicción ordinaria; mientras que los otros dos son tutelables ante el juez constitucional, los primeros a través de un recurso de inconstitucionalidad, los segundos en vía de amparo.⁹⁴

Otros ordenamientos constitucionales acogen una técnica diferente en la garantía de los derechos fundamentales y se ocupan de tutelar el núcleo esencial de los derechos de la persona, sustrayéndolo al po-

94 Para una profundización acerca del sistema español de tutela de los derechos fundamentales, se reenvía a Carrillo, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, 1995; Carrillo, “Los derechos fundamentales tradicionales y sus mecanismos de garantía”, *La reforma de la Constitución argentina en perspectiva comparada*, Madrid, 1997, p. 41, donde se reenvía para ulterior bibliografía sobre la materia.

der de revisión constitucional. Por ejemplo, el artículo 79.3 de la Constitución alemana considera nulas las revisiones relativas a los derechos fundamentales sancionados por el artículo 1o., mientras que el artículo 19.2 afirma que no se debe modificar en ningún caso el contenido esencial de un derecho fundamental.⁹⁵

Dicha perspectiva está presente también en la reciente Constitución de Hungría, cuyo artículo 8.2 impide limitaciones al contenido esencial de los derechos fundamentales.⁹⁶ Por último, siempre desde la perspectiva de considerar los derechos de la persona como límite a la revisión constitucional, se puede

95 Véase, por todos, Stern, *op. cit.*, nota 27, pp. 261 y ss.; Häberle, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1993, pp. 149 y ss.; Häberle, “Linee di sviluppo della giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca in materia di diritti fondamentali”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, pp. 2881 y ss.; Oestreich y Sommermann, *Pasado y presente de los derechos humanos*, Madrid, 1990. En relación con el límite del contenido esencial, véase Bacigalupo, “La aplicación de la doctrina de los ‘límites immanentes’ a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, pp. 297 y ss.; Gavarra de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, 1994.

96 Cfr. Wieruszewsky, *op. cit.*, nota 5, p. 197.

encontrar autorizadas interpretaciones de los artículos 2o. y 139 de la Constitución italiana.⁹⁷

En fin, otras Constituciones reconocen la preeminencia de las normas relativas a los derechos fundamentales frente a las otras disposiciones constitucionales. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución turca, que reconoce una posición de supremacía jerárquica a las normas contenidas en el preámbulo.⁹⁸ Mientras que, el propio Tribunal Constitucional español ha atribuido *valor preferente* a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, sobre la base del principio del *favor libertatis*.

En otros términos, se trata de técnicas y de institutos que constituyen un elemento sintomático de la voluntad de los constituyentes de incluir determinadas posiciones subjetivas entre los derechos fundamentales de la persona humana, en cuanto valores que fundan el orden que constituye.

97 Sobre la cuestión véase, por todos, varios autores, *Cambiare Costituzione o modificare la Costituzione?*, Turín, 1995; Luciani, “I diritti fondamentali come limiti alla revisione della Costituzione”, *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Turín, 1992, pp. 121 y ss.

98 Acerca de la disciplina de la materia a la luz de la Constitución turca, véase varios autores, *The Hierarchy of Constitutional Norms and its Function in the Protection of Fundamental Rights*, Ankara, 1990.

DERECHOS FUNDAMENTALES
Y ESTADO DEMOCRÁTICO:
EL PAPEL DE LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL

I. Breve introducción	125
II. Justicia constitucional y derechos funda- mentales: dos bases del constitucionalis- mo democrático	126
III. La justicia constitucional, institución esen- cial para la tutela de los derechos funda- mentales	133
IV. La aportación de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en la generali- zación y en la ampliación de los derechos fundamentales	156

DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO DEMOCRÁTICO: EL PAPEL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

I. BREVE INTRODUCCIÓN

En esta ponencia no voy a afrontar de un modo orgánico el complejo tema de la contribución que ha proporcionado la jurisprudencia constitucional al desarrollo de los derechos fundamentales, sino que me voy a limitar a subrayar algunos aspectos de la fecunda relación entre derechos y justicia constitucional.

Especialmente me propongo llamar su atención en tres cuestiones que me parecen de una gran relevancia, tanto desde el punto de vista teórico como práctico:

- a) La importancia que la justicia constitucional y el reconocimiento de los derechos fundamentales que la persona posee en el Estado democrático de derecho, como bases de las modernas Constituciones.

- b) La incidencia de la justicia constitucional en la tutela efectiva de los derechos fundamentales.
- c) La contribución de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en la articulación y la efectividad de los derechos fundamentales.

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: DOS BASES DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Una primera y significativa relación entre los derechos fundamentales de la persona y justicia constitucional consiste en el hecho de que ambos representan dos bases del moderno constitucionalismo democrático, cuya coexistencia es necesaria para definir un determinado ordenamiento como “Estado democrático de derecho”, tal y como señala el artículo 1o. de la Constitución española.

En lo que se refiere al primer pilar —es decir, el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales que se refieren a la tutela y a la promoción del ser humano— la doctrina ha subrayado unánimemente la estrecha relación que existe entre constitucionalismo y derechos de la persona; los derechos fundamentales nacen con las Constituciones, son —usando las palabras de Pedro Cruz Villalón— una categoría dogmática del derecho cons-

titucional.¹ Como ha sido eficazmente subrayado, “el Derecho Constitucional nace junto con los derechos de la persona. Son los derechos que abren el terreno al constitucionalismo, a sus técnicas y a su evolución”.²

Dicha relación se justifica tanto en el plano teórico como histórico.

Por lo que respecta al primero es suficiente fijarnos en las finalidades y los valores que han animado al constitucionalismo, que nace y se consolida para tutelar la libertad del individuo en sus relaciones frente al poder público del Estado moderno: viene a ser su razón de ser en la afirmación de la noción de “poder limitado”. De hecho, los principales institutos jurídicos que remarcan la evolución del Estado liberal de derecho —desde la separación de los poderes a la reserva de ley, desde la rigidez constitucional al principio de legalidad— terminan por garantizar y favorecer el disfrute de los derechos humanos.³

1 Cfr. Cruz Villalón, *Formación y evolución de los derechos fundamentales. Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, p. 162.

2 Cfr. Onida, *La corte e i diritti*, Milán, Studi Elia, 1998, p. 1095.

3 Cfr. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, 1997.

A pesar de las diferencias, también relevantes, que distinguen los diversos “modelos” históricos —esquemáticamente nos referimos a las dos grandes revoluciones liberales; la francesa y la americana— el constitucionalismo se ve nutrido de una raíz unitaria que se puede sintetizar en la intención de vincular el poder político con el respeto al principio de legalidad, así como de garantizar a los ciudadanos una defensa cuando sus derechos se ven conculcados por los comportamientos arbitrarios o por abusos de los poderes públicos.⁴

La relación entre constitucionalismo y garantías de los derechos parece que se confirma también bajo la perspectiva histórica. Como manifiesta la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que —después de haber afirmado que el mantenimiento de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, representa el primer deber de cualquier asociación política— “afirma que toda sociedad en la que no estén garantizados los derechos no tiene una Constitución”. De este modo, se introduce un nexo inquebrantable entre Estado constitucional y garantía de los derechos fundamentales.

4 Véase Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Madrid, 1994.

Dicha relación ha influido también en la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales caracterizándolos —al mismo tiempo— como derechos subjetivos de la persona y como elementos esenciales del ordenamiento constitucional.

La terminología adoptada a propósito es variada, pero sobre este punto se puede subrayar una concordancia significativa de puntos de vista también por parte de los tribunales constitucionales. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español se ha referido a “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica”. Siempre el Tribunal Constitucional español ha afirmado que:

Los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva (sentencia 245/91).

Por su parte, el juez constitucional italiano se ha referido a la noción de “principios supremos”,⁵ para

5 Sentencia, núm. 1146 de 1988 de la *Corte Costituzionale italiana*.

subrayar cómo la garantía y la tutela de un amplio *corpus* de derechos viene a definir el perfil de los ordenamientos democráticos constitucionales.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales —a pesar de estar constituidos por una pluralidad de derechos específicos y autónomos— pueden ser considerados en toda su unidad, como elemento que caracteriza la forma de Estado, desde el momento que pertenece a los valores supremos sobre los cuales se funda la Constitución de un determinado país.

En otras palabras, entre Constitución democrática y derechos fundamentales de la persona se establece una relación dialéctica según la cual, por un lado, la Constitución —en cuanto fuente suprema del ordenamiento— constituye la base de su reconocimiento y de su tutela; por otra parte, el disfrute de los derechos fundamentales es la condición esencial para la subsistencia del Estado democrático de derecho.

Por su parte, la institución de la justicia constitucional es parte de la relación entre Constitución y derechos fundamentales creando una especie de triángulo equilátero, que une tres características del constitucionalismo contemporáneo: principio de legalidad, garantía de los derechos fundamentales y la justicia constitucional.

Oportunamente, el profesor Rubén Hernández, en su texto sobre el derecho procesal constitucional, ha relacionado la necesidad de la jurisdicción con el desarrollo del constitucionalismo y la afirmación de constituciones rígidas: como ha afirmado la necesidad de hacer eficaces las limitaciones que el derecho impone al poder, explica y justifica la existencia de tribunales constitucionales dentro del moderno Estado de derecho.⁶

Se consolida la idea de que la justicia constitucional representa un corolario natural del carácter rígido de las Constituciones. La justicia constitucional parece constituir la coronación y el enriquecimiento de los principios fundamentales que caracterizan la forma del Estado contemporáneo —definible en términos de Estado social, democrático y de derecho—.

Del Estado liberal de derecho, la justicia constitucional valora el principio de legalidad, extendiendo el alcance de este principio a la misma actividad legislativa. Valora también el principio de la separación de los poderes, convirtiendo en justiciable, a través de la competencia para juzgar los conflictos de atribuciones entre los poderes del Es-

6 Véase Hernández, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, San José, 1995, p. 30. Del mismo autor véase *Escritos sobre justicia constitucional*, Colombia, 1997.

tado, la repartición del supremo poder estatal entre una pluralidad de órganos diversos, recíprocamente equiparados e independientes entre ellos.⁷

El juicio de constitucionalidad realiza, también, una función de garantía característica del moderno Estado democrático: en favor de los derechos fundamentales de los individuos contra los abusos del legislador, en beneficio de las minorías y de las oposiciones políticas contra las decisiones arbitrarias de la mayoría parlamentaria y del gobierno. En los sistemas actuales, el juez constitucional se considera como una garantía para la tutela de los derechos y las posiciones subjetivas que la carta constitucional reconoce a las personas individuales, a los grupos y a las estructuras organizadas de la sociedad.

Como recuerda el presidente emérito de la Corte Constitucional italiana, Livio Paladin,

en todos los ordenamientos que se caracterizan por una Constitución rígida y extensa... ocurre que los derechos que se regulan a partir de los principios generales de la Constitución se garantizan por vía jurisdiccional frente a cualquier tipo de violación de los mismos. Es sobre todo por este motivo por lo que

7 La doctrina italiana ha subrayado la estrecha relación entre justicia constitucional y principio de legalidad. Véase Crisafulli, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Padua, 1984, pp. 222 y ss.

en muchos Estados funcionan cortes o tribunales constitucionales.⁸

III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL, INSTITUCIÓN ESENCIAL PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Las relaciones entre la justicia constitucional y los derechos pueden ser analizadas también bajo otro punto de vista: el que se refiere a la aportación sustancial que los tribunales constitucionales han proporcionado en el plano de la mejora de la tutela de los derechos fundamentales de la persona.

8 Cfr. Paladin, “La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici”, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padua, 1988, p. 11. Carrozza, “La giustizia costituzionale e i suoi modelli: il problema della regole su organizzazione e funzionamento. Sintesi di un dibattito”, en Costanzo, *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, pp. 449 y ss. Recuerda cómo la justicia constitucional es “una institución sustancialmente unitaria y homogénea, característica del constitucionalismo contemporáneo, cuya principal, aunque no exclusiva, función es ofrecer, mediante el control de la constitucionalidad de las leyes y eventualmente de otros actos de los poderes públicos, un instrumento de protección de los derechos y de las libertades garantizados constitucionalmente más eficaz que aquellos ofrecidos tradicionalmente por los medios jurisdiccionales ordinarios”.

Se trata —utilizando las palabras de la Declaración de Antigua sobre la Justicia Constitucional (Guatemala, 1992)— de considerar que “la existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales”.

Es compartida de forma generalizada la conclusión de que la garantía es parte esencial, condición indispensable para la existencia de un derecho; que no se puede hablar de derechos si las posiciones subjetivas de la persona no se encuentran protegidas eficazmente. Se admite de un modo general que, para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, se acuda a crear sistemas eficaces de garantía sustancial.⁹

La inserción en el texto constitucional de amplios catálogos de derechos —aunque es necesario e importante— no permite percibir con inmediatez el grado de efectividad. La experiencia en derecho comparado nos muestra que en muchos ordenamientos existe una clara contradicción entre la lec-

9 Cfr. Cruz Villalón, *op. cit.*, nota 1. Véase también varios autores, *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994; varios autores, *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee*, Milán, 1994.

tura del texto constitucional con el nivel real de democracia del sistema y de la libertad ciudadana.

Es difícilmente refutable que unos estándares de tutela más elevados hayan obtenido —hasta ahora—, en los sistemas políticos en los que se ha insertado, la politización de los derechos de la persona en un ordenamiento inspirado en una dimensión más evolucionada del Estado de derecho: en los que, por un lado, existan órganos jurisdiccionales independientes y profesionalizados; y, por otro, que se admita la posibilidad de que un juez pueda sancionar cualquier acto o comportamiento susceptible de violar un derecho fundamental.¹⁰

Dicho de otro modo, para evaluar la relevancia que tienen las declaraciones constitucionales de los derechos hay que considerar atentamente las formas de tutela de los mismos que prevé la Constitución, los instrumentos y las instituciones que permiten su efectivo ejercicio. Como ha afirmado el anterior presidente del Tribunal Constitucional español,

nuestras Constituciones son hoy... textos normativos en los que se cifra la voluntad de autodefensa frente al árbitro del poder de las generaciones vivas que, titulares del poder constituyente, las han creado, pretensión ésta

10 Cfr. Prieto Sanchís, “Las garantías de los derechos fundamentales”, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1998, p. 327.

que alcanza operatividad mediante la predisposición de instrumentos jurídicos (en especial, jurídico-procesales) que hagan posible que el espíritu y la letra del enunciado constitucional impregnen, con eficacia, el ordenamiento en un conjunto.¹¹

Como es sabido, la doctrina ha subdividido las garantías constitucionales de los derechos en dos tipologías generales, distinguiendo entre garantías jurisdiccionales y garantías institucionales: éstas últimas —sustancialmente— pueden ser reconducidas a algunos de los principios típicos del Estado democrático de derecho (reserva de ley, principio de legalidad, separación de poderes, independencia del poder judicial, imparcialidad de la administración pública).¹²

Otros autores, desde la misma perspectiva, han diferenciado entre garantías generales, que se refieren a la organización de la comunidad política —y que se pueden llamar condiciones económico-sociales, culturales y políticas, que favorecen el

11 Cfr. Rodríguez Bereijo, “La justicia constitucional en los sistemas contemporáneos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997, p. 13.

12 Cfr. Fernández Segado, “Los sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos”, *Manuel Fraga: homenaje académico*, Madrid, 1997, pp. 465 y ss. Sobre la garantía institucional de los derechos, véase Sorrentino, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, 1998.

ejercicio de los derechos fundamentales— y garantías más directamente vinculadas al sistema jurídico como la protección judicial de los derechos fundamentales.¹³

En el pasado era habitual contraponer dos modelos distintos de tutela de los derechos: el francés que, basado en el principio de la soberanía parlamentaria, atribuía principalmente al legislador la tutela de los derechos fundamentales; el americano, que delegaba al juez el poder de concretar el valor general de la libertad de la persona que ha inspirado a los constituyentes.

Una línea de pensamiento consideraba a la ley la fuente competente que determinaba el grado de disfrute de las libertades fundamentales y al parlamento el órgano capaz, en su calidad de expresión de soberanía popular, de asegurar más eficazmente dichos derechos. Otra línea confiaba en el proceso judicial, cuya sede era la más adecuada para garantizar a los ciudadanos ante cualquier violación de los derechos.

Hoy en día, por el contrario, parece que ya se ha consolidado la convicción de que la ley y el juez no reflejan tanto dos modelos contrapuestos

13 Cfr. Peces Barba, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1980, p. 167.

como dos instrumentos distintos pero complementarios para garantizar los derechos de la persona.

Sería un error debilitar la importancia de la ley para asegurar la tutela de los derechos. Por lo que se refiere a la efectividad de los derechos, la aportación del legislador no es secundaria, como se manifiesta cuando se tiene en cuenta que el disfrute de un derecho se deriva no sólo de la posibilidad de acudir a la justicia contra las vulneraciones del mismo, sino también de los medios y de los presupuestos necesarios para su disfrute.

En muchos casos es la ley la que confiere contenido jurídico concreto a las garantías ofrecidas por la Constitución, según un proceso “a dos tiempos” por el cual la carta constitucional proclama la garantía de un derecho, y después el legislador determina el contenido específico de la misma.

Por otra parte, la intervención del legislador es necesaria para implementar el contenido de los derechos constitucionales concretos de la persona y también para favorecer la ponderación entre posiciones subjetivas contrapuestas susceptibles de entrar en conflicto. Eso acontece de modo particular en el caso de los derechos sociales, de los derechos económicos y de los llamados “nuevos derechos”, los cuales sólo poseen, de forma limitada, cobertura constitucional.

Como se ha defendido con solidez, “mientras el mejor legislador en materia de derechos de prestaciones negativas... es el que evita intervenir, el peor legislador en el sector de los derechos de prestaciones positivas es ...el que no interviene”.¹⁴

Al mismo tiempo, la tutela administrativa de los derechos de la persona adquiere un papel creciente, si se entiende desde la perspectiva tanto de la intervención directa de la administración para reforzar determinadas posiciones subjetivas, como de la disposición de adecuados órganos de tutela.

Por lo que se refiere al primer aspecto, se ha señalado oportunamente que en las sociedades contemporáneas la efectividad de los derechos precisa de un cierto protagonismo de la administración pública. Su intervención es determinante para la erogación de servicios específicos cuya existencia es necesaria para asegurar los derechos de la persona; la intervención activa de la administración pública es necesaria para asegurar el respeto al principio de no discriminación en el aprovechamiento de determinados servicios básicos, relacionados con el disfrute de derechos fundamentales de la persona.¹⁵

14 *Cfr.* Pace, “La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici ‘comuni’” *Scritti in onore di P. Barile*, Padua, 1990, pp. 109 y ss.

15 *Cfr.* Retortillo, Martín, “El paradójico protagonismo de

La acción de la administración pública es importante también para introducir instrumentos de tutela dirigidos a sancionar los episodios de mala administración, que son susceptibles de menoscabar el disfrute efectivo de posiciones subjetivas constitucionalmente tuteladas.

Es interesante subrayar la creciente difusión en muchos ordenamientos de dos órganos administrativos que tienen la competencia para garantizar, directa o indirectamente, algunos derechos fundamentales de la persona: por un lado, los defensores del pueblo¹⁶ y, por otro, las autoridades administrativas independientes.¹⁷

la administración pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1994, núm. 4, pp. 11 y ss; Retortillo, Martín, “La administrativización de los derechos fundamentales y su posible incidencia sobre el contenido esencial de aquéllos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, pp. 9 y ss.

¹⁶ Sobre la experiencia del *Defensor del pueblo* y del *Ombudsman*, véase: Vergottini de, “Ombudsman”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIV, pp. 879 y ss.; Stacey, *Ombudsman compared*, Oxford, 1978; Calderón, *El Ombudsman y la protección de los derechos humanos*, México, 1992; Fairen Guillén, *El Defensor del Pueblo. Ombudsman*, Madrid, 1986; Rowat, *El Ombudsman en el mundo*, Barcelona, 1990.

¹⁷ Cfr. varios autores, *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Florencia, 1997.

Todavía se admite normalmente que los derechos de la persona se asocian a la actividad de los jueces constitucionales, considerando que los derechos de la persona sean efectivamente tales —es decir, derechos verdaderos y propios, normas objetivas de rango supremo— su tutela constituye un límite, no sólo para la autoridad administrativa y los magistrados, sino también para el legislador.¹⁸

Con la introducción de las Constituciones rígidas y la afirmación de la justicia constitucional se modifica la relación tradicional entre derecho y ley —que había caracterizado a la doctrina estatalista del siglo XVIII— según la cual los derechos se conformaban y existían con base en la ley, los derechos se reducían en muchos casos a la exigencia de comportamientos legales por parte del poder.

18 Cfr. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, 1955; varios autores, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, Milán, 1992; López Guerra, "Protección de derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá", *La justicia constitucional: una premisa de la democracia*, San José, 1992, pp. 11 y ss.; Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 1987; varios autores, *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Aix, 1987; varios autores, *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994. Para más información, véase Rolla, "Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1998, pp. 39 y ss.

Como decía Hobbes: *law and rights are often confounded*:¹⁹ Con las Constituciones rígidas, los derechos vienen a ser un límite para la ley y, al mismo tiempo, un elemento que caracteriza a la Constitución. Parafraseando las palabras del *Federalist* se puede afirmar que “ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida” y, por tanto, ninguna ley contraria a los derechos puede ser válida”.

La mencionada conexión entre reconocimiento de un derecho y tutela jurisdiccional por parte de un tribunal constitucional induce a individualizar en la tutela judicial el elemento principal que distingue los derechos de la persona como categoría y —por el contrario— a utilizar la ausencia de una efectiva justiciabilidad como parámetro para diferenciar los derechos fundamentales de aquéllos que no pueden ser considerados como tales.

En nuestra opinión se puede sostener que una tutela orgánica de los derechos reconocidos y garantizados necesita de la justicia constitucional, que se confirma como el principal tribunal de los derechos y de las libertades, según la eficaz y siempre actual afirmación de Cappeletti, que habla de jurisdicción

19 Así, Hobbes, *Elements of Law Natural and Politic*, Cambridge, 1928, p. 148. Para más información, véase: Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

constitucional de las libertades.²⁰ Como lo demuestra, por una parte, la evolución concreta de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en Europa y en Norteamérica y, por otro lado, la gran difusión que esta institución ha tenido en las nuevas cartas constitucionales de Europa oriental, de Centroamérica y Sudamérica y de África, en conexión con la codificación de amplios catálogos de derechos de la persona.²¹

En muchos ordenamientos, la actividad del tribunal constitucional se caracteriza precisamente por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona y las principales decisiones han constituido una piedra angular en la evolución del papel del tribunal constitucional. A este propósito, es natural referirse a la Corte Suprema norteamericana del juez Warren, por el papel impulsor que ha tenido con respecto a la incompatibilidad de la esclavitud con la Constitución, la superación de la discriminación racial, o en cuanto a la afirmación del derecho a una

20 Cfr. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, 1955.

21 Cfr. varios autores, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997; García Belaunde y Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997; varios autores, *La justicia constitucional: una promesa de la democracia*, San José, 1992.

tutela judicial efectiva, o del derecho de crítica y de libre manifestación del pensamiento.²²

Del mismo modo, se puede apelar a la experiencia de la Corte Suprema de Canadá, que ha valorizado su papel de juez constitucional precisamente tras la aprobación de la *Charter of Rights and Freedoms*, desde el momento en que la introducción de un documento constitucional vinculante para el parlamento y para el gobierno de Canadá (artículo 31 de la *Constitution Act*) ha hecho madurar el reconocimiento de que existen unos derechos propios de los ciudadanos que pueden ser tutelados judicialmente frente a la acción arbitraria de los poderes públicos.²³

No ha sido menor el papel desempeñado por el juez constitucional en Italia, a quien se debe el mérito de haber eliminado del ordenamiento jurídico, frente a la inercia del legislador ordinario, gran par-

22 Véase varios autores, *Giustizia costituzionale e diritto dell'uomo negli Stati Uniti*, Milán, 1992.

23 Cfr. Rolla, "La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese", *Quaderni Costituzionale*, 1996, pp. 197 y ss.; Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Toronto, 1984; Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts: Their Function and Scope of Judicial Review*, Toronto, 1983; Manfredi, *Judicial Power and the Charter*, Toronto, 1992. Véase Sharpe, "Ordinamento giudiziario e giustizia costituzionale", en Olivetti y Pegoraro *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997, pp. 164 y ss.

te de la legislación anterior a la Constitución, incompatible con los derechos de la persona garantizados en la carta constitucional. Es interesante ver cómo en Italia el proceso de positivización de los derechos fundamentales y de “desfascistización” del ordenamiento no se haya conseguido tanto por el Parlamento, sino por una “alianza tácita” que ha unido a los jueces comunes —que se encargaban de promover las cuestiones de legitimidad constitucional— y la Corte Constitucional.²⁴

A la luz de estas consideraciones puede ser útil clasificar los diversos sistemas de justicia constitucional con base en las técnicas y modalidades previstas para garantizar los derechos fundamentales. En este caso, es oportuno abandonar la tradicional clasificación entre sistemas difusos y concentrados, distinguiendo entre un modelo que se propone principalmente depurar los vicios de la ley y garantizar el equilibrio entre los poderes; y un mo-

24 Cfr. Zagrebelsky, “La giurisdizione costituzionale”, en Amato y Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1987, pp. 506 y ss. Sobre la influencia del Tribunal Constitucional italiano en la renovación de las instituciones y del sistema democrático: varios autores, *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978; varios autores, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982. Véase Rolla, *El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectivas de reforma*, 1998, colección Cuadernos de Derecho Público, pp. 137 y ss.

delo orientado directamente hacia la defensa de los derechos.

En el primer caso, tienen relevancia, sobre todo, las competencias de los tribunales constitucionales en materia de control de constitucionalidad de la ley y en temas de conflicto entre los poderes del Estado. En el segundo, por contra, es fundamental la previsión de recursos directos contra todos los actos de los poderes públicos —y, en algún caso, también de los particulares—. En este último caso, el deber principal de los sistemas de justicia constitucional, “es defender al individuo por la posición de inferioridad en que se encuentra frente a los poderes públicos y no una defensa objetiva de la Constitución”.²⁵

Bajo el punto de vista de los derechos fundamentales de la persona, los modelos de justicia constitucional pueden ser diferenciados en:

- a) Sistemas en los cuales la jurisdicción constitucional de las libertades es muy amplia. Es el caso, en Europa, de la República Alemana (artículo 90). Mientras en Iberoamérica se puede subrayar la fundamental experiencia de la Sala

²⁵ Cfr. Pérez Tremps, *Tribunal constitucional y poder judicial*, Madrid, 1985, p. 12. Véase también Rubio Llorente y Jiménez Campo, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998.

Constitucional de Costa Rica, que goza de amplias competencias tanto en materia de *habeas corpus*, como de recurso de amparo. La doctrina, a propósito, ha distinguido cuatro categorías de *habeas corpus* (reparador, preventivo, restringido, correctivo); y ha subrayado la amplitud del recurso de amparo, que puede ser contra actos, por hechos, por omisiones o por amenazas.²⁶

- b) Sistemas en los que la jurisdicción constitucional de las libertades opera de modo amplio, pero está sometida a algunas limitaciones bajo la figura de los actos justiciables ante el juez constitucional. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, los recursos son admisibles sólo contra los actos de algunos poderes públicos, no de todos: es el caso, por ejemplo, del artículo 84 de la ley sobre la organización judicial federal suiza de 1943, que limita el ámbito de aplicación del recurso a la impugnación de los actos de las autoridades cantonales; del recurso constitucional austríaco que no es utilizable para reparar vio-

26 Véase Hernández, Rubén, *La jurisdicción constitucional en Costa Rica*, en García Belaunde y Fernández Segado, *op. cit.*, nota 21, p. 515 y ss. Sobre la jurisdicción constitucional en Costa Rica: Ortiz, “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1995, pp. 65 y ss.; Saglis, “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, *Revista de Estudios Políticos*, 1991, pp. 471 y ss.

laciones de los derechos imputables al poder legislativo, al poder judicial o los actos de la administración sometidos al derecho privado. En otros ordenamientos, por el contrario, no se prevén recursos hacia los actos de los privados, si bien se busca superar este límite por vía interpretativa. Es el caso, por ejemplo, de España en cuya Constitución quedaba abierta la posibilidad de que el legislador admitiera también el amparo contra las violaciones de derechos fundamentales cometidos por particulares; pero la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no ha utilizado esta posibilidad y ha limitado el amparo a la tutela de los derechos frente a los ataques de los poderes públicos. Aunque la jurisprudencia constitucional ha intentado remediar dicho límite admitiendo en algunos casos el recurso de amparo en las relaciones entre particulares.²⁷

27 Véase Oliver Aranjó, *El recurso de amparo*, Palma, 1986, pp. 260 y ss. En cuanto al tema de recurso de amparo en España: Fernández Ferreres, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1994; varios autores, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, 1996; Lucas Murillo de la Cueva, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, en Ruíz Rico, *La aplicación jurisdiccional de la constitución*, Valencia, 1997; Sánchez Morón, *El recurso de amparo constitucional*, Madrid, 1987; Rubio Llorente y Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Ma-

- c) Sistemas que se colocan en una posición intermedia, en la frontera entre los dos modelos, ya que —aunque no prevén formas de recurso directo, sino sólo cuestiones referentes a la constitucionalidad de las leyes— consiguen una salvaguardia sustancial de los derechos lesionados, concretamente a partir de formas de control directo de constitucionalidad, o de la relación directa que se instaura, en virtud de las cuestiones de inconstitucionalidad, entre el juicio de constitucionalidad de las leyes y el proceso que ocasiona el juicio del tribunal constitucional. En este caso, resultaría incorrecto negar que tras la objetividad del juicio se esconde, también, la voluntad de proteger los derechos concretos lesionados por el uso indebido del legislador de su discrecionalidad política o por la aplicación indebida que viene dada por los poderes públicos en las disposiciones de ley. La tutela del ordenamiento y la protección de diferentes posiciones subjetivas no son cuestiones antitéticas, sino que

drid, 1998, pp. 31 y ss.; Rubio Llorente, El recurso de amparo constitucional, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1995, pp. 125 y ss.; Aragón, *Consideraciones sobre el recurso de amparo*, en Romboli (ed.), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, pp. 165 y ss.

representan, dos aspectos complementarios, máxime si consideramos que “el ordenamiento es siempre más objetivo y justo cuanto mayor, intensa y directa es la defensa de los derechos”.²⁸

- d) Sistemas, finalmente, en los que la garantía de los derechos permanece en su totalidad de forma indirecta. Es emblemático el ejemplo del Consejo Constitucional francés, que ejerce sobre las leyes un mero control preventivo y se erige esencialmente como regulador de la actividad de los poderes públicos más que como protector de los derechos y de la libertad.²⁹

Precisamente por las razones —de orden dogmático, histórico o político— que hemos remarcado, se están difundiendo ampliamente los procedimientos constitucionales dirigidos a asegurar una tutela directa de los derechos de la persona, permitiendo que el ciudadano que sienta conculcado alguno de sus derechos garantizados por la Constitución pueda recurrir incluso al juez constitucional.

En Europa, el acceso directo a la justicia constitucional está previsto —por ejemplo— en el artículo

²⁸ Cfr. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padua, 1990, p. 608.

²⁹ Cfr. Zanon, *L'exception d'inconstitutionnalité in Francia: una riforma difficile*, Torino, 1990; Gambino, *Sistema delle fonti e controllo di costituzionalità*, Torino, 1988.

90 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán, en el artículo 82 y ss. de la ley sobre el Tribunal Constitucional austríaco, o también en el artículo 41 y ss. de la Ley Orgánica sobre el Tribunal Constitucional español.

Pero dicha forma de tutela ha tenido un desarrollo particular, sobre todo en los ordenamientos constitucionales iberoamericanos.³⁰

Más allá de la terminología que se utiliza de forma variada —*habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de segurança*, *amparo*, *acción de tutela*— dichas instituciones de garantía constitucional de los derechos pueden ser clasificados bajo un doble punto de vista.

30 La doctrina en español sobre el amparo es muy amplia. Véase: Burgoa, *El juicio de amparo*, México, 1968; Campos, *Derecho de amparo*, Buenos Aires, 1961; Sendra Llobregat, *Los procesos de amparo*, Madrid, 1994; García Morillo, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, 1985; Fix-Zamudio, “El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado”, *Studi in onore di Biscaretti di Ruffia*, Milán, 1987, pp. 411 y ss.; Belaunde, “El *habeas corpus* en América Latina”, *Revista de Estudios Políticos*, 1997, pp. 104 y ss. Para un estudio orgánico del amparo en los sistemas constitucionales iberoamericanos: García Belaunde y Fernández Sagado, *op. cit.*, nota 21; Fernández Segado, *Los sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos*, pp. 463 y ss.; varios autores, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997.

- a) Al considerar la naturaleza de los derechos justiciables ante el Tribunal Constitucional, se puede distinguir entre instrumentos de garantía general o sectorial.

La experiencia más extendida y significativa del segundo tipo lo constituye la institución del *habeas corpus*, la cual consiente en impugnar cualquier determinación arbitraria e ilegal de los poderes públicos susceptible de incidir en la libertad personal, así como de circulación y estancia. Estos instrumentos de garantía resultan limitados por el hecho de que, por un lado, tutelan al ciudadano frente a las agresiones de los poderes públicos a sus derechos, pero no de otros poderes privados; mientras que, por otro lado, limitan la garantía de los derechos históricos de la persona —esencialmente de libertad personal y de movimiento—.

Se puede considerar que este tipo de instrumento permite la difusión de la institución del amparo constitucional y refuerza el nivel de tutela de los ciudadanos, con el objetivo de proteger a los mismos frente a cualquier tipo de lesión de los derechos fundamentales tutelados por las Constituciones.

- b) En otros casos, a su vez, las instituciones de tutela jurisdiccional se toman en consideración

sobre la base de los sujetos, accionándose el recurso en las relaciones entre éstos. Se pueden distinguir, particularmente, tras ordenamientos que admiten el recurso sólo en las relaciones de los poderes públicos, y ordenamientos que permiten recurrir también contra los privados.

En el primer caso, las Constituciones han optado por formulaciones generales, admitiendo los recursos en todos los casos que la presunta violación provenga de los poderes públicos. En España, según el artículo 41 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, el recurso de amparo protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional.

Formulaciones similares se encuentran también en la Ley de Procedimientos Constitucionales en El Salvador (artículo 12), en la Constitución de Panamá (artículo 50), en la Constitución de Bolivia (artículo 120), en la Ley de Amparo de Guatemala (artículo 9o.).

Los ordenamientos que admiten el recurso contra actos de privados que lesionan derechos garantizados constitucionalmente introducen,

en general, límites particulares. Por ejemplo, la Ley de Amparo en Costa Rica admite el recurso de amparo contra particulares cuando confluyen cuatro hipótesis: 1) el privado actúa o debe actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas; 2) cuando el particular se encuentra en una situación de poder respecto del recurrente; 3) cuando el particular se encuentra, por razones de hecho, en una clara situación de poder; 4) cuando los remedios jurisdiccionales ordinarios resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales.³¹ Podemos traer a colación otros ejemplos significativos: en Argentina, el recurso de *habeas data* puede elevarse contra particulares destinados a promover informes, y los susceptibles de generar información.³² En Brasil,

31 Cfr. Hernández, Rubén, “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, en García Belaunde y Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, p. 521; Hernández Trejos, *La tutela de los derechos humanos*, San José, 1978.

32 Cfr. Pedro Sagües, *Instrumentos procesales protectores de los derechos en Argentina*, p. 316; Bidart Campos, *El recurso de amparo*, Buenos Aires, 1965; Falcón, Enrique, *Habeas data*, Buenos Aires, 1996; Serra, *Recursos y procesos constitucionales*, Buenos Aires, 1992; Vanossi, *Recurso extraordinario federal. Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1984; Dalla Via, “La justicia constitucional en Argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997, p. 35.

el *mandado de segurança* se puede accionar sólo en el caso de particulares que ejerzan funciones públicas;³³ en Guatemala el amparo puede presentarse contra las entidades a las que debe ingresarse por mandato legal y otras reconocidas por la ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes”.³⁴

Mientras, en Colombia, la ley enuncia taxativamente los casos en los que procede la acción de tutela contra particulares, individualizándolos en los casos de: 1) ejercicio de cualquier servicio o función públicas; 2) organización privada contra la cual el solicitante tiene una relación de subordinación o indefensión; 3) contra aquél que viole o amenace violar la prohibición a la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; 4) cuando se trata de un medio de comunicación al que se pida la rectificación de informaciones inexactas o

33 Cfr. Pinto Ferreira, Liuz, “Os instrumentos processuais protetores dos direitos no Brasil”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, pp. 426 y ss.; Gonçalves Ferreira, Filho, “La justicia constitucional en Brasil”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997, pp. 57 y ss.

34 Cfr. García Belaunde y Fernández Segado, “La jurisdicción constitucional en Guatemala”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, p. 736; García Laguardía, “La justicia constitucional en Guatemala”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997, pp. 207 y ss.

erróneas no rectificadas o rectificadas de manera indebida; 5) para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión.³⁵

IV. LA APORTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA GENERALIZACIÓN Y EN LA AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por último, la relación entre justicia constitucional y derechos fundamentales de la persona se puede afrontar analizando el papel que ejercen los tribunales constitucionales en la difusión, generalización y en la implementación de los derechos reconocidos y tutelados como fundamentales.

Ello es así porque cuando un juez constitucional decide sobre un recurso evalúa —en verdad— un caso particular, es decir, asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente, esto es, orienta los comportamientos fu-

35 Cfr. Cifuentes Muñoz, Eduardo, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, p. 484.

turos tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios.³⁶

De hecho se suele considerar que el juez constitucional no es sólo interprete y juez, sino también creador de normas jurídicas. Dicha condición se determina, en los casos de tutela indirecta de los derechos, bien reconociéndoles a las decisiones el valor vinculante del precedente, o bien extendiendo progresivamente la naturaleza vinculante de la parte dispositiva a la entera decisión, de manera que también los significados normativos contenidos en las *rationes decidendi* se convierten en obligatorios. Se considera, por ejemplo, el artículo 164.1 de la Constitución española, según el cual, las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley tiene plenos efectos frente a todos; pero, sobre todo, el artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, según el cual,

la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia que recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y au-

36 Cfr. Díez-Picazo, “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo”, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, 1996, pp. 17 y ss.

tos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.³⁷

Por su parte, en los casos en que los tribunales constitucionales ejercen una defensa directa y plena de los derechos de la persona, su posición dentro del sistema de poderes y de relaciones con el ordenamiento judicial adquiere una particular caracterización: de hecho, sus pronunciamientos en tema de derechos adquieren una eficacia general y una fuerza sustancial como precedente en las de los jueces comunes. Véase, a propósito, el artículo 31 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional alemán, que afirma “todas las decisiones del tribunal constitucional tienen carácter vinculante para los órganos constitucionales del Estado central y de los *Länder*, así como para todas las autoridades judiciales y administrativas”.

En cierto sentido, puede afirmarse que el derecho vivo está constituido no tanto por las disposiciones abstractas codificadas en los catálogos de las cartas constitucionales, como por las normas concretas que se derivan de la interpretación y de la aplicación concreta que los jueces constitucionales han dispuesto de dichas disposiciones.

37 Cfr. Rolla, *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, Nápoles, 1986, pp. 278 y ss.

En primer lugar, los jueces constitucionales cumplen una función cívica, de educación para la democracia: puede ser correcto hablar del papel didáctico de las cortes constitucionales, consistente en su capacidad de instaurar la cultura de los derechos fundamentales, de hacer perceptible ante la opinión pública el significado y el valor de las disposiciones constitucionales en materia de derechos.

Partiendo del mismo espíritu, el grupo de expertos creado por la Unión Europea en materia de derechos fundamentales para valorar la oportunidad de crear un *Bill of Rights* europeo, ha concretado entre sus tres objetivos fundamentales el de asegurar la “visibilidad” de los derechos (*fundamental rights must be visible*).³⁸

Dicho objetivo se concreta, en numerosas Constituciones, a través de una especificación analítica de las posiciones subjetivas relacionadas con el ser humano sujetas a la garantía constitucional; pero no debe olvidarse que el mismo resultado se consigue también —y con efectos más coercitivos desde el

38 Cfr. varios autores, *Affirming Fundamental Rights in the European Union*, Luxemburgo, 1999, p. 1. En particular, los autores afirman que “it is crucial to express and present fundamental rights in way that permits the individual to know and access them... their current lack of visibility not only violate the principle of transparency, it also discredits the effort to create a ‘Europe of citizens’”.

punto de vista jurídico— a través de una precisa y clara jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

Una de las características externas del constitucionalismo contemporáneo la constituye el impulso a la universalización de muchos derechos de la persona; durante este último decenio en muchos Estados se han aprobado cartas constitucionales que —más allá de las especificidades históricas, de la diversidad en las formas de gobierno y de Estado— tienden a homologarse bajo el perfil de la clasificación de los derechos de la persona reconocidos como fundamentales. Dicha tendencia parece acercar realidades constitucionales bastante diferentes, como las de los Estados de la Europa central y oriental,³⁹ las recientes Constituciones de la América Latina y de África.⁴⁰

39 Se considera especialmente el ejemplo de las Constituciones de Hungría, Polonia. Cfr. Wieruszkeski, "Human Rights and Current Constitutional Debates in Central and Eastern European Countries", *The Strength of Diversity*, Bostón, pp. 187 y ss.

40 Cfr. Valencia Villa, "Los derechos humanos en la Constitución colombiana de 1991", *Debate Abierto*, 1992, pp. 9 y ss.; Hernández, Rubén, *Las libertades públicas en Costa Rica*, San José, 1980; López Chavarría, "Nuevos aspectos en el estudio de los derechos humanos y la lucha por su defensa en el Estado mexicano", *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, 1995, pp. 1053 y ss.; López Guerra, "Protección de derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá", *La justicia constitucional: una promesa de la democracia*, San José, 1992, p. 11 y ss.; Bauer, *Los derechos*

En una aproximación de naturaleza formal, basada en la lectura de los textos de las Constituciones, se podría afirmar que el fenómeno de la globalización se está extendiendo desde la economía a las estructuras constitucionales, desde los mercados financieros al sector de los derechos fundamentales de la persona: como si éstos representaran “una moneda única”, con un valor legal en la mayor parte de los ordenamientos.

Este dato no debe, sin embargo, llevarnos a engaño; de hecho, los niveles efectivos de garantía de los derechos fundamentales de la persona son bastante diferentes en los diversos ordenamientos. En general, los estándares de tutela son más elevados en aquéllos donde el reconocimiento de determinados derechos expresa un valor sentido como tal por la comunidad social, y constituye el reflejo de un convencimiento más que una prescripción meramente formal. La garantía de los derechos es más sustancial allí donde entran a formar parte del

humanos en América, Guatemala, 1987; Brysk, *The Politics of Human Rights in Argentina*, Stanford, 1994.

Con respecto a África *cfr.* Olinga, “L’Aménagement des Droits et Libertés Dans la Constitution Camerounais Révisé”, *Revue Universale des Droits de l’Homme*, 1996, núm. 8, p. 116 y ss.; N’Guema, “Human Rights Perspectives in Africa”, *Human Rights Journal*, 1990, p. 261; Elías, *África and the Development of International Law*, Nijhoff, 1988.

sistema de valores, de la cultura sustancial de un determinado país.

No parece, desde nuestro punto de vista, acertado afirmar que los derechos fundamentales de la persona encuentran su fundamento en la naturaleza o en el Estado, sino en la *polis*, a través del pacto constitucional que se instaura entre los ciudadanos y entre éstos y sus representantes. No cabe duda de que los tribunales constitucionales, en virtud de la autoridad que se deriva de su posición constitucional, contribuyen de forma determinante al reforzamiento de la conciencia social por lo que respecta a la importancia esencial de los derechos de cara a la existencia del Estado democrático de derecho.

En muchos ordenamientos, el juez constitucional está considerado por la opinión pública como el principal defensor de la Constitución y de los derechos en ella recogidos. Ello permite comprender la autoridad y prestigio que los tribunales constitucionales han alcanzado.

Más allá de su papel educativo, los tribunales constitucionales cumplen una función de tipo informativo, si tenemos en cuenta que su jurisprudencia, en materia de derechos fundamentales, constituye un espejo emblemático de la realidad social, de sus contradicciones y de sus transformaciones. Las decisiones más relevantes al respecto se pueden comparar con las escenas del pintoresco teatro del mun-

do contemporáneo: donde toma cuerpo la lucha cotidiana por la vida, por la dignidad, por la libertad humana.⁴¹

De hecho, el examen de los *leading cases* permite comprender, por un lado, la evolución democrática de los sistemas constitucionales y, por otro, las profundas disparidades existentes entre los ordenamientos que también invocan formalmente a la tradición del constitucionalismo.

Se pueden, por ejemplo, confrontar las cuestiones que enfrentan los jueces constitucionales en los países con una democracia madura —mayormente en los países con problemas de tutela de la persona provocados por el desarrollo cultural, el progreso científico y tecnológico, y el carácter multicultural de la sociedad— con las decisiones de los tribunales constitucionales en ordenamientos con una democracia inestable —donde se discute sobre el derecho a la vida, derecho a una sepultura, derecho a un juicio justo—. El *right to die*, al que se ha encarado la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se contrapone emblemáticamente con el derecho a la vida tutelado en diversos juicios en América Latina.

41 Cfr. Retortillo, Martín, *La Europa de los derechos humanos*, Madrid, 1998, p. 101.

En particular, es importante el papel de los jueces constitucionales en las fases de transición, cuando sobre las cenizas de un ordenamiento totalitario se instauran nuevas constituciones inspiradas en los valores del Estado democrático de derecho: los jueces Constitucionales ejercen un papel determinante en la modernización y en la democratización del ordenamiento jurídico, contribuyendo a afirmar los nuevos valores constitucionales. Sobre todo, en los ordenamientos en los que se reconoce la competencia de los tribunales constitucionales también con respecto a las leyes y a la normativa anterior a la entrada en vigor de la Constitución:⁴² de este modo, se subraya con mayor evidencia el valor de “ruptura” que la nueva Constitución trata de marcar frente al régimen precedente.

Diversos jueces constitucionales han podido depurar el ordenamiento al derogar las disposiciones preconstitucionales incompatibles recurriendo —sobre todo cuando estaban en juego derechos fundamentales de la persona— a la noción de inconstitucionalidad sobrevenida.

En la República Federal Alemana, cabe destacar el artículo 123 constitucional, según el cual las leyes anteriores a la primera reunión del *Bundestag* per-

42 Cfr. Rolla, *op. cit.*, nota 37, 1986, pp.197 y ss.

manecen en vigor siempre que no sean incompatibles con la ley fundamental. En Italia, el juez constitucional admitió, desde su primera sentencia en 1956, su propia competencia para controlar las leyes anteriores a la Constitución, declarando su ilegitimidad constitucional. Igualmente, en España, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el contraste entre norma constitucional y ley ordinaria preconstitucional determina la inconstitucionalidad sobrevenida de esta última, invalidándola: también ha consentido que el juez ordinario pueda no aplicar las normas preconstitucionales que entran en contradicción con la Constitución, sin necesidad de elevar la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.⁴³

Con estas decisiones, los tribunales constitucionales han convertido en vitales los principios constitucionales y las normas en materia de derechos fundamentales, difundiendo su conocimiento a todo

43 En el tema de inconstitucionalidad sobrevenida, desde una perspectiva comparada: Rolla, *op. cit.*, nota 37, pp. 210 y ss.; Friesenhamn, *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica federale tedesca*, Milán, 1965, pp. 67 y ss.; Aragón Reyes, “Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 564 y ss; Carrozza, “Alcuni problemi della giustizia costituzionale in Spagna”, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milán, 1985, pp. 1121 y ss.

el cuerpo social. Además han supuesto un estímulo desde el momento en que no sólo renuevan el ordenamiento jurídico, eliminando las disposiciones contrarias a la Constitución, sino que también convierten en ilegítimos los actos de los poderes públicos que lesionan los nuevos principios en materia de derechos fundamentales, aunque se basen en leyes anteriores todavía vigentes.

De este modo, los tribunales constitucionales pueden asegurar los derechos fundamentales y depurar también el sistema de tantas normas anticonstitucionales.

En tercer lugar, la jurisprudencia constitucional contribuye a especificar el principio personalista, que está en la base de la concepción democrática de los derechos fundamentales, ya sea contemporizando entre los diversos derechos —ambos relacionados con el ser humano—, pero susceptibles de entrar en casos concretos de conflicto ente ellos; ya sea favoreciendo una lectura evolutiva de las disposiciones constitucionales en materia de derechos del ser humano.

En lo que concierne al primer caso, se puede considerar que, mientras los recursos directos de amparo tienen por objeto mayormente las lesiones de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos, sobre todo de la autoridad judicial ya que tienden a transformarse en un recurso de última instancia, las

cuestiones de legitimidad constitucional no tienen por objeto tanto una lesión directa de un derecho por parte de la ley, cuanto una petición de equilibrio entre los derechos (constitucionalmente tutelados) susceptibles de entrar en conflicto, por ejemplo: la libertad de expresión y el derecho a la confidencialidad, libertad de investigación y derecho a la salud, libertad de iniciativa económica y pluralismo cultural, etcétera.

A este propósito, la actividad de los tribunales constitucionales es decisiva en hacer que la afirmación de un derecho no suponga una negación o una excesiva disminución de otro derecho, que merece también la tutela constitucional.

Dicha situación es posible, ya que la noción de persona tutelada, hoy en día, en las Constituciones es bastante diferente de la del “ciudadano” de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Los ordenamientos constitucionales democráticos ponen en el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales no al individuo aislado, sino a la persona considerada en su proyección social. Se asiste, dicho de otro modo, a la transición de una visión atomista a una visión social del ser humano.

Esta proyección particular del principio personalista obliga, antes que nada, a los jueces constitucionales a poner en correlación los derechos li-

gados al principio de libertad con los ligados al principio de igualdad, o también —como se suele afirmar de forma más sintética— derechos civiles y derechos sociales. Por un lado, individualismo, libremercado, igualdad formal; por otro lado, solidaridad, promoción social e igualdad material. Un equilibrio no fácil de conseguir siempre que las orientaciones prevalentes tiendan a diferenciar las dos tipologías de derechos (derechos de libertad, derechos económico-sociales) y a introducir una especie de jerarquía implícita, sobre la base de considerar que los derechos sociales —a diferencia de los de libertad, considerados como fundamentales e inviolables— están condicionados, es decir, dependen de la cantidad de recursos disponibles, y de que su efectividad está en función del presupuesto del Estado.⁴⁴

En segundo lugar, la necesidad de afirmar el principio personalista, tal y como se entiende en

44 Han profundizado en la posición constitucional de los derechos sociales, especialmente en la naturaleza de los derechos condicionados: Luciani, “Sui diritti sociali”, *Scritti in onore di M. Mazziotti di Celso*, Milán, 1995, pp. 97 y ss.; Cheli, “Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana”, *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milán, 1995, pp. 1773 y ss.; Pace, “Diritti di libertà e diritti socialinel pensiero di Piero Calamandrei”, *Piero Calamandrei: ventidue saggi su di un grande maestro*, Milán, 1990, pp. 303 y ss.; Lombardi, *Diritti di libertà e diritti sociali*, Política del diritto, 1999, pp. 7 y ss.

las formas de Estado social y democrático, obliga a los tribunales constitucionales —en la resolución de los casos específicos— a reafirmar una lectura evolucionada del principio de igualdad, evitando que la garantía de la igualdad entre las personas y la prohibición de discriminación irracional terminen por no reconocer las múltiples diversidades, individuales y colectivas, en que se articula la sociedad contemporánea. Dicho de otro modo, el principio de igualdad, analizado en conexión con las disposiciones que reconocen el derecho al libre desarrollo de la propia personalidad e identidad, no excluye, sino que presupone, la tutela de las múltiples diferencias que caracterizan la sociedad: desde la sexual a la étnica, desde la cultural a la lingüística. En el seno del principio clásico de igualdad se oculta la posibilidad del derecho al reconocimiento de las diferencias, su existencia parte de un grupo social más amplio que posee una destacada individualidad.

En particular, en las modernas sociedades multiétnicas y multiculturales, resulta crucial el problema de cómo asegurar un equilibrio entre los derechos universales de la persona y los derechos relacionados con la diversidad cultural de los diversos grupos étnicos.

En algún caso es la propia Constitución la que indica el criterio para resolver el eventual conflicto entre los derechos generales de la persona y los de-

rechos de los grupos étnicos: es el caso, por ejemplo, del artículo 30 de la Constitución de Sudáfrica, la cual, con el fin de garantizar un equilibrio entre el *Bill of Rights* y las tradiciones locales específicas, ha establecido que “cada cual tiene el derecho de usar la lengua y de participar en la vida cultural según su propia elección, pero debe hacerlo de acuerdo con las previsiones del *Bill of Rights*”.

En alguna otra situación, la posible contradicción entre las normas específicas relativas a los derechos de los grupos étnicos y a los derechos reconocidos como generales por la Constitución, es asumido directamente por el legislador, proporcionando una reformulación de la normativa primaria. Es el caso, por ejemplo, de Canadá, que en 1985 abolió algunas disposiciones del *Indian Act*, de tal manera que se abolieron todas las normas contrarias a los artículos 15 (prohibición de discriminación) y 28 (principio de igualdad entre hombres y mujeres) de la Carta de los Derechos y de la Libertad de 1982.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, la mediación entre las distintas exigencias es competencia de los jueces constitucionales, quienes, cada vez con mayor frecuencia, tienen que sentenciar sobre cuestiones que suponen una mediación difícil entre derechos generales de la persona y derechos culturales propios de grupos específicos.

Finalmente, los derechos tradicionales relacionados con la tutela de la libertad de la persona deben contemporizarse con el desarrollo de la investigación científica y de la tecnología, con la impresionante aceleración de las innovaciones en este campo. En los albores del nuevo milenio, la libertad de la persona debe enfrentarse a desafíos peligrosos que comportan los nuevos fenómenos que, además de constituir un indudable factor de modernización y un estímulo para el progreso, representan al mismo tiempo un peligro potencial para el libre desarrollo de la persona. Pensemos, por ejemplo, en las muchas interrogantes que abren algunas líneas de investigación (las manipulaciones genéticas, las intervenciones en ingeniería biológica, las operaciones de cambio de sexo, las nuevas técnicas de fecundación artificial) en lo que concierne el respeto al ser humano, incluida su identidad. Igualmente, se pueden considerar los nuevos perfiles del derecho a la confidencialidad y a la identidad personal; inducidos, por un lado por el desarrollo de las tecnología y, por otro, por la evolución social de las costumbres.

El proceso de especificación de los derechos fundamentales que parece caracterizar las más recientes Constituciones —que se distinguen por un amplio y analítico catálogo de posiciones subjetivas garantizadas como derechos fundamentales—

se muestra útil, pero necesita también de la intervención y de la interpretación de los tribunales constitucionales.

Como es sabido, la interpretación judicial permite distinguir el ámbito semántico y lingüístico de una disposición del ámbito normativo: en efecto, este último es la resultante de la interpretación de una determinada disposición que se afirma en la práctica jurisprudencial. De tal manera, las interpretaciones concretas de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales por parte de los tribunales constitucionales permiten asegurar una constante síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos, es decir, entre derecho e historia.

En consecuencia, los catálogos constitucionales de los derechos humanos no son estáticos, sino que pueden ponerse al día de las nuevas exigencias de la persona, sin que sea necesaria una revisión formal del texto de la Constitución. Tales catálogos pueden ser implementados con la introducción de los llamados “nuevos derechos”, es decir, derechos que son “nuevos” en cuanto que no están expresamente regulados en la Constitución, pero pueden ser nucleados en las disposiciones de derechos fundamentales refiriéndose al principio personalista. Por ejemplo, se puede obtener por vía interpretativa: del derecho a la salud el reconocimiento a un medio

ambiente saludable y no contaminado; del derecho a la libertad personal la necesaria tutela de la propia privacidad; de la prohibición de prestaciones personales sin base legislativa la existencia de la libertad individual a autodeterminarse.⁴⁵

La intervención creativa de los tribunales constitucionales en materia de derechos fundamentales es favorecida por la particular estructura de algunos textos constitucionales, en especial, por la presencia de cláusulas generales específicas que las Constituciones poseen habitualmente para la codificación de los derechos concretos y que permiten una ampliación y una implementación de las posiciones jurídicas tuteladas en virtud de una interpretación evolutiva y constructiva de los diferentes derechos fundamentales de la persona.

Entre las cláusulas de este tipo se pueden contar, por ejemplo, el artículo 2o. de la Constitución italiana (La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea individualmente considerado, ya sea en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad), el artículo 2o. de

45 Sobre los llamados “nuevos derechos”: Badeni, *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, Buenos Aires, 1995; Ruíz Miguel, “La tercera generación de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, 1991, pp. 303 y ss.; Modugno, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

la Constitución alemana (Todos tienen derecho a desarrollar libremente su propia personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país).

Del mismo modo, existen numerosas cláusulas de apertura genérica al reconocimiento de futuros derechos no enumerados en el momento, cláusulas que se remiten a la conocida fórmula de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual, la enumeración de determinados derechos no debe interpretarse como negación o restricción de otros. Dichas cláusulas confían al juez la tarea de interpretar el sentir social del momento, teniendo presente un conjunto de derechos controvertidos en cuanto a su subsistencia o alcance objetivo. Es el caso del artículo 44 de la Constitución de Guatemala (Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes al ser humano).

Otras disposiciones constitucionales, a su vez, prevén una apertura general del ordenamiento nacional a los tratados internacionales (como el artículo 5o. de la Constitución de Bulgaria, el artículo 116 de la Constitución de Albania de 1998), o bien limitada al ámbito de los derechos de la persona (como el artículo 11 de la Constitución eslovaca, el artículo 17 de la Constitución rusa, el artículo 7o. de la Constitución de Somalia de 1960).

Dichas cláusulas constituyen y representan la base constitucional para la interpretación evolutiva y dinámica de las posiciones subjetivas expresamente reconocidas y garantizadas por las Constituciones. Las cláusulas generales permiten considerar como fundamentales no sólo los derechos reconocidos de forma explícita por la Constitución, sino también aquello que se puede recabar de forma implícita, instrumental y transversal, siempre que sean reconducibles al principio personalista.

En otros términos, las cláusulas generales representan el trasfondo, el *background*, susceptible de dotar una justificación racional a la jurisprudencia evolutiva de los derechos, de forma significativa, la doctrina norteamericana considera tales expresiones como *a critical guide to a historically self-conscious moral, political and legal*.⁴⁶

En fin, los jueces constitucionales ejercen un papel importante en la consolidación del proceso de ósmosis y de influencia recíproca entre distintos ordenamientos, desarrollado en materia de derechos fundamentales de la persona.

⁴⁶ Para profundizar en las diferentes posiciones doctrinales sobre el valor jurídico y la interpretación de las cláusulas generales de la Constitución sobre los derechos: Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padua, 1990, pp. 4 y ss; Barbera, "Artículo 2o.", *Commentario della Costituzione italiana*, Bolonia, 1975, pp. 50 y ss; Modugno, *op. cit.*, nota 45, pp. 2 y ss.

En el ámbito de la tutela de los derechos de la persona, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar un ámbito de influencia y de mutuo enriquecimiento entre los ordenamientos nacionales y supranacionales.

Esta tendencia produce tres efectos relevantes bajo el perfil del derecho constitucional:

En primer lugar, dicho proceso osmótico permite al derecho nacional especificar e implementar los estándares de tutela definidos en el ámbito internacional; al igual que atribuye al derecho internacional la potestad de ampliar las normas directamente aplicables por los jueces nacionales, vinculantes a su vez para el legislador por su rango constitucional. Tal proceso tiene lugar asignando a las disposiciones de las convenciones internacionales la doble naturaleza de fuentes productoras de normas internacionales y de normas constitucionales; lo que se determina, sobre todo, o bien reconociendo la aplicación directa de las convenciones sobre los derechos fundamentales de la persona, o bien aplicando el principio de que en caso de conflicto las normas internacionales deben considerarse en cualquier caso prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias. De este modo se crean los presupuestos para implementar los contenidos de los derechos reconocidos por las Constituciones, haciendo resaltar una especie de *Bill of Rights* general, con capacidad

para servir de criterio interpretativo y, en caso de cuestiones de legitimidad constitucional, de normas interpretadas.

En segundo lugar, la acción de la jurisprudencia favorece la adhesión a un método interpretativo común, la existencia de formas significativas de unidad cultural, o la aceptación de un sistema de valores suficientemente homogéneo. Operando de esta forma, se introduce un factor de dinamismo en la interpretación de los derechos fundamentales desde el momento en que se predispone a los catálogos nacionales a la apertura hacia la consideración de nuevas situaciones subjetivas. Una posición favorable a un desarrollo extensivo de la referida posibilidad ha sido asumida, a través de una de sus decisiones, por la Corte Americana de los Derechos del Hombre, la cual ha considerado aplicables directamente todas las convenciones en materia de derechos humanos, incluso las no ratificadas (por ejemplo, el convenio europeo de los derechos del hombre) y también las normas relativas a dichos derechos consolidadas a nivel internacional. Esta significativa ampliación del parámetro la ha motivado el argumento de que el fin que debe ser logrado por los diferentes ordenamientos consiste, en todo

caso, en la exigencia de asegurar la mejor y más amplia tutela de los derechos de la persona.⁴⁷

En tercer lugar, a través de la jurisprudencia, se puede consolidar la formación de tradiciones constitucionales comunes capaces de homogeneizar los niveles de tutela de los derechos de la persona.

La formación de un *ius commune* en materia de derechos fundamentales determina la ampliación del catálogo de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito nacional. Por su parte, la implementación jurisprudencial de los derechos es posible utilizando el criterio de la interpretación constructiva, con base en la cual, la normativa nacional debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance que los propios derechos tienen en el ámbito internacional. Del mismo modo que se puede apelar al principio garantista, por el cual, ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a

47 En cuanto al tema de las relaciones entre ordenamientos nacionales e internacionales en el marco de la Unión Europea: Cassese-Claphan-Weiler, *Baden-Baden*, 1991; Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milán, 1995; Cocozza, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994; Sorrentino, “La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario ed in quello italiano”, en Cappelletti y Pizzorusso, *L’influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milán, 1982, pp. 55 y ss.; Azzena, *L’integrazione attraverso i diritti*, Torino, 1998.

la que permita con mayor efectividad dar desarrollo a la eficacia jurídica de un determinado derecho.

En efecto, como ha recordado Rubén Hernández, la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales debe realizarse conforme a los principios *pro homine* y *pro libertatis*. Como ha establecido la Sala Constitucional de Costa Rica (fallo 3550/92) “debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad”.⁴⁸ La capacidad del juez constitucional de implementar los derechos de la persona a través del recurso a las codificaciones internacionales se manifiesta en diferentes modalidades:

- a) al aplicar directamente como parámetro del propio juicio las disposiciones de las convenciones internacionales sobre los derechos fundamentales, sobre todo en los ordenamientos que prevén la incorporación en la Constitución de normas internacionales sobre los derechos fundamentales, o bien que reconozca a dichas normas una fuerza superior a la de la ley ordinaria;
- b) al aplicar el principio de que, en caso de conflictos, las normas internacionales deben considerarse,

48 Cfr. Hernández, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, San José, 1995, p. 94.

- en cualquier caso, prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias;
- c) al utilizar el criterio de la interpretación constructiva, con base a la cual la normativa nacional debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance que los propios derechos tienen en el ámbito internacional;
 - d) al apelar al principio garantista, por el cual, ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permita con mayor efectividad dar desarrollo a la eficacia jurídica de un determinado derecho.

La aportación de los tribunales constitucionales a la ampliación de las posiciones subjetivas merecedoras de tutela requiere, sin embargo, para que sea eficaz, que sean satisfechos algunos requisitos esenciales, como la adhesión a un método interpretativo común, la existencia de formas significativas de unidad cultural, o la aceptación de un sistema de valores suficientemente homogéneo.

Por estas razones, este papel de los jueces constitucionales no es general y se afirma, sobre todo, en sistemas jurídicos de antigua y consolidada tradición común.