

# La actual problemática de los derechos fundamentales\*\*

Sumario: I. LA DIFÍCIL CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS. 1. Primera consideración: permanece el nexo inseparable entre constitucionalismo y garantías de los derechos. 2. Segunda consideración: la babel lingüística de los textos constitucionales y la dificultad de una síntesis. 3. Tercera consideración: la incapacidad descriptiva y prescriptiva de algunas distinciones tradicionales. II. EL PROCESO DE ESPECIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿ENRIQUECIMIENTO O PULVERIZACIÓN DEL PRINCIPIO PERSONALISTA? 1. La superación de una noción unitaria de persona, en favor de la articulación de las múltiples situaciones objetivas en las que se manifiesta la dimensión social del individuo. 2. La atención a dimensión colectiva y comunitaria de la persona, con el consiguiente reconocimiento de la existencia junto a los derechos individuales, de derechos de grupos. 3. La atenuación del principio por el cual el *status civitatis* es requisito necesario para la titularidad de los derechos fundamentales. III. LA DIFÍCIL CALIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: ¿DERECHOS SUBJETIVOS DE LA PERSONA O PRINCIPIOS DEL ESTADO SOCIAL? IV. ALGUNAS TÉCNICAS INSTRUMENTALES DE CODIFICACIÓN PARA LA AMPLIACIÓN DE LAS SITUACIONES SUBJETIVAS TUTELADAS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. Las cláusulas de apertura a las Declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales. 2. Las cláusulas generales relativas al valor fundamental de la persona y a su libre desarrollo.

## I. LA DIFÍCIL CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS

El estudioso del Derecho Constitucional, situándose en el vértice que separa el final del siglo XX y el alba de un nuevo siglo, tiene ante sí una alternativa para afrontar el tema de los derechos fundamentales. Por un lado, puede

---

\* Profesor Ordinario de Instituciones de Derecho Público de la Universidad de Siena.

\*\* El presente trabajo reproduce, con las oportunas precisiones y solicitudes surgidas a raíz del debate, el texto de una exposición presentada con ocasión de un seminario organizado por la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, en el mes de mayo de 2000.

El Consejo de la Revista desea agradecer a los Profesores Aragón Reyes y Solozábal Echavarría, catedráticos de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, su desinteresada colaboración al autorizar la publicación del artículo que se reproduce.

La traducción ha correspondido a Almudena Marazuela Bermejo, Letrada de la Asamblea de Madrid y Directora de la Revista.

intentar elaborar una síntesis de los logros a los cuales llegara la doctrina ius-publicista del pasado siglo, con el objetivo de reseñar los conceptos ya consolidados; por otro lado, puede observar las tendencias actuales más relevantes tratando de evidenciar los principales factores de discontinuidad.

En la duda entre reelaborar el pasado y observar el presente, estas sincréticas consideraciones se sitúan en una línea intermedia y más modesta, pretendiendo señalar algunas novedades emergentes, las cuales —encontrarán su confirmación en un futuro próximo— requieren una reconsideración de los principios elaborados por la doctrina.

Esta aproximación nos parece interesante, especialmente en relación con los estudios de los constitucionalistas italianos, siempre que se considere que —aun cuando con autorizadas, pero limitadas excepciones<sup>1</sup>— las fundamentales aportaciones teóricas parecen resurgir en el tiempo<sup>2</sup>.

### 1. Primera consideración: permanece el nexo inseparable entre constitucionalismo y garantías de los derechos

Constituye todavía una tarea esencial para los sistemas constitucionales —de las llamadas «Constituciones de los modernos»<sup>3</sup>— el proteger a la persona humana: en primer lugar en su núcleo esencial, constituido por la libertad personal de circulación, de comercio, de no ser arbitrariamente detenido: en definitiva, en todas las posibles facetas y en la variedad de maneras con las que se explica el derecho a autodeterminarse. Existe, en efecto, una inseparable relación entre el desarrollo del constitucionalismo y la exigencia de garantía y de tutela de los derechos humanos.

La doctrina más moderna ha recalcado de forma unánime la conexión directa que existe entre constitucionalismo y derechos de la persona. Como se ha recordado de manera eficaz «el Derecho Constitucional nace cuando se afirman los derechos del hombre. Los derechos pertenecen en cada caso al terreno del constitucionalismo, de sus técnicas y de su evolución<sup>4</sup>. Los derechos fundamentales nacen con las constituciones, son —parafraseando a Pedro Cruz Villalón— *una categoría dogmática del Derecho Constitucional*<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Véanse, por todos, las aportaciones de PACE, *Problematica dei diritti fondamentali*, Padua, 1990; Rido-la, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Turín, 1997.

<sup>2</sup> En relación a la doctrina italiana, véanse los trabajos de: Pierandrei, *I diritti subiettivi pubblici nelle'voluzione della dottrina germanica*, Turín, 1940; Virga, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milán, 1947; Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padua, 1985; Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padua, 1972.

<sup>3</sup> Con tal expresión se hace normalmente referencia a las Constituciones elaboradas tras la ruptura con el Absolutismo e inspiradas en los principios del Estado de Derecho. Acerca de las relaciones entre Constituciones y constitucionalismo véanse: Florida, *La costituzione del moderni*, Turín, 1991; Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, 1994; Fioravanti, *Costituzione*, Bolonia, 1999; Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Madrid, 1994; Groppi, *Rigidità e mutamento costituzionale negli Stati federali*, Siena, 2000, pp. 7 y ss.

<sup>4</sup> Así, Onida, *La corte e i diritti*, *Studi in onore di Elia*, Milán, 1998, p. 1095.

<sup>5</sup> Cfr. Cruz Villalón, *Formación y evolución de los derechos fundamentales. La curiosidad de un jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999, p. 30.

Semejante conexión parece evidente si nos situamos desde una perspectiva histórica, siendo muy estrecha relación entre la afirmación del constitucionalismo liberal y la aprobación de intencionadas Cartas y Declaraciones de derechos de la persona. Deviene, a propósito, espontánea la referencia a la francesa Declaración de Derechos del Hombre del Ciudadano de 1789, en la que después de haber particularizado sobre la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre la labor primaria de toda asociación política, afirma que toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada no tiene Constitución: por lo que se introduce un nexo inseparable entre Estado constitucional y garantías de los derechos fundamentales.

Así como es posible hacer referencia, por un lado, a la Declaración de Independencia de las colonias inglesas de Norteamérica de 1776, que reconocía a los hombres derechos innatos; por otro lado, a la Constitución de Cádiz de 1812, que obligaba a la Nación a conservar y proteger los derechos legítimos de todos los individuos.

El vínculo entre constitucionalismo y garantías de los derechos está, además, presente en los documentos solemnes de las transiciones constitucionales más recientes<sup>6</sup>.

Si consideramos los procesos de codificación más recientes, no podemos dejar de apuntar que éstos se caracterizan por prestar una particular atención manifestada en la comparación de las garantías de los derechos de la persona, relevante hasta el punto de introducir una suerte de identificación entre Constitución rígida y *Bill of Rights*. Baste hacer referencia, a las recientes Constituciones de los países de la Europa oriental, del sur de África, o de América latina<sup>7</sup>, que se distinguen por la presencia de amplios y detallados catálogos de derechos reconocidos como fundamentales.

Es, por consiguiente, todavía indudable que es labor de los sistemas constitucionales garantizar los derechos fundamentales de la persona humana, hasta el punto de que puede sostenerse que subsista una relación directa entre estructura de las cartas constitucionales y eficacia en la tutela de los derechos fundamentales. Esto es, en el sentido de que el catálogo de los derechos y principios sobre la organización de los poderes no constituyen dos partes distintas de la Constitución, antes bien son dos perfiles conexos en cuanto que relativos —el uno— al reconocimiento de los derechos, —los otros— a la predisposición de garantías institucionales y jurisdiccionales. Las

---

<sup>6</sup> Como referencias de orden general en relación con las experiencias más recientes de codificación constitucional véanse los trabajos de: De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bolonia, 1998; Ceccherini, *La codificazione dei diritti nelle nuove carte costituzionali*, presentado en el Encuentro “*Le nuove frontiere del diritti fondamentali*”, Siena, 2000

<sup>7</sup> Véase, por todos: Bartole-Grilli Di Cortona, *Transizione e cambiamento democratico nell'Europa centro-orientale*, Turín, 1997; Girón, *La transición democrática en el centro y este de Europa*, Oviedo, 1997; Pegoraro, *La nuova Costituzione della Repubblica del Sudafrica*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1997, páginas 517 y siguientes; Diamond-Linz-Lipset, *Democracy in development countries*, Londres, 1988; Schmitter-Karl, *The tipes of democracy emerging in Southern and Eastern Europe and South and Central America*, en (*VOLTEN*) *Bound to change*, Nueva York, 1992.

primeras reconducibles —sustancialmente— a algunos de los institutos típicos del Estado democrático de Derecho (reserva de ley, principio de legalidad, separación de poderes, independencia del juez, imparcialidad de la Administración Pública); las segundas aseguradas por el papel de una jurisdicción autónoma e imparcial a la que puede acudir el ciudadano para hacer que se le reconozca una situación subjetiva lesionada por los poderes públicos o por otros sujetos privados.

La inclusión en el texto de las Constituciones de amplios catálogos de derechos —aun cuando necesaria e importante— no permite percibir de manera inmediata el nivel de eficacia. La experiencia del Derecho comparado evidencia la contradicción estridente que se aprecia en muchos ordenamientos en caso de que se compare la lectura del texto de la Constitución con el nivel efectivo de democracia del sistema y de libertad para los ciudadanos. Difícilmente puede oponerse que los más elevados *standards* de tutela se han —hasta ahora— obtenido en estos sistemas en los que la positivación de los derechos de la persona se halla engarzada a un contexto institucional que se inspira en la dimensión más evolucionada del Estado de Derecho.

En otros términos, para evaluar la relevancia que tienen las declaraciones constitucionales de los derechos es preciso considerar con particular atención la modalidad de tutela de los derechos que el ordenamiento previene, los instrumentos y los institutos que posibilitan su ejercicio efectivo.

## **2. Segunda consideración: la babel lingüística de los textos constitucionales y la dificultad de una síntesis**

El reconocimiento de la perdurable co-esencialidad entre la noción de Constitución y garantía de los derechos de la persona no debe actuar a modo de velo sobre la percepción de que se ha producido en los catálogos constitucionales una estratificación de conceptos y una pluralidad de lenguajes que convierten en ardua toda síntesis.

Bajo el aspecto lingüístico las Constituciones, a la hora de clasificar y sistematizar los derechos de la persona, recurren a terminologías significativamente diversas. A la uniformidad de las antiguas codificaciones se contraponen la heterogeneidad de las actuales. El abanico lingüístico empleado es bastante variado: se habla de derechos fundamentales, derechos de libertad, derechos constitucionales, derechos humanos, o derechos de base.

A título de mero ejemplo puede comprobarse cómo las Constituciones más recientes introducen distinciones en el *corpus generale* de los derechos, distinguiendo entre: a) derechos y nuevos derechos (Argentina); b) derechos individuales y colectivos, derechos sociales (Brasil); c) derechos fundamentales, derechos cívicos y objetivos sociales (Suiza); d) derechos fundamentales y principios rectores de la política social y económica (España); e) libertad, derechos económicos, sociales y culturales (Polonia).

Y en relación con la estructura de los catálogos no siempre resulta claro si a las diferenciaciones terminológicas puede vincularse una diversa posición respecto de las garantías o una jerarquía en cuanto a los niveles de tutela.

A su vez, la heterogeneidad de las situaciones objetivas tuteladas ha terminado por hacer complejas las clasificaciones e incierto el valor normativo de las disposiciones singulares. Así como la babel de los lenguajes induce alguna que otra vez a poner en duda la posibilidad de una orgánica sistematización teórica, al concluirse con pesimismo que una de las características de las formulaciones constitucionales en materia de derechos «es precisamente la de una carencia casi absoluta de sistematización»<sup>8</sup>.

Por otro lado, la variedad de los reclamos normativos se refleja sobre la doctrina, que muestra una evidente dificultad para reconducir el análisis de la realidad jurídica a esquemas y clasificaciones unívocos. Al igual que los constituyentes también los constitucionalistas emplean, pues, idiomas diferentes.

Algunos autores, renunciando a cualesquiera pretensiones dogmáticas, se limitan a clasificar el complejo de los derechos tutelados sobre la base del objeto de la tutela, distinguiendo entre derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales, y derechos económicos. Otros, conectando con la evolución histórica del Estado constitucional, prefieren distinguir los derechos clásicos, de aquellos otros de segunda y tercera generación<sup>9</sup>.

Otros renombrados estudiosos, asimismo, han introducido una *summa divisio*, distinguiendo los derechos de participación y de distribución de los de libertad sobre la base del criterio de que estos últimos son absolutos (ponen límite a la actividad pública o de otros sujetos privados), en tanto que los primeros son relativos (en el sentido de que requieren de una graduación y de una mediación por parte de los poderes públicos)<sup>10</sup>. Por su parte, Alexis subdivide estos últimos según tengan como objeto prestaciones positivas o negativas (no obstaculizar ciertas actuaciones del titular, o no suprimir determinadas facultades)<sup>11</sup>.

Según una aproximación no muy diversa se ha distinguido también entre derechos no condicionados y derechos condicionados. Los primeros serían directamente ejercitables, mientras el goce de los segundos requiere de la presencia de una organización idónea para asegurar la ordenación de determinadas prestaciones (que incide, dicho con otras palabras, en el *quid* y en el *quomodo*).

<sup>8</sup> Cfr. Castro Cid, *Derechos humanos y Constitución*, en *Revista de Estudios Políticos*, 1980, p. 132.

<sup>9</sup> La noción de «nuevos derechos» y la clasificación de los derechos fundamentales en generaciones que se han sucedido en el tiempo ha sido acogida particularmente por la doctrina latinoamericana. Véase, por ejemplo: G. Badeni, *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, Buenos Aires, 1995; C. Ruiz Miguel, *La tercera generación de los derechos fundamentales*, en *Revista de Estudios Políticos*, 1991, pp. 303 y ss.; A. Gil Robles, *Apuntes sobre el reconocimiento y tratamiento de los llamados nuevos derechos en algunas constituciones de Latinoamérica*, en *La reforma de la Constitución argentina en perspectiva comparada*, Madrid, 1997, pp. 103 y ss.; A. Pérez Luño, *Las generaciones de derechos fundamentales*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, pp. 203 y ss.; Stark, *Constitutional definition and protection of rights and freedoms*, in (Stark) *Institution and impact of international law according to the German basic law*, Baden Baden, 1987, pp. 33 y ss.

<sup>10</sup> Véase Forsthoﬀ, *Stato di diritto in trasformazione*, Milán, 1973.

<sup>11</sup> Así: Alexis, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, páginas 87 y ss.

### 3. Tercera consideración: la incapacidad descriptiva y prescriptiva de algunas distinciones tradicionales

La capacidad descriptiva y prescriptiva de algunas tradicionales y consolidadas distinciones con las que la doctrina del Derecho Constitucional operara en el pasado se ha agotado a causa de las transformaciones introducidas bajo la forma de garantías de los derechos fundamentales.

Es el caso, por ejemplo, de la distinción entre derechos como libertad negativa (que se ejercitan a través de la protección y la defensa del individuo en frente al legislador, los poderes públicos y los sujetos privados) y derechos de prestación (que postulan una intervención reguladora de la ley), la cual no puede mantenerse por más tiempo sobre la base de una alternativa radical acerca de la concepción de los derechos fundamentales. No sólo resulta difícil distinguir —salvo en algunos limitados, aun cuando fundamentales tipos— los derechos directamente ejercitables, que no precisan de una intervención activa por parte de los poderes públicos, de los derechos cuyo goce viene condicionado necesariamente por la interposición de la función organizativa de la Administración Pública o del Legislador.

Pero, sobretodo, el análisis de los textos constitucionales más recientes, evidencia que la garantía constitucional en la casi totalidad de los derechos reconocidos como fundamentales está asegurada por la presencia simultánea de principios (esto es de disposiciones que pueden manifestarse mediante grados y de diverso modo) y de reglas (esto es de normas unívocas, que tanto pueden ser como no ser cumplidas).

Probablemente no resulte arriesgado afirmar que la gran mayoría de los derechos incluidos en los catálogos de las nuevas Constituciones, articulándose en una multiplicidad de situaciones subjetivas, que necesitan de una recíproca coordinación, demanda con el fin de lograr su eficacia bien de la implementación del Legislador, bien de la intervención garantizadora y reparadora del juez. En otras palabras, cada derecho tiene en sí un componente garantizador y otro de prestación. En efecto, el efectivo disfrute de los derechos fundamentales de la persona requiere siempre tanto de la acción de la ley, como de la intervención judicial (dispuesto a sancionar restricciones ilegítimas en la esfera personal) y la administrativa (encaminada a predisponer los medios y los servicios que posibiliten el disfrute efectivo de determinados derechos constitucionales).

## II. EL PROCESO DE ESPECIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ¿ENRIQUECIMIENTO O PULVERIZACIÓN DEL PRINCIPIO PERSONALISTA?

En los Estados liberales la disciplina constitucional de los derechos se ha visto influida de manera esencial por tres ideas básicas: a) por una visión individualista y atomística de la persona, considerada como una mónada, a la que debe protegerse en cuanto tal, independientemente de su proyección en la vida social; b) por la instauración de una relación inseparable entre libertad y propiedad, entre derechos de la persona y libertad económica; c) por la configuración del Esta-

do como poder «externo», que debe proteger al ciudadano frente a los posibles abusos o frente a los actos arbitrarios, lesivos de las prerrogativas propias.

Esta noción de los derechos constituye, todavía, la base de las Constituciones propias del Estado democrático. Los acontecimientos históricos que han marcado las transiciones constitucionales más modernas parecen confirmar la permanente actualidad los derechos de inspiración liberal, que en muchos países son aún conculcados o ineficazmente tutelados o bien están dotados de una garantía exclusivamente formal.

Sin embargo, es difícil no vislumbrar en las tendencias actuales la presencia de elementos potencialmente susceptibles para introducir factores de discontinuidad respecto a la tradición liberal<sup>12</sup>. De ellos apremia llamar la atención sobre todo de tres.

### **1. La superación de una noción unitaria de persona, en favor de la articulación de las múltiples situaciones objetivas en las que se manifiesta la dimensión social del individuo**

Es indudable que la noción de persona tutelada hoy por las Constituciones —o directamente con fórmulas constitucionales específicas, o indirectamente en virtud de una interpretación evolutiva de la jurisprudencia constitucional— es bastante diversa a la del «ciudadano» concebida por la Declaración de derechos francesa. Los ordenamientos constitucionales de la segunda mitad del siglo pasado ponen en el centro del propio sistema de protección de los derechos fundamentales no al individuo aislado, sino a la persona considerada en su proyección social. 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<sup>13</sup>.

Esta evolución del principio personalista se realiza en virtud de etapas, que separan —también cronológicamente— a las Constituciones de los albores del Estado social y de la mitad del siglo pasado (en particular, las de la Europa occidental) de las cartas constitucionales más modernas.

En las primeras, el principio personalista se manifiesta a través de la dialéctica entre igualdad formal y material. Por un lado, las Constituciones se preocupan de evitar que las diferencias puedan devenir en causas de discriminación, que elementos técnicos, raciales, religiosos, o lingüísticos se utilicen para negar la igual dignidad moral y jurídica de todos los individuos: de ahí, por ejemplo, la presencia de normas que codifican la prohibición de establecer el sexo, la raza, la religión y la lengua como criterios para introducir normas discriminatorias.

<sup>12</sup> Contribuciones de interés acerca de la novedad de los problemas acarreados por las transformaciones sociales y económicas respecto de la noción de derechos fundamentales se han desarrollado recientemente por: Patrono, *I diritti dell'uomo nel paese d'Europa*, Padua, 2000.

<sup>13</sup> Acerca de la relevancia del principio personalista en la reconstrucción de los derechos fundamentales véase: Occhiocupo, *Libeazione e promozione umana nella Costituzione*, Milán, 1984; Ferri, *Persona umana e formazioni sociali*, en *Diritti fondamentali dell'uomo*, Milán, 1977, pp. 71 y ss.

Por otro lado, introducen un principio general que obliga al Estado a terciar para asegurar una igualdad efectiva: ya sea previendo intervenciones que reequilibren y acciones positivas para compensar las diferencias de hecho, ya sea insertando en el catálogo de los derechos fundamentales específicos derechos sociales para la protección de los sujetos más débiles de la sociedad<sup>14</sup>.

En las transiciones constitucionales más recientes, por el contrario, se asiste al paso de la universalidad a la multiplicidad, de la igualdad a las diferencias. De la triada del constitucionalismo liberal —*life, liberty and pursuit of happiness; égalité, liberté, fraternité*— se pasa al complejo mosaico de derechos tutelados por las Constituciones más modernas en cuanto que reconducibles a la persona humana.

Esta pretensión de especificación de los derechos reconducibles a la noción de persona humana refleja consecuencias relevantes en la estructura de los catálogos de derechos fundamentales más recientes.

Ante todo, se preocupa de evitar que la garantía de la igualdad entre las personas y la prohibición de discriminaciones no razonables se traduzcan en el desconocimiento de las múltiples diversidades, individuales y colectivas, en las que se articula la sociedad contemporánea. Dicho en otros términos, el principio personalista ha de interpretarse de forma que pueda proteger las numerosas diferencias que impregnan la sociedad: desde la sexual a la étnica, de la cultural a la lingüística. Desde el propio interior del clásico principio de igualdad se ha recabado el reconocimiento de las diferencias<sup>15</sup>.

En segundo lugar, la dimensión unitaria de la persona humana se ha quebrado por las disposiciones constitucionales que prevén la garantía no de la personalidad humana en su complejidad, —esto es conjuntamente los aspectos subjetivos que afectan a la identidad personal, entendida como libertad de elección y de autónoma determinación—, sino las singulares, específicas manifestaciones del obrar humano<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> La doctrina que aborda las relaciones entre igualdad formal y material es muy abundante. A título de mero ejemplo y para ulteriores indicaciones nos remitimos a: Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padua, 1984; Ainis, *Azioni positive e principio di eguaglianza*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, pp. 582 y ss.; Pizzorusso, *Oltre l'eguaglianza*, Turín, 1983; Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Nápoles, 1999.

<sup>15</sup> Entre las contribuciones más recientes en el tema de los vínculos entre el principio de igualdad y el reconocimiento de las diferencias se reseña: Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, en *Pol. dir.*, 1999, pp. 25 y ss.; AA.VV., *Revue Europeenne de Droit Publique* (número monográfico), 1999, número 2; Rubin, *Equal rights, special rights and the nature of antidiscrimination law*, en *Michigan Law Review*, 1998, pp. 564 y ss.; AA.VV., *Les discriminations positives*, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1997, pp. 53 y ss.; Ollero, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1994; Tchakaloff, *Egalité et action positive en Droit européen*, Pouvoir, 1997, pp. 91 y ss.; Barile, *Eguaglianza e tutela delle diversità in Costituzione*, en *Quaderni Costituzionali*, 1994, pp. 53 y ss.

<sup>16</sup> Sobre las características y los límites de la referida técnica de codificación, véase: Ceccherini, *La codificazione dei diritti nelle nuove carte costituzionali*, presentado en el Encuentro «Le nuove frontiere dei diritti fondamentali», Siena, 2000. Una posición favorable a la concepción de la persona en la globalidad de sus manifestaciones ha sido sostenida por: Pizzorusso, *Delle persone e della famiglia*, Persone fisiche, Bologna, 1980, pp. 30 y ss.



## 2. La atención a dimensión colectiva y comunitaria de la persona, con el consiguiente reconocimiento de la existencia junto a los derechos individuales, de derechos de grupos

El principio personalista ha sido, además, desarrollado también con arreglo a una perspectiva diversa, que tiene en consideración la caracterización colectiva e histórica de la persona, su existencia parte de un grupo social más amplio y provisto de una individualidad destacada. Tal proyección social de la persona ha sido, en el pasado, considerada en conexión con los derechos de asociación y con el reconocimiento de las sociedades intermedias; además, asume una relevancia particular la estimación de los aspectos comunitarios de la persona humana.

Se proyecta la formación de un derecho a la propia identidad cultural e histórica. De igual manera, también la protección de la identidad cultural de la comunidad en la que vive el individuo es elevada al rango de contenido esencial del derecho a la identidad personal<sup>17</sup>.

La codificación constitucional del derecho a la identidad cultural de los grupos está particularmente presente, por un lado, en los ordenamientos constitucionales nacidos de la crisis del colonialismo o que aparecen expuestos a nuevas formas de colonialismo político y cultural, por otro lado, allá donde conviven particulares grupos étnicos originarios, a los que la Constitución reconoce —respetando la Historia— un *status* particular, la posesión de una suerte de *status civitatis* reforzado o especial: en el sentido que devienen titulares, no sólo de los derechos reconocidos como universales, sino también de los derechos y de las garantías que les están reservados en cuanto sujetos pertenecientes a una determinada comunidad reconocida por la Constitución.

En el momento en el que el derecho a la identidad se extiende del individuo al grupo se presenta el problema de la admisibilidad y, por consiguiente, de la configuración teórica de los derechos de vocación colectiva. Esto es, más allá de significar una indudable novedad en el panorama constitucional, muestra los problemas de difícil solución desde el punto de vista de la dogmática jurídica; resulta, particularmente, difícil sistematizar el fenómeno con arreglo a las consolidadas clasificaciones en las que se distribuyen los derechos fundamentales, desde el mismo momento en que se han elaborado considerando más al individuo que a la comunidad de la que los particulares forman parte.

Dicho con otros términos, nos encontramos ante el problema de si el derecho a la identidad cultural sea un derecho del individuo o bien también del grupo que lo ejerce a través de sus expresiones exponenciales. Así debemos cuestionarnos a través de qué formas es posible atemperar los derechos

---

<sup>17</sup> Para ulteriores referencias, permítaseme remitir a: Rolla, *La tutela costituzionale de diritto all'identità culturale*, en (ROLLA) *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milán, 2000, pp. 111 y ss. Véase, asimismo, respecto a la tutela nacional e internacional de los derechos a la identidad cultural: Ceccherini, *Diritti individuali versus diritti comunitari*, en (Rolla) *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milán, 2000, pp. 163 y ss.

tradicionales de la colectividad con los derechos universales del individuo al que pertenece, desde el momento en que las situaciones de conflicto son, lejos de todo ello, marginales y esporádicas. Por contra, la idea misma de *inherent rights* de un grupo comunitario entra en contradicción con la noción de derecho fundamental del individuo.

Los interrogantes que acabamos exponer revelan ser en todo caso teóricos, desde el momento en que la experiencia constitucional evidencia diversos supuestos en los que los *group rights* han entrado en conflicto con los derechos individuales de la persona, especialmente con aquellos relativos a la libertad personal, con el principio de igualdad, y con la libertad de conciencia. En general, la solución a la confrontación se ha dejado en manos de la jurisprudencia, especialmente de la constitucional; pero no faltan las cartas constitucionales que han codificado la regla a emplear: en algunas ocasiones con la presencia de cláusulas derogatorias<sup>18</sup>, en otras con el reconocimiento de la primacía de los derechos fundamentales del individuo<sup>19</sup>.

### **3. La atenuación del principio por el cual el *status civitatis* es requisito necesario para la titularidad de los derechos fundamentales**

Los ordenamientos democráticos se encuentran, hoy, con el deber de afrontar una contradicción —típica del constitucionalismo liberal— por la cual los derechos de la persona una vez positivados, tienden a transformarse en los concretos ordenamientos en derechos del ciudadano, de los que pueden disfrutar quienes posean el *status civitatis*.

La ciudadanía ha constituido y todavía constituye la *chiave de volta* del sistema de las garantías constitucionales, hasta el punto de que algunos autores no dudan en denunciar que los derechos de la persona no tienen ningún valor fuera de la triada «Estado-pueblo-territorio»<sup>20</sup>.

Con el fin de confirmar esta estrecha conexión que el constitucionalismo ha introducido entre derechos fundamentales y *status civitatis*, se puede hacer notar —como argumento *a contrariis*— que diversos ordenamientos prohíben, como verdadera garantía de las libertades fundamentales, la pérdida de la ciudadanía como sanción o pena; así como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América considera inconstitucional la ley que prevé como pena de la pérdida de la ciudadanía, en cuanto que tal sanción constituía un *cruel and unusual punishment*, y como tal quedaba prohibido por la VIII enmienda de la Constitución.

<sup>18</sup> En la problemática de las cláusulas derogatorias, analizada con particular referencia a la experiencia constitucional de Canadá, ha profundizado recientemente: Gerbasi, *La clausola notwithstanding quale strumento per la tutela dei valori delle comunità provinciali*, en (Rolla) *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milán, 2000, pp. 135 y ss.

<sup>19</sup> A propósito, merece ser reseñada, por su significación, la previsión contenida en el artículo 30 de la Constitución de Sudáfrica, que pretende garantizar un equilibrio entre *Bill of Rights* y las tradiciones locales específicas: «Todos tienen derecho a usar la lengua y a participar en la vida cultural según su propia elección, si bien deberán hacerlo de modo coherente con las previsiones del *Bill of Rights*.»

<sup>20</sup> Así Arendt, *The origine of totalitarianism*, Nueva York, 1973.

Este principio, si se interpreta y codifica de forma rígida, parece estar inmerso en la crisis de los fenómenos sociales ya generalizados en virtud de la cual los confines estatales no constituyen ya rígidas demarcaciones, la movilidad social es muy intensa, la sociedad tiende a caracterizarse como multiétnica y el fenómeno multicultural está en continuo desarrollo<sup>21</sup>.

La solución tradicional adoptada por las constituciones para afrontar el problema de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional a quien no es ciudadano consiste —como se ha resaltado— en la elección de extender —o por una previsión constitucional directa o mediante el reenvío a las convenciones internacionales sobre la base de un principio de reciprocidad— a los extranjeros los «mismos» derechos de los ciudadanos<sup>22</sup>.

Sin embargo, esta técnica no siempre resulta satisfactoria, en cuanto que cada vez son más frecuentes los casos en los que personas pertenecientes a una comunidad caracterizada por una identidad cultural propia no reclaman tanto el disfrute de los mismos derechos reconocidos a los ciudadanos, como el poder ejercitar —también en el nuevo país en el que viven— determinados derechos considerados como *inherents*. De ahí, el difícil problema de optar, en lo específico de las diversas relaciones, si extender en todo caso a los no ciudadanos los derechos codificados como universales en el texto de la Constitución, o bien si reconocer la especialidad de su condición.

### III. LA DIFÍCIL CALIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: ¿DERECHOS OBJETIVOS DE LA PERSONA O PRINCIPIOS DEL ESTADO SOCIAL?

Los derechos fundamentales son indudablemente situaciones subjetivas que el individuo puede hacer valer y tutelar tanto en las relaciones con los poderes públicos, como con los sujetos privados. Todavía, tal consideración no puede oscurecer el hecho de que los derechos son garantizados y reconocidos en las Constituciones también en cuanto elementos que caracterizan una particular forma de Estado.

<sup>21</sup> Véase: Ferrajoli, *Cittadinanza e diritti fondamentali*, en *Ordine, conflitto e libertà nei grandi mutamenti del nostro tempo*, Turín, 1995, pp. 255 y ss.; Senese, *Cittadinanza, etnocentrismo, diritti fondamentali*, en *Immigrati non cittadini?*, Milán, 1989, pp. 175 y ss.

Sobre la problemática más novedosa en torno a la ciudadanía: Zolo, *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*, Bari, 1999; Rosales, *La experiencia de la ciudadanía en la democracia liberal*, Madrid, 1998; AA.VV., *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bolonia, 1994; Häberle, *La cittadinanza come tema di una dottrina europea della costituzione*, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1997, pp. 19 y ss.

<sup>22</sup> En torno a la condición jurídica del extranjero, especialmente en lo concerniente al goce de los derechos fundamentales garantizados en las cartas constitucionales véase: D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padua, 1992; Melica, *Lo straniero extracomunitario*, Turín, 1996; AA.VV., *Immigrazione e condizione dello straniero*, Padua, 1989; Capotorti, *Incidenza della condizione di straniero sui diritti dell'uomo internazionalmente protetti*, en *Studi in onore di G. Sperduti*, Milán, 1984, pp. 451 y ss.; Calamo Specchia, *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario in Francia fra droit d'asile e droits de resident*, *Pol. dir.*, 1998, pp. 45 y ss.; Pérez Sola, *La política de asilo e di rifugio in Spagna*, *Pol. dir.*, 1997, pp. 337 y ss.

Esta característica no representa, por sí misma, una novedad. Baste recordar que los principios organizativos típicos del Estado liberal tendían a proteger al ciudadano frente a los posibles abusos y al uso ilegítimo del poder por parte de la autoridad pública: hasta tal punto que la separación de poderes, el principio de legalidad y la reserva de ley han asumido la doble veste de principios caracterizadores de la forma de Estado y de garantías institucionales de los derechos fundamentales de la persona. Este diseño es claramente expuesto, por otra parte, por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 16 establece —como ya se ha recalcado— que «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, y la separación de poderes no reconocida no tiene Constitución». Mientras que según el artículo 6 de la misma Declaración, sólo a la ley compete imponer deberes, límites a la libertad de los ciudadanos, y establecer penas.

La consabida conexión entre los principios generales de la organización constitucional de un Estado y la garantía de los derechos fundamentales de la persona hace preciso considerar como un hecho natural que la superación del Estado liberal de Derecho y la afirmación de la experiencia del Estado social influya tanto sobre la estructura de las garantías, como sobre el catálogo de las situaciones subjetivas subyacentes tras los derechos fundamentales.

Aún, el reconocimiento detallado de los derechos sociales y culturales presente en la casi totalidad de las Constituciones —y con particular atención a la especificación en los textos más modernos— asume un carácter bivalente: por un lado, satisface la exigencia de enriquecer el principio personalista, por el contrario, se liga casi de un modo natural a la calificación de la forma de Estado<sup>23</sup>.

Y uno y otro han sido, en general, igualmente codificados e incorporados entre los principios supremos de la Constitución. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución italiana, en la que los derechos sociales pueden ser reconducidos bien al artículo 2 de la Constitución, que reconoce los derechos inviolables de la persona, bien al artículo 1 de la Constitución, que califica el carácter republicano del Estado. O —de forma más notoria— el caso de España, cuya Constitución, en el artículo 10, considera la dignidad de la persona y su libre desarrollo como fundamento del orden político y

---

<sup>23</sup> La doctrina de los derechos sociales es muy abundante. Entre los numerosísimos autores nos remitimos a: Mazziotti, *Diritti sociali, Enciclopedia del Diritto*, XII, pp. 804 y ss.; Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988; CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella costituzione italiana, Scritti in onore di L. Mengoni*, Milán, 1995, p. 1.773; Luciani, *Sui diritti sociali, Scritti in onore di M. Mazzotti di Celso*, Milán, 1995, pp. 97 y ss.; Díez Picazo, *The constitutional protection of social rights: some comparative remarks*, Florencia, 1997; Pace, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Pietro Calamandrei*, en *Piero Calamandrei: ventidue saggi su di un grande sociale nel pensiero di un grande maestro*, Milán, 1999, pp. 303 y ss.; FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello Stato sociale*, Dir. e soc., 1999, pp. 163 y ss.; Cassio Díaz, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, 1989; Rodríguez Overa, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Granada, 1998; Baquero Cruz, *La protección de los derechos sociales en la Comunidad europea tras el Tratado de Amsterdam*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 1998, pp. 607 y ss.; Navarro Munuera, *El marco constitucional de los derechos sociales en el ordenamiento español, Diritto Pubblico*, 1997, pp. 483 y ss.

de la paz social y, en el artículo 1, califica el Estado como «social y democrático de Derecho»<sup>24</sup>.

De ahí la doble naturaleza de los derechos sociales, que representan —al tiempo— la especificación de las situaciones subjetivas de la persona y las articulaciones de las políticas típicas del Estado social y democrático dispuestas a afirmar el principio de igualdad material y de participación en la vida social<sup>25</sup>. Así consigue que participen, a la vez, de la condición de derechos propios y verdaderos y de disposiciones constitucionales de principio<sup>26</sup>.

Por otra parte, tal duplicidad ha sido reconocida también por la jurisprudencia constitucional que los derechos tanto tras las situaciones subjetivas, como —al igual que ha hecho el Tribunal Constitucional español—, «entre los elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional»<sup>27</sup>.

Semejante característica ha ocasionado a los constituyentes no pocos problemas de definición, dimanantes de la diversa terminología con la que se opera, síntoma del hecho de que en los diversos ordenamientos existe conformidad para primar perspectivas diversas. Es evidente, por ejemplo, que las Constituciones que hablan de *duties*, de *principios rectores*, así como aquellas que remiten la tutela de los derechos sociales no tanto al catálogo constitucional de los derechos, como a fórmulas generales (es el caso, por ejemplo, de Canadá) pretenden aludir al deber de prestación de los poderes públicos; en tanto que las que hablan de derechos fundamentales hacen primar la situación subjetiva de los particulares.

Las características propias de los derechos sociales presentan problemas no menos arduos para la doctrina: tanto de calificación jurídica como de garantía y de tutela. A propósito, permítasenos llamar la atención sobre algunos aspectos referentes a esta cuestión.

#### a) *La estructura de las disposiciones constitucionales que garantizan los derechos sociales*

En general la disciplina constitucional de los derechos sociales se reserva a normas principales más que a normas que contienen reglas: esto es, en otros términos, a normas que sirven de límite constitucional al Legislador, pero que no son —sin mediación— directamente aplicables en sede jurisdiccional para resolver situaciones concretas.

A menos que no se aplique también en el ámbito de los derechos sociales la teoría del contenido esencial, conforme a la cual deben considerarse verdaderos derechos objetivos la situaciones jurídicas que constituyen el núcleo esencial e intangible del derecho concreto; en tanto haya expresiones del deber del Estado de asegurar determinadas prestaciones sociales, aquella facultad que amplía y dimensiona está en buena medida determinada por la propia acción social del Estado, y, por consiguiente, está condicionada por algunos factores como la cuantía de los recursos disponibles y la situación de las finanzas públicas.

<sup>24</sup> En el mismo sentido, pueden recordarse el artículo 1 de la Constitución portuguesa (Portugal es una República soberana ...comprometida en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria); el artículo 20 de la Constitución alemana (La República Federal Alemana es un Estado federal, democrático y social); o el artículo 2 de la Constitución francesa (Francia es una República democrática y social).

<sup>25</sup> Así, Mazzotti, *Diritti sociali*, *Enciclopedia del Diritto*, XII, p. 804.

<sup>26</sup> Como muestra: Crisafulli, *La Costituzione e le disposizioni di principio*, Milán, 1952.

<sup>27</sup> Véase, por todas, la relevante STC 25/1981.

Queda, en todo caso, un tipo de prestaciones que encuentran la propia referencia constitucional en disposiciones de principio, de modo que —en caso de que se aplicaran los criterios elaborados por la teoría de la interpretación— la eventual antinomia entre la disposición que garantiza el derecho social y la otra del mismo grado que introduce limitaciones y condicionamientos al goce del propio derecho no puede resolverse declarando la invalidez de una de las dos normas principales aplicables. Se hace preciso, por el contrario, realizar una ponderación entre los diferentes principios en juego, resolviendo la cuestión acudiendo a los criterios de racionalidad y de proporcionalidad<sup>28</sup>.

Las dificultades a las que se enfrenta el intérprete se incrementan y se convierten, en algunos casos, en casi insuperables recurriendo a las simples reglas de la interpretación jurídica (se está ante auténticas *political questions*), si las Constituciones no directamente una jerarquía interna entre los derechos o bien si no reconocen al Legislador el poder de determinar el marco dentro del cual es posible operar una ponderación entre los diversos principios.

b) *El papel determinante del Legislador y de la Administración Pública en la especificación de las garantías de los derechos sociales*

Así pues, sin negar el papel esencial del juez y, particularmente, del juez constitucional en los sistemas de justicia constitucional que consienten el recurso directo contra las lesiones de los derechos fundamentales, la cuestión de los derechos sociales y culturales califica nuevamente la función de la ley a los fines de su garantía material. Como se ha sostenido acertadamente, «mientras el mejor legislador en el tema de los derechos como prestaciones negativas... es aquel que rechaza la intervención, el peor legislador en el ámbito de los derechos de prestación positiva (por ejemplo, el derecho a la asistencia sanitaria y prestacional) es, obviamente, aquel que no interviene»<sup>29</sup>.

La intervención del legislador se muestra necesaria no sólo para implementar el contenido de los derechos constitucionales concretos, sino también para determinar una graduación entre los diversos principios en materia de derechos fundamentales. Es evidente, en efecto, que en las declaraciones en las que entran en juego diversos y contrapuestos derechos constitucionales, su atemperación encuentra su sede «natural» en la voluntad del Legislador.

Así como alcanza un papel creciente la garantía administrativa de los derechos de la persona: al respecto, se ha comprobado que en las sociedades contemporáneas la eficacia de los derechos precisa de un cierto protagonismo de

---

<sup>28</sup> En torno a la racionalidad como canon interpretativo, véase: Paladín, *Ragionevolezza (Principio di)*, *Enciclopedia del Diritto*, Agg. 1, Milán, 1997; Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Milán, 1993. Sobre la cuestión de la proporcionalidad véase, seguidamente: Fassbender, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Público, 1998, pp. 51 y ss.

<sup>29</sup> Así Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"*, en Scritti in onore di P. Barile, Padua, 1990, pp. 109 y ss.

la Administración Pública<sup>30</sup>. Su intervención es determinante para la ordenación de concretos servicios cuya existencia es necesaria para asegurar derechos fundamentales de la persona.

Piénsese, sobre todo, en aquellos derechos cuyo disfrute deriva de la posibilidad de elección efectiva entre varias opciones; o bien en las ocasiones en las que la intervención activa de la Administración es necesaria para asegurar el respeto del principio de no discriminación en el disfrute de determinados servicios básicos, ligados al goce de los derechos sociales fundamentales.

c) *Los remedios en caso de inactividad del Legislador.*

La relevancia creciente que en las cartas constitucionales asumen los derechos de prestación (*los derechos a algo*) añade un nuevo y específico problema inherente a su tutela: que puede sintetizarse en los posibles remedios a la inactividad del Legislador y de la Administración Pública. En tal caso, de hecho, la violación del derecho no se produce por una actuación de los poderes públicos o de un comportamiento de un particular, sino por la ausencia de reglas predisuestas, de instrumentos y de medios necesarios para asegurar el efectivo goce de un determinado derecho.

La experiencia comparada pone de manifiesto algunas, desveladas, tentativas de codificar tales situaciones y de individualizar los institutos que resultan más idóneos para proceder a sancionar las inactividades tanto del Legislador, como de las Administraciones Públicas<sup>31</sup>. Éstas, guiadas por el álveo del norteamericano *writ of mandamus*, admiten al ciudadano que haya visto lesionado un derecho propio a causa de la inactividad el derecho a recurrir ante el magistrado porque, reconociendo la necesidad de una intervención pública con el fin de posibilitar el disfrute de un derecho de prestación, impone o requiere que la Administración provea y que el Legislador regule<sup>32</sup>. Mientras una problemática similar se registra, en el ámbito europeo, en torno a la hipótesis de que el goce de un derecho reconocido por la normativa de la Unión Europea se viera comprometido por la inactividad de un Estado miembro: en este caso, la inactividad se sanciona con los instrumentos ordinarios que regulan las antinomias entre la normativa comunitaria y la normativa nacional.

Se trata en conjunto de interesantes experiencias en las que merece la pena ahondar, aun cuando no se puede negar la dificultad de carácter teórico y práctico que se interpone en el eficaz rendimiento de los referidos institutos. Las segundas son reconducibles a los inciertos éxitos subsiguientes a la falta de adecuación del Legislador o de la Administración Pública respecto de las reso-

---

<sup>30</sup> La acertada expresión se debe a Martín Retortillo, *El paradójico protagonismo de la Administración pública por la efectividad de algunos derechos fundamentales*, en "Revista Aragonesa de Administración Pública", 1994, n.º 4, pp. 11 y ss.

<sup>31</sup> Es el caso de los institutos previstos en las Constituciones de Brasil, Costa Rica, Hungría o de Angola.

<sup>32</sup> Véase: Fernández Segado, *La dogmática de los derechos humanos*, Madrid; Fernández Segado, *La omisión por el legislador*, Madrid.

luciones del juez; las primeras —a su vez— son admisibles dentro de la incidencia que la obligación de carácter positivo a legislar tiene sobre los elementos que caracterizan la soberanía parlamentaria.

#### IV. ALGUNAS TÉCNICAS INSTRUMENTALES DE CODIFICACIÓN PARA LA AMPLIACIÓN DE LAS SITUACIONES SUBJETIVAS TUTELADAS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Un elemento característico de las Cartas constitucionales más modernas está seguramente representado por la inclusión en el cuerpo del documento constitucional de amplios catálogos, que enumeran de forma difusa las situaciones subjetivas concretamente tuteladas<sup>33</sup>.

La tendencia a una amplia codificación 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 los regímenes autoritarios. Es el caso de las Constituciones europeas surgidas tras la conclusión del segundo conflicto mundial que resolviera el fin del fascismo y del nazismo (Alemania, Italia); de las Constituciones mediterráneas nacidas de la crisis de los regímenes anteriores (Grecia, España, Portugal); de las Constituciones de los países que se han dado nuevos ordenamientos de inspiración democrática de forma inmediata tras la caída de los regímenes comunistas (Polonia, Hungría, Eslovenia, Eslovaquia); o de las Constituciones de América Latina y de los nuevos Estados de África, siempre expuestos a regresiones golpistas.

El impulso para detallar y especificar el catálogo de los derechos que se quieren reconocer como fundamentales responde a la técnica de codificación que aspira a satisfacer diversas exigencias no siempre coherentes entre sí. Por una parte, pretende relatar los derechos de la persona considerados como fundamentales en un determinado momento histórico; por otra, aspira —tal vez ingenuamente— a dar vida a un catálogo de derechos de la persona sin lagunas. Responde a una exigencia de transparencia, didáctica, para mantener informados a los ciudadanos y permitir que sean conocedores de sus derechos; asimismo manifiesta una voluntad de codificar un juicio histórico-político mediante la comparación con el pasado.

Con tal propósito, está presente en muchas Constituciones el intento de garantizar aquellos aspectos de la dignidad y de la libertad de la persona que los previos regímenes habían en gran medida conculcado: baste citar, a título de mero ejemplo: las normas que proscriben la esclavitud y la segregación racial en las Constituciones africanas, las que excluyen la tortura y tutelan el

<sup>33</sup> Sobre la concreta cuestión se remite, para las ulteriores consideraciones a: Rolla, *La perspectiva de los derechos de la persona a la luz de las tendencias constitucionales*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1998, pp. 39 y ss. Véase asimismo, Ceccherini, *La codificazione dei diritti nelle nuove carte costituzionali*, presentado en el Encuentro “*Le nuove frontiere dei diritti fondamentali*”, Siena, 2000.; Alston, *A framework for the comparative analysis of Bill of Rights*, en (Alston) *Promoting human rights through Bill of Rights*, Oxford, 1999, pp. 3 y ss.



derecho a la vida en las Constituciones de América Latina, o aquellas otras que aseguran el pluralismo y los derechos políticos en las Constituciones europeas.

Esta tendencia a detallar el catálogo de los derechos fundamentales diferencia las Constituciones surgidas de las más recientes transiciones constitucionales de las Constituciones liberales y de la estructura de las Constituciones de los ordenamientos que han registrado una evolución progresiva, sin sufrir restricciones violentas y autoritarias: en este caso, las partes del texto constitucional reservadas para disciplinar los derechos fundamentales de la persona tienen por lo general dimensiones notablemente más reducidas y presentan una estructura más simple.

La razón de la meritada diferencia puede encontrarse, según nuestra opinión, no ya en el dato temporal por el cual se está en presencia, en general, de documentos que resurgen en el tiempo, aun cuando en el hecho de que la continuidad constitucional ha permitido que determinados valores y principios reconducibles a la persona humana hayan penetrado en el tejido social, convirtiéndose en parte integrante de la cultura de aquel país.

Esta última consideración excluye la existencia de una conexión directa entre amplitud de los catálogos y la efectividad en el goce de los derechos por parte de los individuos. No sólo porque, en muchas de las Constituciones a las que hemos hecho referencia, las codificaciones detalladas responden más a una visión política o fuertemente programática, que a una concepción normativa, sino también en cuanto que la eficacia de las prescripciones constitucionales deriva de otros factores no siempre estimados de manera adecuada por el nuevo constitucionalismo, como son: a) la formulación del texto normativo en términos completivos y prescriptivos; b) la naturaleza de los instrumentos predispuestos por el sistema; c) la posibilidad de interpretaciones evolutivas de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales.

Con relación a este último aspecto, un papel importante se asegura con la inclusión en los textos constitucionales de cláusulas generales que pueden ser teleológicamente reconducidas a dos categorías distintas, pero funcionalmente coordinadas en cuanto que han sido concluidas para implementar las situaciones subjetivas garantizadas como derechos fundamentales.

## **1. Las cláusulas de apertura a las Declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales**

En el primer grupo pueden incluirse las cláusulas que abren el ordenamiento nacional a las codificaciones internacionales en materia de derechos fundamentales de la persona: éste es el caso, por ejemplo, del artículo 10 de la Constitución española (*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*), o del artículo 16 de la Constitución portuguesa (*Las disposiciones constitucionales y las leyes relativas a los*

*derechos fundamentales deben ser interpretadas e integradas en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos*)<sup>34</sup>.

Estos principios constitucionales favorecen la creación de un Derecho común, la constitución de un sustrato común en la tutela de los derechos de la persona en un concreto ámbito geográfico supranacional.

Facultan una significativa ampliación del parámetro en los juicios de constitucionalidad, de modo coherente con la finalidad de asegurar la mejor y más amplia tutela de los derechos de la persona.

Diversas técnicas permiten el empleo de la normativa internacional con la finalidad de obtener una interpretación amplia y evolutiva de los catálogos nacionales de derechos. Dentro de las más significativas y difundidas podemos traer a colación:

- a) La codificación de la aplicación directa en el ámbito nacional de las convenciones internacionales en materia de derechos fundamentales de la persona.
- b) La aplicación del principio de que, en caso de conflicto, las normas internacionales prevalecen sobre las emanadas de las fuentes primarias.
- c) El empleo del criterio de interpretación constructiva sobre la base del cual la normativa nacional debe ser, en la medida de lo posible, interpretada en sintonía con la importancia y con idéntico significado que los mismos derechos tienen en el ámbito internacional.
- d) El reclamo al principio garantizador por el cual, ante a las posibles interpretaciones, debe darse preferencia a la que faculta más eficazmente el «*dare svolgimento all'efficacia giuridica*» de un determinado derecho. De conformidad con el principio *pro homine pro libertatis* debe utilizarse siempre la interpretación que favorece el goce de un derecho.

## **2. Las cláusulas generales relativas al valor fundamental de la persona y a su libre desarrollo**

Consideradas aquellas cláusulas que, refiriéndose al valor general de la persona, se proponen legitimar una interpretación evolutiva y constructiva de los diversos derechos fundamentales atinentes a la persona. Piénsese en el artículo 2 de la Constitución italiana (*La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto individualmente, como en las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad*), el artículo 2 de la Constitución

<sup>34</sup> Véase, sobre el papel de las cláusulas de apertura al ordenamiento internacional: Sáiz Arnáiz, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, Madrid, 1999; Kokott, *From reception and transplantation to convergence of constitutional models in the age of globalization with special reference to the germanic basic law*, en (Stark) *Constitutionalism, universalism and democracy. A comparative analysis*, op. cit., pp. 19 y 76 y ss.; Verejchetin, *New constitutions and the old problem of the relationship between international and national law*, *European Journal of International Law*, 7, 1997, pp. 31 y ss..

alemana (*Todos tienen derecho al libre desarrollo de la propia personalidad*), o el artículo 5 de la Constitución de Grecia (*Todos tienen derecho a desarrollar libremente la propia personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país*).

Igualmente, pueden ser citadas cláusulas de apertura genérica para el reconocimiento de futuros derechos, en la actualidad no relacionados, inspiradas en la relevante fórmula de la Constitución de los Estados Unidos según la cual la enumeración de determinados derechos no debe ser interpretada como negación o restricción de otros derechos.

Por parte de la doctrina se han registrado oscilaciones en torno al significado normativo de estas cláusulas; y en ocasiones, el debate ha encallado de forma estéril en torno a la contraposición entre fórmulas «cerradas» o «abiertas», entre derechos enumerados o no enumerados<sup>35</sup>.

Resulta evidente que una interpretación de estas disposiciones a la medida de una cláusula abierta ofrecería al intérprete un criterio bastante incierto y evanescente, desde el mismo momento en que la individualización de los derechos que han de considerarse fundamentales no pueden prescindir de un anclaje en las previsiones formales de la Constitución: deben ser considerados fundamentales sólo los derechos extraíbles —por la vía explícita o implícita— del texto de la Constitución.

Incluso, sería excesivamente restrictivo relegarlas al rango de expresiones meramente sincréticas y anticipadoras del catálogo de los derechos contenido en los artículos sucesivos. No sería aprovechada la oportunidad de fiarse de la importancia normativa de tales cláusulas generales para actualizar el número de los derechos fundamentales en conexión con las actividades y las exigencias de la persona humana; para obtener una tutela de la persona más abigarrada y dinámica.

Lo reseñado permite ofrecer al intérprete una base legal para desarrollar una actividad creativa que permite asegurar una permanente síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos: en definitiva, entre Derecho e Historia.

Se puede considerar, dicho en otros términos, que las cláusulas generales reconducibles a la personalidad del ser humano toleran el ámbito semántico y la terminología de un derecho distinto al de su propio ámbito normativo: siendo este último la resultante de la interpretación de aquella determinada fórmula lingüística consolidada en un determinado contexto. En otras palabras, las cláusulas generales representan el sustrato susceptible para proveer una justificación racional a la jurisprudencia evolutiva de los derechos: ofrecen al intérprete la base legal para desarrollar una actividad creativa.

Tales consideraciones facilitan, a nuestro modo de ver, también el encuadre dentro de los términos constitucionalmente correctos la problemática relativa a los llamados «nuevos derechos».

---

<sup>35</sup> Para ulteriores alusiones sobre el debate entre interpretación abierta o cerrada de las cláusulas que se refieren al libre desarrollo de la persona remito a mi trabajo: Rolla, *La perspectiva de los derechos de la persona a la luz de las tendencias constitucionales*, op. et loc. ult. cit.

A propósito, parece oportuno introducir una *summa divisio* entre aquellos derechos que son nuevos en cuanto que no están expresamente regulados en el catálogo constitucional, pero que anidan en las disposiciones relativas a los derechos fundamentales a través de la referencia al principio personalista aludido en las cláusulas generales; y aquellos derechos que —por el contrario— son «nuevos», en cuanto no incorporados ni incorporables al catálogo constitucional de los derechos fundamentales.

Sólo los primeros pueden ser enumerados entre los derechos fundamentales de la persona, desde el momento en que las nuevas situaciones subjetivas —gracias a la interposición de las cláusulas generales— hunden sus raíces en el fértil terreno de los catálogos constitucionales.

Los segundos, por el contrario, poseen una cobertura no constitucional, sino legal: son parte no de la Constitución, sino de la materia constitucional. Por consiguiente, el objeto, las formas y los caracteres de la tutela dependen de las concretas decisiones consumadas por el Legislador.

Con referencia a los primeros resulta, por contra, impropio semánticamente hablar de nuevos derechos, desde el momento en que su individualización no tiene naturaleza creativa en sentido estricto, sino meramente asertiva; el intérprete explicita o relata la extrapolación de los derechos conexos a los valores que han sido ya positivamente codificados.