

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

GIANCARLO ROLLA

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. IMPULSOS Y OBSTÁCULOS A LA GENERALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA.—III. DESARROLLO Y LÍMITES A LA POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA.—IV. LA POTENCIACIÓN Y LA ARTICULACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE GARANTÍA.—V. LA CIRCULACIÓN DE LOS MODELOS CULTURALES Y LA INFLUENCIA RECÍPROCA ENTRE EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL Y EL NACIONAL.—VI. LA ESENCIALIDAD DEL PRINCIPIO PERSONALISTA.—VII. CODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA.—VIII. LA DOBLE NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Cuando nos aproximamos al argumento del reconocimiento y de las formas de tutela de los derechos fundamentales de la persona desde una perspectiva histórica y comparada, no podemos dejar de percibir cómo el constitucionalismo contemporáneo manifiesta algunas tendencias unitarias, a pesar de la peculiaridad de cada concreto ordenamiento. Estas tendencias se pueden concretar utilizando las palabras de una autorizada doctrina, que las ha individuado en la afirmación de los procesos de positivización, de internacionalización y de especificación de dichos derechos (1). Con tales expresiones el ilustre autor se ha referido, respectivamente, a la exigencia de dotar a la idea de los

(*) Traducción del italiano de Carlos Ortega Santiago, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid.

(1) Así, PECES-BARBA: *Teoria dei diritti fondamentali*, Milán, 1993, págs. 138 y sigs.

derechos de un estatuto jurídico que permita una protección eficaz de los sujetos que son titulares de los mismos; a la generalización de las cartas constitucionales que reconocen los derechos de la persona y a la respectiva toma de conciencia de la insuficiencia de una tutela de los mismos exclusivamente estatal; y a la tendencia de los documentos constitucionales más recientes a la concreción y a la precisión de las situaciones subjetivas concretamente aseguradas.

Con respecto a esta última cuestión, basta con poner en relación la simple —pero eficaz— esquematicidad de la Declaración de Independencia norteamericana del 1776 —«Afirmamos que todos los hombres son creados iguales y que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los que están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad»—, o de la Declaración de los Derechos del 1789 —«Deber de las sociedades políticas es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión»—; con la enumeración detallada de los derechos garantizados contenida, por ejemplo, en el *Bill of Rights* que forma parte de la Constitución de Sudáfrica del 1996 (2), o —por permanecer en el área europea— en la Constitución de Portugal.

En concreto, la tendencia a la especificación representa no tanto una ampliación de las posiciones subjetivas abstractamente tutelables, sino una técnica de codificación específica dirigida a concretar históricamente la materia de los derechos de la persona reconocidos en un determinado ordenamiento. Tal técnica se propone —quizá de forma optimista— codificar un catálogo de derechos de la persona sin lagunas, en contraposición a otros ordenamientos constitucionales propensos a recabar la tutela de nuevas posiciones subjetivas por vía jurisprudencial e interpretativa, sobre la base de formulaciones constitucionales esenciales (3).

Al mismo tiempo, se puede percibir que cada una de las tendencias indicadas con anterioridad no se muestra ni mucho menos como consolidada e indis-

(2) La nueva Constitución democrática de Sudáfrica también ha suscitado un vivo interés entre los estudiosos del Derecho constitucional por sus elementos innovadores. Entre los numerosos autores que han seguido el proceso de transición, véase AA. VV.: *Rights and constitutionalism. The new South Africa legal order*, Oxford, 1996; GENTILI: *Sudafrica: processi di mutamento politico e costituzionale*, Rimini, 1993; ROBERTAZZA: *Verso un nuovo Sudafrica: dall'apartheid allo stato multietnico*, Milán, 1995; SCAFFARDI: «La "rivoluzionaira" tutela dei diritti fondamentali nella nuova Costituzione del Sudafrica», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, págs. 600 y sigs.

(3) Sobre la cuestión, por lo que se refiere a las diversas técnicas de codificación, véase JYRANKI: *La définition constitutionnelle des droits et des libertés*, Aix, 1987, pág. 18 (relación).

cutible, debiendo confrontarse con tendencias contrarias. Como se dirá con mayor amplitud en los epígrafes siguientes, una rápida mirada sobre lo que sucede en estos años en el mundo permite darse cuenta —por ejemplo— que la positivización de los derechos históricos de la persona llevada a cabo por las Constituciones liberales encuentra un freno en una aproximación relativista a los derechos, según la cual la determinación de cuáles de dichos derechos deben considerarse fundamentales ha de tener en cuenta las especificidades culturales e históricas de las diferentes países. Mientras que el impulso hacia la internacionalización de las modalidades de reconocimiento y de tutela de los derechos viene limitada, en numerosos ordenamientos, por el principio de soberanía estatal y, por tanto, por el reconocimiento de la superioridad de las normas nacionales respecto de las internacionales.

II. IMPULSOS Y OBSTACULOS A LA GENERALIZACION DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

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

Tal impresión se encuentra reforzada por la circunstancia de que en este último decenio se han aprobado en muchísimos Estados nuevos textos constitucionales y éstos, más allá de las especificidades históricas y de la diversidad de las formas de Gobierno y de Estado, tienden a homologarse a través del elenco de los derechos de la persona reconocidos como fundamentales. Cuando se asumen como base del análisis las tradicionales divisiones en familias jurídicas elaboradas por la doctrina comparada (4), se comprueba que las nuevas Constituciones de Estados pertenecientes a diferentes áreas culturales y geográficas, tienen en común la voluntad de reservar una amplia parte del texto al elenco de una vasta gama de derechos fundamentales y a la individuación de instrumentos específicos y de órganos para su tutela. Dicha tendencia parece aproximar

(4) Véase sobre la cuestión, DAVID: *Sistemi giuridici contemporanei*, Padua, 1994; PIZZORUSSO: *Sistemi giuridici comparati*, Milán, 1995; DE VERGOTTINI: *Diritto costituzionale comparato*, Padua, 1993; BOGNETTI: *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Turín, 1995; MIRANDA: *Manual de direito constitucional*, vol. I, Coimbra, 1996; FINER: *Comparing constitutions*, Oxford, 1995.

realidades constitucionales tan diferentes como las de los Estados de la Europa central y oriental (5), las recientes Constituciones de América Latina y Centroamérica (6), y las de África (7).

Además, el correlativo proceso de especificación que ha ocupado las Declaraciones internacionales de los derechos, ofrece sin duda una importante contribución a la perspectiva referida en el sentido de que, junto a las Declaraciones universales —compuestas inevitablemente por normas que generan más que derechos verdaderos y propios, estándares de garantía tutelables en términos políticos más que jurisdiccionales—, se están difundiendo Declaraciones circunscritas geográficamente capaces de desarrollar ordenamientos jurídicos supranacionales, cuyas normas se encuentran reconocidas automáticamente por las Constituciones de los Estados miembros y que resultan directamente aplicables en los mismos. Declaraciones entre las que se encuentran, por ejemplo, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1978, la Declaración Islámica de los Derechos del Hombre de 1981, o la Carta africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981 (8).

(5) En concreto, es el caso de las Constituciones húngara, checa, eslovaca y polaca. Al respecto, véase WIERUSZEWSKY: «Human rights and current constitutional debates in central and eastern european countries», en ROSAS y HELGESEN: *The Strength of diversity*, Nijhoff, 1992, págs. 187 y sigs. Más en general, sobre los caracteres de los recientes procesos constitucionales en los países de la Europa oriental, WRZYNIACK: *La polonia e le sue costituzioni dal 1791 ad oggi*, Rímìni, 1993; BARTOLE: *Riforme costituzionali nell'Europa centro orientale*, Bolonia, 1993; POGANY: *Human rights in Eastern Europe*, Elgar, 1995; HOWARD: «Costituzioni e diritti nell'Europa centro-orientale», en *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bolonia, 1994.

(6) Cfr. VALENCIA VILLA: «Los derechos humanos en la Constitución colombiana de 1991», en *Debate abierto*, 1992, págs. 9 y sigs.; RUBÉN HERNÁNDEZ: *Las libertades públicas en Costa Rica*, San José, 1980; LÓPEZ CHAVARRÍA: «Nuevos aspectos en el estudio de los derechos humanos y la lucha por su defensa en el Estado mexicano», en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 1995, págs. 1053 y sigs.; LÓPEZ GUERRA: «Protección de derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá», en *La justicia constitucional: una promesa de la democracia*, San José, 1992, págs. 11 y sigs.; GARCÍA BAUER: *Los derechos humanos en América*, Guatemala, 1987; BRYSK: *The politics of human rights in Argentina*, Stanford, 1994; BUERGENTHAL, NOMIS y SCHELTON: *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, 1990.

(7) Véase OLINGA: «L'aménagement des droits et libertés dans la Constitution camerounais révisé», en *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 8, 1996, págs. 116 y sigs.; N'GUEMA: «Human rights perspectives in Africa», en *Human rights journal*, 1990, págs. 261 y sigs.; AA. VV.: *Rights and constitutionalism. The new South African legal order*, Oxford, 1996; ELÍAS: *Africa and the development of international law*, Nijhoff, 1988.

(8) Acerca del fenómeno de la formación de los sistemas transnacionales de tutela de los derechos de la persona, véase AA. VV.: *La Charte africaine des droits de l'homme et des peu-*

A la luz de estas observaciones, se podría considerar que el fenómeno de la globalización se está extendiendo de la economía a las estructuras constitucionales, de los mercados financieros al sector de los derechos humanos de la persona, como si estos últimos representasen incluso una «ideal moneda única», de *curso legal* en la mayor parte de los ordenamientos. Un rápido vistazo general por las tendencias en presencia podría inducir a afirmar que al final del presente siglo el auspicio iluminista formulado por el presidente Roosevelt en medio del segundo conflicto mundial, según el cual «four freedoms —freedom of speech and expression, freedom to worship as one chooses, freedom from want and freedom from a fear of aggression— were to prevail everywhere in the world», empieza a concretarse.

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

Por lo que se refiere a este último aspecto, no debe olvidarse que el reconocimiento de determinados derechos de la persona típicos del constitucionalismo liberal no es aceptado de forma generalizada en su dimensión —para nosotros natural— de factor de progreso y de valorización de la libertad, de la personalidad del individuo. En extensos contextos culturales dicho reconocimiento es considerado como una expresión de colonización jurídica, o bien como una perspectiva secundaria de la dignidad de la persona humana (9).

No obstante, en algunas realidades —aun distantes de la cultura jurídica occidental— la aceptación del constitucionalismo liberal y de la codificación de sus principales conceptos dogmáticos no ha ocasionado especiales proble-

ples, Padua, 1990; AA. VV.: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1979; AA. VV.: *La Corte Interamericana de derechos humanos*, San José, 1986; N'GOM: «La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples», en *Droits de l'homme, droits des peuples*, París, 1982; JACOBS: *The european convention on human rights*, Oxford, 1996; MENDELSON: *The impact of European community law on the implementation of the European convention of human rights*, Estrasburgo, 1984; ANKUNAH: *The African commission on human and people rights*, Nijhoff, 1996. Con respecto a otras aportaciones doctrinales, se reenvía también a los autores citados con posterioridad en el presente trabajo.

(9) Cfr. a este respecto, RENTELN: *International human rights: universalism versus relativism*, Newbury Park, 1990; DONOHU: «Relativism versus universalism in human rights», en *Stanford journal of international law*, 1991, págs. 345 y sigs.; AA. VV.: *Human rights in cross-cultural perspectives*, Filadelfia, 1992.

mas de integración y de asimilación. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Corea del Sur, cuyos trabajos preparatorios han sido influenciados significativamente por la Constitución alemana de Weimar (10). Mientras que la experiencia del Japón se muestra todavía como más emblemática, ya que pone de manifiesto de forma evidente cómo una dominación política ha podido influir sobre los caracteres constitucionales de un país. En efecto, los principios relativos a los derechos fundamentales fueron condicionados por la dramática derrota en la Segunda Guerra Mundial, y la Constitución fue el fruto de una elaboración cultural totalmente externa a la tradición cultural nacional. Baste considerar que, de una parte, en el lenguaje japonés no existía un ideograma capaz de expresar palabras como *right* o *human rights*; mientras que, por otro lado, algunas frases de la Constitución japonesa reproducen literalmente el texto de la de Estados Unidos: así, el artículo 13 de la Constitución japonesa habla de «right of life, liberty, and the pursuit of happiness» (11).

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

En estos últimos, el proceso de construcción de los derechos fundamentales ha seguido vías totalmente antagónicas respecto de las del constitucionalismo occidental. Así, la Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre aprobada por el *Islamic Council*, afirma la derivación divina de los derechos del hombre, al igual que de la soberanía. Los derechos encuentran su reconocimiento y sus límites no en un contrato social sino en el Corán, y en cuanto tales son íntimamente homogéneos con la identidad musulmana (12).

(10) Cfr. BAKER y SHAW: «Human rights in Korea: historical and policy perspectives», en *Modernization and this impact upon Korea law*, Berkeley, 1981.

(11) Cfr., BEER: «Constitutionalism and rights in Japan and Korea», en *Constitutionalism and rights*, Nueva York, 1990, págs. 225 y sigs.; IDEM: *Constitutionalism in Asia: asian views of the american influence*, Berkeley, 1979.

(12) Sobre esta materia, véase TIBI: «The european tradition of human rights and the culture of Islam», en *Human rights in cross-cultural perspectives*, Filadelfia, 1992, págs. 116 y sigs.; MAYER: *Islam and human rights*, Londres, 1991; HAUDER: *Islamic concept of human rights*, Lahore, 1978; AHMED AU-NA'IM: *Towards an Islamic reformation: civil liberties, human rights and international law*, Siracusa, 1990; AFSHARI: «An essay on Islamic cultural relativism in the discourse of human rights», en *Human rights quarterly*, núm. 2, 1994, págs. 235 y sigs.; MARTÍN MUÑOZ: *Democracia y derechos humanos en el mundo árabe*, Madrid, 1993; AA. VV.: *Islam et droits de l'homme*, París, 1994.

Resistencias igualmente fuertes se verifican en África, en cuanto a reconocer un valor general a los derechos de la persona tal y como se encuentran codificados en otros contextos culturales (13). En este inmenso continente dos razones fundamentales se oponen al enraizamiento de una concepción liberal de los derechos de la persona, de manera que se puede afirmar que en este continente no existe una tradición de derechos humanos a pesar de (o a causa de) la influencia del colonialismo occidental, y de la formación europea de muchas de las élites políticas nacionales. Y ambas razones tienden a limitar el relieve de la persona entendida como individuo, como sujeto.

De un lado, hay que considerar que uno de los valores primarios en este continente está constituido por la dignidad de la persona humana entendida según una concepción que considera al hombre no como individuo, sino como parte de una comunidad. En consecuencia, el individuo adquiere relevancia en cuanto parte de un grupo —de la familia, de la tribu, de la colectividad—. De manera significativa, el artículo 17.3 de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos sitúa entre los deberes fundamentales de los diferentes ordenamientos el de asegurar «la protección de la moral y de los valores tradicionales reconocidos por las comunidades». Por otra parte, de las diversas tradiciones que han forjado la cultura jurídica de gran parte de los países de África —la islámica, la occidental, la animista—, sólo esta última ofrece un significativo reconocimiento a la figura de la persona humana, mientras que el mundo islámico propugna el origen divino del derecho y la cultura occidental ha sido entendida en su dimensión estatalista, hasta el punto de favorecer la formación de superestructuras burocráticas y, en definitiva, autoritarias (14).

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

No se puede desconocer que la reacción a la universalización forzada y homogeneizadora, puede encontrar su fundamento en la afirmación de que

(13) Cfr., por ejemplo, BUIRETTE MAURAU: «Les difficultés de l'internationalisation des droits de l'homme: à propos de la Convention de Lomé», en *Revue trimestrielle de droit européen*, 1985, págs. 463 y sigs.; N'GOM: «La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples», cit.; N'GUEMA: «Human rights perspectives in Africa», cit., págs. 261 y sigs.

(14) Véase, sobre la cuestión, AA. VV.: *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Padua, 1990.

los principios de las Constituciones occidentales no representan el único estándar a considerar en la tutela de los derechos fundamentales; más bien al contrario, la experiencia de la historia enseña que, a menudo, la reivindicación del relativismo cultural en el ámbito de los derechos fundamentales se ha realizado para justificar institutos del todo incompatibles con el valor de la persona, como la esclavitud, las torturas, la discriminación racial, o la subordinación por razones de sexo. En otros términos, la apelación a la identidad cultural y nacional ha constituido en muchos casos una pantalla para conservar tradiciones inconciliables con los propios fundamentos de la dignidad de la persona.

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

Por otra parte, se ha observado sutilmente que la experiencia histórica muestra que el enemigo de la identidad nacional debe buscarse no en la tendencia al universalismo, que empuja hacia la consciente y voluntaria superación de particularismos contingentes, sino en otros nacionalismos más fuertes y agresivos (15). Esta consideración pone de relieve un límite ulterior a la efectiva universalización de los derechos de la persona, constituido por una interpretación rígida del principio de la soberanía estatal como barrera impermeable a las aportaciones del ordenamiento internacional (16).

La reducción de los problemas de la tutela de la persona a un mero *domes-*

(15) Así, TRUYOL SERRA: *La integración europea: idea y realidad*, Madrid, 1972, pág. 68.

(16) Sobre el problema véase ROSAS: «State sovereignty and human rights: towards a global constitutional project», en *Politics and human rights*, 1995, págs. 61 y sigs.

tic affair se muestra igual de peligrosa que una rígida y totalizadora utilización del principio del relativismo cultural, desde el momento en que dicha argumentación permite —en su aséptica linealidad— justificar y conferir un fundamento legal a cualquier derogación de los estándares internacionales de reconocimiento y de tutela de los derechos de la persona. Según esta aproximación, por ejemplo, se ha podido sostener en el pasado que la política del *separatore development* (es decir, el *apartheid*) practicada por el Estado sudafricano antes de la democratización del mismo, era totalmente legal —«the apartheid order is a legal order»—, a pesar de que el Tribunal Internacional de Justicia lo hubiese considerado contrario a los derechos humanos tutelados por las Naciones Unidas (17).

III. DESARROLLO Y LIMITES A LA POSITIVIZACION DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

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

Basta con leer los textos de las Constituciones para darse cuenta de que los elencos de los derechos de la persona tienden a ser cada vez más articulados y minuciosos, diferenciándose de la esencialidad de la Constitución norteamericana y de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. De la misma forma que es posible destacar que la tendencia a una amplia 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 regímenes autoritarios. Es el caso de las Constituciones europeas aprobadas después del segundo conflicto mundial que sancionó el fin del fascismo y del nazismo (Alemania, Italia); de las Constituciones mediterráneas nacidas de la crisis de regímenes autoritarios (Grecia, España, Portugal); de las Constituciones de los países que se han dotado de nuevos ordenamientos de inspiración democrática con posterioridad a la caída de los regímenes comunistas (Polonia, Hungría, Eslovenia, Eslovaquia); o de las Constituciones de los países de América Latina y de los nuevos Estados de África, siempre expuestos a regresiones golpistas.

(17) Cfr. DUGARD: *Human rights and South African legal order*, Princeton, 1978.

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

Diversa se manifiesta la estructura de las Constituciones de los ordenamientos que se caracterizan por su continuidad, que han registrado una evolución progresiva, sin sufrir cesuras violentas y autoritarias. En este caso, las partes del texto constitucional reservadas a la disciplina de los derechos fundamentales de la persona a menudo tienen dimensiones notablemente más reducidas y presentan una estructura más simple. La razón de dicha diferencia se puede buscar, en nuestra opinión, no ya en el elemento temporal, en virtud del cual se está en presencia —en general— de documentos que se remontan en el tiempo, sino más bien al hecho de que la continuidad constitucional ha permitido que determinados valores y principios reconducibles a la persona humana hayan penetrado en profundidad en el tejido social, convirtiéndose en parte integrante de la cultural de ese país (18). Tal constatación permite introducir algunas consideraciones de orden general.

En primer lugar, una codificación constitucional detallada produce una cierta estratificación de los contornos de la persona humana objeto de tutela, en el sentido de que la reafirmación de los derechos conculcados precedentemente se acompaña del reconocimiento de nuevas posiciones subjetivas, de la misma forma que a los primarios derechos de libertad se asocian los derechos propios del Estado social. En general, el punto de referencia se encuentra representado por las principales codificaciones internacionales, en relación con las cuales las Constituciones nacionales se proponen reconducir a la unidad, en torno a la noción de la dignidad y de la libertad de la persona, derechos que el ordenamiento internacional ha reconocido a través de diversos Pactos y Declaraciones (19).

(18) A este propósito, es interesante lo que señala TAMM: «Enunciazione ed effettività dei diritti fondamentali nei paesi escandinavi», en *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle corti costituzionali europee*, Milán, 1994, págs. 65 y sigs.

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

Si dicha característica constituye un trazo común a gran número de las Constituciones del presente siglo, se puede resaltar una línea de demarcación que separa las nuevas cartas constitucionales elaboradas al término del segundo conflicto mundial, de las sucesivas y más recientes de los años setenta. Dicha línea se puede individuar en la presencia —en las Constituciones de América Latina, de África y de algunos países de Europa oriental— de disposiciones constitucionales dirigidas a tutelar no sólo los derechos individuales, sino también los derechos colectivos o a la identidad cultural de los grupos sociales. Dicha proyección comunitaria de la persona, de su dignidad e individualidad, representa una indudable novedad en el panorama constitucional, que ha encontrado a la doctrina constitucional sin preparación para sistematizarla a la luz de los tradicionales esquemas interpretativos, perfeccionados para proteger al individuo más que a la comunidad de la que los mismos forman parte (20).

En segundo lugar, debe precisarse que una amplia y analítica positivización no es de por sí índice de una efectiva y sustancial tutela de los derechos de la persona. Su inserción en el texto de las Constituciones —por cuanto sea necesario e importante— no permite determinar con inmediatez su nivel de efectividad, que sólo puede ser reconstruido verificando la presencia de otras opciones constitucionales y la previsión de específicos remedios procesales.

Por ejemplo, constituye un factor de crecimiento de los ámbitos de tutela de la persona la existencia de fórmulas constitucionales que introducen en el ordenamiento interno las normas de las Convenciones internacionales en materia de derechos fundamentales, o bien prescriben una interpretación evolutiva de los derechos codificados. En relación con el primer punto, es interesante la experiencia de las Constituciones de Centroamérica y Sudamérica, las cuales atribuyen en casi su totalidad valor constitucional a los derechos reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por la Declaración Americana sobre los Derechos del Hombre, y por los principales Pactos internacionales sobre la materia (21). Mientras que, por lo que se refiere a la obli-

(20) Sobre la cuestión, véase más ampliamente *infra*, punto 6. Véase también, PÉREZ LUÑO: «Las generaciones de derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, págs. 203 y sigs.; RUIZ MIGUEL: «La tercera generación de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, 1991, págs. 303 y sigs.; RICCOBONO: *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milán, 1989.

Para una reconstrucción de los problemas constitucionales conectados con la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento italiano, véase por todos, AA. VV.: *I diritti fondamentali oggi*, Padua, 1995.

(21) Baste referirse, por todos, al artículo 7 de la Constitución de Costa Rica, al artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, y al artículo 93 de la Constitución de Colombia.

gación constitucional de una interpretación amplia de los derechos de la persona inspirada en el principio del *favor libertatis*, merece subrayarse particularmente la reciente Constitución sudafricana, cuyo artículo 39 —dedicado a los criterios para la interpretación del *Bill of rights*— dispone que los jueces deben atenerse a tres criterios en la interpretación de los artículos de la Constitución relativos a los derechos de la persona: Promover una interpretación en sintonía con la dignidad humana, la igualdad y la libertad; considerar el Derecho internacional; además de valerse, si lo consideran oportuno, del derecho extranjero (22).

Viceversa, la ausencia de remedios procesales eficaces o la previsión de órganos de tutela no adecuadamente profesionalizados ni dotados de un *status* de autonomía respecto del poder político, representan una de las principales causas que impiden una tutela amplia de los derechos de la persona, amplitud que se desprendería en principio de su codificación (23).

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

(22) En el sentido de la posibilidad de utilizar las codificaciones internacionales para ampliar la interpretación de las disposiciones nacionales con base en el principio del *favor libertatis*, se ha pronunciado también la Corte Interamericana para los Derechos del Hombre. A este propósito, véase AA. VV.: *La Corte Interamericana de derechos humanos*, San José, 1986; RUBÉN HERNÁNDEZ y GERARDO TREJOS: *La tutela de los derechos humanos*, San José, 1972; FIX ZAMUDIO: «Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de derechos humanos», en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, 1992, págs. 849 y sigs.

(23) En la cultura anglosajona se ha cuestionado la posibilidad de introducir instrumentos adecuados para medir el respeto de los estándares internacionales de tutela de los derechos de la persona, y algunos estudiosos y algunos centros de investigación han realizado esfuerzos interesantes en este sentido, haciendo referencia fundamentalmente a los siguientes parámetros: a) Relaciones de las organizaciones internacionales y de las comisiones introducidas por las diferentes Cartas internacionales de los derechos del hombre; b) resultados estadísticos ofrecidos por las organizaciones especializadas; c) datos relativos a las decisiones de condena de los Estados por las Cortes internacionales.

Acerca del problema de la creación de estándares para realizar una especie de *benchmarking* internacional en el ámbito de los derechos fundamentales, véanse las aportaciones de LAWRENCE: «Measuring human rights: problems of methodology and purpose», en *Human rights quarterly*, 1993, págs. 87 y sigs.; CINGARELLI: *Human rights: theory and measurement*, Basingstoke, 1988.

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

Se puede apelar a dos ejemplos —de signo opuesto— tomados de la experiencia constitucional más reciente para confirmar que la aceptación de los principios del constitucionalismo en la adopción de algunos de sus institutos más significativos, contribuye a acrecentar la tutela de la persona humana. En Israel, donde falta —como es sabido— un texto constitucional escrito, la exigencia advertida de producir normas para tutelar algunas dimensiones de la libertad de la persona, ha alimentado un proceso que ha producido gradualmente la existencia de normas de rango constitucional y, en consecuencia, formas de *judicial review*. En efecto, la Ley Fundamental sobre la Dignidad y la Libertad del Individuo, y la Ley sobre la Libertad Profesional de los Ciudadanos, contienen normas consideradas jerárquicamente superiores a las otras normas primarias, y susceptibles de servir de parámetro judicial para verificar la legitimidad de las otras normas (24).

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

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

(24) Cfr., ETZION: *Le controle juridictionnel de l'Administration en Israel*, París, 1970; KERBER: *Les droits de l'homme dans les territoires administrés par Israel*, París, 1978.

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

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

Se pueden compartir totalmente las posiciones doctrinales que introducen un nexo de coesencialidad entre derechos fundamentales y Constitución; en el sentido de que si, por una parte, se manifiesta aún como convincente la afirmación contenida en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano según el cual *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*; por otro lado se debe reconocer que los derechos fundamentales nacen con las Constituciones, son —por usar las palabras de Cruz Villalón— *una categoría dogmática del Derecho constitucional* (25).

La estrecha relación que se produce entre la positivización de los derechos y la inserción de los mismos entre los caracteres de la Constitución sustancial, permite interpretar —entre otras— algunas situaciones de hecho evidentes. Por ejemplo, el éxito desilusionante —en una visión de conjunto— que ha tenido en África y en los Estados de Europa oriental la tendencia a trasplantar institutos típicos de la historia constitucional europea, inspirados en particular en el *estatualismo* francés. O bien, por el contrario, la circunstancia de que, inmediatamente después del desarrollo del proceso de descolonización, países pertenecientes a la *Commonwealth* e influenciados por una base legal común

(25) ASÍ, CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, pág. 162. En Italia, acerca de la imposibilidad de configurar una categoría de derechos fundamentales más allá de aquéllas codificadas en el texto formal de la Constitución, se ha pronunciado autorizadamente y de forma repetida PACE: «Diritti fondamentali al di là della Costituzione?», en *Politica del diritto*, 1993, págs. 3 y sigs.

constituida por el *common law* inglés, han asumido posturas claramente diferenciadas en cuanto al reconocimiento y a la garantía de los derechos fundamentales. En este sentido, baste considerar el diferente éxito que la problemática de los derechos de la persona ha tenido, por una parte, en Australia y en Nueva Zelanda y, por otra parte, en India y en Sudáfrica.

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

IV. LA POTENCIACION Y LA ARTICULACION DE LOS INSTRUMENTOS DE GARANTIA

Es compartida de forma generalizada la conclusión —dirigida a evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a ser «una romántica declaración» carente de efectividad— de que la garantía es parte esencial, condición indispensable para la existencia de un derecho; que no se puede hablar de derechos si las posiciones subjetivas de la persona no se encuentran protegidas eficazmente. Por otra parte, la inescindibilidad del nexo entre reconocimiento de un derecho y funcionamiento de los institutos de garantía es evidente en los ordenamientos en los que, por tradición, los derechos de la persona se encuentran asociados a la actividad de los jueces, tanto los ordinarios como los constitucionales (26). Y la mencionada conexión induce a algunos autores a individuar en la tutela judicial el elemento principal que *contradistingue* los derechos de la persona como categoría, y —por el contrario— a utilizar la ausencia de una efectiva justiciabilidad como parámetro para diferenciar los derechos fundamentales de aquéllos que no pueden ser considerados como tales (27).

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

(27) Así CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *cit.*, pág. 161.

La estrecha relación que liga a la justicia constitucional con la tutela de los derechos fundamentales ha sido abordada ampliamente por la doctrina. Véanse, entre muchos, AA. VV.: *Giusti-*

Por otra parte, el perfeccionamiento de las técnicas y la búsqueda de nuevas formas de garantía representa el principal cometido que compete a cada ordenamiento constitucional para implementar el ámbito de las posiciones subjetivas efectivamente tuteladas. A través de la disciplina constitucional de las formas de garantía, los estándares reconocidos por las Convenciones y por las Declaraciones internacionales se transforman en derechos en sentido pleno, esto es, disponibles cotidianamente y de plena e inmediata vigencia (28). En otros términos, se puede afirmar que los derechos de la persona son tales si resultan —ante todo— justiciables, y si su tutela constituye un límite también para el legislador ordinario; incluso si dicha convicción deba relativizarse cautamente, en el sentido de que la ausencia de formas de control de constitucionalidad o la inexistencia de una jerarquía constitucional, no determinan necesariamente la no tutela de la persona.

En caso contrario se debería admitir que en Finlandia, donde no existe un mecanismo de *judicial review*, y en Nueva Zelanda, donde la Constitución no posee una fuerza jerárquicamente superior a la de la ley, los derechos de la persona no se encuentran adecuadamente tutelados. En efecto, en las referidas realidades la ausencia de estos importantes institutos se compensa con otros instrumentos de naturaleza jurisdiccional que convierten en igual e inmediatamente aplicables dichos derechos fundamentales. Como ha sido observado, un efectivo *degree of realitation of constitutional rights can only based on an examination of the totality of the legal order and of the legal reality* (29).

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

zia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti, Milán, 1992; AA. VV.: *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Turín, 1992; BEATTY: *Human rights and judicial review*, Nijhoff, 1994; AA. VV.: *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Turín, 1994; OLIVER: «La protección de los derechos fundamentales por la Corte Suprema norteamericana a través de la *judicial review*», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universitat de les Illes Balears*, 1987, págs. 279 y sigs.; AA. VV.: *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee*, Milán, 1994.

(28) Según STERN: «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, pág. 263, los derechos de la persona, una vez incorporados en el Derecho constitucional, dejan de ser meros enunciados programáticos para transformarse en normas jurídicas objetivas de rango supremo.

(29) Así, JYRANKI: *Constitutional definition of rights and freedoms*, Aix, 1987, pág. 2 (cicl.).

Por ejemplo, ya no parece que se corresponda con las exigencias actuales la tradicional contraposición entre un modelo francés y un modelo norteamericano de garantía de los derechos de la persona, según la cual el primero, basado en el principio de la soberanía popular y en la posición primaria de la ley, confiaría sobre todo al legislador la tarea de tutelar los derechos; mientras que el segundo transferiría al juez, y en particular a la Corte suprema, la tarea de hacer efectivo el valor supremo de la libertad de la persona humana (30).

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

Sin duda es cierto que el componente prestacional y la exigencia de una disciplina normativa articulada son particularmente necesarios para los derechos sociales y económicos y también para los «nuevos» derechos, es decir, para aquellas posiciones subjetivas que, poniendo de manifiesto las nuevas fronteras de desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, y aún encontrándose incluidas en el catálogo constitucional, no son directamente justificables sin una concreta *interpositio legislatoris*. En muchos de estos casos, la naturaleza y las modalidades de disfrute derivan de las previsiones normativas y no directamente del dictado constitucional. Sin embargo, probablemente no es aventurado afirmar que cada derecho tutelado por la Constitución, articulándose en una multiplicidad de situaciones subjetivas —muchas de las cuales necesitan de una coordinación recíproca entre ellas—, precisa para su efectividad tanto de la labor especificadora del legislador, como de la intervención garantista y reparadora del juez. En otros términos, cada derecho contiene en sí mismo un componente garantista y una prestación. Y esta última se muestra cada vez más necesaria, a fin de remover los múltiples condicionantes que subordinan la efectiva posibilidad de ejercicio de determinadas actividades que consti-

(30) Véase GAMBINO: *Sistema delle fonti e controllo di costituzionalità. Il caso francese*. Turín, 1988; BOGNETTI: «I diritti fondamentali tra giudiziario e legislativo nell'ordinamento degli Stati Uniti», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, págs. 1072 y sigs.

Una reconstrucción de los dos modelos ha sido realizada también por CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *cit.*, págs. 157 y sigs.

tuyen —incluso— el núcleo esencial de algunos derechos fundamentales de la persona (31).

Por otra parte, tampoco debe olvidarse que la creciente complejidad de la sociedad, el impacto de las nuevas tecnologías, los nuevos problemas suscitados por el desarrollo de los conocimientos, introducen causas inéditas de agresión a los derechos fundamentales; lo que sitúa en primer plano la necesidad de medirse no sólo con la teoría de los derechos fundamentales, sino también con una teoría de los deberes de protección de los derechos fundamentales, es decir, con la gama completa de los instrumentos —jurisprudenciales, normativos, procedimentales— que el sistema constitucional debe proveer (32).

También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre parece promover tal perspectiva, reconociendo la esencialidad de la prestación pública para conferir tutela efectiva a un derecho fundamental. En efecto, el Tribunal Europeo ha introducido la noción de «obligaciones positivas», afirmando que en determinadas posiciones subjetivas subsiste una obligación específica del Estado de adoptar medidas adecuadas y razonables dirigidas a proteger los derechos tutelados por las Convenciones supranacionales (33).

En el concreto supuesto es controlable y sancionable no ya la intervención coercitiva o limitativa de un derecho, sino la falta de intervención que debería hacer posible el disfrute del mismo. En otros términos, el juez internacional tiene la competencia no sólo de imponer un deber de abstención, sino también de obligar al Estado a intervenir, vinculándolo a la obtención de un determinado resultado; en consecuencia, puede controlar la coherencia y la racionalidad

(31) Cfr. JIMÉNEZ CAMPO: «El legislador de los derechos fundamentales», en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, 1993, págs. 473 y sigs.; MARTÍN RORTILLO: «El paradójico protagonismo de la Administración pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 4, 1994, págs. 11 y sigs.; IDEM: «La administrativización de los derechos fundamentales y su posible incidencia sobre el contenido esencial de aquéllos», en *Cuadernos de Derecho judicial*, 1994, págs. 9 y sigs.

(32) Véase CAVAZOS: *Cyberspace and the law*, Boston, 1994; FROSINI: «Per una sociologia dei diritti umani nell'età tecnologica», en *Sociologia del diritto*, 1984, págs. 53 y sigs.; PÉREZ LUÑO: «Las generaciones de derechos fundamentales», *cit.*, págs. 203 y sigs.; PREUSS: «The concept of rights and the Welfare State», en *Dilemmas of law in the Welfare State*, págs. 151 y sigs.; RUGGERI: «Nuovi diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione», en *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padua, 1995, págs. 605 y sigs.; MODUGNO: *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Turín, 1995; PROTO PISANI: «Nuovi diritti e tecniche di tutela», en *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milán, 1993, págs. 47 y sigs.

(33) Así SUDRE: «Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme», en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, págs. 363 y sigs.

de las intervenciones actuadas por un Estado miembro en ejecución del deber de intervención referido con anterioridad. Corresponde a la autonomía de cada ordenamiento nacional individualizar las concretas medidas, pero éstas deben resultar respetuosas con el criterio de proporcionalidad para ser legítimas, es decir, deben resultar idóneas para asegurar el concreto derecho de la persona a través de un justo equilibrio entre el interés general y el del individuo.

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

Es esencial, ante todo, el papel de la justicia constitucional, que se confirma como el principal tribunal de los derechos y de las libertades, según la eficaz y siempre actual afirmación de Cappelletti (34). Como lo demuestra, por una parte, la evolución concreta de la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales en Europa y en Norteamérica y, por otro lado, la gran difusión que este instituto ha tenido en las nuevas cartas constitucionales de Europa oriental, de Centroamérica y Sudamérica y de África, en conexión con la codificación de amplios catálogos de derechos de la persona (35).

Por otra parte, no debe olvidarse que el principal salto de calidad en la tutela de los derechos de la persona se ha realizado con la afirmación del principio de la rigidez constitucional, y con la consiguiente introducción de controles jurisdiccionales sobre la discrecionalidad del legislador. Nexa que ha sido resaltado por la doctrina, según la cual la protección de los derechos fundamentales no se puede considerar suficientemente asegurada si resulta fácil para el legislador llevar a cabo derogaciones a la misma (36); del mismo modo que es un intento vano —en opinión de otros autores— limitarse a proclamar la ga-

(34) Cfr. CAPELLETTI: *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, 1955.

(35) Acerca de la tendencial universalización de la justicia constitucional y sobre su presencia en ordenamientos regidos por sistemas jurídicos diferentes, véase ROLLA: «Consolidación y desarrollo de la justicia constitucional en Europa», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universitat de les Illes Balears*, 1987-1988, págs. 126 y sigs.; FEDE: «La giustizia costituzionale nei paesi dell'Est europeo», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, págs. 711 y sigs.; AA. VV.: *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle corti costituzionali europee*, Milán, 1994; LÓPEZ GUERRA: «Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá», en *La justicia constitucional: Una promesa de la democracia*, San José, 1992, págs. 11 y sigs.; CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 1987; AA. VV.: *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 1997.

(36) En este sentido, por ejemplo, BON: «La protección constitucional de los derechos fundamentales: Aspectos de derecho comparado europeo», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, pág. 43.

rantía de determinados derechos de la persona, sin especificar qué remedio jurisdiccional es posible contra su lesión por parte del legislador (37).

En muchos ordenamientos la actividad del Tribunal constitucional se caracteriza precisamente por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona, y las principales decisiones han constituido una piedra angular en la evolución del Estado de Derecho y de la Costumbre. A este propósito, es natural referirse a la Corte Suprema norteamericana bajo la presidencia del juez Warren, por el papel impulsor que ha tenido en cuanto a la superación de la discriminación racial —en el sector de la educación, aboliendo el principio «separados pero iguales», o en el de los derechos políticos—, o en cuanto a la afirmación del derecho a la tutela judicial efectiva, o del derecho de crítica y de libre manifestación del pensamiento (38). Además, es interesante resaltar que incluso antes del célebre caso *Marbury vs. Madison*, comúnmente señalado como el inicio de la justicia constitucional, la Corte Suprema había ligado su más significativa jurisprudencia a la tutela de algunos derechos de la persona —como por ejemplo el reconocimiento del derecho a la justicia y de la incompatibilidad de la esclavitud con la Constitución— (39).

Del mismo modo, se puede apelar a la experiencia de la Corte Suprema del Canadá, que ha valorizado su papel de juez constitucional precisamente a continuación de la aprobación de la *Charter of rights and freedoms*, en cuanto que la introducción de un documento constitucional vinculante para el Parlamento y el Gobierno de Canadá (art. 31 del *Constitution Act*) ha hecho madurar la conciencia de que existen derechos propios de los ciudadanos que pueden ser tutelados judicialmente ante la acción arbitraria de los poderes públicos (40).

Junto a las formas de tutela indirecta de las posiciones subjetivas de la persona, adquieren un relieve creciente los procedimientos dirigidos a asegurar una tutela directa de los derechos de la misma, permitiendo al ciudadano que se considere lesionado en un derecho propio constitucionalmente garantizado

(37) Así CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *cit.*, pág. 172. En el mismo sentido, STERN: «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», *cit.*, pág. 268.

(38) Cfr. AA. VV.: *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, Milán, 1992.

(39) Importantes referencias se encuentran en SCHWARZ: *The great rights of Mankind. A history of the american Bill of Rights*, Nueva York, 1977.

(40) Acerca del nacimiento del *judicial review* en conexión con la aprobación de la *Constitution Act*, véase MANFREDI: *Judicial power and the Charter*, Toronto, 1992; STRAYER: *The Canadian constitution and the Courts: the function and scope of judicial review*, Toronto, 1983; ROLLA: «La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese», en *Quaderni costituzionali*, 1996, págs. 197 y sigs.

acudir directamente ante el juez constitucional. En Europa, el acceso directo a la justicia constitucional se encuentra previsto —por ejemplo— por el artículo 90 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, o bien por la Ley Orgánica núm. 2 del 1979 del Tribunal Constitucional español; pero esta forma de tutela ha tenido un desarrollo particular —sobre todo— en las recientes Constituciones de los Estados de Centroamérica y Sudamérica, a través de la introducción del instituto del *amparo* constitucional (41).

Dicha experiencia testimonia positivamente el crecimiento y la diversificación de los instrumentos procesales que los ordenamientos constitucionales han previsto para asegurar una tutela específica de los derechos de la persona, confiándola a la acción imparcial de los jueces, tanto de los ordinarios como de los constitucionales. Comúnmente, los ordenamientos constitucionales prevén instrumentos de garantía general o sectorial. Estos últimos, por su parte, pueden hacer derivar su propia sectorialidad o de los actos lesivos que pueden ser impugnados, o de la naturaleza de los derechos concretamente lesionados. Entre los primeros se puede citar el Tribunal de la Libertad italiano, que lleva a cabo una revisión de las decisiones restrictivas de la libertad personal adoptadas por un magistrado (42); o bien el *writs de injuction*, dirigido a solicitar al juez la adopción de una decisión que obligue a la autoridad pública a cubrir una obligación o a reintegrar al privado en un derecho lesionado.

Mientras la experiencia más difundida y significativa del segundo tipo se encuentra constituida por el *mandado de segurança* brasileño, como instrumento de garantía contra los actos arbitrarios de las autoridades administrativas inherentes a la ciudadanía y a la nacionalidad (43); y sobre todo por el ins-

(41) La doctrina en lengua española acerca del amparo es muy amplia. En esta ocasión nos limitamos a recordar los trabajos de BURGOA: *El juicio de amparo*, México, 1968; CAMPOS: *Derecho de amparo*, Buenos Aires, 1961; SENDRA LLOBREGAT: *Los procesos de amparo*, Madrid, 1994; AA. VV.: *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, 1994; GARCÍA MORILLO: *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, 1985; CRUZ VILLALÓN: «Sobre el amparo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, págs. 9 y sigs.; FIX ZAMUDIO: «El juicio de amparo mexicano y el Derecho constitucional comparado», en *Studi in onore di Biscaretti di Ruffia*, Milán, 1987, págs. 411 y sigs.

(42) Sobre la cuestión véanse, entre otros, los trabajos de GIAMBRUNO: *Riflessioni sul riesame avanti al Tribunale della libertà*, Padua, 1989; GREVI: *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, Bolonia, 1983; GARAVELLI: «Tribunale della libertà», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLV, págs. 22 y sigs.; FERRAJOLI: *Il riesame dei provvedimenti sulla libertà personale*, Milán, 1989.

(43) Véase FAIRÉN y GUILLÉN: «Le “writ” de “habeas corpus”, les recours des “griefs”, de “firma”, de “manifestación”, de “amparo” et le “mandado de segurança”», en *Judicial protection of human rights at the national and international level*, Bolonia, 1988, págs. 573 y sigs.; PELLEGRINI: «La tutela preventiva delle libertà nell’ordinamento brasiliano», en *Studi in onore di T. Carnacini*, Milán, 1984, págs. 603 y sigs.

tituto del *habeas corpus*, que permite impugnar cualquier determinación arbitraria e ilegal de los poderes públicos que sea susceptible de incidir sobre la libertad personal, la de circulación y la de residencia (44). Dicho instrumento garantista, aun pudiendo ser catalogado entre los mayormente difundidos y remotos en el tiempo, se muestra limitado por el hecho de que, por una parte, tutela al ciudadano de las agresiones a los propios derechos provenientes de los poderes públicos pero no de otros privados; mientras que, por otro lado, limita la tutela a los dos derechos históricos de la persona —los de libertad y los de movimiento—.

Desde esta perspectiva, el *amparo* puede ser considerado una ampliación generalizada de la acción del *habeas corpus*, dirigida a tutelar a los ciudadanos de las lesiones de todos los derechos fundamentales garantizados en las Constituciones por parte de cualquier sujeto o autoridad frente a cuyas actuaciones se haya previsto expresamente el referido *amparo*. Y eso explica la razón de la amplia difusión del instituto, más allá de su ámbito de origen (45).

Es indudable que en cuanto a la garantía de los derechos de la persona, el juez y el proceso ocupan un lugar de absoluta preeminencia —un *incredible power* según las palabras de Dworkin— (46), como consecuencia de que en el ámbito de la interpretación de la Constitución los jueces tienen «la última palabra». Sin embargo, sería errado considerar que la incidencia creciente del control de constitucionalidad o de las formas de tutela jurisdiccional, determinen el consiguiente debilitamiento de la importancia de la ley para asegurar la tutela de los derechos. Es más, por lo que se refiere a la efectividad de los derechos la aportación del legislador no es secundaria respecto de la del juez, como se manifiesta cuando se toma en consideración que el disfrute sustancial de un de-

(44) En relación con tal instituto, cfr. DUKER: *A constitutional history of the habeas corpus*, Londres, 1980; SHARPE: *The law of habeas corpus*, Oxford, 1986; BISCARETTI DI RUFFIA: «Habeas corpus», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, págs. 941 y sigs.

Acerca de la difusión en los países de América Latina de este instituto, véase LÓPEZ GUERRA: «Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá», *cit.*, págs. 75 y sigs.; SORIANO: *El derecho de habeas corpus*, Madrid, 1986.

(45) Son importantes leyes en materia de *amparo* la *Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad* de Guatemala (1986); la *Ley de jurisdicción constitucional* de Costa Rica (1989); la *Ley de amparo* de Nicaragua (1988); o la *Ley de procedimientos constitucionales* de El Salvador (1988).

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

(46) Así DWORKIN: «The concept of Unenumerated Rights», en *The Bill of rights in modern State*, Chicago, pág. 383.

recho se deriva no solamente de la posibilidad de acudir a la justicia contra las vulneraciones de los mismos, sino también de la predisposición de garantías procedimentales idóneas, de la disciplina de los medios y de los presupuestos necesarios para su disfrute (47), de la existencia de criterios para la organización de las instituciones o de las estructuras instrumentales para el ejercicio inmediato o mediato de los diferentes derechos (48). En muchos casos es la ley la que confiere contenido jurídico concreto a las garantías ofrecidas por la Constitución, según un proceso «a dos tiempos» por el cual la carta constitucional proclama —en primer lugar— la garantía de un derecho, y después el legislador determina el contenido específico de la misma (49).

Por otra parte, la intervención del legislador es necesaria para implementar el contenido de los concretos derechos constitucionales de la persona, y también para favorecer la ponderación entre posiciones subjetivas contrapuestas susceptibles de entrar en conflicto. En el primer caso, la *interpositio legislatoris* es importante para tutelar posiciones subjetivas, derechos de los que se puede disfrutar sólo en virtud de una específica tutela legislativa, en ausencia de la cual no subsistirían los presupuestos para su efectiva justiciabilidad. Eso acontece de modo particular en el caso de los derechos sociales, los cuales —como se dirá a continuación— poseen sólo en una medida limitada cobertura constitucional, y precisan para su efectivo disfrute —en consecuencia— de concretas opciones del legislador. Como se ha defendido con solidez, «mientras el mejor legislador en materia de derechos a prestaciones negativas... es el que evita intervenir, el peor legislador en el sector de los derechos a prestaciones positivas (por ejemplo, el derecho a la asistencia sanitaria y previdencial) es, obviamente, el que no interviene» (50).

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

(47) 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, págs. 109 y sigs.

(48) Cfr. STERN: «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», *cit.*, pág. 266.

(49) Así, por ejemplo, la doctrina francesa, entre la cual HAURIOU: *Precis élémentaire de Droit constitutionnel*, París, 1933, pág. 244.

(50) Así PACE: «La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"», *cit.*, págs. 109 y sigs.

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

Por lo que se refiere al primer aspecto, se ha señalado oportunamente que en las sociedades contemporáneas la efectividad de los derechos precisa de un cierto protagonismo de la Administración pública (51). Su intervención es determinante para la erogación de servicios específicos cuya existencia es necesaria para asegurar los derechos fundamentales de la persona. Piénsese, sobre todo, en aquellos derechos compuestos no sólo de un contorno negativo —prohibición de injerencia—, sino también de un perfil positivo —posibilidad de elección entre varias opciones—. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la educación (que implica la existencia de una pluralidad de centros de enseñanza, diferentes en cuanto a metodología e ideología, privados y públicos), del derecho a la libertad de culto y de religión (que precisa de medidas dirigidas a favorecer la edificación de lugares de culto y a la financiación de las diversas Iglesias), del derecho al medio ambiente y a la salud (que reclama instituciones de cura, de vigilancia y de prevención), o del pluralismo de los medios de información. Por otra parte, en las formas de Estado social la intervención activa de la Administración es necesaria para asegurar el respeto del principio de no discriminación en el aprovechamiento de determinados servicios básicos, conectados con el disfrute de derechos fundamentales de la persona (52).

Además, no debe olvidarse que por lo que se refiere a la Administración el ciudadano no es sólo un usuario, sino —*in primis*— el titular de un derecho. En el centro del sistema constitucional se encuentra la persona, hombres y mujeres portadores de exigencias materiales y concretas, en razón de las cuales a los derechos del ciudadano les corresponde un simétrico deber de la Administración de naturaleza organizativa, la cual debe crear institutos y disciplinar procedimientos coherentes (53).

En definitiva, la acción de la Administración pública es importante para garantizar el libre ejercicio de los derechos constitucionales, para financiar ac-

(51) Por ejemplo, MARTÍN RETORTILLO: «El paradójico protagonismo de la Administración pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales», *cit.*, págs. 11 y sigs.; IDEM: «La administrativización de los derechos fundamentales y su posible incidencia sobre el contenido esencial de aquéllos», *cit.*, págs. 9 y sigs.

(52) Sobre la cuestión, véase ALONSO GARCÍA: «Los límites de la justicia constitucional: La constitucionalización de los derechos prestacionales del "welfare state" en Norteamérica», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, págs. 149 y sigs.

(53) Sobre la cuestión, permítase el reenvío a ROLLA: «Autonomie locali e diritti di cittadinanza», en *Valori costituzionali e pubblica amministrazione*, Florencia, 1994, pág. 61.

tividades, pero también para introducir instrumentos de tutela no jurisdiccional dirigidos a sancionar los episodios de mala administración —*desgobierno, bureaupathologies*—, sucesos que son susceptibles de menoscabar el efectivo disfrute de posiciones subjetivas constitucionalmente tuteladas (54).

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

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

En el ámbito de los derechos de la persona tal exigencia se manifiesta de forma particular, si se tiene en cuenta la tendencia *universalizadora* presente en la protección de la persona humana y en el reconocimiento de sus derechos; pero al mismo tiempo, puede asegurarse mejor en ésta que en otras áreas del Derecho como consecuencia tanto de la existencia de cartas, documentos y declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales —ya universales, ya geográficamente circunscritas—, como de la presencia en los textos constitucionales de codificaciones de dichos derechos bastante similares. Baste considerar, por una parte, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, la Convención Americana, la Carta Islámica y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos y, por otra parte, los textos constitucionales más recientes de ciertos países, para advertir cómo se ha llevado a cabo un sustancial trasvase desde las codificaciones internacionales a las nacionales, a menudo reforzado por la presencia en la Constitución de cláusulas dirigidas a conferir valor de norma constitucional a los Acuerdos y a las Declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales de la persona (55).

(54) A este propósito, es significativa la difusión del instituto del *Ombudsman*, que constituye el instrumento más extendido a nivel comparado junto con la justicia constitucional. Sobre la cuestión, véanse AA. VV.: *L'Ombudsman*, Turín, 1974; DE VERGOTTINI: «Ombudsman», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIV, 1979, págs. 879 y sigs.; FAIRÉN GUILLÉN: «El Ombudsman en México», en *Revista de Estudios Políticos*, 1995, págs. 9 y sigs.; STACEY: *Ombudsman compared*, Oxford, 1978; CALDERÓN: *El Ombudsman y la protección de los derechos humanos*, México, 1992.

(55) A este propósito es emblemática la Constitución de Sudáfrica, cuya parte dedicada al *Bill of rights* reproduce sustancialmente buena parte de las disposiciones codificadas en las Car-

La presencia de normas internacionales con relevancia jurídica —directa o indirecta— en los ordenamientos nacionales constituye un elemento peculiar de la actual fase jurídica, en cuanto introduce algunos correctivos al principio de autodeterminación estatal, que ha constituido en muchos casos un freno a la difusión de determinados derechos fundamentales de la persona y a la introducción de formas sustanciales de tutela. En el pasado, el Derecho constitucional ha vivido una contradicción entre —por un lado— la tendencia a disciplinar en el ámbito internacional los derechos de la persona, codificando catálogos muy amplios y avanzados y, por otro, su no directa vinculabilidad dentro de los concretos ordenamientos.

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

El proceso ha sido cualquier otra cosa menos lineal y carente de resistencias, no sólo de naturaleza política —en cuanto a la especificidad de los diversos regímenes políticos— sino también de tipo cultural e institucional —conectadas con la relevancia atribuida al principio de estatalidad o de soberanía nacional—. En el primer caso, se puede hacer referencia a las áreas geográficas que han resultado ser impermeables a la extensión de las normas de tutela internacional en los ordenamientos internos, sobre la base de consideraciones ideológicas (China) o religiosas (Islam). En la segunda hipótesis, viene de forma espontánea la referencia al planteamiento restrictivo asumido en el contexto europeo por Francia. En este sentido, es interesante resaltar que el Consejo Constitucional francés —diferenciándose por ello ampliamente de la jurisprudencia desarrollada por los tribunales constitucionales europeos— (56) ha afirmado repetidas veces su propia falta de competencia para declarar la ilegítimi-

tas internacionales de derechos. La misma tendencia se advierte también en las recientes cartas constitucionales de los Estados de Europa central y oriental. Sobre la cuestión, véase WIERUSZEWSKY: «Human rights and current constitutional debates in central and eastern european countries», *cit.*, págs. 187 y sigs.

(56) Cfr. sobre la cuestión AA. VV.: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1979; COCOZZA: *Diritto comune delle libertà in Europa*, Turín, 1994.

dad constitucional de las leyes francesas por lesionar las normas contenidas en un acuerdo internacional, incluso si el mismo se refería a los derechos fundamentales. Según el *Conseil*, las normas del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre no serían idóneas para servir de parámetro en un juicio de constitucionalidad, pudiéndose utilizar solamente como criterio para la interpretación de los derechos y de las libertades directamente tuteladas a través del preámbulo de la Constitución (57).

En el ámbito de la tutela de los derechos de la persona, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales un círculo virtuoso, de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmática como práctica (58).

En primer lugar, dicho proceso osmótico permite al Derecho nacional especificar e implementar los estándares de tutela definidos en el ámbito internacional; al igual que atribuye al Derecho internacional la potestad de ampliar las normas directamente aplicables por los jueces nacionales, vinculantes a su vez para el legislador por su rango constitucional. Tal proceso tiene lugar asignando a las disposiciones de las Convenciones internacionales la doble naturaleza de fuentes productoras de normas internacionales y de normas constitucionales; lo que se determina, sobre todo, o bien reconociendo la aplicación directa de las Convenciones sobre derechos fundamentales de la persona, o bien apli-

(57) Véase ROUSSEAU: «L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité», en *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, París, 1990, págs. 117 y sigs.

(58) Tal tendencia ha sido evidenciada y valorada positivamente, entre otros, por CARTABIA: *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milán, 1995; AA. VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, 1984; TOMUSCHAT: «National implementation of international standard on human rights», en *Canadian human rights yearbook*, 1984-1985, págs. 31 y sigs.; PÉREZ LUÑO: «El Derecho constitucional común europeo: apostillas en torno a la concepción de Peter Häberle», en *Revista de Estudios Políticos*, 1995, págs. 165 y sigs.; MARTINEAU: «Interpreting the Constitution: the use of international human rights norms», en *Human rights quarterly*, 1983, págs. 87 y sigs.; GRAEFRATH: «How different countries implement international standard on human rights», en *Canadian human rights yearbook*, 1984-1985, págs. 3 y sigs.; DRZEMCZEWSKI: «The impact of the ECHR in Poland», en *European human rights*, 1996, págs. 261 y sigs.; RECCHIA: «Corte di giustizia delle Comunità europee e tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana y tedesca», en *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milán, 1991, págs. 123 y sigs.; AA. VV.: *L'Unione europea e i diritti dell'uomo*, Roma, 1995; COMOGLIO: «Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva europea», en *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, Milán, 1995, págs. 1025 y sigs.

Véase también PAGANO: «I diritti fondamentali nellà Comunità europea dopo Maastricht», en *Rivista di diritto europeo*, 1996, págs. 163 y sigs.

cando el principio de que en caso de conflicto las normas internacionales deben considerarse en cualquier caso prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias, sin necesidad de admitir en este último caso la aplicabilidad directa de las normas internacionales.

Intentando reconducir a una síntesis esquemática las tendencias en presencia, algunos autores han individuado tres técnicas para conseguir una incorporación sustancial de los derechos y de las garantías tuteladas en el ámbito internacional dentro del ordenamiento doméstico: la incorporación directa a través de la previsión de cláusulas constitucionales expresas; la incorporación indirecta llevada a cabo por la jurisprudencia por vía interpretativa; y la «mirrored or equivalent incorporation», que se efectúa a través de la reproducción en los textos constitucionales de disposiciones que reflejan las que se encuentran en los documentos internacionales (59).

De este modo, se crean los presupuestos para implementar los contenidos de los derechos reconocidos por las concretas Constituciones, haciendo resaltar una especie de *Bill of rights* no escrito, con capacidad para servir de criterio interpretativo y, en el caso de cuestiones de legitimidad constitucional, de normas interpuestas (60). Cada vez más las normas internacionales constituyen —especialmente en los ordenamientos constitucionales que se han abierto más recientemente al constitucionalismo— la piedra angular para las «new human rights policies» (61).

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

(59) Cfr. PAUST: *Incorporating human rights into domestica constitutional law*, Texas, (s.d.). Véase también BON: «La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de Derecho comparado europeo», *cit.*, págs. 54 y sigs.

(60) AA. VV.: «Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?», en *Revue française de droit administratif*, 1993, págs. 849 y sigs.; MARTINEAU: «Interpreting the Constitution: the use of international human rights norm», *cit.*, págs. 87 y sigs.; TOMUSCHAT: «National implementation of international standard on human rights», *cit.*, págs. 31 y sigs.

(61) Así WIERUSZEWSKY: «Human rights and current constitutional debates in central and eastern european countries», *cit.*, pág. 193.

cia de formas significativas de unidad cultural, o la aceptación de un sistema de valores suficientemente homogéneo.

Por tales razones, esta segunda perspectiva del proceso de influencia entre los ordenamientos nacionales y supranacionales se encuentra de forma más circunscrita que la primera y, sobre todo, situada en realidades de antigua y más consolidada tradición jurídica común, como la de los países de la Europa continental (62). En concreto, y por lo que se refiere a Europa, se pueden mencionar —por ejemplo—, por una parte el artículo F2 del Tratado de Maastricht, según el cual «La Unión respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, en cuanto principios generales del derecho comunitario»; o bien la Declaración de las Libertades y de los Derechos Fundamentales aprobada por el Parlamento Europeo en abril de 1989, donde se habla de la existencia de una «comunidad de derechos fundada en el respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales». Por otro lado, se puede hacer referencia a los artículos de las diversas constituciones que prevén que las disposiciones relativas a los derechos y a las libertades fundamentales reconocidas por la Constitución, deben ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y los acuerdos ratificados sobre la materia (63).

Del conjunto de estos fenómenos deriva la formación de tradiciones constitucionales comunes capaces de homogeneizar los niveles de tutela de los derechos de la persona, con independencia del ordenamiento estatal de referencia. Si, por una parte, los derechos fundamentales forman parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario; si —por otro lado— los derechos constitucionalizados por los concretos ordenamientos concurren en la definición de las tradiciones constitucionales comunes, de ahí se deduce que los niveles constitucionales de tutela tienden a homogeneizarse (64) y, al mis-

(62) Cfr. PREDIERI: «Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione», en *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, págs. 5 y sigs.

Véase también CARTABIA: «Principi inviolabili e integrazione europea», Milán, 1995; PÉREZ LUÑO: «El Derecho constitucional común europeo: apostillas en torno a la concepción de Peter Häberle», *cit.*, págs. 165 y sigs.; COCOZZA: *Diritto comune delle libertà in Europa*, Turín, 1994.

Cfr. también SCIARRA: *Verso una costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, Florencia, 1996; PÉREZ VERA: «El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos», en *Revista de las Instituciones Europeas*, 1993, págs. 459 y sigs.; TOSATO: «La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità Europee», en *Studi in onore di G. Sperduti*, Milán, 1984, págs. 717 y sigs.

(63) Cfr., por todos, el artículo 10 de la Constitución española.

(64) Cfr. AA. VV.: *Human rights and the european community: methods of protection*, Baden Baden, 1991; CHUECA SANCHO: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Bar-

mo tiempo, a enriquecerse. En efecto, se ofrece al ciudadano la posibilidad de acudir a una doble jurisdicción: Dirigiéndose al juez nacional para solicitar la aplicabilidad de una norma de Derecho internacional; o bien, recurriendo ante el juez internacional para que compela al propio Estado a dar aplicación a sus obligaciones internacionales (65).

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

En este sentido, se puede mencionar la interesante experiencia de numerosos Estados de América Latina. La Constitución de Ecuador dispone que los derechos contenidos en las Convenciones tienen valor constitucional (art. 137), igual que la de Perú (art. 103). Sin embargo, las Constituciones de la República Dominicana (art. 32) y de Guatemala (art. 144) incorporan en el derecho interno las normas de los Tratados, confiriendo a las mismas el rango de leyes constitucionales. Más articulada es la solución adoptada por la nueva Constitución argentina, cuyo artículo 75.22 afirma que las Declaraciones universales en materia de derechos de la persona deben considerarse complementarias de los derechos tutelados por la Constitución y, si son ratificadas con ley aprobada por los dos tercios de los miembros de cada Cámara, asumen una fuerza jurídica superior a la de la ley y a la de otros tratados internacionales (66).

celona, 1989; LÓPEZ y MEDEL: «Tendencias últimas de la política comunitaria de derechos humanos», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 123, 1995, págs. 25 y sigs.; AA. VV.: *The european system for the protection of human rights*, Nijhoff, 1993.

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

(66) A este propósito es interesante recordar la experiencia de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, que puede obligar a un Estado no sólo a remover las causas que han producido la lesión de un derecho fundamental, sino también a resarcir a la persona a través de la justa indemnización correspondiente. Acerca de dicha experiencia, véase BUERGENTHAL, NOMIS y SCHELTON: *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, 1990; MEDINA: «The interamerican commission on human rights and the interamerican Court of human rights», en *Human rights quarterly*, 1990, págs. 439 y sigs.; FIZ ZAMUDIO: «Judicial protection of human rights in Latin america and the interamerican Court of human rights», *cit.*, págs. 387 y sigs.; BUERGENTHAL: *Protecting human rights in the Americas*, Estrasburgo, 1982.

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

Operando de esta forma se introduce un factor de dinamismo en la interpretación de los derechos fundamentales cuanto menos interesante, desde el momento en que se predispone a los catálogos nacionales —casi de forma natural— a la apertura hacia la consideración de nuevas situaciones subjetivas. Una posición favorable a un desarrollo extensivo de la referida posibilidad ha sido asumida a través de una de sus decisiones por la Corte Americana de los Derechos del Hombre, con sede en San José de Costa Rica, la cual ha considerado aplicables directamente todas las Convenciones en materia de derechos humanos, incluso las no ratificadas (por ejemplo, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre), y también las normas relativas a dichos derechos consolidadas a nivel internacional. Esta significativa ampliación del parámetro ha sido motivada con el argumento de que el fin que debe ser logrado por los diferentes ordenamientos consiste en todo caso en la exigencia de asegurar la mejor y más amplia tutela de los derechos de la persona (67).

VI. LA ESENCIALIDAD DEL PRINCIPIO PERSONALISTA

Por regla general, los ordenamientos constitucionales sitúan en el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales a la persona humana, y su función es la de garantizar y favorecer el desarrollo de dichos derechos. Sin embargo, debe precisarse que la persona a la que los textos constitucionales reconocen una posición de centralidad no es el individuo aislado, entendido como «mó-

Por otra parte, merece señalarse por su peculiaridad la específica tutela ofrecida a los palestinos que residen en los territorios ocupados militarmente por el Estado de Israel. En efecto, dichos palestinos pueden acudir a la Alta Corte de Justicia contra los actos de los gobernadores de los territorios ocupados considerados lesivos de los derechos fundamentales de la persona, asumiendo como parámetro la normativa internacional. A ese propósito, véase ETZION: *Le control juridictionnel de l'Administration en Israel*, París, 1970.

(67) Cfr. MEDINA: «The interamerican commission on human rights and the interamerican Court of human rights», *cit.*, págs. 439 y sigs.

nada constitutiva del Estado moderno» (68) contrapuesta a la sociedad organizada, sino la persona considerada en su proyección social (69). En efecto, en el constitucionalismo contemporáneo el hombre y la mujer son considerados en su calidad de personas históricamente determinadas, inmersas en la sociedad; los sujetos tutelados por las Constituciones no son individuos abstractos, sino personas concretas consideradas en su existencia histórica y material. En otros términos, se asiste al paso de una visión atomista a una visión social de la persona humana (70).

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

En el primer caso, existe una estrecha correlación entre los derechos conectados con el principio de libertad y los que lo están con el principio de igualdad, o bien —como se suele afirmar de forma más sintética— entre derechos civiles y derechos sociales. Ambos constituyen articulaciones del mismo rango de la categoría más general de los derechos de la persona, de los *human rights*, desde el momento en que se muestran como igualmente necesarios para garantizar el desarrollo y la promoción de la personalidad humana, para lograr aquella *pursuit of happiness* que de manera emblemática fue colocada en la base del constitucionalismo por los constituyentes americanos.

En otros términos, existe complementariedad entre la esfera de la libertad y la de la igualdad, complementariedad que no reproduce otra cosa que la dialéctica entre los valores primarios de la sociedad civil y organizada, reconocidos y garantizados por la casi totalidad de las Constituciones contemporáneas: por un lado, individualismo, librecambismo, igualdad formal; por otro lado, solidaridad, promoción social e igualdad material (71). Sin duda es cierto que una

(68) Así V. E. ORLANDO: «Del fondamento politico della rappresentanza politica», en *Diritto pubblico generale*, Milán, 1954, pág. 422.

(69) Cfr. OCCHIOUPO: *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, Milán, 1984; FERRI: «Persona umana e formazioni sociali», en *Diritti fondamentali dell'uomo*, Milán, 1977, págs. 71 y sigs.

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

(71) A este propósito, véase CHELI: «Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana», en *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milán, 1995, pág. 1773; LUCIANI: «Sui diritti sociali», en *Scritti in onore di M. Mazziotti di Celso*, Milán, 1995, págs. 97 y

extendida y autorizada doctrina tiende a diferenciar —no sólo con fines clasificatorios, sino también desde la perspectiva de la naturaleza y de las formas de garantía—, los derechos llamados «clásicos» de los derechos de carácter social, económico o cultural, partiendo de la consideración de que no pueden concepirse como fundamentales derechos que dependen para su efectividad del presupuesto del Estado y de la cantidad de los recursos económicos disponibles (72); de la misma forma que no se puede dejar de considerar que las codificaciones internacionales distinguen los derechos de un tipo y del otro, incorporándolos en diferentes Convenios.

A pesar de lo que se acaba de referir, en nuestra opinión no se pueden compartir los planteamientos que tienden a despotenciar la tutela constitucional de los derechos sociales y económicos, considerándolos —a diferencia de los de libertad, tenidos por fundamentales e inviolables— condicionados, es decir, dependientes de la cantidad de recursos disponibles. Por una parte, su presencia en diferentes actas de Derecho internacional se muestra más como el fruto de una necesidad política que estrictamente jurídica y, además, la referida diferenciación no aparece en la estructura más reciente de las Constituciones nacionales. Por otra parte, la circunstancia de que los derechos sociales sean susceptibles de debilitación en el momento en que entren en conflicto con los tradicionales derechos civiles y políticos no debería incidir en su posición constitucional, sino más bien en el modo de ser disciplinados, en su conformación.

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

El principio personalista, interpretado en conexión con la consolidación del Estado social, valoriza las perspectivas subjetivas que se refieren a la formación de la identidad personal, entendida como libertad de elección, de determinación autónoma (73). Del mismo modo que ofrece una lectura más evo-

sigs.; DÍEZ-PICAZO: *The constitutional protection of social rights: some comparative remarks*, Florencia, 1997; CASCAJO CASTRO: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988; PACE: «Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei», en *Piero Calamandrei: ventidue saggi su di un grande maestro*, Milán, 1990, págs. 303 y sigs.

(72) ASÍ STERN: «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», *cit.*, pág. 264.

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

lucionada del principio de igualdad, en el sentido de que el reconocimiento de la paridad entre las personas y de la prohibición de diferenciaciones irrazonables no debe traducirse en el desconocimiento de las múltiples diversidades —individuales y colectivas— que componen la sociedad contemporánea, de lo que se deriva la necesidad de reconocer y garantizar las muchas diferencias que recorren la sociedad (74).

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

La codificación constitucional del derecho a la identidad cultural se encuentra presente de modo particular, por una parte en los ordenamientos constitucionales que han nacido de la crisis del colonialismo o que se encuentran expuestos a nuevas formas de colonialismo político y cultural, y por otra parte allí donde viven concretos grupos étnicos originales a los que la Constitución reconoce —por el respeto a su historia— un *status* particular (75).

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

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

Uno de esos obstáculos lo constituye el hecho de que los derechos de la persona (potencialmente universales), una vez positivizados tienden a transfor-

(74) Véase BARILE: «Eguaglianza e tutela delle diversità in Costituzione», en *Quaderni Costituzionali*, 1994, págs. 53 y sigs.

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

marse en derechos del ciudadano en los concretos ordenamientos. Numerosos derechos que las Convenciones internacionales atribuyen a todas las personas, acaban por corresponder sólo a aquéllos que poseen el *status civitatis*. Sin duda es cierto que en las Constituciones contemporáneas han aumentado notablemente los derechos del extranjero y que tanto la presencia de cláusulas que reenvían a las Convenciones internacionales, como la preeminencia de interpretaciones extensivas de las disposiciones constitucionales, han hecho evolucionar el *status* jurídico del extranjero (76). Sin embargo, la ciudadanía permanece —por el momento— como la clave de bóveda del sistema de las garantías, hasta el punto de que algunos autores —incluso a la luz de su dramática experiencia histórica— no dudan en afirmar que los derechos de la persona no tienen ningún valor fuera de la tríada «Estado-pueblo-territorio» (77).

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

En una situación en la que los confines estatales no constituyen ya rígidas demarcaciones, el problema de reducir al mínimo las distinciones entre ciudadanos y personas respecto del disfrute de las garantías y de los derechos constituye una cuestión ardua pero ineludible. Algunos pasos en esta dirección ya se han dado. Así, a nivel procesal, muchos tribunales han adoptado la extensión de las mismas garantías procesales —y entre ellas el derecho a la asistencia legal y a un proceso justo— a todas las personas, incluso en aquellos ordenamientos en los que dicha posibilidad no se encuentra codificada. Por otra parte, y por vía interpretativa, se ha atribuido el disfrute de determinados derechos también a los no ciudadanos, a través de la apelación al carácter vinculante de las Declaraciones y de las Convenciones internacionales. Por último, en

(76) Véase, por lo que concierne a la situación italiana, 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, págs. 451 y sigs.

(77) ASÍ ARENDT: *The origins of totalitarianism*, Nueva York, 1973. En Italia, véase FERRAJOLI: «Cittadinanza e diritti fondamentali», en *Ordine, conflitto e libertà nei grandi mutamenti del nostro tempo*, Turín, 1995, págs. 255 y sigs.; SENESE: «Cittadinanza, etnocentrismo, diritti fondamentali», en *Immigrati non cittadini?*, Milán, 1989, págs. 175 y sigs.

otros ordenamientos tal extensión ha sido posible gracias al principio internacional de reciprocidad y a la previsión de tratamientos específicos en favor de los refugiados políticos. Pero sobre todo es interesante llamar la atención acerca de cómo el desarrollo de ordenamientos supranacionales determina una ampliación de la propia noción jurídica de ciudadanía (78).

Un segundo problema se conecta —como reconoce la doctrina prevalente— con el hecho de que la base personalista de los derechos de la persona lleva a que los titulares de los derechos no puedan ser agrupaciones; es decir, se niega que subsista en el ámbito nacional un derecho a la identidad colectiva, como proyección social del derecho individual a la identidad personal. Y sin embargo algunas actas internacionales hacen referencia a la existencia de derechos con vocación colectiva: Por ejemplo, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de las minorías a tener una vida cultural propia (art. 27); mientras que la Carta Africana afirma el derecho de autodeterminación como instrumento de garantía para tutelar la propia identidad cultural. Además, el problema se ha planteado en diversas ocasiones ante los tribunales internacionales, los cuales han resuelto el contencioso generalmente recurriendo al Derecho internacional y aplicando los criterios fijados por la ONU para que sea reconocido el derecho a la autodeterminación. No obstante, somos de la opinión de que en el problema de la autodeterminación y de la tutela de la identidad histórica y cultural está presente también una perspectiva doméstica, que es reconducible al reconocimiento de la autonomía de las colectividades locales como verdadero y propio derecho constitucional. En este contexto, la autonomía representa un derecho de las comunidades territoriales, no ya una mera característica organizativa de un ente público.

VII. CODIFICACION E INTERPRETACION EVOLUTIVA EN EL AMBITO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

Al clasificar y hacer un elenco de los derechos de la persona, las Constituciones recurren a terminologías diferentes. El término lingüístico utilizado es tan variado —se habla de derechos fundamentales, derechos de libertad, derechos constitucionales, derechos humanos— que puede ocasionar incertidumbres. Con fines sistemáticos se revela poco útil el recurso al mero referente lin-

(78) Cfr. LIPPOLIS: *La cittadinanza europea*, Bolonia, 1994; PENSOVECCHIO: *La cittadinanza europea: i diritti dei cittadini dell'Unione europea*, Palermo, 1994; BEDESCHI y LANDUCCI: *Cittadinanza europea e extracomunitari*, Padua, 1995.

güístico —en el caso en que los constituyentes hayan optado por introducir diferenciaciones terminológicas—, o bien al criterio clasificatorio —dirigido a determinar dentro de qué título o junto a qué otros derechos un determinado derecho ha sido reconocido y regulado—. En efecto, no debe olvidarse que la estructura de los catálogos de las libertades y de los derechos se resiente de muchos factores que inducen a dudar de su rigor absoluto; mejor dicho, como ha sido resaltado, una de las características de las formulaciones constitucionales en materia de derechos «es precisamente la de una carencia casi absoluta de sistematización» (79).

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

Se encuentran dentro de las cláusulas del primer tipo el artículo 10.2 de la Const. española (Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España), o el artículo 16 de la Constitución portuguesa (las disposiciones constitucionales y legales relativas a los derechos fundamentales deben ser interpretadas e integradas en armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos). Entre las cláusulas del segundo grupo se pueden contar, por ejemplo, el artículo 2 de la Constitución italiana (la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea individualmente considerado, ya en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad), el artículo 2 de la Constitución alemana (Todos tienen derecho a desarrollar libremente su propia personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país), o el artículo 44 de la Constitución de Guatemala (Los derechos y garantías que otorga la Cons-

(79) Así CASTRO CID: «Derechos humanos y Constitución», en *Revista de Estudios Políticos*, 1980, pág. 132.

titución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana) (80).

Estas cláusulas son estructural y funcionalmente diferentes de otras —presentes incluso de manera amplia en los textos constitucionales— que inciden sobre las modalidades de ejercicio de los derechos de la persona. En las Constituciones se encuentran disposiciones de contenido jurídico indeterminado (81), las cuales pueden resultar —por una parte— ambivalentes y neutras respecto del problema de la ampliación de las posiciones subjetivas tuteladas (piénsese en las fórmulas que se refieren al interés general o al bien común), y por otra son susceptibles de ser utilizadas para limitar el ejercicio o suprimir el propio disfrute de los derechos de la persona —como es el caso de las referencias contenidas en muchos textos constitucionales acerca de los conceptos de «moral», de «orden social», o de «seguridad»— (82).

Del mismo modo, están extendidas las cláusulas de apertura genérica al reconocimiento de futuros derechos no enumerados en el momento, cláusulas que se remiten a la conocida fórmula de la Constitución de los Estados Unidos según la cual la enumeración de determinados derechos no debe interpretarse como negación o restricción de otros (83). Como se ha señalado, dichas cláusulas confían al juez la tarea no tanto de implementar los derechos de la persona, como de interpretar el sentir social del momento teniendo presente «un conjunto de derechos controvertidos» en cuanto a su subsistencia o alcance objetivo (84).

Las fórmulas a las que nos referimos —y que hemos mencionado en los

(80) Sin embargo, excluyen la posibilidad de recurrir a cláusulas abiertas otras Constituciones como, por ejemplo, la austriaca. En este sentido, véase OHLINGER: «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux: Cour constitutionnelle autrichienne», en *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Aix, 1987, pág. 346.

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

(82) Véase sobre la cuestión AA. VV.: *Costituzione ed emergenza in America Latina*, Turín, 1997; HABA: «Interpretaciones de los derechos humanos. El problema de los conceptos indeterminados y la doctrina de la seguridad nacional en el constitucionalismo latinoamericano», en *Anuario de derechos humanos*, 1985, págs. 89 y sigs.; MORELLI: *La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno: la Legge fondamentale di Bonn comparata con le Costituzioni francese e italiana*, Milán, 1966.

(83) La misma fórmula se encuentra, por ejemplo, en el artículo 35 de la Constitución de Bolivia, o en el artículo 39 de la Constitución de Sudáfrica.

(84) Así DWORKIN: «The concept of Unenumerated Rights», *cit.*, pág. 385.

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

Una interpretación que relegue dichas fórmulas al rango de una mera expresión que resume y anticipa el catálogo de los derechos contenidos en los artículos sucesivos, se muestra como poco convincente. Por un lado, porque una interpretación rigurosamente selectiva acaba por no considerar a la persona en su unidad, tutelando los concretos perfiles de la misma más que a la persona humana en la totalidad de las manifestaciones que concurren a definir su personalidad (85). Por otro lado, porque dicho planteamiento se contradice en algunos ordenamientos con el propio dictado constitucional, el cual reconoce explícitamente la existencia de ulteriores derechos fundamentales. Por contra, una interpretación abierta de las referidas fórmulas lingüísticas se revela como demasiado incierta y abandonada a una discrecionalidad excesivamente amplia del intérprete, que puede derivar en un excesivo subjetivismo.

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

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

(85) PIZZORUSSO: «Delle persone e della famiglia», en *Persone fisiche*, Bolonia, 1930, pág. 30.

los derechos reconocidos de forma explícita por la Constitución, sino también aquéllos que se pueden recabar de forma implícita, instrumental y transversal, siempre que sean reconducibles al principio personalista.

En otros términos, las cláusulas generales representan el trasfondo, el *background*, susceptible de dotar de una justificación racional a la jurisprudencia evolutiva de los derechos —de forma significativa, la doctrina norteamericana considera tales expresiones *a critical guide to a historically selfconscious moral, political and legal*—. Ofrecen al intérprete una base legal para desarrollar una actividad creativa que puede llegar incluso a resultados cuando menos exagerados, hasta el punto de reconducir al libre desarrollo de la personalidad humana numerosas actividades y comportamientos contrarios a los valores y a los dogmas morales de un determinado contexto social (pornografía, prostitución, etc.), o bien suficientemente controvertidos en el tejido cultural de un país (aborto, derecho a la contracepción, etc.).

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

En segundo lugar, las cláusulas generales permiten asegurar una continua síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos; en definitiva, entre derecho e historia. Por otra parte, no debe olvidarse que el «*we people*» que ha dado vida de forma solemne a la Constitución estadounidense, se encontraba constituido por propietarios de la tierra, blancos y de sexo masculino, mientras que no formaban parte del mismo ni los esclavos, ni los negros, ni los sin voto y las mujeres. A pesar de ello, los derechos codificados por aquéllos (los padres constituyentes) han permitido —aún a costa de luchas ásperas y sanguinarias— una extensión efectiva del principio de igualdad y del principio personalista.

Tales cláusulas permiten orientar también la disputa relativa a la posibilidad de incluir los llamados «nuevos derechos» entre los derechos fundamentales de la persona (86). A este propósito, parece oportuno introducir una *summa divisio* entre aquellos derechos que son «nuevos» en cuanto no se encuentran

(86) BADENI: *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, Buenos Aires, 1995; RUIZ MIGUEL: «La tercera generación de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, 1991, págs. 303 y sigs.; 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, págs. 103 y sigs.; PÉREZ LUNO: «Las generaciones de derechos fundamentales», *cit.*, págs. 203 y sigs.

regulados expresamente por el catálogo constitucional, pero que pueden ser extraídos de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales a través de la referencia al principio personalista recogido por las cláusulas generales; y aquellos otros derechos que —sin embargo— son «nuevos» en cuanto que no se encuentran incluidos, ni son incluibles, en el catálogo constitucional de los derechos fundamentales. De dicho criterio distintivo se deriva, en nuestra opinión, una doble consecuencia.

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

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

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

Por regla general, la naturaleza y el fundamento de los derechos de la persona se reconstruye recurriendo a la filosofía y a la historia del pensamiento político (87). Sin embargo, los límites del presente trabajo reclaman que el

(87) Véase, por ejemplo, PECES-BARBA: *Teoria dei diritti fondamentali*, Milán, 1993; BOBBIO: *L'età dei diritti*, Turín, 1990; PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1984; AA. VV.: *A culture of rights: the Bill of rights in philosophy, politics, and law*, Washington, 1991; BALDASSARRE: «I diritti fondamentali nello Stato costituzionale», en *Scritti in onore di A. Predieri*, Milán, 1996, págs. 63 y sigs.; MARTÍN RETORTILLO y DE OTTO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988; RUBIO LLORENTE: *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, 1995; FERNÁNDEZ SEGADO: «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, págs. 195 y sigs.

mismo problema sea afrontado desde una perspectiva más modesta. A tal fin, creo que es útil efectuar el razonamiento desde dos exigencias que han sido subrayadas en tiempos, en formas y en ámbitos bien diversos.

La doctrina anglosajona ha afirmado recientemente —desde una actitud pragmática, pero eficaz— que no es oportuno considerar las Constituciones como la fuente de los derechos de la persona, porque en ese caso una simple enmienda, un acto de revisión constitucional, podría negarlos legítimamente (88). Esta simple observación llama la atención sobre el hecho de que una actitud meramente positivista en el ámbito de los derechos de la persona es totalmente insatisfactoria, en cuanto que es indiferente al problema de la efectividad de la garantía de los derechos de la persona. Incluso sin utilizar reconstrucciones iusnaturalistas, esta perspectiva pone el acento sobre el hecho de que el reconocimiento de los derechos de la persona constituye un objeto no disponible, representa un límite sustancial al propio poder de revisión de la Constitución.

Por otro lado, remontándose a los orígenes del constitucionalismo moderno, puede ser útil reflexionar acerca de la afirmación de Jefferson según la cual «we truths to be self-evident that all men are created equal, that they are endowed by their creation with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness», y hacerlo en particular acerca de la expresión *self-evident*, utilizada para justificar la subsistencia de tales derechos. Incluso en este caso, la referencia a la *autoevidencia* no es una apertura a las teorías del derecho natural, sino que induce más bien a medirse con el concepto de Constitución. Como se ha afirmado de forma autorizada, detrás de la teoría de los derechos fundamentales se encuentra «una determinada idea de la Constitución, en la medida en que ésta ilustra la disciplina jurídica fundamental de las relaciones del individuo y de la sociedad con el Estado» (89). En otros términos, la actitud de los constituyentes respecto de los derechos de la persona permite distinguir entre las Constituciones de la libertad y las de la tiranía.

La «verdad evidente» que autolegitima la *fundamentalidad* de los derechos de la persona no está constituida por una verdad externa, impuesta, sino por una verdad racional que deriva del consenso indiscutido acerca de dicha *fundamentalidad*, consenso que se expresa por las personas que, dándose una Constitución, se constituyen en comunidad política (90). Es decir, se puede afirmar que

(88) Cfr. DOOLAN: *Constitutional law and constitutional rights in Ireland*, Dublín, 1994.

(89) Véase BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, 1993; STERN: «Riflessioni sull'interpretazione dei diritti fondamentali», en *Diritto e società*, 1995, pág. 231.

(90) En cuanto a las teorías de la Constitución, véase, por todos, DOGLIANI: *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, 1994; SPADARO: *Contributo per una teoria della Costituzione*, Milán, 1994.

es no tanto la naturaleza sino la *polis* la que crea los derechos de la persona como derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la Constitución.

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

Según dicha perspectiva, no parece arbitrario atribuir a los derechos de la persona una doble naturaleza jurídica. Por un lado, a través de la disciplina de los derechos fundamentales se constitucionaliza un conjunto de garantías y de situaciones jurídicas subjetivas y, por otro lado, algunos de los valores de base del sistema. La terminología empleada por la doctrina a este propósito es variada —algunos hablan de «postulados generales de la sociedad», otros de «principio institucional»— (91), pero se puede señalar una significativa concordancia sobre la cuestión. La propia jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales parece haber adoptado la misma perspectiva si se tiene en cuenta que, por una parte, el Tribunal Constitucional español ha hablado de «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica»; y por otra, el juez constitucional italiano ha hecho referencia a la noción de «principios supremos» (92).

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

(91) Véase STERN: «Riflessioni sull'interpretazione dei diritti fondamentali», *cit.*, pág. 213; HÄBERLE: *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Florencia, 1993.

(92) Véase, por ejemplo, la Sentencia 25/1981 del Tribunal Constitucional español y la Sentencia 1.146/1988 de la *Corte costituzionale* italiana.

En otros términos, se debe considerar que son fundamentales aquellos derechos que concurren a definir la fisonomía de un determinado ordenamiento constitucional. En esta perspectiva, los derechos fundamentales —incluso estando constituidos por una pluralidad de derechos específicos y autónomos— pueden ser considerados en su unidad sistemática como elementos caracterizadores de la cualidad del orden constitucional, en cuanto que pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución de un determinado país. En otros términos, expresan el ideal político que plasma a un determinado cuerpo social (93), confiriéndole una identidad particular.

En correspondencia con la cualificación particular de los derechos de la persona las Constituciones preven, en general, formas específicas de tutela. La coesencialidad de los derechos de la persona para una determinada Constitución se manifiesta a través de la oferta de una garantía reforzada (94). Las técnicas dispuestas son diferentes, aunque estén encaminadas a lograr el mismo objetivo.

Algunos ordenamientos constitucionales preven una tutela jurisdiccional cualificada. Es el caso, por ejemplo, de la Const. española, cuyo artículo 53 diferencia, desde el punto de vista de los instrumentos de tutela, los derechos reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero (Derechos y libertades), en el artículo 14 y en la Sección primera del mismo Capítulo (Derechos fundamentales y libertades públicas), y en el Capítulo tercero del Título primero (Los principios rectores de la política social y económica). Éstos últimos se desarrollan por ley y se garantizan ante la jurisdicción ordinaria; mientras que los otros dos son tutelables ante el juez constitucional, los primeros a través de un recurso de inconstitucionalidad, los segundos en vía de amparo (95).

Otros ordenamientos constitucionales acogen una técnica diferente en la garantía de los derechos fundamentales y se ocupan de tutelar el núcleo esencial de los derechos de la persona, sustrayéndolo al poder de revisión constitucional. Por ejemplo, el artículo 79.3 de la Constitución alemana considera nulas las revisiones relativas a los derechos fundamentales sancionados por el artículo 1, mientras que el artículo 19.2 afirma que no se debe modificar en

(93) Así DWORKIN: «The concept of Unenumerated Rights», *cit.*, pág. 382.

(94) De forma general, véase AA. VV.: *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia, Italia*, Madrid, 1991.

(95) Para una profundización acerca del sistema español de tutela de los derechos fundamentales, se reenvía a CARRILLO: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, 1995; IDEM: «Los derechos fundamentales tradicionales y sus mecanismos de garantía», en *La reforma de la Constitución argentina en perspectiva comparada*, Madrid, 1997, pág. 41, donde se reenvía para ulterior bibliografía sobre la materia.

ningún caso el contenido esencial de un derecho fundamental (96). Dicha perspectiva está presente también en la reciente Constitución de Hungría, cuyo artículo 8.2 impide limitaciones al contenido esencial de los derechos fundamentales (97). Por último, siempre desde la perspectiva de considerar los derechos de la persona como límite a la revisión constitucional, se pueden encontrar autorizadas interpretaciones de los artículos 2 y 139 de la Constitución italiana (98).

En fin, otras Constituciones reconocen la preeminencia de las normas relativas a los derechos fundamentales frente a las otras disposiciones constitucionales. Es el caso, por ejemplo, de la Const. turca, que reconoce una posición de supremacía jerárquica a las normas contenidas en el preámbulo (99). Mientras que, el propio Tribunal Constitucional español ha atribuido *valor preferente* a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, sobre la base del principio del *favor libertatis*.

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

(96) Véase, por todos, STERN: «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», *cit.*, págs. 261 y sigs.; HÄBERLE: «Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania», en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1993, págs. 149 y sigs.; IDEM: «Linee di sviluppo della giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca in materia di diritti fondamentali», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, págs. 2881 y sigs.; OESTREICH y SOMMERMANN: *Pasado y presente de los derechos humanos*, Madrid, 1990.

En relación con el límite del contenido esencial, véase BACIGALUPO: «La aplicación de la doctrina de los "límites immanentes" a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, págs. 297 y sigs.; GAVARA DE CARA: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, 1994.

(97) Cfr. WIERUSZEWSKY: «Human rights and current constitutional debates in central and eastern european countries», *cit.*, pág. 197.

(98) Sobre la cuestión véase, por todos, AA. VV.: *Cambiare Costituzione o modificare la Costituzione?*, Turín, 1995; LUCIANI: «I diritti fondamentali come limiti alla revisione della Costituzione», en *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Turín, 1992, págs. 121 y sigs.

(99) Acerca de la disciplina de la materia a la luz de la Constitución turca, véase AA. VV.: *The hierarchy of constitutional norms and its function in the protection of fundamental rights*, Ankara, 1990.

