

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 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.<sup>1</sup> 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”.<sup>2</sup>

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.<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup>

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”,<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

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.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup>

### 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.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup>

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).<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup>

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

<sup>13</sup> 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”.<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup>

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 pueblo<sup>16</sup> y, por otro, las autoridades administrativas independientes.<sup>17</sup>

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.

<sup>16</sup> 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.

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

Todavía se admite normalmente que los derechos de la persona se asocien 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.<sup>18</sup>

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 estatista 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 coun-founded*:<sup>19</sup> 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

<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

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.<sup>22</sup>

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.<sup>23</sup>

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.<sup>24</sup>

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”.<sup>25</sup>

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

<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

- 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.<sup>27</sup>

27 Véase Oliver Aranojo, *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 instaure, 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”.<sup>28</sup>

- 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.<sup>29</sup>

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

<sup>28</sup> Cfr. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padua, 1990, p. 608.

<sup>29</sup> Cfr. Zanon, *L'exception d'inconstitutionnalité en France: une réforme difficile*, Torino, 1990; Gambino, *Sistema delle fontio 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.<sup>30</sup>

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.

<sup>30</sup> 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 Sagado, *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.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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;<sup>33</sup> 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”.<sup>34</sup>

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 Laguardia, “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.<sup>35</sup>

#### 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-

<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup>

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.<sup>37</sup>

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*).<sup>38</sup>

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,<sup>39</sup> las recientes Constituciones de la América Latina y de África.<sup>40</sup>

39 Se considera especialmente el ejemplo de las Constituciones de Hungría, Polonia. Cfr. Wieruszeski, “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 Cameranaouais 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.<sup>41</sup>

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:<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup>

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, librecambismo, 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.<sup>44</sup>

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 tecnologías 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.<sup>45</sup>

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*.<sup>46</sup>

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 liberta' 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.<sup>47</sup>

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; Coccozza, *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”.<sup>48</sup> 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,

<sup>48</sup> 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.