



## NUEVOS DESARROLLOS DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO RETOS PARA EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

### NEW DEVELOPEMENTS OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS THEORY AS CHALLENGES FOR THE CONSTITUTIONAL PROCESURAL

Carlos Ruiz Miguel  
Catedrático de Derecho Constitucional Universidad  
de Santiago de Compostela, España  
carlos.ruiz@usc.es

Recibido: 31 de noviembre de 2015

Aceptado: 20 de diciembre de 2015

#### SUMARIO

- Recientes desarrollos normativos de los derechos fundamentales
- La cada vez más compleja naturaleza jurídica de los derechos fundamentales
- La eficacia transnacional de los derechos fundamentales
- Las respuestas del Derecho Procesal Constitucional a los desarrollos de los derechos fundamentales
- Responsabilidad del Estado
- Legitimación de órganos de defensa del interés general en procesos de defensa de los derechos fundamentales
- La dimensión cultural-nacional de los derechos fundamentales y la doctrina del “margen de apreciación” en los tribunales internacionales
- La falta de mecanismos procesales para garantizar la eficacia transnacional de los derechos fundamentales
- Conclusiones
- Bibliografía

#### RESUMEN

Los derechos fundamentales constituyen el núcleo de la actual teoría de la Constitución (y de la teoría del Derecho actual) porque son la parte de la Constitución de mayor aplicación práctica. Esto ha sido, a su vez, la causa del auge del estudio de la interpretación constitucional y explica también, en parte, el desarrollo del Derecho

Procesal Constitucional. De ahí que la evolución de los derechos fundamentales, especialmente en aspectos como el de la naturaleza jurídica de los derechos o su eficacia transnacional, sea objeto de desarrollos también en el Derecho Procesal Constitucional, que ha desarrollado técnicas como la responsabilidad objetiva del Estado, el establecimiento de órganos de protección objetiva de los derechos fundamentales, el “margen nacional de apreciación” en los procesos internacionales y plantee el reto de cómo garantizar la eficacia transnacional de estos derechos.

#### PALABRAS CLAVES

Derechos fundamentales: naturaleza jurídica, Derechos fundamentales: eficacia transnacional, Derecho Procesal Constitucional, responsabilidad del Estado, órganos de protección objetiva de los derechos fundamentales, doctrina del margen nacional de apreciación, eficacia transnacional de los derechos fundamentales.

#### ABSTRACT

The fundamental rights constitute the core of the present Theory of the Constitution (and of the nowadays Theory of Law) because they are the more implemented section of the Constitution. This has been the source of the increasing interest in the constitutional interpretation and also explains the development of the Constitutional Procedural Law. This is why the evolution of the fundamental rights specially regarding their legal nature and their transnational effects are also subjects developed by the Constitutional Procedural Law that has created some tools as the

responsibility of the State, the establishment of organs for the objective protection of the fundamental rights, the “national margin of appreciation” in international procedures and poses the challenge of how to guarantee the transnational effectiveness of those rights.

#### KEY WORDS

Fundamental rights: legal nature, fundamental rights: Transnational effectiveness, Constitutional Litigation, State responsibility objectively organs protection of fundamental rights, doctrine of national discretion, transnational effectiveness of fundamental rights

#### RECIENTES DESARROLLOS NORMATIVOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La cada vez más compleja naturaleza jurídica de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales tienen una cada vez más compleja naturaleza. En efecto, aunque se empiezan concibiendo como derechos subjetivos (A) y específicamente como derechos subjetivos de “defensa” (B), pronto también se concebirán como derechos subjetivos de “de prestación” (C). Pero, además, más adelante, los derechos fundamentales no serán solo entendidos como derechos subjetivos, sino también como normas con una dimensión objetiva (D). A todo ello se añadirá, también su comprensión bajo el prisma de la dimensión cultural-nacional (E).

(A) Los derechos fundamentales nacen como *derechos subjetivos*. Aunque no sea este el momento de reproducir la densísima discusión acerca del concepto de derecho subjetivo, sí es conveniente intentar analizar qué concepción de derecho subjetivo se sustenta en un derecho fundamental.

En este sentido, es conveniente realizar dos consideraciones. En primer lugar, el reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos y, en especial, su esgrimibilidad directa ante los tribunales permite considerarlos con Ihering (1950) como un “interés jurídicamente protegido”<sup>1</sup>. Los derechos fundamentales, en la

medida en que están protegidos o garantizados gracias a su invocabilidad ante los tribunales, constituyen algo más que una declaración moral y conforman auténticos derechos subjetivos. Ahora bien, en segundo lugar, conviene precisar que esta concepción de los derechos como “derechos subjetivos” no implica una sustantivización del concepto *derecho subjetivo* como opuesto a *Derecho objetivo*.

De esta suerte, se pueden formular los derechos fundamentales como intereses de un sujeto, protegidos por la norma objetiva llamada Constitución; bien entendido que, de acuerdo con Kelsen, estimamos que la proposición *alguien tiene un derecho subjetivo* significa que una norma jurídica objetiva y general (en nuestro caso, la Constitución) establece como condición previa para que los poderes públicos adopten un acto coactivo que un particular realice una manifestación de voluntad (o interés); el que, según la norma objetiva, está autorizado para realizar tal manifestación de voluntad (o interés) es el “titular” del derecho subjetivo (Kelsen, 1934). En definitiva, el derecho subjetivo así concebido no es independiente del Derecho objetivo.

(B) Los derechos fundamentales, entendidos como derechos subjetivos, en la forma antes expuesta, a su vez, admiten nuevas matizaciones. Los derechos fundamentales estriban en un interés protegido por la Constitución, pero ¿en qué consiste ese interés? La respuesta puede venir por un análisis de la estructura de la relación jurídica. Si se reconoce un derecho, este para ser efectivo debe implicar un correlativo deber u obligación. Pues bien, siguiendo la clasificación de las obligaciones comúnmente aceptada en el Derecho Privado, las obligaciones pueden ser de dar, de hacer o de no hacer. La asunción de estas categorías en el Derecho Público puede ayudarnos en nuestro propósito.

En la medida que el *derecho subjetivo*, en que consiste el derecho fundamental, implique un correlativo deber cuyo contenido sea “no hacer”, nos encontraremos ante *los llamados derechos “negativos” o de “defensa”*<sup>2</sup>. Estos derechos son también denominados de primera generación o liberales, aunque un análisis cuidadoso nos revela que casi ninguno de esos derechos de primera generación o liberales son derechos “negativos” en estado puro. Ejemplos de este modo de

1. Ihering dice que “Rechte sind rechtlich geschützte Interessen” (p. 339). Existe una traducción parcial al castellano de esta voluminosa obra en la que se haya traducido ese pasaje (Ihering, 1947, p. 429)

2. Estos derechos se corresponden con los que Alexy (1993) denomina derechos “a acciones negativas” (189 y ss.).

concebir los derechos se pueden encontrar en el derecho a no ser sometido a penas o malos tratos o el derecho a no ser obligado a declarar sobre la religión, ideología o creencias. No obstante, como se observa a continuación, es sumamente difícil concebir derechos “negativos” sin mezcla de “positividad”.

(C) Los derechos fundamentales, en cuanto *derechos subjetivos*, son también *derechos “positivos”* y no solo “negativos” porque no solo implican una exigencia de “respeto”, sino que generalmente reclaman una “protección”, no en vano son intereses jurídicamente (constitucionalmente) “protegidos”.

Si aceptamos el presupuesto antes señalado, cabe plantearse que un derecho constitucionalmente reconocido implique el establecimiento de un correlativo deber consistente no solo en un “no hacer” (derechos subjetivos “negativos”), sino también en un “hacer” o en un “dar” y ello, precisamente, para hacer efectiva esa “protección”<sup>3</sup>. Tales obligaciones de “hacer” o de “dar” pueden ser implícitas o explícitas. De modo implícito, en derechos como el derecho a la vida o a no ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes, o el derecho a no ser injustamente privado de la propiedad.

En efecto, no basta que el Estado “no” mate o “no” torture, sino que es necesario que el Estado “haga” lo posible para que nadie mate o robe al individuo y, a tal efecto, se justifica el establecimiento de un servicio como la policía o la jurisdicción penal, que tiene, por cierto, un coste económico evidente. Hemos escogido los ejemplos de derechos habitualmente considerados como de “primera generación” o “negativos” como el derecho a la vida o el derecho a la propiedad para poner de manifiesto la inescindible faceta “positiva” que tienen los denominados derechos “negativos”.

Desde esta perspectiva, cabe contemplar el problema de los llamados derechos “sociales” o “de prestación” no tanto como un problema de recursos cuanto como un problema de elección política sobre el destino de los recursos: *todos* los derechos fundamentales implican un gasto público y una asignación de recursos; la cuestión es determinar a qué derechos se destinan los

recursos existentes. Así, la determinación de que los recursos existentes se destinen a prestaciones de “seguridad” (de la propiedad, por ejemplo) en lugar de “asistencia” es pura y simplemente una decisión política.

(D) Si los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos, significan que el individuo queda dotado de un mecanismo para reaccionar contra los ataques que, efectivamente, se produzcan contra esa “su” esfera, los derechos fundamentales en su *dimensión objetiva* tienen otro significado y funcionalidad, a saber, que la defensa de los derechos fundamentales es de interés público y no solo particular, y que ese interés público se halla protegido por diversos instrumentos jurídicos. Una primera forma de aproximarnos a esta idea es considerarla una especie de “actividad de fomento sobre los derechos fundamentales”.

Pero además, en segundo lugar, el que los derechos fundamentales sean de “interés público” conlleva la atribución a determinados órganos de competencias para defenderlos, incluso sin consentimiento o iniciativa del titular del derecho. Además, en tercer lugar, el hecho de que la defensa de los derechos fundamentales sea de “interés público” tiene una traducción procedimental (Häberle 1980).

Aunque Häberle vincula fuertemente la dimensión procedimental a la vertiente prestacional de los derechos, nosotros, partiendo del pensamiento del maestro, creemos que se puede ir aún más lejos: por una parte, como se ha visto, todos los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos, tienen una vertiente negativa, pero también otra positiva o prestacional; por otra, la entidad de esta dimensión orgánico-procedimental no se presta a ser englobada en la idea de prestación, con todo lo que evoca (derechos positivos)<sup>4</sup>.

En nuestra opinión, la dimensión orgánico-procedimental de los derechos significa que al objeto de revestir los derechos fundamentales de una mayor protección, el ordenamiento no se contenta con atribuir al “sujeto” un poder de reacción ejercitable por él mismo y por su personal iniciativa (“derecho subjetivo”), sino que le concede una garantía adicional de tipo

3. Estas categorías se aproximan a lo que Alexy (1993) llama “derechos a acciones positivas fácticas” (lo que llamamos obligación de “dar”) y “derechos a acciones positivas normativas” (lo que llamamos obligación de “hacer”) (pp. 194 y ss.).

4. Ello nos hace diferir de las posiciones defendidas por Alexy (1983), que engloba en una misma categoría los “derechos a protección”, los “derechos a organización y procedimiento” y los “derechos a prestaciones en sentido estricto” (p. 430).

objetivo<sup>5</sup> que se articula en torno a dos ejes: el momento del ataque al derecho y la técnica para luchar contra ese ataque.

Por lo que hace al primer eje, la dimensión objetiva, se proyecta a su vez en dos momentos: en primer lugar, y precisamente porque la consideración de “derechos subjetivos” de los derechos fundamentales implica que el sujeto solo puede reaccionar *después de* que efectivamente haya sido lesionada su esfera protegida, se trata de introducir cautelas que de modo *preventivo* eviten tales ataques a la esfera del derecho del sujeto; en segundo lugar, si el ataque ya se ha producido, se trata de proporcionar al individuo defensas adicionales además de las que él mismo dispone en cuanto titular de un “derecho subjetivo”.

Por lo que se refiere al segundo eje de la dimensión objetiva, a saber, el de las técnicas para luchar contra los ataques a los derechos fundamentales (ya sea preventiva, ya sea represivamente), nos encontramos que el derecho fundamental, aparte de la figura del “derecho subjetivo”, se ve enriquecido por otras aportaciones, a saber, el establecimiento de determinados órganos y procedimientos cuya función es velar por el derecho en cuestión.

De esta suerte, al proyectarse estas técnicas adicionales de protección sobre el momento en el que se ponen en peligro los derechos, la protección de los derechos fundamentales sale sensiblemente reforzada: por un lado, gracias a la dimensión objetiva pueden abortarse ataques a un determinado derecho fundamental aun antes de que se haya producido efectivamente la lesión de este, por otro lado, los que ponen en peligro un determinado derecho ya no solo tienen que responder ante el “titular” del mismo, sino que, además, esa responsabilidad puede ser exigida ante otras instancias, de modo que si el sujeto se ve impedido (por ejemplo, por razones educativas o económicas) de reaccionar contra el ataque al derecho fundamental, este no queda sin sanción.

(E) Una clasificación habitualmente aceptada distingue entre dos tipos o formas de entender la nación: la cultural y la política. En primer lugar, la nación es concebida como un espacio cultural y, desde esta perspectiva, existen

5. Alexy (1983) plantea la posibilidad de considerar un “derecho subjetivo” a que el legislador sancione determinados procedimientos u órganos, pero creo que no ofrece una solución definitiva al problema (pp. 459-461).

ciertas manifestaciones en los derechos fundamentales que se relacionan con la cultura nacional. En este sentido, por un lado, existen ciertos derechos que tienen más relación con unas culturas que con otras.

Lo anterior conlleva dos consecuencias. Por una parte, permite entender por qué un derecho igualmente reconocido en diferentes constituciones (por ejemplo, la libertad de expresión) no tiene igual contenido en las diferentes naciones que lo reconocen constitucionalmente (ejemplo, no es igual en Estados Unidos que en Alemania). Este fenómeno, también contemplado en el examen de la perspectiva axiológica de los derechos fundamentales, permite entender el supuesto de ponderación de derechos fundamentales, donde uno de ellos tiene “más valor”.

Por otro lado, la naturaleza cultural-nacional de los derechos fundamentales permite explicar por qué ciertos derechos pueden ser extraordinariamente importantes en una nación (hasta el punto de ser considerados fundamentales) y, sin embargo, no ser a veces siquiera derechos en otra. Solo así cabe explicar cómo es posible que el derecho a llevar armas sea un derecho fundamental en los Estados Unidos de América (donde se halla consagrado en la 2.<sup>a</sup> enmienda constitucional) y en España (en Europa, en general) no sea siquiera un derecho del ciudadano. El derecho a llevar armas se configura así como uno de los elementos conformadores de la identidad nacional norteamericana y dice mucho de esa historia que, en buena medida, ha sido recogida en el cine. Esta perspectiva también nos ayuda a entender por qué en España el honor es un derecho fundamental, mientras en los Estados Unidos (y en muchas otras naciones) no lo es: el honor subyace tanto en procesos históricos que han conformado la entidad nacional (importancia de la aristocracia y la nobleza) como en la literatura (por ejemplo, la obra de Calderón de la Barca).

La eficacia transnacional de los derechos fundamentales

(A) Las primeras declaraciones de derechos de la historia del constitucionalismo proclaman los derechos fundamentales con una contradicción conceptual interna. Los derechos aparecen “proclamados” con una vocación “universal”, pero su concreción o garantía resulta “nacional”.

Así se constata al examinar la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, del 12 de junio de 1776. Ese documento considera en su punto primero que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e iguales y tienen ciertos derechos inherentes” o la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, que en su artículo 1º proclama que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”<sup>6</sup>. Esta tensión irá siendo progresivamente corregida y ya las enmiendas introducidas en 1791 a la Constitución norteamericana de 1787 eluden utilizar una retórica “universalista”.

En esa línea, se inscribirán las Constituciones del siglo XIX. En principio, la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en la constitución existe únicamente en el territorio del Estado cuya Constitución reconoce ese derecho.

(B) Ahora bien, los tratados internacionales, la legislación y, posteriormente, la jurisprudencia han ido ampliando el alcance territorial de esta eficacia. El Convenio sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, adoptado por la Resolución 260 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 (en adelante, Convenio sobre Genocidio), establece en su artículo 1.º que los Estados partes confirman que el genocidio es un crimen internacional que se comprometen a prevenir y castigar. Más adelante, en el 2002 se halla el segundo instrumento, el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y que entró en vigor (conforme a lo dispuesto en su artículo 126.º) el 1 de julio de 2002, después de que España lo ratificara, por instrumento del 19 de octubre de 2000 (depositado el 25 de octubre), mediada la correspondiente autorización por la Ley Orgánica 6/2000, del 4 de octubre. El Estatuto consagra el *principio de complementariedad* entre la jurisdicción interna con competencia universal y la jurisdicción internacional de competencia universal.

(C) En Derecho Internacional (se ha defendido la posibilidad de articular una responsabilidad de la empresa que actúa en conexión o

dependencia directa de un Estado. Pero la idea de una responsabilidad “internacional” autónoma de la empresa se empezó a desarrollar

en el ámbito del Derecho de la Descolonización y trata de tener un desarrollo sustantivo propio en el ámbito del Derecho Internacional y en ámbitos como el del Derecho europeo.

La idea de la responsabilidad internacional de las empresas, aunque no actúen bajo dependencia o conexión directa de los Estados, nace en los años sesenta del pasado siglo al calor del Derecho de la Descolonización y la lucha contra el régimen del *apartheid*. En efecto, en el intento de perpetuar su dominación fueron varios los regímenes coloniales que invitaron a empresas privadas a invertir en los territorios colonizados con un doble objetivo: por un lado, crear una riqueza de la que también se beneficiaría la potencia colonial y, por otro, intentar que las empresas presionen a sus Estados para impedir la descolonización.

Quizás la primera muestra de *soft law* en este sentido es una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que, ya en 1966, “condena las actividades de aquellos intereses financieros y económicos extranjeros en territorios coloniales”<sup>7</sup>. En este sentido, se dio un paso importantísimo cuando el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia<sup>8</sup> aprobó un importantísimo “Decreto N.º 1 sobre los recursos naturales de Namibia”<sup>9</sup>, que no solo prohibía a los Estados comerciar con los bienes de Namibia en violación del Derecho Internacional de la Descolonización, sino también a “toda persona o entidad, constituida o no en sociedad de capital”, pudiendo embargar y confiscar todo “vehículo, barco o contenedor que se compruebe que transporta recursos [...] producidos en el territorio de Namibia”. El Derecho de la Descolonización hasta hoy mismo mantiene esta doctrina<sup>10</sup>.

Esta idea de responsabilidad social nacida en el ámbito de la descolonización se ha intentado trasladar al ámbito global de las relaciones comerciales. Este intento adquirió un especial impulso en los años noventa, cuando se aceleró el proceso de globalización. La iniciativa se ha articulado en torno al Pacto Mundial, que trata de articular una asociación entre Estados y empresas privadas en el respeto de las ideas que vertebran la responsabilidad social

6. “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”.

7. A/RES/2189, del 13 de diciembre de 1966.

8. Creado por la Asamblea General mediante A/RES/2248 (S-V), del 19 de mayo de 1967.

9. Decreto aprobado por el Consejo y endosado por la Asamblea General en su A/RES/3295, del 13 de diciembre de 1974.

10. A/RES/70/95, del 15 de diciembre de 2015.

empresarial. El secretario general presentó esta idea ante la Organización de las Naciones Unidas en un informe a la Asamblea General del año 2000<sup>11</sup> y la idea fue incorporada en una resolución de la Asamblea General del año 2000 conocida como Declaración del Milenio en la que se ofrecía “al sector privado, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil en general más oportunidades de contribuir al logro de las metas y los programas de la Organización”<sup>12</sup>.

La Unión Europea ha hecho tímidos intentos para dar una eficacia transnacional a los derechos fundamentales. El Parlamento Europeo ha diagnosticado bien el problema que se plantea con la violación de derechos fundamentales por empresas europeas en sus factorías fuera del territorio de los Estados europeos en una interesante resolución del 25 de noviembre de 2010<sup>13</sup>. En 2005, la UE ha propuesto una modesta vía para intentar dar eficacia práctica a estos “códigos de conducta”. Así lo ha hecho en la directiva de 2005 sobre prácticas comerciales desleales<sup>14</sup>.

## LAS RESPUESTAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL A LOS DESARROLLOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### Responsabilidad del Estado

El hecho de que se reconozca que los derechos fundamentales no solo sean unos derechos subjetivos “negativos”, sino que además sean “positivos” conlleva la obligación de que el Estado actúe para protegerlos y que en caso de que no haya cumplido su obligación de “hacer” lo necesario para protegerlos, deba cumplir con una obligación de “dar” una reparación.

Esta consecuencia importante desde el punto de vista de las garantías de los mismos se ha llevado a su corolario en México con la aprobación de la Ley General de Víctimas (LGV), del 9 de enero de 2013. Esta ley dispone que la víctima de un

delito (en consecuencia, de una grave violación de derechos humanos) pueda contar con “medidas de compensación” por “por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia de la comisión de (...) delitos (...) o de la violación de derechos humanos, incluyendo el error judicial” (art. 64.º de la LGV).

Naturalmente, el primer obligado a satisfacer esa compensación es el causante de la violación o delito, sin embargo, la LGV dispone que cuando se trate de resoluciones judiciales que determinen la compensación a la víctima y el autor no disponga de medios para hacer frente a esa responsabilidad, el Pleno de la Comisión Ejecutiva de Ayuda a las víctimas correspondiente (nacional o de los Estados) “determinará el monto del pago de una compensación en forma subsidiaria a cargo del fondo respectivo” (art. 67.º de la LGV).

Otra legislación que se inspira de ideas similares, pero sin tener la coherencia de la legislación mexicana, es la Ley 29/2011, de Protección y Reconocimiento Integral a las Víctimas del Terrorismo (LPRIVT), de España. Esta legislación tiene como destinatarios de las ayudas reguladas en la ley a aquellas que: a) “en virtud de sentencia firme” tengan reconocido el derecho a ser indemnizados en concepto de responsabilidad civil por los hechos y daños contemplados en esta ley (acciones terroristas); y b) “sin mediar tal sentencia, se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales o incoado los procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos” (art. 3 bis).

Esta ley dispone para las víctimas del terrorismo, por un lado, la posibilidad de recibir ayudas económicas otorgadas directamente por el Estado y sin que consten en una sentencia o resolución de un organismo de protección de los derechos humanos (art. 14.1 de la LPRIVT) y, por otro lado, “derecho a que el Estado les abone la cantidad impuesta a los condenados en concepto de responsabilidad civil en virtud de sentencia firme por terrorismo” (art. 14.2 de la LPRIVT).

Como se puede comprobar, la legislación española tiene dos diferencias importantes con la legislación mexicana: por un lado, solo reconoce estas compensaciones a las víctimas de acciones terroristas, pero no de otro tipo de

11. A/54/2000, del 27 de marzo de 2000.

12. A/RES/55/2, del 13 de septiembre de 2000.

13. Resolución del Parlamento Europeo del 25 de noviembre de 2010 sobre la responsabilidad social de las empresas en los acuerdos de comercio internacional (2009/2201(INI)) (DO C 99E del 03/04/2012, p. 101-111).

14. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva sobre las Prácticas Comerciales Desleales.

delitos o violaciones de los derechos humanos y, por otro lado, reconoce (art. 14.1 de la LPRIVT) la posibilidad de otorgar generosas prestaciones económicas a personas (art. 3 bis b de la LPRIVT) que se consideran “víctimas”, pero cuyo carácter de “víctima” NO ha sido reconocido en una sentencia judicial (aunque no fuera firme) ni en una resolución de un organismo de protección de los derechos humanos.

#### Legitimación de órganos de defensa del interés general en procesos de defensa de los derechos fundamentales

(A) El reconocimiento de la naturaleza “objetiva” de los DF ha venido acompañado del desarrollo de una protección procesal “objetiva” de los DF [...] si bien muchas veces esto se ha hecho al precio de marginar la protección “subjetiva” de los mismos. Son varias las manifestaciones orgánicas de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Una de las más conocidas es la de los órganos del tipo *Ombudsman*, que en México recibe la expresiva denominación de “Comisión de Derechos Humanos”.

(B) Si nos centramos en el Derecho Procesal Constitucional, merece la pena destacar la importancia que tiene en España una importante figura, el Ministerio Fiscal, al que se le atribuye la misión de velar por los derechos fundamentales (art. 124.1 de la Constitución española). En el Derecho español existen cinco órdenes jurisdiccionales, pero existen propiamente solo cuatro tipos de amparo ordinario: civil<sup>15</sup>, contencioso-administrativo<sup>16</sup>, social<sup>17</sup> y militar<sup>18</sup>. No se puede afirmar que existe un “amparo” penal o, para ser más

precisos, se puede decir que existe solo para el derecho a la libertad. Según la Ley 50/1981, del 30 de diciembre, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, este órgano interviene en *todos* los procesos de amparo tramitados en cualquier jurisdicción ordinaria (art. 3.11 de la ley) ya sea él o no quien haya interpuesto la demanda.

En cuanto al amparo constitucional, el artículo 47.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) establece que “el Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”, lo cual significa que siempre es una parte en el proceso aunque no haya presentado él el recurso. Por si fuera poco, el Ministerio Fiscal es el único que puede recurrir las providencias de inadmisión de los recursos de amparo constitucional (art. 50.3 de la LOTC), posibilidad de la que se excluye al propio recurrente. Esto es una muestra de cómo la “objetivización” del derecho fundamental puede llegar a hacerse a costa de la propia dimensión de los derechos fundamentales como derechos subjetivos.

(C). Esta “objetivización” también se aprecia en los sistemas internacionales en los que se protegen derechos fundamentales.

1). En el Derecho Comunitario de la Unión Europea (UE), aunque existe una Carta de los Derechos Fundamentales, no existe un proceso específico de protección de los derechos fundamentales. En los procesos tramitados ante el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (TJUE), el artículo 252.º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que “la función del abogado general consistirá en presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, requieran su intervención”.

2). En cuanto al Derecho del Consejo de Europa, el artículo 36.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tras la modificación introducida con la entrada en vigor del Protocolo número 14.º al Convenio, establece en relación a los procesos tramitados ante el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* que “en cualquier asunto que se suscite ante una

15. La regulación del amparo ordinario “civil” se contenía inicialmente en los artículos 11.º a 15.º de la Ley 62/1978, del 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Esta normativa fue sustituida por el artículo 249.º de la Ley 1/2000, del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

16. El amparo ordinario contencioso-administrativo se regulaba originariamente en los artículos 6.º a 10.º de la Ley 62/1978, del 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, derogados por la normativa actual contenida en los artículos 114.º-122.º de la Ley 29/1998, del 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

17. El amparo social se introdujo por primera vez en los artículos 175.º-182.º del Real Decreto Legislativo 2/1995, del 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Esta regulación fue reemplazada por los artículos 177.º-184.º de la Ley 36/2011, del 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

18. Artículo 518.º de la Ley Orgánica 2/1989, del 13 de abril, Procesal Militar.

Sala o ante la Gran Sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista”.

3). Mucho más importante es la figura del procurador en el *Tribunal Penal Internacional*. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional se articula en torno a una idea básica: solo el fiscal puede introducir una demanda ante el Tribunal Penal Internacional. El artículo 13° del Estatuto nos dice que el fiscal puede actuar de oficio a instancia de un Estado miembro o a petición del Consejo de Seguridad. El artículo 15.3 del Estatuto añade que “El Fiscal, si llegara a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido”. Solo entonces si el fiscal presenta en la Sala de Cuestiones Preliminares su petición, “Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

En el caso del Tribunal Penal Internacional, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, como se puede comprobar, eclipsa su naturaleza como derechos subjetivos.

La dimensión cultural-nacional de los derechos fundamentales y la doctrina del “margen de apreciación” en los tribunales internacionales

El reconocimiento de la naturaleza cultural-nacional de los derechos fundamentales muestra su virtualidad cuando un derecho, reconocido por un convenio internacional, está garantizado por un control judicial internacional, como en el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Ocurre que este convenio consagra algunos derechos que tienen una muy distinta comprensión en la cultura jurídica nacional de algunos de los Estados partes en el Convenio.

Así ocurre especialmente con los derechos reconocidos en los artículos 8° (protección de la vida privada) y 10° (libertad de expresión) del CEDH. Muy pronto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declaró que esos artículos reservaban a los Estados partes “un margen nacional de apreciación” para estimar

cuándo se había producido una injerencia ilegítima en tales derechos. Ese “margen nacional de apreciación” varía en función de los fines invocados (de entre los previstos en el Convenio) para limitar un derecho<sup>19</sup>.

Existen fines en que ese margen es mayor y otros en que es menor, en función de que exista o no una “noción común europea” de alguno de esos fines (por ejemplo, la “moral”). El TEDH reconoce que en algunos casos los tribunales nacionales están “en mejor situación” que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de algunas de esas exigencias, así como de la necesidad de una restricción destinada a cubrir tal exigencia<sup>20</sup>.

Sin embargo, hay otros fines (como el de la “autoridad e imparcialidad del poder judicial”) que resultan mucho más objetivos y dejan menos margen a las autoridades nacionales<sup>21</sup>. Ahora bien, al mismo tiempo que ha reconocido la existencia de este “margen nacional de apreciación”, el TEDH ha declarado que el ejercicio de este está sometido a un “control europeo”<sup>22</sup>.

Ahora bien, es un hecho que esta doctrina del “margen nacional de apreciación” lo que produce es una gran inseguridad jurídica, pues no hay un criterio estable para determinar cuáles son los límites de ese margen. Precisamente por eso, la doctrina del “margen nacional de apreciación” en la práctica resulta frecuentemente invocada en el vacío, pues, incluso en la interpretación de fines claramente vinculados a la cultura nacional (como la “moral”), el TEDH ha prescindido de ese “margen” que previamente había proclamado.

La falta de mecanismos procesales para garantizar la eficacia transnacional de los derechos fundamentales

(A). La atribución de una eficacia transnacional de los derechos fundamentales *no* ha venido acompañada del establecimiento de un mecanismo procesal internacional o transnacional para proteger tales derechos.

19. TEDH *Sunday Times*, del 26 de abril de 1979, A 30 (parágrafo 59).

20. TEDH *Müller y otros*, del 24 de mayo de 1988, A 133 (parágrafo 35).

21. TEDH *Sunday Times*, A 30 (parágrafo 59).

22. TEDH *Funke* (A 256-A, parágrafo 55) y *Crémieux* (A 256-B, parágrafo 33), del 25 de febrero de 1993.



El mecanismo creado por el Pacto Mundial de las Naciones Unidas se caracteriza por dos notas que lo debilitan. En primer lugar, es un sistema voluntario; y, en segundo lugar, en caso de divergencia entre la empresa y los defensores de determinados intereses sociales, no existe un mecanismo neutral e independiente para solucionar el conflicto. El mecanismo alienta el “diálogo” entre empresas e intereses sociales, pero no prevé mecanismos para el supuesto de que el diálogo no concluya con acuerdos.

(B) De momento, se puede afirmar que en EE.UU. han dado pasos muy importantes en este terreno, tanto en relación con la eficacia transnacional de algún derecho en especial como de los derechos en general.

Con carácter especial, en relación con el derecho a la libertad religiosa se dictó en los Estados Unidos de América una ley sobre la libertad religiosa en el plano internacional<sup>23</sup>. Esta ley parte del hecho de la creciente importancia de las empresas transnacionales como actores globales y su potencial para proveer de un liderazgo positivo en materia de derechos humanos en los países en los que actúan [sección 701 (a)].

A partir de ahí, la legislación norteamericana establece que las empresas transnacionales, especialmente las que operan en países que cometen o permiten violaciones de la libertad religiosa (según se hubiera establecido en el informe anual sobre libertad religiosa del Departamento de Estado) deben adoptar “códigos de conducta”. En estos códigos, en primer lugar, debe asegurarse la libertad religiosa de sus empleados, sea cual sea el país en el que se empleen y, en segundo lugar, que las creencias religiosas del empleado de esta corporación de ningún modo afectarán su estatus en el seno de la empresa.

Con carácter general, se encuentra en la legislación norteamericana la Alien Torts Claims Act o Alien Tort Statute (ATS)<sup>24</sup>. Esta ley, que se dictó en 1789 (dos años antes de aprobarse las enmiendas a la Constitución que incorporaban derechos fundamentales), como parte de la Judiciary Act, estuvo cerca de dos siglos en estado cuasi vegetativo, hasta que se reactivó en 1980<sup>25</sup>.

La ley permite que cualquier ciudadano extranjero demande a una persona estadounidense por el daño causado en violación del Derecho Internacional o de un tratado. La aplicación de esta ley no tuvo éxito en un caso del año 2000 contra Shell por violaciones de derechos humanos en Nigeria<sup>26</sup>; pero sí en otro de 2002, relacionado con Birmania y la empresa petrolífera norteamericana UNOCAL (más tarde adquirida por Chevron)<sup>27</sup>. Sin embargo, el desarrollo que ha conocido esta ley de 1789 parece haberse truncado con la decisión del Tribunal Supremo en un importante caso resuelto el 17 de abril de 2013, el caso *Kiobel vs. Shell*<sup>28</sup>.

No obstante, a pesar de las limitaciones establecidas en la sentencia *Kiobel*, en el caso *John Doe vs. Exxon*, el Tribunal de Circuito del Distrito de Columbia emitió una resolución, el 23 de septiembre de 2014, que ha permitido en parte mantener una demanda basada en la Alien Tort Statute<sup>29</sup>.

## CONCLUSIONES

Los derechos fundamentales constituyen el sector más dinámico del Derecho Constitucional actual. Entre aquellos campos de estudio donde más se aprecia este dinamismo se encuentran el examen de la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales y el estudio de su eficacia transnacional.

Estos desarrollos de la teoría de los derechos fundamentales tienen base, en mayor o menor grado, en la teoría del Derecho Procesal Constitucional. Así, en primer lugar, la comprensión de que todos los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos, no solo reclaman una abstención de interferencia del Estado en la esfera de los mismos, sino también una actividad de protección de estos ha llevado, como corolario lógico, a reconocer una responsabilidad subsidiaria patrimonial del Estado para compensar los daños sufridos con la violación de un derecho fundamental.

En segundo lugar, la consideración de que los derechos fundamentales no solo son derechos subjetivos, sino que tienen una dimensión

23. International Religious Freedom Act de 1998 (22 USC 73).  
24. Alien Tort Statute, conocida también como Alien Torts Claims Act (28 USC 1350).  
25. *Filártiga vs. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

26. *Wiwa vs. Royal Dutch Petroleum Co.*, F.3d, 2d Cir. 2000.

27. *Doe vs. Unocal* (9th Cir. 2002).

28. *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. (2013).

29. Consulte el siguiente enlace: <<http://www.cohenmilstein.com/news.php?NewsID=713>>.

objetiva que ha conducido al establecimiento de figuras que intervienen en los procesos de defensa de los derechos para defender el interés objetivo y colectivo, y en que dichos derechos sean respetados.

En tercer lugar, el análisis que lleva a reconocer una dimensión cultural-nacional en la naturaleza de los derechos fundamentales ha dado pie a construir la doctrina del “margen nacional de apreciación” en el enjuiciamiento internacional de las eventuales lesiones a los derechos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales, si bien el respeto al mismo es muy frágil debido a la fácil tentación que padecen los tribunales internacionales de afirmar su autoridad sobre los tribunales nacionales.

Finalmente, el reconocimiento de una eficacia transnacional de los derechos fundamentales no ha tenido aún una respuesta suficiente en el nivel del Derecho Procesal Constitucional. Es obvio que en el nivel internacional esa protección resulta insuficiente. De momento, esa protección solo se ha podido brindar en el nivel nacional y fundamentalmente en los Estados Unidos de América, si bien con oscilaciones en su jurisprudencia, de suerte que ni allí esta posibilidad puede darse por consolidada en este momento.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. (Ernesto Garzón Valdés, trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Häberle, P. (1980). *Die Verfassung des Pluralismus*. Königstein: Athenäum.
- Ihering, R. (1954). *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (80.<sup>a</sup> edición). Basilea: Benno Schwabe & Co. Verlag.
- Ihering, R. (1947). Abreviatura de El espíritu del Derecho Romano (Fernando Vela, trad.). Buenos Aires: Revista de Occidente.
- Kelsen, H. (1934). Teoría general del Estado. (Luis Legaz y Lacambra, trad.). Barcelona: Labor.