



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega

Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas

GIANCARLO ROLLA

Profesor de la Universidad de Génova (Italia)

**JUSTICIA
CONSTITUCIONAL
Y
DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Liminar de
LUIS CERVANTES LIÑÁN

Presentación de
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Estudio preliminar
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

Epílogo de
JOAN OLIVER ARAUJO

9



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)



UNIVERSITA' DI GENOVA
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

**JUSTICIA
CONSTITUCIONAL
Y
DERECHOS
FUNDAMENTALES**



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas

GIANCARLO ROLLA

Profesor de la Universidad de Génova (Italia)

**JUSTICIA
CONSTITUCIONAL
Y
DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Liminar de

LUIS CERVANTES LIÑÁN

Presentación de

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Estudio preliminar

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

Epilogo de

JOAN OLIVER ARAUJO

9



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)



UNIVERSITA' DI GENOVA
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

CUADERNOS DEL RECTORADO

- 1ª edición: marzo de 2008.
- 2ª edición: junio de 2008.

- © 2008, Giancarlo Rolla.
- © 2008, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional.
- © 2008, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- © 2008, Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Traducciones del italiano:

Giovanni Priori L., Mijail Mendoza Escalante,
Domingo García Belaunde, Leonardo Sánchez Mesa

Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-05324

ISBN N° 978-9972-04-183-9

GRJLEY LIMA

Jr. Lampa 1221 - Lima 1

TF: 427 3147

info@grijley.com

grijley@terra.com.pe

Jr. Azángaro 1077 - Lima 1

T: 321 0258

libreria_grijley@speedy.com.pe

GRJLEY TRUJILLO

Jr. Pizarro 540

TF: 471 640 C: (044) 920 6694

trujillo@grijley.com

grijley_trujillo@speedy.com.pe

GRJLEY CHICLAYO

San José 1067

T: 204 146

chiclayo@grijley.com

GRJLEY AREQUIPA

Santa Martha 304 - Of. 103

T: 288 379 C: (054) 929 6700

arequipa@grijley.com

grijley_arequipa@speedy.com.pe

ÍNDICE

	págs.
– Liminar de Luis Cervantes Liñán	9
– Presentación de Domingo García Belaunde	11
– Estudio preliminar de José F. Palomino Manchego	15
I. El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo	31
II. Derechos fundamentales y Estado democrático: el papel de la justicia constitucional	53
III. Juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales	89
IV. La justicia constitucional en Canadá	125
V. La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano	151
VI. Entre política y jurisdicción: evolución y desarrollo de la justicia constitucional en Italia	181
VII. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales. Algunas consideraciones	

a propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea	209
VIII. El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y la vida privada. Breves consideraciones a la luz de la experiencia italiana	237

EPÍLOGO

JOAN OLIVER ARAUJO

GIANCARLO ROLLA, UNA PASIÓN JURÍDICA
(BIO-BIBLIOGRAFÍA)

I. El autor	271
II. Su obra	275
III. Reflexión final	280

LIMINAR A LA 2ª. EDICIÓN

LUIS CERVANTES LIÑÁN (*)

La cultura italiana desarrollada a través del tiempo en los distintos saberes culturales, como sucede por ejemplo con el campo del Derecho, sin lugar a dudas goza de una rica tradición histórica. Este detalle, lo he podido comprobar personalmente en fecha reciente con ocasión de la invitación que me cursaron las autoridades de la Universidad de Teramo que se encuentra ubicada frente al Mar Adriático, con ocasión de la ceremonia de inauguración del Año Académico 2007-2008. En tal sentido, la vida académica en Italia, continuando la huella dejada por los clásicos, es rigurosa y seria, y se ejercita en forma permanente. Y en cuanto respecta a la cultura jurídica –¡qué decir!– sabemos perfectamente que el influjo e impacto que irradia en el horizonte jurídico es de gran magnitud. Por tanto, no se puede obviar a la cultura italiana que, con ejemplar nobleza, ha sabido ubicarse en el mundo de la cultura en un lugar expectante y privilegiado.

Sirvan estas breves reflexiones para justificar la presente edición del libro que lleva por título *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, cuyo autor es el prestigioso profesor de la Universidad de Génova, Giancarlo Rolla, ahora bajo los auspicios de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Con cargo a seguir difundiendo con beneplácito y sentido

(*) Rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima - Perú). Doctor *Honoris Causa* por el Bloomfield College de New Jersey (Estados Unidos). Ha sido distinguido con la medalla «José León Barandiarán», otorgada por vez primera por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

académico otras obras de su autoría, el presente libro, altamente sugestivo contiene un abanico temático compuesto de ocho estudios.

Queda claramente indicado que el tema desarrollado por el profesor italiano Giancarlo Rolla es de palpitante actualidad. Más aún cuando él reafirma la función importantísima que desarrollan en el mundo los Tribunales Constitucionales, y en Italia, sin lugar a dudas, la Corte Constitucional. En esa misma línea, el tema de los derechos fundamentales es un rubro muy delicado en los Estados contemporáneos, donde muchas veces de manera inexplicable se vulneran en forma sistemática los derechos de la persona. Estas reflexiones he tenido la ocasión privilegiada de comentar en el libro del profesor y ex-Presidente del Tribunal Constitucional Víctor García Toma, que lleva por título *Los derechos fundamentales en el Perú* (Cuadernos del Rectorado, Lima, 2008, págs. 9 -10).

Por eso, cuando los colegas universitarios García Belaunde, Palomino Manchego y Oliver Araujo me solicitaron realizar una segunda edición del libro del profesor genovés Giancarlo Rolla intitulado *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, no dudé en apostar para dar a la estampa en la colección de los *Cuadernos del Rectorado* un nuevo tiraje. Con lo cual, la difusión de tan importante libro llegará a otro espacio académico como es la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, donde los profesores y los alumnos van a contar con una herramienta útil para poder reforzar sus conocimientos en dos temáticas que van de la mano recíprocamente: *a)* la justicia constitucional y *b)* los derechos fundamentales.

Para concluir, deseo extender mi vivo agradecimiento a la prestigiosa Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional que a través de la persona del profesor Domingo García Belaunde ha autorizado lanzar esta 2ª. edición, que sin lugar a dudas, será para el beneficio y superación de los alumnos garcilasinos. Los lazos académicos y editoriales que venimos hermanando con la comunidad constitucional, a través del prestigioso Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), confío que seguirá consolidándose. De igual forma, es importante unir vínculos académicos con otras universidades extranjeras, tarea que nos hemos propuesto desarrollar, y que está en marcha, en beneficio de toda la comunidad académica. Y por cierto, para proseguir la formación integral de los alumnos en el cultivo de los valores y en la promoción y protección de los derechos fundamentales.

Lima, junio de 2008.

PRESENTACIÓN

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

A Giancarlo Rolla lo conocí hace algunos años, en un encuentro académico en San José de Costa Rica, organizado con entusiasmo por nuestro común amigo Rubén Hernández Valle. Constaté de inmediato que se trataba no sólo de un académico de muy alto relieve, sino de un jurista que tenía un indudable interés y simpatía por la temática española, y en especial por la latinoamericana.

Fruto de ese primer encuentro fue la correspondencia que con él inicié desde entonces (circa 1994), así como de encuentros en otros foros, en donde además, como es de estilo entre los académicos, intercambiamos publicaciones. Entre ellas, la que más me llamó la atención y que me fue de suma utilidad para mi conocimiento de la realidad constitucional italiana, fue su *Manuale di diritto pubblico*, editado por Giappichelli, y que ha gozado de la simpatía del público lector, como lo demuestran sus varias ediciones. A tal extremo, que ahora se ha lanzado a la tarea de redondear todo ese material en un magno tratado pensado en cuatro tomos, de los cuales ha aparecido el primero, a cargo de la editorial Giuffrè.

Entre los múltiples temas que han atraído su atención, se encuentran los derechos humanos y la jurisdicción constitucional, que en Italia se conoce como «justicia constitucional». A ellos ha dedicado numero-

sos ensayos, gran parte traducidos al castellano y publicados en revistas especializadas o en actas de congresos sobre la materia. Pero como siempre sucede con estos textos, por su misma dispersión, son difícilmente ubicables para el estudioso, que se ve así obligado a búsquedas continuas o a no encontrar lo que busca. Y precisamente para subsanar esta omisión, es que tuve la idea de juntar algunos de esos ensayos en un solo volumen de acuerdo a la temática que los unía y publicarlos aquí, en Lima, para dar cuenta, en forma unitaria, de una investigación representativa de la cultura jurídica italiana actual. Para cumplir tal propósito y de común acuerdo con el autor, he escogido ensayos que nos parecían de actualidad, a los que se ha agregado uno que especialmente nos envió sobre el control constitucional en el Canadá, que ha sido especialmente traducido para esta ocasión, y que se justifica plenamente por la singularidad de su sistema y por la poca difusión que sobre él existe en lengua castellana. Y en cuanto al resto, han sido tomados de las respectivas revistas en donde aparecieron, citando la fuente y el nombre de los que se encargaron de la traducción y solamente cuando esto expresamente se señalaba. Esta selección final que da origen a este volumen, ha sido expresamente autorizada por el autor, como antes señalé, pero ha sido revisada, en cuanto a ortografía y gramática se refiere, por el equipo corrector de la editorial, y al mismo tiempo se han salvado algunos errores tipográficos y de citas que se advirtieron en los originales, con lo cual tenemos una obra que en conjunto se presenta como del máximo interés.

Resultado de ese entusiasmo por todo lo nuestro, es el «Centro de Ricerca e Formazione sul Diritto Costituzionale Comparato» de la Universidad de Siena, en donde ha dado especial acogida al constitucionalismo latinoamericano, así como a sus diversos exponentes. Prueba de ello es la mesa redonda que especialmente organizó para un grupo de nosotros, y que se llevó a cabo en el mes de noviembre de 2000. Ahí estuvimos Ernesto Blume Fortini, José F. Palomino Manchego y yo. Con posterioridad, y por razones académicas, Rolla se ha trasladado a Génova, en donde continúa desarrollando sus intensas actividades académicas.

Lo importante de Giancarlo Rolla no solo es su magisterio y su obra publicada, sino su estrecha relación con el mundo académico español y con los constitucionalistas latinoamericanos, con quienes mantiene permanente contacto. Pertenece así Rolla, al pequeño pero activo grupo de maestros italianos, que sin abandonar sus posiciones europeas, brindan su apoyo y sus energías al mundo constitucional latinoamericano, de manera creciente.

Lo anterior tiene una clara explicación en este punto. El constitucionalismo, como se sabe, es una creación europea, o mejor dicho, atlántica, en el sentido que nació al compás de las dos revoluciones del siglo XVIII, la norteamericana y la francesa. Este legado emigró muy pronto, en pleno siglo XIX, a las antiguas colonias españolas de América, que iniciaron su andadura constitucional desde la segunda década del siglo diecinueve, y que desde entonces han tenido una actividad interesante desde un punto de vista político y también académico. Es cierto que el constitucionalismo latinoamericano, no empuje sus méritos y sus peculiaridades, no ofrece la estabilidad y el desarrollo que existe en otros países. Pero sin lugar a dudas, el tiempo está contribuyendo a afianzarlo de manera paulatina.

Y esto es de destacar, ya que el constitucionalismo, como producto histórico y forma de vida política, encuentra acogida muy tarde en otros lugares del globo, con posterioridad a su ingreso al mundo político y cultural latinoamericano. En rigor, hay países de gran extensión que nunca lo tuvieron —como la Federación Rusa— u otros muy jóvenes en donde todo es vacilante como se ve en la antigua África colonial. O que fueron colonias, y que no obstante su desarrollo y su interés, no son repúblicas autónomas —caso especial de Australia—.

También es de llamar la atención la existencia de otros países, notables por muchos conceptos (desde el punto de vista histórico y del desarrollo industrial) que sin embargo no tienen una tradición democrática y constitucional (como lo es el Japón). La América Latina, por el contrario, si bien en forma intermitente, ha tenido una tradición en este punto, no muy extendida, pero en continuo avance.

La publicación de este nuevo libro de un constitucionalista y maestro tan acreditado como Giancarlo Rolla, no es más que la comprobación, reiterada pero no innecesaria, de los vínculos que nos unen con la comunidad constitucional italiana, de la que tanto tenemos que aprender.

Lima, diciembre de 2004.

Post scriptum: los originales de este libro estuvieron prácticamente listos desde hace más de un año, pero por motivos algo largos de explicar, no fueron a la imprenta. Mientras tanto, hemos tenido el privilegio de tener entre nosotros al prof. Giancarlo Rolla como ponente y participante activo del VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional que se llevó a cabo en Arequipa del 22 al 24 de setiembre de 2005. Lo que ha motivado una revisión de la obra, a la que se ha añadido la ponencia presentada por nuestro autor en aquella ocasión. Y adicionalmente un epílogo que sobre nuestro autor ha preparado especialmente el prof. Joan Oliver Araujo.

Lima, agosto de 2007.

ESTUDIO PRELIMINAR

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO^(*)

SUMARIO: I.- Personalidad científica de Giancarlo Rolla y significado de la obra «Justicia Constitucional y derechos fundamentales». II.- La ciudad de Siena y su valiosísimo patrimonio cultural. III.- Los primeros pasos de la justicia constitucional en Italia hasta la entrada en vigencia de la Corte Constitucional. IV.- Algunas reflexiones finales.

I. PERSONALIDAD CIENTÍFICA DE GIANCARLO ROLLA Y SIGNIFICADO DE LA OBRA «JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES»

No cabe duda que la Ciencia del Derecho Constitucional italiana –de alto valor superlativo– tiene gran reputación en el firmamento jurídico, a través del pensamiento de los cultores, cimentados en las más modernas concepciones jurídicas, y de sus importantísimas obras. Desde 1797, cuando el profesor de Ferrara, Giuseppe Compagnoni di Luzo

(*) Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, UIGV, USMP y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

(1754-1833), publicó en Venezia su *Elementi di Diritto Costituzionale Democratico ossia Principii di Giuspubblico Universale* (reimpreso en Firenze el año de 1987, con una prolija Introducción a cargo de Salvo Mastellone). Como también, cuando nació en Ferrara la primera cátedra de Derecho Constitucional⁽¹⁾, a cargo del propio Compagnoni, mediante Decreto del 31 de marzo de 1797, con el nombre de *Diritto Costituzionale Cispadano e Giuspubblico Universale*⁽²⁾, la disciplina denominada *Derecho Constitucional* en Italia demuestra la solidez y tradición, al igual que su ámbito de proyección –como un buen vehículo instrumental– en el *Derecho Constitucional Comparado*.

Por tanto, la complementariedad de ambas disciplinas ha sido el éxito para que el pensamiento y riquísima cantera jurídico-constitucional de la península italiana, representado por los clásicos, obtenga un justo y merecido prestigio en el mundo académico. De resultas de todo ello, lleva razón el profesor Pablo Lucas Verdú (Salamanca, 1923) cuando sostiene que: «Contribuyeron a la fundación de estas cátedras tanto el influjo de las ideas revolucionarias francesas como la ocupación de Italia por los ejércitos napoleónicos. Entonces, Italia fue un interesante laboratorio político donde se elaboraron varias constituciones»⁽³⁾.

Ahora bien, no está demás señalar que con anterioridad al presente libro: *Justicia Constitucional y derechos fundamentales* de Giancarlo Rolla, ya dimos cuenta del valor e importancia del Derecho Constitucional italiano y de su valiosísimo patrimonio cultural. En especial, desde la perspectiva comparada, al redactar con el mayor beneplácito, el Estudio Pre-

(1) Por todos, *vid.* AA.VV.: *El Diritto Costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa* (Acti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997), Cedam, Padova, 1998.

(2) Mayores referencias y datos bibliográficos se pueden consultar en el Estudio Preliminar que redacté al libro de mi buen amigo Javier Tajadura Tejada (Pamplona, 1969) que lleva por título *El Derecho Constitucional y su enseñanza*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2001, págs. 25-28. Antecede Liminar de Domingo García Belaunde. La 2ª. edición, debidamente aumentada, se encuentra en prensa.

(3) *Vid.* Pablo Lucas Verdú: *Curso de Derecho Político*, 2ª. edición revisada y aumentada, vol. I, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1980, pág. 113.

liminar al libro de los queridos profesores Lucio Pegoraro (Vicenza, 1952) y Angelo Rinella (Roma, 1960) que lleva por título *Las fuentes en el Derecho Comparado (Con especial referencia al ordenamiento constitucional)* (4).

En cuanto respecta a la espléndida personalidad científica de Giancarlo Rolla (Génova, 1946) diremos lo siguiente: nuestro autor es, ante todo, sinónimo de sencillez y amabilidad extrema que las sabe compartir con su sabia ecuanimidad. Por ello, la comunidad constitucional de Iberoamérica le guarda mucho respeto y afecto. Frente a esto, Rolla es un hombre generoso, de tono sereno en su voz y de hablar pausado, rasgo distintivo que le permite reafirmar su cultura excepcional, incluyendo a la lengua española, que cada día la pronuncia mejor.

Es sugestivo, en grado máximo, recordar que cada vez que hemos coincidido con Rolla en alguna velada académica (Perú, México, Italia, España, Costa Rica) nos hacía entrega de sus últimas publicaciones puestas en circulación en el mapa normativo constitucional. De ahí que nos encontremos al día con su abundante producción bibliográfica, más de una de ellas remitidas desde Italia por vía aérea al Perú. Este detalle, con el cual se ven complacidos también todos sus colegas, es uno de los rasgos de extrema delicadeza y generosa hermandad científica que cultiva Giancarlo Rolla, tendiendo de esta forma puentes de diálogo, muy fértiles, con España y América Latina.

En términos estrictos, como muy bien sostiene Miguel Carbonell (Barcelona, 1971), desde el Istituto di Diritto Costituzionale Comparato de la Universidad de Siena –ahora ejercitándolo en Génova– Rolla ha conformado un grupo de estudio que se ubica dentro de la vanguardia europea en el estudio del Derecho Público Comparado (5). En efecto, son muchas las generaciones de estudiantes italianos, de Europa y de Iberoamérica que se han beneficiado con la fructífera y noble labor ense-

(4) Vid. Lucio Pegoraro-Angelo Rinella: *Las fuentes en el Derecho Comparado (Con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003, pág. 18. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde y Estudio Preliminar y edición a cargo de José F. Palomino Manchego.

(5) Vid., el Estudio Introdutorio de Miguel Carbonell, redactado con buen provecho, al libro de Giancarlo Rolla: *Derechos fundamentales. Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, D.F., 2002, pág. 11.

ñante de Giancarlo Rolla. Y en lo que hace a su éxito personal universitario, lo sigue cultivando con extrema sencillez, trasmitiéndolo a sus colegas con entera lealtad y legítimo orgullo. Por tanto, a estas alturas de la vida, Rolla se «encuentra recogiendo la cosecha».

De otra parte, es placentero dar cuenta del libro *Justicia Constitucional y derechos fundamentales* del admirado profesor Rolla, por las diversas razones que a continuación se detallan en líneas generales:

- a) Es digno de encomio el esfuerzo, la experiencia y la acrisolada diligencia puesta de relieve por Giancarlo Rolla, desde su juventud llamante, en cada una de sus publicaciones, no solo en la lengua italiana sino también en el idioma español, reafirmado ahora más que nunca.
- b) En tal sentido, los lectores de diversos países como España, México, Costa Rica y Perú, por citar cuatro botones de muestra, se han beneficiado, a un grado mayor, con las obras, tanto en libros como en artículos, del profesor genovés. En efecto, sus ensayos aparecen publicados, con vigor expresivo inigualado, en revistas especializadas en idioma español, tales como el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Revista de Estudios Políticos, Revista de Estudios de la Administración Local, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, Revista Española de Derecho Constitucional, Revista Patrimonio Cultural y Derecho, Revista Teoría y Realidad Constitucional, Revista de Derecho Comunitario Europeo, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Persona y Derecho, Cuadernos de Derecho Público, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Cuestiones Constitucionales, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Revista Costarricense de Derecho Constitucional, Revista Jurídica del Perú y Revista Peruana de Derecho Constitucional, por citar unas cuantas. De tal forma que su pensamiento es sumamente familiar en el Derecho Constitucional Iberoamericano, gracias a su dedicación permanente, complementada con la seriedad científica tan característica en él. Por eso es que estamos frente a un devoto permanente de la Ciencia del Derecho Constitucional que tiene auestas una exuberante producción bibliográfica (*).

(*) Gran parte de la bibliografía de Giancarlo Rolla se puede consultar en <http://dialnet.unirioja.es>

- c) Atiéndase además que sus viajes permanentes hacia América Latina le permiten a Rolla nutrirse y desarrollar una mejor visión de conjunto en cada uno de sus trabajos, obviamente porque las otras realidades constitucionales constituyen fuentes de inspiración que van a incidir al momento de arribar a conclusiones certeras. Ya sea en cuanto se refiere a la parte dogmática como a la parte orgánica de la Constitución, y también a nivel del Derecho Constitucional Comparado, y por ende, del Derecho Público. Por citar un ejemplo: cuando Rolla vino al Perú con ocasión del VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional desarrollado de manera impecable en la ciudad de Arequipa, durante los días 22 al 24 de septiembre de 2005, presentó su ponencia que lleva el siguiente título: «La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano»⁽⁶⁾; en dicha ponencia cuando aborda la peculiaridad de los derechos constitucionales en los Estados latinoamericanos se apoya en fuentes bibliográficas de autores de España y de esta parte del continente: Héctor Gros Espiell, Bartolomé Clavero, Alfonso García Gallo, Silvio Zavala Vallado, José María Ots Capdequí, Héctor Fix-Zamudio, Allan R. Brewer-Carías, Jorge Mario García Laguardia, Domingo García Belaunde, Diego Valadés, Francisco Fernández Segado, Germán J. Bidart Campos, Antonio Colomer Viadel, César Landa Arroyo, Luis Paulino Mora Mora, José Julio Fernández Rodríguez, Francisco Rubio Llorente, Humberto Nogueira Alcalá, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José F. Palomino Manchego y Vicente Gimeno Sendra, entre otros. Con lo cual, Rolla sienta bases para desarrollar posteriores análisis, tal y conforme se desprende de la lectura de su ponencia presentada en Arequipa.
- d) ¡Y qué decir de España! ⁽⁷⁾ Veamos. Cuando Rolla se encontraba enseñando en Siena suscribió un importantísimo convenio

(6) Vid., AA.VV. : *Ponencias desarrolladas en el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (Arequipa, 22-23-24 de septiembre de 2005), Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, 2005, págs. 37-59. Ahora se vuelve a publicar en el presente libro, págs. 151-180.

(7) Sobre la importancia e impacto del constitucionalismo español, *vid.* Gerardo Eto Cruz y José F. Palomino Manchego: «La Constitución española de 1978 y su

institucional—en la Cartuja de *Pontignano*— entre el Centro ... que él dirige y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, exactamente entre los días 4 y 5 de noviembre de 1988. En dicho Convenio participaron activamente, incluyéndose también una ciclo de conferencias, los profesores españoles Oscar Alzaga Villaamil, Rafael Gómez-Ferrer Morant, Antonio González Casanova y Luis López Guerra. Viene a cuento este acontecimiento para demostrar, una vez más, que Rolla se ha preocupado, con miras constructivas, por compartir experiencias constitucionales comparadas con la península ibérica, cuya Constitución de 1978 es modélica y fuente de inspiración para los países de América Latina. Y por tanto, entraña formidable importancia. A este respecto, Rolla parejamente se expresa así: «... la Constitución española de 1978 ha desempeñado un papel fundamental en el proceso de consolidación de la democracia española, complementando el proceso de afirmación de los principios democráticos de Europa occidental, que se había iniciado, en la inmediata posguerra, con las nuevas constituciones italiana, francesa y alemana. Así, no cabe duda de que la Constitución española a pesar de su tardío nacimiento, debe ser incluida en la misma generación constitucional que aquéllas, integrándose plenamente en la categoría de las constituciones que han caracterizado la primera transición constitucional de esta segunda mitad del siglo, continuada después por aquellos que han afectado a la descolonización y a la crisis del constitucionalismo soviético» ⁽⁸⁾.

influencia en el ordenamiento constitucional latinoamericano», en Domingo García Belaunde (Coordinador), *La Constitución y su defensa (Algunos problemas contemporáneos)*, (Ponencias presentadas al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 3, 4 y 5 de 2003), Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003, págs. 51-94. Publicado también en Javier Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez y Manuel Carrasco Durán (Editores): *Derecho Constitucional para el siglo XXI* (Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional), t. I, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 357-387. Antecede palabras de S.A.R. el Príncipe de Asturias y Presentación de Javier Pérez Royo.

⁽⁸⁾ Cfr. Giancarlo Rolla: «La influencia de la Constitución española en el debate sobre la reforma de la Constitución en Italia», en AA.VV., *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de los Diputados-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 456. Antecedente Presentación de S.M. el Rey Don Juan Carlos I e Introducción de José María Aznar López. Entre las

e) Tengamos en cuenta además que los VIII segmentos del libro *Justicia Constitucional y derechos fundamentales* pulcramente redactados, se consagran a través de los siguientes repertorios temáticos, no sin antes destacar que dicha obra se abre con una sustanciosa Presentación de Domingo García Belaunde y de un caluroso Epílogo del catedrático de la Universidad de las Islas Baleares, Joan Oliver Araujo (Palma de Mayorca, Islas Baleares, 1959), y que gracias a una traducción suya del italiano entre los años 1987-1988, se hizo conocer y late en Iberoamérica la amplitud de la Ciencia del Derecho Constitucional que cultiva con denuedo Giancarlo Rolla:

- I. El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo.
- II. Derechos fundamentales y Estado democrático: el papel de la justicia constitucional.
- III. Juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales.
- IV. La justicia constitucional en Canadá.
- V. La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano.
- VI. Entre política y jurisdicción: evolución y desarrollo de la justicia constitucional en Italia.
- VII. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales. Algunas consideraciones a propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- VIII. El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y la vida privada. Breves consideraciones a la luz de la experiencia italiana.

Conforme a lo cual, queda claramente indicado que los temas, muy completos en verdad, son dignos de mayores desarrollos. Sin embar-

págs. 3-44 se encuentran las valiosas reflexiones de los padres constituyentes: Gabriel Cisneros Laborda, Manuel Fraga Iribarne, Miguel Herrero de Miñón, Gregorio Peces-Barba Martínez, José Pedro Pérez Llorca, Miguel Roca i Junyent y Jordi Solé Tura.

go, con lo hasta aquí dicho esperamos haber dado una idea de su estructura que Giancarlo Rolla ha redactado y cumplido brillantemente.

II. LA CIUDAD DE SIENA Y SU VALIOSÍSIMO PATRIMONIO CULTURAL

Momentos no poco entrañables fueron los que pasamos en compañía de Domingo García Belaunde (Lima, 1944) y Ernesto Blume Fortini (Lima, 1946) cuando estuvimos en la ciudad de Siena, cuya fisonomía medieval es indiscutible, a inicios del mes de noviembre del año 2000, con ocasión de la gentil invitación que nos hizo el laborioso profesor Giancarlo Rolla. En efecto, los tres fuimos recibidos en la Universidad de Siena –que tiene a cuestas aproximadamente 760 años de historia– para dictar un ciclo de conferencias programadas para el día 3 de noviembre a las 17:00 horas. Recuerdo que luego de habernos embarcado en la estación de Roma llegamos a Siena en tren el día 2 en horas de la noche, algo cansados. Y el profesor Rolla, para revitalizarnos, nos invitó una exquisita cena que contenía una variada preparación de pastas italianas, y complementada con algunos vinos de buena cosecha. A su turno, nos tocó retribuir al profesor italiano con las más atentas gracias.

En otro orden de cosas, el programa académico tenía el siguiente título: «Lo sviluppo del costituzionalismo in America Latina». En lo que a mi respecta, luego de las magníficas disertaciones de García Belaunde y de Blume Fortini, me tocó exponer el siguiente tema: «L' autonomia municipale nella Costituzione peruviana del 1993»⁽⁹⁾. A continuación, vinieron las preguntas de los profesores y de los alumnos, cuyas respuestas empezamos a responder, actuando Rolla como moderador, para aclarar algunas dudas que siempre surgen en cualquier evento académico. Y porque permite sacar conclusiones provechosas, yo diría, mucho más a los expositores que a los propios oyentes.

Por otra parte, queda fuera de duda que Siena –que no tiene plural en el mundo– es una ciudad toscana que goza de un bellissimo *beni culturali*, muy profundos en contenido. Los aportes de Massino Severo

⁽⁹⁾ El texto íntegro de mi conferencia se publicó, gracias a los buenos oficios de Giancarlo Rolla, en la Revista *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Torino, 2001-III, págs. 1121-1129. Hay separatas en circulación.

Giannini (1915-2000) al tema del patrimonio cultural, compuesto por el patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico, archivístico y bibliotecal, han sido fundamentales para poder mantener y preservar, tal cual, el legado histórico del que goza actualmente Siena, y por qué no decirlo, en todo el Estado italiano.

Nótese bien, sobre todo, que los rezagos históricos de Siena, como consecuencia de haber sido una colonia romana, siguen hasta el día de hoy incólumes, tal como se deja apreciar en las esquinas de sus agradables calles arquitectónicas donde se patentiza a la loba con los mellizos Rómulo y Remo. La Edad Media fue el periodo que sentó las bases para que Siena empiece a florecer. El legado de aquella época trasunta en sus calles angostas, puertas, murallas y casas irregulares que se han detenido, de manera increíble, en el tiempo, para el deleite de los visitantes.

Hagamos notar que las huellas del dominio del poder político, en línea evolutiva, de los Longobardos, los Francos, los Obispos-Condes (siglo XI) y los Cónsules, demuestran que Siena ha tenido un período de expansión territorial convulsionado, en especial, por razones de índole económicas. Desde 1287 hasta 1355, una vez instalado y puesto en marcha el ejercicio del cargo del Consejo de los Nueve, Siena continúa en pleno esplendor, especialmente por la construcción de la Catedral Nueva y otros majestuosos monumentos catedralicios de incalculable valor histórico. De 1399 hasta 1404 Siena —época en la que empieza a constituirse en el eje de la corriente cortesana e intelectual— estuvo gobernada por los Visconti y después por los Petrucci. En esa vía evolutiva, desde 1399 hasta 1552 la presencia del dominio español se dejó notar en todo su esplendor. Carlos V (1500–1558), rey de España, dispuso la ocupación del territorio de Siena y dio pie para que salga a luz una revuelta en 1552. Años después, en 1559, Siena quedó sometida a los Médicis que fueron aliados a los españoles, hasta que con el tiempo se formó el Reino de Italia. De ahí en adelante, la historia de Siena se entronca con el Estado italiano.

De todos los monumentos escultóricos y arquitectónicos, sin desmerecer las pinturas monumentales, recuerdo con mucha admiración la Catedral («Duomo») de Siena —producto de toda una escuela— que fue lo que más me impactó, y que sobre la que después volveré para describirla. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar otros encantos arquitectónicos de preciosísimo refinado que también fueron de nuestra atención

preferente: la Plaza del Campo pavimentada en 1347, de acabado semicircular y cóncava hacia el centro y cuidada celosamente por la Torre del Mangia; la Fuente «Gaia» (Alegre) que fue contruida entre los años 1409 y 1419 por Jacobo della Quercia (1374-1438); el Palacio Público construido entre los años 1288 y 1310, y cuyo acabado fino y elegante reafirma la presencia del arte gótico (*argot* o *cot*, el arte de la Luz del Espíritu) toscano en Europa; el Palacio Sansedoni, con su conformación curvilínea para amoldarse a la de la Plaza del Campo, y que empezó a construirse el año 1216.

Sobremanera interesante, son también, en verdad, otras facetas artísticas tales como el Pórtico de la Mercancía cuya construcción se remonta a los años 1417 a 1429; la Iglesia del Espíritu Santo con su estilo renacentista que data del año 1498; la Fuente de Follonica que fue construida en pleno siglo XIII; el Palacio Piccolomini o de las Papisas levantado entre 1460 y 1495 por orden de Catalina Piccolomini, hermana de Eneas Silvio Piccolomini, quien fue después Papa Pío II (1405-1464); el Palacio del Capitán de Justicia edificado en el transcurso del siglo XIII; el Palacio Ducal construido en el siglo XVI; el Palacio Arzobispal que fue edificado de 1718 a 1723, y que conforma un solo cuerpo con la impresionante Catedral («Duomo»); la Pinacoteca Nacional que guarda enceladamente todas las obras pictóricas senesas dadas a luz desde el siglo XII hasta el siglo XVI, reafirmando así la iconografía y la estela artística de la Edad Media; y la Casa de Santa Catalina (1347-1380), donde vivió la Santa, patrona de Italia desde 1939, y complementada, en íntima consonancia, con el denominado Santuario de Santa Catalina.

En tales términos, puedo seguir rememorando otras obras de arte y ritmos arquitectónicos de alto valor histórico que se encuentran posesionadas en Siena, y que las recuerdo con suma claridad y precisión, producto de nuestra incansable caminata, a veces en el día y otras en la noche, acompañado de los profesores Rolla, García Belaunde y Blume Fortini. Pero me excedería los límites del espacio que se me ha asignado para redactar el presente Estudio Preliminar, y porque soy incapaz de invadir áreas del saber humano ajenas a mis cotidianas preocupaciones.

Volviendo a la Catedral («Duomo») –de línea incomparable– antes ya apuntada, que inició su construcción en 1229 y acabada a fines del siglo XIV, hemos de significar a continuación las siguientes reflexiones, a fin de poder entender mejor el mensaje innato que lleva, al igual que

las demás catedrales europeas de la época. Nos referimos a la muy importante opinión de Fulcanelli (1877-1932), de modo harto elocuente:

«Los constructores de la Edad Media habían heredado la fe y la modestia. Artífices anónimos de verdaderas obras maestras, edificaron para la Verdad, para la afirmación de su ideal, para la propagación y el ennoblecimiento de su ciencia. Los del Renacimiento, preocupados sobre todo de su personalidad, celosos de su valor, edificaron para perpetuar sus nombres. La Edad Media debió su esplendor a la originalidad de sus creaciones; el Renacimiento debió su fama a la fidelidad servil de sus copias. Aquí, una idea; allá, una moda. De un lado, el genio; del otro, el talento. En la obra gótica, la hechura permanece sometida a la Idea; en la obra renacentista, la domina y la borra. Una habla al corazón, al cerebro, al alma: es el triunfo del espíritu; la otra se dirige a los sentidos: es la glorificación de la materia. Del siglo XII al XV, pobreza de medios, pero riqueza de expresión; a partir del XVI, belleza plástica, mediocridad de invención. Los maestros medievales supieron animar la piedra calcárea común; los artistas del Renacimiento dejaron el mármol inerte y frío»⁽¹⁰⁾.

Sirvan estas meditaciones, harto válidas, para descifrar el mensaje de la Catedral («Duomo») senesa, como también de cualquiera de la época medieval. En esa línea argumentativa, la empresa constructiva de la Catedral («Duomo») se levantó sobre un antiquísimo templo dedicado a la diosa Minerva y al compás del tiempo se fue construyendo con una extraordinaria lozanía. Una somera descripción de tan acariciado bien escultural nos permite decir que se trata de una obra de arte romántica y gótica florida que se deja notar desde la fachada de mármol blanco donde resalta la policromía, verdadera belleza artística, continuando con el campanario que se abre en seis ventanas y que se construyó en 1313.

A la luz de lo que hemos visto, añádanse por fuerza la cúpula dividida por aristas, la planta diseñada en cruz latina y dividida en tres naves:

⁽¹⁰⁾ Cfr. Fulcanelli: *El misterio de las catedrales*, traducción del francés de J. Ferrer Alen, Plaza & Janes, S.A., Editores, Barcelona, 1971, pág. 81.

central, izquierda y derecha, la pavimentación, que se inició en 1372 y acabó de construir en 1562, decorada con esgrafiados o taraceas en losas de mármol hasta el Altar Mayor que fue diseñado por Baldassare Peruzzi (1481-1536) el año de 1552. No podemos olvidar el Púlpito de base octogonal construido por Nicola Pisano (1220-1284) y cuatro discípulos suyos entre 1265 y 1268, y que se encuentra sostenido por columnas graníticas apoyadas de manera alternativa en un pedestal o en un león de mármol. La columna central es la que más atrae los ojos del visitante, por cuanto, se asienta en un grupo escultórico donde figuran las siete artes liberales: Gramática, Dialéctica, Retórica, Filosofía, Aritmética, Geometría, Música y Astronomía. Del tal forma, Pisano hizo una reinterpretación gótica del lenguaje de la antigüedad clásica.

III. LOS PRIMEROS PASOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ITALIA HASTA LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Al poco tiempo de finalizar la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), cuyo resultado dio por extinguido el Estado fascista monárquico-presidencial, dirigido por Benito Mussolini (1883-1945), la República de Italia adopta como modelo constitucional un gobierno republicano aprobado mediante referéndum el 2 de junio de 1946. Hasta ese momento venía rigiendo el Estatuto del rey de Cerdeña Carlos Alberto (1798-1849), conocido con el nombre de Estatuto albertino⁽¹¹⁾, promulgado formalmente el 4 de mayo de 1848, y cuya característica esencial es que era una Constitución flexible (Constitución *octroyée*). El Estatuto tuvo una vigencia aproximada de un siglo: 1848-1947.

Si bien es cierto que el régimen fascista no lo derogó, también es cierto que no lo aplicó por cuanto instauró una Milicia voluntaria para la seguridad nacional, circunscrito en un variado conjunto de leyes radicales, y que en la práctica jugaban el papel de una Constitución escrita⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ En tal sentido, *vid.* la voz «Statuto albertino» redactada por Mario Fiorillo, en el *Dizionario costituzionale* (a cura de Michele Ainis), Editori Laterza, Roma-Bari, 2000, págs. 449-450.

⁽¹²⁾ Los textos de estas diversas leyes dadas por el gobierno de Mussolini pueden consultarse en el libro recopilatorio de Boris Mirkin-Guetzevitch (1892-1955): *Las nuevas constituciones del mundo*, Editorial España, Madrid, 1931, págs. 373-406.

Con anterioridad, en una esquemática periodización de la primera historia constitucional italiana pueden individualizarse tres fases:

- 1) En la primera fase se asiste a la promulgación de las constituciones jacobinas (entre 1796 y 1799).
- 2) En la segunda, a la promulgación de las constituciones napoleónicas (entre 1802 y 1810).
- 3) En la tercera, se asiste tanto a la promulgación de algunas constituciones propias de la Restauración como a la de algunas constituciones revolucionarias (entre 1815 y 1849)⁽¹³⁾.

Prosiguiendo la historia constitucional, el 27 de diciembre de 1947 se promulga la nueva Constitución italiana, y es puesta en vigencia el 1º de enero de 1948. En su Título VI sobre Garantías Constitucionales, crea la Corte Constitucional, amparada en los artículos 134 al 137, habiendo empezado a funcionar recién en la primavera de 1956, debido al problema que se presentaba para elegir con tres quintos de mayoría a los cinco miembros nombrados por el Parlamento⁽¹⁴⁾.

Durante este lapso (1948-1956) la justicia constitucional en la República de Italia estaba consagrada en la disposición transitoria VII, párrafo 2 de la Constitución: «En tanto no entre en funciones la Corte Constitucional, la decisión de las controversias indicadas en el artículo 134 tendrá lugar en las formas y dentro de los límites de las normas preexistentes a la entrada en vigor de la Constitución». Lo cual demuestra que los jueces ordinarios desarrollaban un papel moderador cuando se presentaba conflicto entre una ley ordinaria y la Constitución, desaplicando la ley cuestionada solamente al caso concreto (*inter partes*), cumpliendo así una función característica del modelo o sistema

⁽¹³⁾ Cfr. Paolo Comanducci: «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metafórico» en Miguel Carbonell (Edición de): *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2003, pág. 79.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Paolo Biscaretti di Ruffia: «I primi due anni di funzionamento della Corte Costituzionale italiana», en *Il Politico*, Anno XXIII, Pavía, 1958, pág. 213 y sgtes.; Nicola Jaeger: «La Corte Costituzionale nei primi tre anni della sua attività», en *Jus*, Anno IX, Milano, 1958, pág. 446 y sgtes.

americano. Sin embargo, a tenor del artículo VII transitorio de la Constitución, también se incluía con una competencia provisional, hasta antes que funcione la Corte Constitucional, a la Alta Corte de la Región Siciliana⁽¹⁵⁾ que cumplió a su turno un destacado rol.

Las características de la jurisdicción constitucional en Italia, durante este lapso (1948-1956), es decir hasta antes del funcionamiento de la Corte Constitucional, son resumidas magistralmente por Mauro Cappelletti (1927-2004) así: *a*) carácter difuso, en cuanto no se concentraba en un sólo órgano exclusivamente competente; *b*) carácter incidental, porque la cuestión de legitimidad constitucional no podía plantearse en vía principal, sino que únicamente debía manifestarse en el seno de un proceso «ordinario» (no constitucional); *c*) carácter especial, toda vez que la *cognitio* tenía un efecto limitado a la decisión del caso concreto, y no tenía eficacia general, consistente en la anulación (o en la declaración definitiva y obligatoria *erga omnes*) de la ley considerada inconstitucional⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ El organismo en mención estaba amparado por su Estatuto N° 455 que se expidió mediante Decreto Legislativo de 15 de mayo de 1946, modificado en Ley Constitucional N° 2 de 26 de febrero de 1948. *Cfr.* al respecto, Héctor Fix-Zamudio: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, UNAM, México, D.F., 1968, pág. 70.

Entre muchos, pueden consultarse los siguientes estudios relativos a la Alta Corte Constitucional de la Región Siciliana: Virgilio Andrioli: «Controllo preventivo della Corte Costituzionale sulle leggi siciliane», en *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XII, Padova, 1957, pág. 617 y sgtes. Del mismo autor, *vid.* «Controllo preventivo sugli atti della Regione Siciliana aventi forza di legge», en la misma revista, Vol. XII, pág. 438 y sgtes.; Vito Spitaleri: «Alta Corte della Sicilia e Corte Costituzionale», en *La Giustizia Penale*, Vol. LXV (XVII della 6ª serie), I, Roma, 1960, pág. 143 y sgtes. En cuanto concierne a otras Regiones, *vid.* Vezio Crisafulli: «Le Regione Davanti alla Corte Costituzionale», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno XIII, Fasc. N° 3, Milano, 1963, pág. 537 y sgtes.; Enrico Redenti: «Le leggi delle Regione Davanti alla Corte Costituzionale», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XII, Milano, 1958, pág. 421 y sgtes.

⁽¹⁶⁾ *Cfr.* Mauro Cappelletti: «La justicia constitucional en Italia», en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, N° 37, México, D.F., 1960, pág. 41 y sgtes. El mismo artículo está publicado en la *Revista Jurídica Veracruzana*, N° 2, Xalapa, Veracruz, 1963, pág. 161 y sgtes.; también en la *Revista de la Facultad de Derecho*, N°s. 37-40, México, D.F., 1960, pág. 151 y sgtes. Cappelletti desarrolla también con fecundo acierto,

Y, a partir de la creación y funcionamiento de la Corte Constitucional, las características serán distintas, al igual que su naturaleza jurídica. En tal sentido, puede afirmarse con Biscaretti di Ruffia que la Corte Constitucional de Italia: «se presenta como órgano constitucional dotado de plena independencia e irresponsabilidad que desarrolla funciones materialmente jurisdiccionales, pero no está comprendido en el Poder Judicial; queda fuera de los tres poderes clásicos, junto al Presidente de la República, en cuanto garantía suprema de las normas constitucionales»⁽¹⁷⁾.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

El presente libro rotulado *Justicia Constitucional y derechos fundamentales* me ha servido de pretexto para dar cuenta y explayarme en dos temas fundamentales: a) la fascinante personalidad científica de Giancarlo Rolla y de sus aportes vitales a la Ciencia del Derecho Constitucional y b) del influjo de la doctrina constitucional italiana en el Derecho Constitucional Comparado, a partir de las decisiones que pronuncia, en su condición de «Juez de la libertad», como diría Rolla, la Corte Constitucional.

De la lectura del libro *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, como además en otras obras de Giancarlo Rolla se colige, según el profesor de Génova, el valor, la importancia y el éxito que reviste la justicia constitucional y la amplia circulación de sus modelos como con-

en no pequeña medida, el tema en perspectiva comparada en su libro conjunto *La justicia constitucional * Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Editorial Porrúa, S.A. - Facultad de Derecho de la UNAM, México, D.F., 2007. Antecedes Prólogo de Héctor Fix-Zamudio y Presentación de Fernando Serrano Migallón.

(17) Cfr. Paolo Biscaretti di Ruffia: *Derecho Constitucional*, traducción del italiano de Pablo Lucas Verdú, reimpresión, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1973, pág. 558 y sgtes. Del mismo autor, aun cuando con los mismos planteamientos que dedica en su libro citado, cfr. su artículo: «La solución italiana al problema de la jurisdicción constitucional», en Revista de Estudios Políticos, N° 84, Madrid, 1955, pág. 67 y sgtes. Lo relacionado a la independencia de la Corte Constitucional ha sido estudiado con mucho detenimiento y experiencia por el ex Presidente de dicho órgano y profesor de las universidades de Urbino, Trieste, Nápoles y Roma, Aldo M. Sandulli (1915-1984): «L'indipendenza della Corte Costituzionale», en Rivista di Diritto Processuale, Vol. 21, Padova, 1966, pág. 37 y sgtes. También resulta de sumo provecho el ensayo de Rolla que lleva por título: «Entre política y jurisdicción: evolución y desarrollo de la justicia constitucional en Italia», publicado en el presente libro, págs. 181-207.

secuencia de la rigidez constitucional, el principio de supremacía de las normas constitucionales y la consecuente ilegitimidad de los actos contrarios a la propia Constitución⁽¹⁶⁾.

Confiamos seguir artillando la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional con la presencia de las obras de otros autores de la noble y científica comunidad académica italiana, cuyo pensamiento tiene un vasto predicamento e influjo en el Mundo Jurídico. En especial –a mi al menos me lo parece– por el enfoque metodológico que emplean, con vigor superlativo, en sus tratados, manuales y ensayos, al momento de plantear los problemas constitucionales, muchos de ellos muy delicados.

Y además, por saber darle recetas felices y soluciones adecuadas, tal como lo realiza uno de sus gallardos representantes, a saber, Giancarlo Rolla, tradición que él viene cultivando, en perfecta sintonía, siguiendo a sus antecesores⁽¹⁷⁾: Pellegrino Rossi (1787-1848), Ludovico Casanova (1799-1853), Pietro Chimienti (1863-1938), Atilio Brunialti (1848-1920), Luigi Rossi (1867-1941), Santi Romano (1875-1947), Donato Donati (1880-1946), Emilio Crosa (1885-1962), Carlo Esposito (1902-1964), Vincenzo Miceli (1858-1932), Vittorio Emmanuele Orlando (1860-1952), Costantino Mortati (1891-1985), Paolo Biscaretti di Ruffia (1912-1996), Franco Pierandrei (1914-1962), Livio Paladin (1933-2000), Paolo Barile (1917-2000), Vezio Crisafulli (1910-1986), Alessandro Pizzorusso (Lucca, 1931), Giuseppe de Vergottini (Pisa, 1936), Gustavo Zagrebelsky (Turín, 1943), Roberto Romboli (Pontedera, Pisa, 1950), Lucio Pegoraro (Vicenza, 1952), Angelo Rinella (Roma, 1960), incluyendo a las nuevas generaciones, tales como Luca Mezzetti (Bologna, 1960), Alfonso Celotto (Castellammare di Stabia, 1966), entre otros.

Siena, noviembre de 2000.

Lima, abril de 2008.

⁽¹⁶⁾ Estas reflexiones también las ha reafirmado Rolla en su libro *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2006, págs. 105-106. Antecede una puntual Presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

⁽¹⁷⁾ La presencia de Gaetano Mosca (1858-1941) resulta también de suma importancia, aun cuando con mayor incidencia en el ámbito de la Ciencia Política, disciplina que se desarrolla de manera interconexa con el Derecho Constitucional.

I

EL PAPEL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO^(*)

SUMARIO: 1. El alcance particular de la justicia y del proceso constitucional. 2. Las objeciones fundamentales a la puesta en marcha de la Justicia Constitucional. 3. La expansión y consolidación de la Justicia Constitucional. 4. Las razones por las que los Tribunales han adquirido gran relevancia en los modernos sistemas constitucionales. 5. El juez constitucional como juez de la libertad. Técnicas de defensa directa de los derechos fundamentales de la persona. 6. El papel de la Justicia Constitucional en la difusión y generalización de los derechos fundamentales de la persona. 7. La implementación del principio personalista por parte de la jurisprudencia constitucional.

1. EL ALCANCE PARTICULAR DE LA JUSTICIA Y DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

El control de constitucionalidad de las leyes ha supuesto, en el siglo pasado una importante y esencial evolución del principio de legalidad:

^(*) Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México, 12-15 de febrero de 2002).

se puede incluso sostener que constituye su corolario natural, desde el momento que pone fin a una línea evolutiva que partiendo de la crítica al Estado Absoluto, donde los poderes del soberano eran considerados *legibus soluti* (legislación suprema y libre), se ha logrado llegar a la regla según la cual los comportamientos de todos los poderes públicos deben basarse sobre una norma jurídica previa. Consecuentemente, el principio de legalidad, inicialmente entendido específicamente vinculado con las relaciones entre ley y actividad administrativa, representa un límite para el mismo legislador, en el sentido de que las leyes y los actos dotados de fuerza de ley deben resultar conformes o de cualquier forma compatibles con las disposiciones constitucionales.

La paradoja propia del control constitucional consiste en el hecho de que este instituto perfecciona los principios propios del Estado Liberal de Derecho y, simultáneamente, determina la superación de los mismos. De hecho, si por un lado representa un desarrollo del principio de legalidad (propio del Estado Liberal de Derecho); del otro, impone superar el principio (propio del constitucionalismo liberal) que asignaba al Parlamento, considerado expresión de la voluntad general, una discrecionalidad absoluta respecto a los contenidos de las opciones legislativas, es decir, aquel que colocaba a la ley en el vértice del sistema de las fuentes del Derecho.

A pesar de ello, un sustancial salto cualitativo en el sistema ha tenido lugar en cuanto el control de constitucionalidad se ha desarrollado, dando vida a experiencias reales y propias de justicia constitucional. Y la novedad puede ser mejor apreciada si se considera que la justicia constitucional se diferencia fundamentalmente del control de constitucionalidad por tres características:

- a) El control se realiza por un órgano externo al procedimiento legislativo, provisto de unos requisitos de imparcialidad y de profesionalidad muy marcados;
- b) Tiene lugar sobre la base de un procedimiento que presenta los caracteres típicos de un proceso;
- c) Se concluye con una decisión adoptada utilizando las técnicas propias del método jurídico. Estamos, en otras palabras, ante un

«juez» que decide las cuestiones al final de un proceso. Se está en presencia, sobre todo, de un proceso de derecho objetivo, dirigido a afirmar la legalidad, que se desarrolla en el interés supremo y en nombre de la constitucionalidad de la ley: el objetivo principal es favorecer la coherencia del sistema jurídico, no sólo eliminando las posibles antinomias internas del ordenamiento –constituidas por la presencia de normas legales en contradicción con las de rango constitucional–, sino también, asumiendo una función de interpretación auténtica del significado de las disposiciones constitucionales o de unificación de las tesis jurisprudenciales de acuerdo al significado de las normas primarias.

Tres elementos subrayan la especialidad del proceso ante la Corte Constitucional.

Si bien en el proceso constitucional se tiende a privilegiar el interés del ordenamiento respecto al de las partes, sería sin embargo incorrecto negar que detrás de la objetividad del juicio se esconde también la voluntad de tutelar los derechos concretos lesionados por el uso incorrecto por parte del legislador respecto de la discrecionalidad política. Por otro lado, la tutela del ordenamiento y la tutela de las diferentes posiciones subjetivas no son mutuamente excluyentes, sino que representan dos aspectos complementarios, en caso de que se considere que el ordenamiento es siempre más objetivo y justo, cuanto más grande, intensa y directa es la defensa de los derechos.

En segundo lugar, el proceso constitucional –a diferencia de otros procesos de naturaleza jurisdiccional– se caracteriza por una significativa elasticidad de las reglas procesales. No tanto porque falten normas significativas sobre el proceso constitucional, sino porque el juez constitucional disfruta de una notable elasticidad en materia de interpretación y de aplicación de las reglas procesales

En virtud de tal discrecionalidad, puede innovar el propio comportamiento respecto a la *praxis* precedente, así como derogar la normativa vigente con la finalidad de obtener de la mejor forma posible el resultado institucional perseguido, consistente en la plena actuación de los valores

constitucionales: en otras palabras, diversos caracteres de la disciplina procesal se someten a la apreciación prudente del Tribunal Constitucional.

En tercer lugar, el juez constitucional –aparte de ser un juez, en el sentido de que aplica la norma (constitucional) a una cuestión específica y concreta (representada por una cuestión de constitucionalidad)– realiza una función eminentemente interpretativa, debiendo individualizar entre los muchos posibles significados normativos aquel más adecuado y coherente con las disposiciones constitucionales y con otras disposiciones de la ley. Obviamente, al realizar dicha operación, el juez constitucional se debe atener a una regla de *self-restraint* ya que, si es él el intérprete privilegiado de las disposiciones con rango constitucional, no se puede olvidar que la interpretación de las normas de ley pertenece a la autonomía de los jueces y, en particular, en la competencia nomofilática propia de la Corte Suprema.

No obstante, es evidente que la actividad del juez constitucional consiste en el *incredible power* de poder decir la última palabra en materia de interpretación de la Constitución. Y, sobre todo, esta «última palabra» tiene un valor sustancialmente vinculante para los operadores del Derecho. Semejante característica del juicio de constitucionalidad atribuye a las decisiones de los Tribunales Constitucionales un alcance particular, bien diverso de las sentencias de los otros jueces: la de producir efectos similares a los de las fuentes del Derecho.

De este modo, el Tribunal constitucional no es sólo juez, sino también creador de normas jurídicas. Este resultado se ha conseguido conjugando dos caracteres fundamentales y típicos de las decisiones constitucionales: por una parte, su naturaleza de cosa juzgada con eficacia *erga omnes*; y por otra, la adopción de una gama tipológica de decisiones en las que la declaración de inconstitucionalidad permite la introducción en el ordenamiento de nuevas normas extraíbles de la misma disposición.

2. LAS OBJECIONES FUNDAMENTALES A LA PUESTA EN MARCHA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Estas características de la justicia constitucional hacen comprensible –aunque no justifican– las numerosas críticas y la perplejidad que

han acompañado —en el tiempo y en los diversos ordenamientos— a la difusión de la justicia constitucional.

La evolución y la consolidación de los sistemas de justicia constitucional no han tenido lugar de modo lineal; no estaba asegurado el consenso de la doctrina, de los otros poderes y del cuerpo social. Tanto el establecimiento de órganos de justicia constitucional, como la ampliación de su radio de acción a campos tradicionalmente reservados a otros órganos del vértice del Estado, han sido acompañados de polémicas y de consideraciones críticas; tampoco han faltado iniciativas por parte de las fuerzas políticas, dirigidas a limitar sus poderes o bien a condicionar sus orientaciones jurisprudenciales.

Al igual que un volcán, que tras fases de calma vuelve periódicamente a la actividad, la polémica en torno a la temida injerencia de los jueces constitucionales en las opciones políticas del Parlamento o del Gobierno se reproduce cíclicamente, como si un fino pero ininterrumpido ligamen, comunicase las críticas de los últimos años con los ataques dirigidos, en los inicios del siglo, a la Corte Suprema de los Estados Unidos, acusada de oponerse a la realización de los objetivos fundamentales de la Constitución, aplicando una especie de «darwinismo jurídico».

Tal constatación —que alcanza a las diversas experiencias— pone en evidencia que la posición de las Cortes Constitucionales es la más delicada en el ámbito del «paralelogramo de las fuerzas políticas», en el sentido de que las relaciones entre justicia constitucional y poder político representan un punto delicado, pero común a todos los ordenamientos contemporáneos que han introducido formas de control de la legitimidad constitucional de las leyes.

La posibilidad de enfrentamientos es, en nuestra opinión, connatural a la misma decisión de introducir en el ordenamiento un órgano supremo, expresamente habilitado, de un lado, para juzgar la constitucionalidad de las leyes y, del otro, para garantizar la distribución de las competencias y la articulación de los poderes establecidos por la Carta Constitucional. La posibilidad de enfrentamientos es connatural a la opción de oponer un «contrapoder» jurídico a la actividad política del legislador, de prever una mediación jurisdiccional para resolver conflictos de competencia entre los poderes políticos.

No por casualidad, las objeciones fundamentales a la puesta en marcha de la justicia constitucional reclamaban la atención sobre los graves límites que vendrían impuestos a la discrecionalidad del legislador y de los otros órganos políticos; discutían la oportunidad de atribuir a un órgano con características jurisdiccionales, esto es, no electivo ni representativo, el poder de instaurar un «proceso al legislador».

No han faltado –en el pasado– voces dirigidas a deslegitimar la posibilidad misma de someter a control las decisiones del Parlamento, en la presunción de que la centralidad de las Asambleas electivas, expresión directa de la soberanía popular, representa un valor político absoluto, que no admite ninguna derogación del principio de la omnipotencia de la ley.

Los opositores a la introducción de sistemas de justicia constitucional subrayan también el riesgo de introducir un freno conservador a la actividad innovadora del Parlamento. Una confianza optimista en la bondad de las opciones legislativas y en la naturaleza reformadora del Parlamento, inducía a considerar un obstáculo a la modernización del sistema, todo límite impuesto desde fuera a la discrecionalidad legislativa. Atribuir a un órgano no representativo la tarea de censurar la actividad normativa del Parlamento, bloqueando decisiones políticas fundamentales asumidas por los representantes directos del cuerpo electoral, equivalía –a juicio de algunos autores– a devaluar el mismo principio de la soberanía popular.

Sin embargo, la experiencia ha desmentido, por lo general, tales temores; la creación de sistemas de justicia constitucional ha generado efectos beneficiosos en una medida muy superior a las lamentadas y temidas distorsiones institucionales. Tampoco faltan argumentaciones capaces de superar las observaciones críticas antes examinadas.

A las preocupaciones de orden político se puede replicar diciendo que la justicia constitucional no representa en absoluto un freno a la renovación legislativa y a la acción reformadora del Parlamento. La justicia constitucional, desde el momento que ha resquebrajado el dogma de la omnipotencia de la ley reconduciendo dentro de los límites del principio de legalidad también a los actos normativos primarios de los

supremos órganos del Estado, no ha pretendido limitar el principio democrático de la soberanía popular, sino el criterio absolutista de la omnipotencia de la mayoría parlamentaria.

En los sistemas contemporáneos, complejos y proteiformes, la ley no puede ser considerada expresión homogénea y unitaria de la voluntad popular o del interés nacional. En una sociedad con muchas clases, la contraposición radical de los intereses y su aglutinación en grupos de presión o de tutela corporativa, han incidido sobre la naturaleza y sobre la calidad de la producción normativa de las Asambleas electivas; la ley tiende cada vez más a transformarse de acto de elección a resultado de una compleja mediación, de expresión de una exigencia general a momento de tutela de intereses sectoriales o de un determinado grupo social.

En este contexto resultaría, por consiguiente, fácil desmontar el objeto de la crítica, hasta incluso sostener que precisamente la ausencia de un moderno y funcional sistema de justicia constitucional puede constituir un peligro para el pleno desarrollo del principio de la soberanía popular: puesto que éste, por una parte, también contempla el reconocimiento de los derechos constitucionales de las oposiciones contra los abusos de las mayorías políticas.

Una contribución fundamental al establecimiento de sistemas de justicia constitucional proviene, finalmente, de la propia experiencia, que ha demostrado concretamente que la existencia de Tribunales Constitucionales, lejos de alterar la vida de las instituciones, desarrolla una positiva acción de racionalización y de consolidación del ordenamiento. En este sentido, *no se puede afirmar que la ya dilatada experiencia de los Tribunales Constitucionales haya demostrado en la práctica que esta institución venga a distorsionar el sistema, sino muy al contrario, ha venido a corroborar su operatividad dentro del mismo, brindando un nuevo soporte de legitimidad en el ejercicio del poder, a las fuerzas sociales que lo ejercen.*

Donde existe una madura experiencia de justicia constitucional, la presencia de Tribunales Constitucionales no se pone ya en discusión: la atención se dirige, en todo caso, sobre la exigencia de corregir aspectos

singulares del procedimiento o bien de introducir innovaciones en las competencias y en la composición del órgano. La discusión, en otras palabras, no versa sobre la esencia del control de constitucionalidad, sino sobre los concretos modos de funcionamiento; las hipótesis de reforma tienen por objeto perfiles bien delimitados. Sobre todo es útil puntualizar que dichas hipótesis aspiran, preferentemente, a acentuar los caracteres de autonomía y profesionalidad de los Tribunales Constitucionales y a mejorar los aspectos jurisdiccionales de los procedimientos, más que a limitar su autonomía en las relaciones con el poder político.

3. LA EXPANSIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Es evidente que las polémicas y divergencias –aun siendo intensas y argumentadas– no han conseguido, por lo general, efectos destructores. Si se excluye (en Europa) el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española, cuya aportación a la tutela de las disposiciones constitucionales fue un fracaso a causa de la composición inadecuada y de la excesiva politización de su conducta, la experiencia enseña que los momentos de crisis han sido superados positivamente, constituyendo, a veces, la premisa para determinar mejor la posición del juez constitucional en el ordenamiento.

De hecho, es indudable que la experiencia del constitucionalismo contemporáneo registra una significativa difusión de la justicia constitucional. Un desarrollo que –sobre todo en estos últimos años– ha afectado de forma homogénea a los más diversos ordenamientos jurídicos, haciendo de los Tribunales Constitucionales –junto a la figura del Defensor del Pueblo– la institución más divulgada en las constituciones vigentes.

La expansión de la justicia constitucional ha alcanzado a la totalidad de los países de Europa; esta tendencia alcanza, además, a ordenamientos pertenecientes a tradiciones jurídicas muy diversas, como los Estados surgidos de las antiguas colonias británicas. Al mismo tiempo, alguna apertura, no obstante sea tímida, al control de constitucionalidad de las

leyes parece entreverse también en el interior del sistema anglosajón, el cual —como es notorio— aparece todavía anclado en torno al dogma de la soberanía popular.

Los países del área geográfica de América Latina se caracterizan por la notable difusión de controles sobre las leyes, fundamentalmente por efecto de la difusión y consolidación de regímenes políticos democráticos. Además, experiencias significativas se van afirmando también, con éxitos interesantes, en el interior de la que ha sido llamada la «familia jurídica socialista».

4. LAS RAZONES POR LAS QUE LOS TRIBUNALES HAN ADQUIRIDO GRAN RELEVANCIA EN LOS MODERNOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES

Ante esta constatación, es oportuno preguntarse sobre los posibles motivos de la consolidación y desarrollo de la justicia constitucional en el constitucionalismo contemporáneo.

Aunque si bien las razones pueden ser múltiples y reconducibles a la especificidad de los diversos contextos históricos y jurídicos, a mi juicio es posible agruparlas en torno a tres argumentaciones principales.

En primer lugar, cuando se nos pregunta sobre las razones por las cuales estos Tribunales han adquirido gran relevancia en los modernos sistemas constitucionales y en los diversos regímenes políticos, en nuestra opinión, no se puede dejar de considerar que las atribuciones de los Tribunales Constitucionales parecen constituir la consagración y el enriquecimiento de algunos principios fundamentales que caracterizan la forma del Estado contemporáneo, definible en términos de Estado Social, Democrático y de Derecho.

Del Estado Liberal de Derecho la justicia constitucional valora el principio de legalidad, en virtud del cual todos los actos de las autoridades constituidas deben encontrar su fundamento en una norma legal previa que no pueden contravenir. En efecto, la justicia constitucional extiende el alcance de este principio a la misma actividad legislativa, así como a amplios sectores del área estrictamente política, de las relacio-

nes entre los máximos órganos del Estado, convirtiendo en justiciable, a través de la competencia para juzgar los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, la repartición del supremo poder estatal entre una pluralidad de órganos diversos, entre ellos recíprocamente equiparados e independientes, en la que se suele hacer consistir uno de los postulados de la democracia liberal.

En segundo lugar, el juicio de constitucionalidad realiza también una función de garantía característica del moderno Estado democrático: en favor de los derechos fundamentales de los individuos contra los abusos del legislador, en beneficio de las minorías y de las oposiciones políticas contra las decisiones arbitrarias de la mayoría parlamentaria y del gobierno. Si quisiéramos sintetizar el concepto con una expresión, se podría afirmar que los Tribunales Constitucionales no limitan la autonomía del poder político, pero contribuyen a frenar el absolutismo de las mayorías gubernamentales: de acuerdo con la sabia consideración de que para interpretar el texto de una Constitución democrática es más prudente y oportuno proceder desde el punto de vista de la minoría.

Por último, es oportuno evidenciar que los sistemas vigentes de justicia constitucional aportan al Estado social el cometido de regular, a través de una delicada obra de mediación, la pluralidad de los intereses constitucionalmente tutelados. Una de las múltiples funciones que los vigentes ordenamientos parecen querer asignar a las Cortes Constitucionales se conecta con una concepción de la Constitución como pacto, como manifestación contractual de las diversas fuerzas que participan en el proceso constituyente, como común acuerdo en torno a algunos valores, principios o reglas fundamentales de comportamiento.

La presencia en el texto constitucional de un complejo de valores comunes, enfatiza el cometido del Tribunal Constitucional como garante del pacto constituyente y como tutor de su vigencia. Su acción, asumiendo una naturaleza arbitral, intenta solucionar los conflictos utilizando como parámetro de referencia los contenidos normativos expresados en el pacto por las fuerzas que han dado vida al proceso constituyente.

El carácter arbitral del control de constitucionalidad se hace evidente si consideramos que a menudo el juez constitucional, debiendo

decidir sobre la conformidad a la Constitución de una ley o de un acto con fuerza de ley, no solamente debe hacer una mera valoración de coherencia entre una norma constitucional y una disposición de ley, sino realizar un equilibrio entre las diversas disposiciones constitucionales: por ejemplo, entre derechos sociales y económicos, entre derechos de libertad de la persona y derechos colectivos.

Por otra parte, las constituciones no albergan únicamente un conjunto de normas, sino que contienen además la afirmación de principios y valores que unifican una comunidad social. Por eso, el deber actual del juez constitucional consiste en ser un dinámico artífice de la integración social dentro del Estado y un garante de la unidad sustancial del ordenamiento.

5. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO JUEZ DE LA LIBERTAD. TÉCNICAS DE DEFENSA DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Antes que nada, se debe tener en cuenta que la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales de la persona garantizados por las cartas constitucionales: por lo tanto, constitucionalismo y justicia constitucional constituyen hoy un binomio indivisible.

Se admite de forma general que, para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, se acuda a crear sistemas eficaces de garantía sustancial; como también se admite normalmente que los derechos de la persona se asocian a la actividad de los jueces constitucionales, considerando que los derechos de la persona sean efectivamente tales —es decir, verdaderos y propios derechos, normas objetivas de rango supremo— si su tutela constituye un límite, no sólo para la autoridad administrativa y judicial, sino también para el legislador.

Por otra parte, no se debe olvidar que en muchos ordenamientos la actividad de los Tribunales Constitucionales se caracteriza precisamente por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona, como ha

subrayado eficazmente un autor italiano (Cappelletti) definiendo al juez constitucional como el juez de la libertad; además, las decisiones principales de los Tribunales Constitucionales han constituido una piedra angular en la evolución del Estado de Derecho y de la costumbre.

Según las palabras de un ex-Presidente Emérito de la Corte Constitucional italiana (Livio Paladin): «en todos los ordenamientos que se caracterizan por una Constitución rígida y extensa sucede que los derechos se garantizan por vía jurisdiccional frente a cualquier tipo de violación de los mismos. Es sobre todo por este motivo, por lo que en muchos Estados funcionan Cortes o Tribunales Constitucionales».

No muy diferentes, por otro lado, son los conceptos contenidos en la Declaración de Antigua sobre la justicia constitucional (Guatemala, 1992) al considerar que «la existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales».

Se comparte de forma generalizada la conclusión de que la garantía constituye 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. Generalmente se admite que, para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, se acuda a crear sistemas eficaces de garantía sustancial.

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

En nuestra opinión, se puede sostener que una tutela orgánica de los derechos reconocidos y garantizados necesita de la justicia constitucional, que se confirma como el principal tribunal de los derechos y de las libertades. Como lo demuestra, por una parte, la evolución concreta de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Europa y en

Norteamérica y, por otra, la gran difusión que esta institución ha tenido en las nuevas cartas constitucionales de Europa oriental, de Centroamérica, Sudamérica y de África, en conexión con la codificación de amplios catálogos de derechos de la persona.

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

En el primer caso, son relevantes sobre todo las competencias de los Tribunales Constitucionales en materia de control de constitucionalidad de la ley y en temas de conflictos entre los poderes del Estado. En el segundo, por el contrario, es fundamental la previsión de recursos directos contra todos los actos de los poderes públicos —y, en algún caso, también de los particulares—. En este último supuesto, el deber principal de los sistemas de justicia constitucional es defender al individuo por la posición de inferioridad en que se encuentra frente a los poderes públicos, y no una defensa objetiva de la Constitución. Precisamente por las razones que hemos apuntado, se están difundiendo ampliamente los procedimientos constitucionales dirigidos a asegurar una tutela directa de los derechos de la persona, permitiendo que el ciudadano que sienta conculcado alguno de sus derechos constitucionalmente garantizados pueda recurrir incluso al juez constitucional. Por esta razón es de gran interés para el estudioso europeo el conocimiento y profundización en la experiencia de los Tribunales Constitucionales de América Latina. De hecho, si por un lado el acceso directo a la justicia constitucional en Europa no es muy difuso (está previsto únicamente por los Tribunales Constitucionales Alemán, Austriaco y Español), por otro lado, dicha forma de tutela ha tenido un desarrollo particular en los ordenamientos constitucionales iberoamericanos.

Más allá de la terminología que se utiliza de forma variada —*habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de segurança*, *amparo*, *acción de tutela*—

dichas instituciones de garantía constitucional de los derechos pueden ser clasificadas desde un doble punto de vista:

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

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

Se puede considerar que este tipo de instrumentos permite la difusión de la institución del amparo constitucional y refuerza el nivel de tutela de los ciudadanos, con el objetivo de tutelar a éstos frente a cualquier tipo de lesión de los derechos fundamentales protegidos por las constituciones.

b) En otros casos, las instituciones de tutela jurisdiccional se toman en consideración sobre la base de los sujetos, accionándose el recurso en las relaciones entre éstos. Se pueden distinguir, fundamentalmente entre ordenamientos que admiten el recurso sólo en las relaciones entre los poderes públicos, y ordenamientos que permiten recurrir también contra los particulares.

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

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

Los ordenamientos que admiten el recurso contra actos de los particulares que lesionan derechos garantizados constitucionalmente, introducen, en general, límites concretos. Por ejemplo, la Ley de Amparo de Costa Rica admite el recurso de amparo contra particulares cuando confluyen cuatro hipótesis: *a)* el privado actúa o debe actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas; *b)* cuando el particular se encuentra en una situación de poder respecto del recurrente; *c)* cuando el particular se encuentra, por razones de hecho, en una clara situación de poder; *d)* cuando los remedios jurisdiccionales ordinarios resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales.

Podemos traer a colación otros ejemplos significativos: en Argentina, el recurso de habeas data puede elevarse contra particulares *destinados a promover informes, y los susceptibles de generar información.*

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

Mientras, en Colombia, la ley enuncia taxativamente los casos en los que procede la acción de tutela contra particulares, concretándose en los casos de: *a)* ejercicio de cualquier servicio o función pública; *b)* organización privada contra la cual el solicitante tiene una relación de subordinación o indefensión; *c)* contra quien viole o amenace violar la prohibición a la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; *d)* cuando se trata de un medio de comunicación al que se pida la rectificación de informaciones inexactas o erróneas no rectificadas o rectificadas de manera indebida; *e)* para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión.

6. EL PAPEL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA DIFUSIÓN Y GENERALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

La relación entre justicia constitucional y derechos fundamentales de la persona se puede afrontar analizando también, el papel que ejercen los Tribunales Constitucionales en la difusión, generalización y en la implementación de los derechos reconocidos y tutelados como fundamentales.

Ello es así porque cuando un juez constitucional decide sobre un recurso evalúa –en verdad– un caso particular, es decir, asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero, al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente. Esto es, orienta los comportamientos futuros tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios y el legislador. En cierto sentido, puede afirmarse que el derecho vivo está constituido, no tanto por las disposiciones abstractas codificadas en los catálogos de las cartas constitucionales, como por las normas concretas derivadas de la interpretación y de la aplicación concreta que los jueces constitucionales han establecido de dichas disposiciones.

Y en esta operación interpretativa es importante que la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales tenga en cuenta fundamentalmente los valores constitucionales –tal y como son percibidos por el cuerpo social– por encima de la lógica interna del proceso de decisión política. Como se ha afirmado recientemente (Alexy) el riesgo del paternalismo constitucional puede ser conjurado, en primer lugar, si la jurisdicción constitucional está mucho más próxima a los ideales discursivos que al proceso político conducente a la ley.

Con todo, la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales en materia de tutela de los derechos fundamentales desarrolla una importante función también respecto de los ciudadanos y del cuerpo social de un país: contribuyendo a promover en la realidad cotidiana y en las relaciones sociales, el espíritu de los principios democráticos y de libertad consagrados en el texto constitucional.

En otras palabras, los jueces constitucionales –sobre todo en los sistemas de reciente democratización– desarrollan una importante acción cívica y didáctica

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

Los derechos fundamentales de la persona no encuentran su fundamento en la naturaleza o en el Estado, sino en la *polis*, a través del pacto constitucional que se instaura entre los ciudadanos y entre éstos y sus representantes. No cabe duda de que los Tribunales Constitucionales, en virtud de la autoridad que se deriva de su posición constitucional, contribuyen de forma determinante al reforzamiento de la conciencia social, por lo que respecta a la importancia esencial de los derechos de cara a la existencia del Estado Democrático de Derecho.

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

Más allá de su papel educativo, los Tribunales Constitucionales cumplen una función de tipo informativo, considerando que su jurisprudencia en materia de derechos fundamentales constituye un espejo emblemático de la realidad social, de sus contradicciones y de sus transformaciones. Las decisiones más relevantes al respecto se pueden comparar con las escenas del pintoresco teatro del mundo contemporáneo, donde toma cuerpo la lucha cotidiana por la vida, por la dignidad, por la libertad humana. De hecho, el examen de los *leading cases* permite comprender, por un lado, la evolución democrática de los sistemas constitucionales y, por otro, las profundas disparidades existentes entre los ordenamientos que también invocan formalmente a la tradición del constitucionalismo.

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

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

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

En la República Federal Alemana, cabe destacar el art. 123 de la Constitución, según el cual las leyes anteriores a la primera reunión del *Bundestag* permanecen en vigor siempre que no sean incompatibles con la Ley Fundamental. En Italia, el juez constitucional admitió, desde su primera sentencia en 1956, su propia competencia para controlar las leyes anteriores a la Constitución, declarando su ilegitimidad constitucional. Igualmente, en España el Tribunal Constitucional ha afirmado que el contraste entre norma constitucional y ley ordinaria

preconstitucional, determina la inconstitucionalidad sobrevenida de esta última, invalidándola; también ha consentido que el juez ordinario pueda inaplicar las normas preconstitucionales que entran en contradicción con la Constitución, sin necesidad de elevar la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Con estas decisiones, los Tribunales Constitucionales han convertido en vitales los principios constitucionales y las normas en materia de derechos fundamentales, difundiendo su conocimiento a todo el cuerpo social. Además han supuesto un estímulo desde el momento en que no sólo renuevan el ordenamiento jurídico, eliminando las disposiciones contrarias a la Constitución, sino que también convierten en ilegítimos los actos de los poderes públicos que lesionan los nuevos principios en materia de derechos fundamentales, aunque se basen en leyes anteriores todavía vigentes.

De este modo, los Tribunales Constitucionales pueden asegurar los derechos fundamentales y depurar también el sistema de normas anticonstitucionales.

7. LA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO PERSONALISTA POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia constitucional contribuye también a concretar el principio personalista, favoreciendo una lectura evolutiva de las disposiciones constitucionales en materia de derechos del ser humano. El proceso de especificación de los derechos fundamentales que parece caracterizar las más recientes constituciones —que se distinguen por un amplio y analítico catálogo de posiciones subjetivas garantizadas como derechos fundamentales— se muestra útil, pero necesita también de la intervención y de la interpretación de los Tribunales Constitucionales.

Como es sabido, la interpretación judicial permite distinguir el ámbito semántico y lingüístico de una disposición, del ámbito normativo: en efecto, este último es el resultante de la interpretación de una determinada disposición que se afirma en la práctica jurisprudencial. De tal manera, las interpretaciones concretas de las disposiciones constitu-

cionales en materia de derechos fundamentales por parte de los Tribunales Constitucionales, permiten asegurar una constante síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos: es decir, entre Derecho e Historia.

Los instrumentos que los jueces constitucionales tienen a su disposición para desarrollar un papel propulsor en la interpretación de los derechos fundamentales de la persona, son múltiples. A mi entender, son merecedores de interés fundamentalmente tres:

a) En primer lugar, es relevante la función concreta que los Tribunales Constitucionales desarrollan para atemperar la tutela de diversos derechos, susceptibles de entrar en conflicto.

A este propósito, la actividad de los Tribunales Constitucionales es decisiva al hacer que la afirmación de un derecho no suponga una negación o una excesiva disminución de otro derecho, merecedor también de tutela constitucional.

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

Esta proyección particular del principio personalista obliga, antes que nada, a los jueces constitucionales a poner en correlación los derechos ligados al principio de libertad con los ligados al principio de igualdad, o también —como se suele afirmar de forma más sintética— derechos civiles y derechos sociales. Por un lado, individualismo, librecambismo, igualdad formal; por otro lado, solidaridad, promoción social e igualdad material.

Equilibrio difícil de conseguir siempre que las orientaciones prevalentes tiendan a diferenciar las dos tipologías de derechos (derechos de libertad, derechos económico-sociales) y a introducir una espe-

cie de jerarquía implícita, sobre la base de la apreciación de que los derechos sociales —a diferencia de los de libertad, considerados como fundamentales e inviolables— están condicionados, es decir, dependen de la cantidad de recursos disponibles, y de que su efectividad está en función del presupuesto del Estado.

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

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

En algún caso es la propia Constitución la que indica el criterio para resolver el eventual conflicto entre los derechos generales de la persona y los derechos de los grupos étnicos; en otras ocasiones, la posible contradicción entre las normas específicas relativas a los derechos de los grupos étnicos y a los derechos reconocidos como generales por la Constitución, es asumida directamente por el legislador, proporcionando una reformulación de la normativa primaria. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la mediación entre las distintas exigencias es competencia de los jueces constitucionales, quienes, cada vez con mayor frecuencia, tienen que sentenciar sobre cuestiones que suponen una mediación difícil

entre derechos generales de la persona y derechos culturales propios de grupos específicos.

c) En tercer lugar, los derechos tradicionales relacionados con la tutela de la libertad de la persona deben actualizarse y adaptarse al desarrollo de la investigación científica y de la tecnología, con la impresionante aceleración de las innovaciones en este campo. En los albores del nuevo milenio, la libertad de la persona debe enfrentarse a los peligrosos desafíos que comportan los nuevos fenómenos que, además de constituir un indudable factor de modernización y un estímulo para el progreso, representan simultáneamente un peligro potencial para el libre desarrollo de la persona.

II

DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO DEMOCRÁTICO: EL PAPEL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL^(*)

SUMARIO: Breve introducción. 1. Justicia Constitucional y derechos: dos bases del constitucionalismo democrático. 2. La Justicia Constitucional, institución esencial para la tutela de los derechos fundamentales. 3. La aportación de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales en la generalización y en la ampliación de los derechos fundamentales.

BREVE INTRODUCCIÓN

En esta ponencia no voy a afrontar de un modo orgánico el complejo tema de la contribución que ha proporcionado la jurisprudencia constitucional al desarrollo de los derechos fundamentales, sino que me voy a limitar a subrayar algunos aspectos de la fecunda relación entre derechos y justicia constitucional. Especialmente, me propongo llamar vuestra atención en tres cuestiones que me parecen de una gran relevancia, tanto desde el punto de vista teórico como práctico:

(*) Publicado en la «Revista Peruana de Derecho Constitucional», núm. 2, Lima, 2000.

- a) La importancia que la justicia constitucional y el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona poseen en el Estado Democrático de Derecho, como bases de las modernas constituciones.
- b) La incidencia de la justicia constitucional en la tutela efectiva de los derechos fundamentales.
- c) La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales en la articulación y la efectividad de los derechos fundamentales.

1. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS: DOS BASES DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

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

En lo que respecta al primer pilar –es decir, el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales que se refieren a la tutela y a la promoción del ser humano– la doctrina ha subrayado unánimemente la estrecha relación que existe entre constitucionalismo y derechos de la persona; los derechos fundamentales nacen con las constituciones, son –usando las palabras de Pedro Cruz Villalón– una categoría dogmática del Derecho Constitucional⁽¹⁾. Como ha sido eficazmente subrayado, «el Derecho Constitucional nace junto con los derechos de la persona. Son los derechos que abren el terreno al constitucionalismo, a sus técnicas y a su evolución»⁽²⁾.

(1) Cfr. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en «Introducción a los derechos fundamentales», Madrid 1988, p. 162.

(2) Cfr. ONIDA, *La Corte e i diritti*, Studi Elia, Milano 1998, p. 1095.

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

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

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

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

Dicha relación ha influido también en la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales caracterizándolos –al mismo tiempo– como de-

(3) Cfr. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari 1997.

(4) Véase: BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, Madrid 1994.

rechos subjetivos de la persona y como elementos esenciales del ordenamiento constitucional.

La terminología adoptada a propósito es variada, pero sobre este punto se puede subrayar una concordancia significativa de puntos de vista también por parte de los Tribunales Constitucionales. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español 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». Siempre el Tribunal Constitucional español ha afirmado que: «Los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva» (sentencia 245/91).

Por su parte, el juez constitucional italiano se ha referido a la noción de «principios supremos»⁽⁵⁾, para subrayar cómo la garantía y la tutela de un amplio *corpus* de derechos viene a definir el perfil de los ordenamientos democráticos constitucionales.

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

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

(5) S. n.º.1146 de 1988 de la Corte Constitucional italiana.

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

Oportunamente, el profesor Rubén Hernández Valle, en su texto sobre el *Derecho Procesal Constitucional*, ha relacionado la necesidad de la jurisdicción con el desarrollo del constitucionalismo y la afirmación de constituciones rígidas: como ha afirmado la necesidad de hacer eficaces las limitaciones que el Derecho impone al poder, explica y justifica la existencia de Tribunales Constitucionales dentro del moderno Estado de Derecho⁽⁶⁾.

Se consolida la idea de que la justicia constitucional representa un corolario natural del carácter rígido de las constituciones. La justicia constitucional parece constituir la coronación y el enriquecimiento de los principios fundamentales que caracterizan la forma del Estado contemporáneo, definible en términos de Estado Social, Democrático y de Derecho.

Del Estado Liberal de Derecho, la justicia constitucional valora el principio de legalidad, extendiendo el alcance de este principio a la misma actividad legislativa. Valora también el principio de la separación de los poderes, convirtiendo en justiciable, a través de la competencia para juzgar los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, la repartición del supremo poder estatal entre una pluralidad de órganos diversos, recíprocamente equiparados e independientes entre ellos⁽⁷⁾.

El juicio de constitucionalidad realiza, también, una función de garantía característica del moderno Estado democrático: en favor de los

(6) Véase: HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho Procesal Constitucional*, San José 1995, p. 30. Del mismo autor véase: *Escritos sobre justicia constitucional*, Medellín 1997.

(7) La doctrina italiana ha subrayado la estrecha relación entre justicia constitucional y principio de legalidad. Véase: CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1984, p. 222 y ss.

derechos fundamentales de los individuos contra los abusos del legislador, en beneficio de las minorías y de las oposiciones políticas contra las decisiones arbitrarias de la mayoría parlamentaria y del gobierno. En los sistemas actuales, el juez constitucional se considera como una garantía para la tutela de los derechos y las posiciones subjetivas que la Carta constitucional reconoce a las personas individuales, a los grupos y a las estructuras organizadas de la sociedad.

Como recuerda el Presidente Emérito de la Corte Constitucional italiana, Livio Paladin: «en todos los ordenamientos que se caracterizan por una Constitución rígida y extensa... ocurre que los derechos que se regulan a partir de los principios generales de la Constitución se garantizan por vía jurisdiccional frente a cualquier tipo de violación de los mismos. Es sobre todo por este motivo por lo que en muchos Estados funcionan Cortes o Tribunales Constitucionales»⁽⁸⁾.

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

2.1. Las relaciones entre la justicia constitucional y los derechos pueden ser analizadas también bajo otro punto de vista: el que se refiere

⁽⁸⁾ Cfr. PALADÍN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, en «Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali», Padova 1988, p. 11.

CARROZZA, *La giustizia costituzionale e i suoi modelli: il problema della regole su organizzazione e funzionamento. Sintesi di un dibattito*, en (COSTANZO) «L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale», Torino 1996, p. 449 y ss. Recuerda cómo la justicia constitucional es «una institución sustancialmente unitaria y homogénea, característica del constitucionalismo contemporáneo, cuya principal, aunque no exclusiva función es ofrecer, mediante el control de la constitucionalidad de las leyes y eventualmente de otros actos de los poderes públicos, un instrumento de protección de los derechos y de las libertades garantizados constitucionalmente más eficaz que aquellos ofrecidos tradicionalmente por los medios jurisdiccionales ordinarios».

a la aportación sustancial que los Tribunales Constitucionales han proporcionado en el plano de la mejora de la tutela de los derechos fundamentales de la persona.

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

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

La inserción en el texto constitucional de amplios catálogos de derechos –aunque es necesario e importante– no permite percibir con inmediatez el grado de efectividad. La experiencia en el Derecho Comparado nos muestra que en muchos ordenamientos existe una clara contradicción entre la lectura del texto constitucional con el nivel real de democracia del sistema y de la libertad ciudadana.

Es difícilmente refutable que unos estándares de tutela más elevados hayan obtenido –hasta ahora–, en los sistemas políticos en los que se ha insertado, la politización de los derechos de la persona en un ordenamiento inspirado en una dimensión más evolucionada del Estado de Derecho: en los que, por un lado, existan órganos jurisdiccionales independientes y profesionalizados; y, por otro, que se admita la posibilidad

(9) Cfr. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en «Introducción a los derechos fundamentales», Madrid 1988. Véase también: AA.VV. *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994; AA.VV. *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee*, Milano 1994.

de que un juez pueda sancionar cualquier acto o comportamiento susceptible de violar un derecho fundamental⁽¹⁰⁾.

Dicho de otro modo, para evaluar la relevancia que tienen las declaraciones constitucionales de los derechos hay que considerar atentamente las formas de tutela de los mismos que prevé la Constitución, los instrumentos y las instituciones que permiten su efectivo ejercicio. Como ha afirmado el anterior Presidente del Tribunal Constitucional español, «nuestras constituciones son hoy... textos normativos en los que se cifra la voluntad de autodefensa frente al árbitro del poder de las generaciones vivas que, titulares del poder constituyente, las han creado, pretensión ésta que alcanza operatividad mediante la predisposición de instrumentos jurídicos (en especial, jurídico-procesales) que hagan posible que el espíritu y la letra del enunciado constitucional impregnen, con eficacia, el ordenamiento en un conjunto»⁽¹¹⁾.

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

Otros autores, desde la misma perspectiva, han diferenciado entre garantías generales, que se refieren a la organización de la comunidad política –y que se pueden llamar condiciones económico-sociales, cul-

⁽¹⁰⁾ Cfr. PRIETO SANCHÍS, *Las garantías de los derechos fundamentales*, en «*La Constitución española de 1978*», Madrid 1998, p. 327.

⁽¹¹⁾ Cfr. RODRÍGUEZ BEREIJO, *La justicia constitucional en los sistemas contemporáneos*, en «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional», Madrid 1997, p. 13.

⁽¹²⁾ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, *Los sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos*, en «Manuel Fraga: homenaje académico», Madrid 1997, p. 465 y ss. Sobre la garantía institucional de los derechos, véase: SORRENTINO, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino 1998.

turales y políticas, que favorecen el ejercicio de los derechos fundamentales—, y garantías más directamente vinculadas al sistema jurídico como la protección judicial de los derechos fundamentales⁽¹³⁾.

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

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

Hoy en día, por el contrario, parece que ya se ha consolidado la convicción de que la ley y el juez no reflejan tanto dos modelos contrapuestos como dos instrumentos distintos, pero complementarios para garantizar los derechos de la persona.

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

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

(13) Cfr. G. PECES BARBA, *Los derechos fundamentales*, Madrid 1980, p. 167.

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

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

Al mismo tiempo, la tutela administrativa de los derechos de la persona adquiere un papel creciente, 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. Su intervención es determinante para la erogación de servicios específicos cuya existencia es necesaria para asegurar los derechos de la persona; la intervención activa de la Administración pública es necesaria para asegurar el respeto al principio de no discriminación en el aprovechamiento de determinados servicios básicos, relacionados con el disfrute de derechos fundamentales de la persona⁽¹⁵⁾.

(14) Cfr. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»* en «*Scritti in onore di «P. Barile»*», Padova 1990, p. 109 y ss.

(15) Cfr. MARTÍN RETORTILLO, *El paradójico protagonismo de la Administración Pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales*, en «*Revista Aragonesa de Administración Pública*», 1994, n.º 4, p. 11 y ss. Idem, *La administrativización de los derechos fundamentales y su posible incidencia sobre el contenido esencial de aquéllos* en «*Cuadernos de Derecho Judicial*», 1994, p. 9 y ss.

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

Es interesante subrayar la creciente difusión en muchos ordenamientos de dos órganos administrativos que tienen la competencia para garantizar, directa o indirectamente, algunos derechos fundamentales de la persona: por un lado, los defensores del pueblo⁽¹⁶⁾ y, por otro, las autoridades administrativas independientes⁽¹⁷⁾.

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

(16) Sobre la experiencia del Defensor del Pueblo y del Ombudsman, véase: DE VERGOTTINI, *Ombudsman* en «Enciclopedia del Diritto», vol. XXIV, p. 879 y ss.; STACEY, *Ombudsman compared*, Oxford 1978; CALDERÓN, *El Ombudsman y la protección de los derechos humanos*, México 1992; FAIREN GUILLÉN, *El Defensor del Pueblo. Ombudsman*, Madrid 1986; ROWAT, *El Ombudsman en el mundo*, Barcelona 1990.

(17) Cfr. AA.VV. *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze 1997.

(18) Cfr. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano 1955; AA.VV. *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, Milano 1992; LÓPEZ GUERRA, *Protección de derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá*, en «La justicia constitucional: una premisa de la democracia», San José 1992, p. 11 y ss.; CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid 1987; AA.VV. *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Aix 1987; AA.VV. *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994. Para más información, véase: G. ROLLA, *Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales*, «Revista Española de Derecho Constitucional», 1998, p. 39 y ss.

Con la introducción de las constituciones rígidas y la afirmación de la justicia constitucional se modifica la relación tradicional entre derecho y ley —que había caracterizado a la doctrina estatal del siglo XVIII— según la cual los derechos se conformaban y existían en base a la ley, los derechos se reducían en muchos casos a la exigencia de comportamientos legales por parte del poder. Como decía Hobbes: «*law and rights are often confounded*»⁽¹⁹⁾: Con las constituciones rígidas, de hecho, los derechos vienen a ser un límite para la ley y, al mismo tiempo, un elemento que caracteriza a la Constitución. Parafraseando las palabras del *Federalist* se puede afirmar que: «ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida» y, por tanto, ninguna ley contraria a los derechos puede ser válida.

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

En nuestra opinión, se puede sostener que una tutela orgánica de los derechos reconocidos y garantizados necesita de la justicia constitucional, que se confirma como el principal tribunal de los derechos y de las libertades, según la eficaz y siempre actual afirmación de *Cappeletti*, que habla de jurisdicción constitucional de las libertades⁽²⁰⁾. Como lo demuestra, por una parte, la evolución concreta de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales en Europa y además en Norteamérica, y por otro lado, la gran difusión que esta institución ha tenido en las nuevas cartas constitucionales de Europa oriental, de Centroamérica y

(19) Así: HOBBS, *Elements of law, natural and politic*, Cambridge 1928, p. 148. Para más información, véase: ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992.

(20) Cfr. CAPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano 1955.

Sudamérica y de África, en conexión con la codificación de amplios catálogos de derechos de la persona⁽²¹⁾.

En muchos ordenamientos, la actividad del Tribunal Constitucional se caracteriza precisamente por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona y las principales decisiones han constituido una piedra angular en la evolución del papel del Tribunal Constitucional. A este propósito, es natural referirse a la Corte Suprema norteamericana del juez *Warren*, por el papel impulsor que ha tenido con respecto a la incompatibilidad de la esclavitud con la Constitución, la superación de la discriminación racial, o en cuanto a la afirmación del derecho a una tutela judicial efectiva, o del derecho de crítica y de libre manifestación del pensamiento⁽²²⁾.

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

(21) Cfr. AA.VV. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid 1997; GARCÍA BELAUNDE-FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid 1997; AA.VV. *La justicia constitucional: una promesa de la democracia*, San José 1992.

(22) Véase: AA.VV. *Giustizia costituzionale e diritto dell'uomo negli Stati Uniti*, Milano 1992.

(23) Cfr. G. ROLLA, *La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadense*, «Quaderni Cost.», 1996, p. 197ss.; AGRESTO, *The Supreme Court and constitutional democracy*, Toronto 1984; STRAYER, *The Canadian constitution and the Courts: their function and scope of judicial review*, Toronto 1983; MANFREDI, *Judicial power and the charter*, Toronto 1992.

Véase: SHARPE, *Ordinamento giudiziario e giustizia costituzionale*, en (OLIVETTI - PEGORARO) «L'ordinamento costituzionale del Canada», Torino 1997, p. 164 y ss.

No ha sido menor el papel desempeñado por el juez constitucional en Italia, a quien se debe el mérito de haber eliminado del ordenamiento jurídico, frente a la inercia del legislador ordinario, gran parte de la legislación anterior a la Constitución, incompatible con los derechos de la persona garantizados en la Carta constitucional. Es interesante ver cómo en Italia el proceso de positivización de los derechos fundamentales y de «desfascistización» del ordenamiento no se haya conseguido tanto por el Parlamento, sino por una «alianza tácita» que ha unido a los jueces comunes –que se encargaban de promover las cuestiones de legitimidad constitucional– y la Corte Constitucional.⁽²⁴⁾

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

En el primer caso, tiene relevancia, sobre todo, las competencias de los Tribunales Constitucionales en materia de control de constitucionalidad de la ley y en temas de conflicto entre los poderes del Estado. En el segundo, por el contrario, es fundamental la previsión de recursos directos contra todos los actos de los poderes públicos –y, en algún caso, también de los particulares–. En este último caso, el deber principal de los sistemas de justicia constitucional, «es defender al

(24) Cfr. ZAGREBELSKY, *La giurisdizione costituzionale*, en (AMATO-BARBERA) «*Manuale di Diritto Pubblico*», Bologna 1987, p. 506 y ss.

Sobre la influencia del Tribunal Constitucional italiano en la renovación de las instituciones y del sistema democrático: AA.VV. *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna 1978; AA.VV. *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna 1982.

Véase: G. ROLLA, El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectivas de reforma, «Cuadernos de Derecho Público», 1998, p. 137 y ss.

individuo por la posición de inferioridad en que se encuentra frente a los poderes públicos y no una defensa objetiva de la Constitución»⁽²⁵⁾.

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

- a) Sistemas en los cuales la jurisdicción constitucional de las libertades es muy amplia. Es el caso, en Europa, de la República Alemana (art. 90). Mientras en Latinoamérica se puede subrayar la fundamental experiencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, que goza de amplias competencias tanto en materia de habeas corpus, como de recurso de amparo. La doctrina, a propósito, ha distinguido cuatro categorías de habeas corpus (reparador, preventivo, restringido, correctivo); y ha subrayado la amplitud del recurso de Amparo, que puede ser contra actos, por hechos, por omisiones o por amenazas⁽²⁶⁾.
- b) Sistemas en los que la jurisdicción constitucional de las libertades opera de modo amplio, pero está sometida a algunas limitaciones bajo la figura de los actos justiciables ante el juez constitucional. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, los recursos son admisibles sólo contra los actos de algunos poderes públicos, no de todos: es el caso, por ejemplo, del art. 84 de la ley sobre la organización judicial federal suiza de 1943, que limita el ámbito de aplicación del recurso a la impugnación de los actos de las autoridades cantonales; del recurso constitucional austriaco

(25) Cfr. PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid 1985, p. 12. Véase también: RUBIO LLORENTE-JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid 1998.

(26) Véase: RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE, *La jurisdicción constitucional en Costa Rica*, en GARCÍA BELAUNDE-FERNÁNDEZ SEGADO, «La jurisdicción constitucional en Iberoamérica», Madrid 1997, p. 515 y ss.

Sobre la jurisdicción constitucional en Costa Rica: ORTIZ, *La jurisdicción constitucional en Costa Rica*, «Revista Española de Derecho Constitucional», 1995, p. 65 y ss; Sagües, *La jurisdicción constitucional en Costa Rica*, «Revista de Estudios Políticos», 1991, p. 471 y ss.

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

- c) Sistemas que se colocan en una posición intermedia, en la frontera entre los dos modelos, ya que –aunque no prevén formas de recurso directo, sino sólo cuestiones referentes a la constitucionalidad de las leyes– consiguen una salvaguardia sustancial de los derechos lesionados, concretamente a partir de formas de control directo de constitucionalidad, o de la relación directa que se instaura, en virtud de las cuestiones de inconstitucionalidad, entre el juicio de constitucionalidad de las leyes y el proceso que ocasiona el juicio del Tribunal Constitucional. En esto caso, re-

(27) Véase: OLIVER ARAUJO, *El recurso de amparo*, Palma 1986, p. 260 y ss. En cuanto al tema de recurso de amparo en España: FERNÁNDEZ FERRERES, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid 1994; AA.VV. *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid 1996; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, en RUÍZ RICO RUÍZ «*La aplicación jurisdiccional de la Constitución*», Valencia 1997; SÁNCHEZ MORÓN, *El recurso de amparo constitucional*, Madrid 1987; RUBIO LLORENTE-JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid 1998, p. 31ss; RUBIO LLORENTE, *El recurso de amparo constitucional*, en «*La jurisdicción constitucional en España*», Madrid 1995, p. 125 y ss; ARAGÓN, *Consideraciones sobre el recurso de amparo*, en (edición de ROMBOLI), «*La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*», Torino 1994, p. 165 y ss.

sultaría incorrecto negar que tras la objetividad del juicio se esconde, también, la voluntad de proteger los derechos concretos lesionados por el uso indebido del legislador de su discrecionalidad política o por la aplicación indebida que viene dada por los poderes públicos en las disposiciones de ley. La tutela del ordenamiento y la protección de diferentes posiciones subjetivas no son cuestiones antitéticas, sino que representan, antes bien, dos aspectos complementarios, máxime si consideramos que «el ordenamiento es siempre más objetivo y justo cuanto mayor, intensa y directa es la defensa de los derechos»⁽²⁸⁾.

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

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

En Europa, el acceso directo a la justicia constitucional está previsto —por ejemplo— en el art. 90 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán; en el art. 82 ss. de la ley sobre el Tribunal Constitucional austriaco, o también en el art. 41 ss de la Ley Orgánica sobre el Tribunal Constitucional español.

(28) Cfr. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova 1990, p. 608.

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

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

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

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

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

Se puede considerar que este tipo permite la difusión de la institución del amparo constitucional y refuerza el nivel de tutela de los ciudadanos,

⁽³⁰⁾ La doctrina en castellano sobre el amparo es muy amplia. Véase: BURGOA, *El juicio de amparo*, México 1968; BIDART CAMPOS, *Derecho de Amparo*, Buenos Aires 1961; SANDRA LLOBREGAT, *Los procesos de amparo*, Madrid 1994; GARCÍA MORILLO, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid 1985; FIX-ZAMUDIO, *El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado*, en «*Studi in onore di Biscaretti di Ruffia*», Milano 1987, p. 411 y ss; GARCÍA BELAUNDE, *El Habeas Corpus en América Latina*, «*Revista de Estudios Políticos*», 1997, p. 104 y ss.

Para un estudio orgánico del amparo en los sistemas constitucionales iberoamericanos: GARCÍA BELAUNDE-FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid 1997; FERNÁNDEZ SEGADO, *Los sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos*, cit., p. 463 y ss; AA.VV. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid 1997.

con el objetivo de tutelar a los ciudadanos frente a cualquier tipo de lesión de los derechos fundamentales tutelados por las constituciones.

b) En otros casos, a su vez, las instituciones de tutela jurisdiccional se toman en consideración sobre la base de los sujetos, accionándose el recurso en las relaciones entre éstos. Se pueden distinguir, particularmente, tras ordenamientos que admiten el recurso sólo en las relaciones de los poderes públicos, y ordenamientos que permiten recurrir también contra los privados.

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

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

Los ordenamientos que admiten el recurso contra actos de privados que lesionan derechos garantizados constitucionalmente introducen, en general, límites particulares. Por ejemplo, la Ley de Amparo en Costa Rica admite el recurso de amparo contra particulares cuando confluyen cuatro hipótesis: a) el privado actúa o debe actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas; b) cuando el particular se encuentra en una situación de poder respecto del recurrente; c) cuando el particular se encuentra, por razones de hecho, en una clara situación de poder; d) cuando los remedios jurisdiccionales ordinarios resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales⁽³¹⁾.

(31) Cfr. Rubén HERNÁNDEZ VALLE, *La jurisdicción constitucional en Costa Rica*, en GARCÍA BELAUNDE-FERNÁNDEZ SEGADO «La jurisdicción constitucional en Iberoamérica», Madrid 1997, p. 521; HERNÁNDEZ TREJOS, *La tutela de los derechos humanos*, San José 1978.

Podemos traer a colación otros ejemplos significativos: en Argentina, el recurso de *habeas data* puede elevarse contra particulares destinados a promover informes, y los susceptibles de generar información⁽³²⁾. En Brasil, el *mandado de segurança* se puede accionar sólo en el caso de particulares que ejerzan funciones públicas⁽³³⁾; en Guatemala, el amparo puede presentarse contra las entidades a las que debe ingresarse por mandato legal y otras reconocidas por la ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes⁽³⁴⁾.

Mientras, en Colombia, la ley enuncia taxativamente los casos en los que procede la acción de tutela contra particulares, individualizándolos en los casos de: *a)* ejercicio de cualquier servicio o función públicas; *b)* organización privada contra la cual el solicitante tiene una relación de subordinación o indefensión; *c)* contra aquél que viole o amenaza violar la prohibición a la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; *d)* cuando se trata de un medio de comunicación al que se pida la rectificación de informaciones inexactas o erróneas no rectificadas o rectificadas de manera indebida; *e)* para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión⁽³⁵⁾.

(32) Cfr. Néstor PEDRO SAGÜÉS, *Instrumentos procesales protectores de los derechos en Argentina*, cit., p. 316; BIDART CAMPOS, *El Derecho de Amparo*, Buenos Aires 1961; FALCÓN, Enrique, *Habeas Data*, Buenos Aires 1996; SERRA, *Recursos y procesos constitucionales*, Buenos Aires 1992; VANOSI, *Recurso extraordinario federal. Control de constitucionalidad*, Buenos Aires 1984; DALLA VIA, *La justicia constitucional en Argentina*, en «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional», Madrid 1997, p. 35.

(33) Cfr. Luiz PINTO FERREIRA, *Os instrumentos processuais protetores dos direitos no Brasil*, en «La jurisdicción constitucional en Iberoamérica», cit., p. 426 y ss.; Gondalvez FERREIRA FILHO, *La justicia constitucional en Brasil*, en «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional», Madrid 1997, p. 57 y ss.

(34) Cfr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO-Domingo GARCÍA BELAUNDE, *La jurisdicción constitucional en Guatemala*, en «La jurisdicción constitucional en Iberoamérica» cit., p. 736; GARCÍA LAGUARDIA, *La justicia constitucional en Guatemala*, en «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional», Madrid 1997, p. 207 y ss.

(35) Cfr. Eduardo CIFUENTES MUÑOZ, *La jurisdicción constitucional en Colombia*, en «La jurisdicción constitucional en Iberoamérica» cit., p. 484.

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

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

Ello es así porque cuando un juez constitucional decide sobre un recurso evalúa –en verdad– un caso particular, es decir, asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente, esto es, orienta los comportamientos futuros tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios⁽³⁶⁾.

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

⁽³⁶⁾ Cfr. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo*, en «La sentencia de amparo constitucional», Madrid 1996, p. 17 y ss.

tenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad»⁽³⁷⁾.

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

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

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

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

⁽³⁷⁾ Cfr. G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, Napoli 1986, p. 278 y ss.

⁽³⁸⁾ Cfr. AA.VV. *Affirming fundamental rights in the European Union*, Luxemburgo 1999, p. 1. En particular, los autores afirman que «it is crucial to express and present fundamental rights in way that permits the individual to know and access them... their current lack of visibility not only violate the principle of transparency, it also discredits the effort to create a 'Europe of citizens».

Dicho objetivo se concreta, en numerosas constituciones, a través de una especificación analítica de las posiciones subjetivas relacionadas con el ser humano sujetas a la garantía constitucional; pero no debe olvidarse que el mismo resultado se consigue también —y con efectos más coercitivos desde el punto de vista jurídico— a través de una precisa y clara jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales.

Una de las características externas del constitucionalismo contemporáneo la constituye el impulso a la universalización de muchos derechos de la persona; durante este último decenio en muchos Estados se han aprobado cartas constitucionales que —más allá de las especificidades históricas, de la diversidad en las formas de gobierno y de Estado— tienden a homologarse bajo el perfil de la clasificación de los derechos de la persona reconocidos como fundamentales. Dicha tendencia parece acercar realidades constitucionales bastante diferentes, como las de los Estados de la Europa central y oriental⁽³⁹⁾, las recientes constituciones de la América Latina⁽⁴⁰⁾ y de África⁽⁴¹⁾.

(39) Se considera especialmente el ejemplo de las Constituciones de Hungría, Polonia. Cfr. R. WIERUSZESKI, *Human Rights and Current Constitutional Debates in Central and Eastern European Countries*, en «*The Strength of Diversity*», Boston, p. 187 y ss.

Sobre el proceso de desarrollo constitucional en el Este de Europa: WWRZYNIACKI, *La Polonia e le sue Costituzioni dal 1791 ad oggi*, Rimini, 1993; BARTOLA, *Riforme costituzionali nell'Europa centro orientale*, Bologna 1993; POGANY, *Human Rights in Eastern Europe*, Elgar 1995; HOWARD, *Costituzioni e diritti nell'Europa centro-orientale*, en «*Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*», Bologna 1994.

(40) Cfr. VILLA, *Los derechos humanos en la Constitución colombiana de 1991*, Debate abierto, 1992, p. 9 y ss.; Rubén HERNÁNDEZ, *Las libertades públicas en Costa Rica*, San José 1980; 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, p. 1053 y ss.; 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, p. 11 ss.; BAUER, *Los derechos humanos en América*, Guatemala 1987; BRYSK, *The Politics of Human Rights in Argentina*, Stanford 1994.

(41) Cfr. OLINGA, *L'aménagement des droits et libertés dans la Constitution camerounais révisé*, en «Revue universale des droits de l'homme» 1996, n.º 8, p. 116

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

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

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

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

3.3. Más allá de su papel educativo, los Tribunales Constitucionales cumplen una función de tipo informativo, si tenemos en cuenta que su jurisprudencia, en materia de derechos fundamentales, constituye un

ss.; NEGUEMA, *Human Rights Perspectives in Africa*, in «Human Rights Journal», 1990, p. 261; ELIAS, *Africa and the Development of International Law*, Nijhoff 1988.

espejo emblemático de la realidad social, de sus contradicciones y de sus transformaciones. Las decisiones más relevantes al respecto se pueden comparar con las escenas del pintoresco teatro del mundo contemporáneo: donde toma cuerpo la lucha cotidiana por la vida, por la dignidad, por la libertad humana⁽⁴²⁾.

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

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

En particular, es importante el papel de los jueces constitucionales en las fases de transición, cuando sobre las cenizas de un ordenamiento totalitario se instauran nuevas constituciones inspiradas en los valores del Estado Democrático de Derecho: los jueces constitucionales ejercen un papel determinante en la modernización y en la democratización del ordenamiento jurídico, contribuyendo a afirmar los nuevos valores constitucionales. Sobre todo, en los ordenamientos en los que se reconoce la competencia de los Tribunales Constitucionales también con respecto a las leyes y a la normativa anterior a la entrada en vigor de la Constitución⁽⁴³⁾.

(42) Cfr. Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, *La Europa de los derechos humanos*, Madrid 1998, p. 101.

(43) Cfr. G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli 1986, p. 197 ss.

De este modo, se subraya con mayor evidencia el valor de «ruptura» que la nueva Constitución trata de marcar frente al régimen precedente.

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

En la República Federal Alemana, cabe destacar el art. 123 Cost., según el cual las leyes anteriores a la primera reunión del *Bundestag* permanecen en vigor siempre que no sean incompatibles con la Ley fundamental. En Italia, el juez constitucional admitió, desde su primera sentencia en 1956, su propia competencia para controlar las leyes anteriores a la Constitución, declarando su ilegitimidad constitucional. Igualmente, en España, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el contraste entre norma constitucional y ley ordinaria preconstitucional determina la inconstitucionalidad sobrevenida de esta última, invalidándola: también ha consentido que el juez ordinario pueda no aplicar las normas preconstitucionales que entran en contradicción con la Constitución, sin necesidad de elevar la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional⁽⁴⁴⁾.

Con estas decisiones, los Tribunales Constitucionales han convertido en vitales los principios constitucionales y las normas en materia de derechos fundamentales, difundiendo su conocimiento a todo el cuerpo social. Además han supuesto un estímulo desde el momento en que no sólo renuevan el ordenamiento jurídico, eliminando las disposiciones contrarias a la Constitución, sino que también convierten en ilegíti-

(44) En el tema de inconstitucionalidad sobrevenida, desde una perspectiva comparada: G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli 1986, p. 210 ss.; FRIESENHAMN, *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica federale tedesca*, Milano 1965, p. 67 ss.; ARAGÓN REYES, Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia, en «El Tribunal Constitucional», Madrid 1981, p. 564 ss.; CARROZZA, *Alcuni problemi della giustizia costituzionale in Spagna*, en «*L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*», Milano 1985, p. 1121 ss.

mos los actos de los poderes públicos que lesionan los nuevos principios en materia de derechos fundamentales, aunque se basen en leyes anteriores todavía vigentes.

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

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

En lo que concierne al primer caso, se puede considerar que, mientras los recursos directos de amparo tienen por objeto mayormente las lesiones de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos, sobre todo de la autoridad judicial ya que tienden a transformarse en un recurso de última instancia, las cuestiones de legitimidad constitucional no tienen por objeto tanto una lesión directa de un derecho por parte de la ley, cuanto una petición de equilibrio entre los derechos (constitucionalmente tutelados) susceptibles de entrar en conflicto: por ejemplo, la libertad de expresión y el derecho a la confidencialidad, libertad de investigación y derecho a la salud, libertad de iniciativa económica y pluralismo cultural, etc.

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

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

Esta proyección particular del principio personalista obliga, antes que nada, a los jueces constitucionales a poner en correlación los derechos ligados al principio de libertad con los ligados al principio de igualdad, o también –como se suele afirmar de forma más sintética– derechos civiles y derechos sociales. Por un lado, individualismo, librecambismo, igualdad formal; por otro lado, solidaridad, promoción social e igualdad material. Un equilibrio no fácil de conseguir siempre que las orientaciones prevalentes tiendan a diferenciar las dos tipologías de derechos (derechos de libertad, derechos económico-sociales) y a introducir una especie de jerarquía implícita, sobre la base de considerar que los derechos sociales –a diferencia de los de libertad, considerados como fundamentales e inviolables– están condicionados, es decir, dependen de la cantidad de recursos disponibles, y de que su efectividad está en función del presupuesto del Estado⁽⁴⁵⁾.

En segundo lugar, la necesidad de afirmar el principio personalista, tal y como se entiende en las formas de Estado social y democrático, obliga a los Tribunales Constitucionales –en la resolución de los casos específicos– a reafirmar una lectura evolucionada del principio de igualdad, evitando que la garantía de la igualdad entre las personas y la prohibición de discriminación irracional terminen por no reconocer las múltiples diversidades, individuales y colectivas, en que se articula la sociedad contemporánea. Dicho de otro modo, el principio de igualdad, analizado en conexión con las disposiciones que reconocen el derecho al libre desarrollo de la propia personalidad e identidad, no excluye, sino que presupone, la tutela de las múltiples diferencias que caracterizan la sociedad: desde la sexual a la étnica, desde la cultural a la lingüística. En el seno del principio clásico de igualdad se oculta la posibilidad del dere-

(45) Han profundizado en la posición constitucional de los derechos sociales, especialmente en la naturaleza de los derechos condicionados: LUCIANI, *Sui diritti sociali*, en «*Scritti in onore di M. Mazziotti di Celso*», Milano 1995, p. 97 ss.; CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, en «*Scritti in onore di L. Mengoni*», Milano 1995, p. 1773 ss.; PACE, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, en «*Piero Calamandrei: ventidue saggi su di un grande maestro*», Milano 1990, p. 303 ss.; LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, «*Politica del diritto*», 1999, p. 7 y ss.

cho al reconocimiento de las diferencias, su existencia parte de un grupo social más amplio que posee una destacada individualidad.

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

En algún caso es la propia Constitución la que indica el criterio para resolver el eventual conflicto entre los derechos generales de la persona y los derechos de los grupos étnicos: es el caso, por ejemplo, del art. 30 de la Constitución de Sudáfrica, la cual, con el fin de garantizar un equilibrio entre el *Bill of Rights* y las tradiciones locales específicas, ha establecido que «cada cual tiene el derecho de usar la lengua y de participar en la vida cultural según su propia elección, pero debe hacerlo de acuerdo con las previsiones del *Bill of Rights*».

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

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

Finalmente, los derechos tradicionales relacionados con la tutela de la libertad de la persona deben contemporizarse con el desarrollo de la investigación científica y de la tecnología, con la impresionante aceleración de las innovaciones en este campo. En los albores del nuevo milenio, la libertad de la persona debe enfrentarse a desafíos peligrosos que comportan los nuevos fenómenos que, además de constituir un indudable

factor de modernización y un estímulo para el progreso, representan al mismo tiempo un peligro potencial para el libre desarrollo de la persona. Pensemos, por ejemplo, en los muchos interrogantes que abren algunas líneas de investigación (las manipulaciones genéticas, las intervenciones en ingeniería biológica, las operaciones de cambio de sexo, las nuevas técnicas de fecundación artificial) en lo que concierne el respeto al ser humano, incluida su identidad. Igualmente, se pueden considerar los nuevos perfiles del derecho a la confidencialidad y a la identidad personal; inducidos, por un lado por el desarrollo de las tecnologías y, por otro, por la evolución social de las costumbres.

3.5. El proceso de especificación de los derechos fundamentales que parece caracterizar las más recientes constituciones —que se distinguen por un amplio y analítico catálogo de posiciones subjetivas garantizadas como derechos fundamentales— se muestra útil, pero necesita también de la intervención y de la interpretación de los Tribunales Constitucionales.

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

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

de la prohibición de prestaciones personales sin base legislativa la existencia de la libertad individual a autodeterminarse⁽⁴⁶⁾.

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

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

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

(46) Sobre los llamados «nuevos derechos»: BADENI, *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, Buenos Aires 1995; RUÍZ MIGUEL, *La tercera generación de los derechos humanos*, en «Revista de Estudios Políticos», 1991, p. 303 ss.; MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995.

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

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

En otros términos, las cláusulas generales representan el trasfondo, el *background*, susceptible de dotar una justificación racional a la jurisprudencia evolutiva de los derechos: de forma significativa, la doctrina norteamericana considera tales expresiones como «*a critical guide to a historically selfconscious moral, political and legal*»⁽⁴⁷⁾.

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

En el ámbito de la tutela de los derechos de la persona, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar un ámbito de influencia y de mutuo enriquecimiento entre los ordenamientos nacionales y supranacionales⁽⁴⁸⁾.

(47) Para profundizar en las diferentes posiciones doctrinales sobre el valor jurídico y la interpretación de las cláusulas generales de la Constitución sobre los derechos: PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova 1990, p. 4 ss.; BARBERA, Art. 2, en *Commentario della Costituzione italiana*, Bologna 1975, p. 50 ss.; MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, p. 2 ss.

(48) En cuanto al tema de las relaciones entre ordenamientos nacionales e internacionales en el marco de la Unión Europea: CASSESE-CLAPHAN - WEILER, *Baden*

Esta tendencia produce tres efectos relevantes bajo el perfil del Derecho Constitucional;

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

b) En segundo lugar, la acción de la jurisprudencia favorece la adhesión a un método interpretativo común, la existencia de formas significativas de unidad cultural, o la aceptación de un sistema de valores suficientemente homogéneo. Operando de esta forma, se introduce un factor de dinamismo en la interpretación de los derechos fundamentales desde el momento en que se predispone a los catálogos nacionales a la apertura hacia la consideración de nuevas situaciones subjetivas.

Una posición favorable a un desarrollo extensivo de la referida posibilidad ha sido asumida, a través de una de sus decisiones, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha considerado aplica-

Baden 1991; CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano 1995; COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino 1994; SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano*, en CAPPELLETTI-PIZZORUSSO «*L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*», Milano 1982, p. 55 ss.; AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti*, Torino 1998.

bles directamente todas las convenciones en materia de derechos humanos, incluso las no ratificadas (por ejemplo, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre) y también las normas relativas a dichos derechos consolidadas a nivel internacional. Esta significativa ampliación del parámetro la ha motivado el argumento de que el fin que debe ser logrado por los diferentes ordenamientos consiste, en todo caso, en la exigencia de asegurar la mejor y más amplia tutela de los derechos de la persona⁽⁴⁹⁾.

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

La formación de un *ius commune* en materia de derechos fundamentales determina la ampliación del catálogo de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito nacional. Por su parte, la implementación jurisprudencial de los derechos es posible utilizando el criterio de la interpretación constructiva, en base a la cual, la normativa nacional debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance que los propios derechos tienen en el ámbito internacional. 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.

En efecto, como ha recordado Rubén Hernández Valle, la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales debe realizarse conforme a los principios «*pro homine*» y «*pro libertatis*». Como ha dicho la Sala Constitucional de Costa Rica (fallo 3550/92) «debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad»⁽⁵⁰⁾.

(49) Cfr. MEDINA, *The Interamerican Commission on Human Rights and the Interamerican Court of Human Rights*, «Human Rights Quarterly», 1990, p. 439 ss.

(50) Cfr. Rubén HERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Constitucional*, San José 1995, p. 94.

La capacidad del juez constitucional de implementar los derechos de la persona a través del recurso a las codificaciones internacionales se manifiesta en diferentes modalidades:

- a) Aplicando directamente como parámetro del propio juicio las disposiciones de las convenciones internacionales sobre los derechos fundamentales, sobre todo en los ordenamientos que prevén la incorporación en la Constitución de normas internacionales sobre los derechos fundamentales, o bien que reconozca a dichas normas una fuerza superior a la de la ley ordinaria;
- b) Aplicando el principio de que, en caso de conflictos, las normas internacionales deben considerarse, en cualquier caso, prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias;
- c) Utilizando el criterio de la interpretación constructiva, en base a la cual la normativa nacional debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance que los propios derechos tienen en el ámbito internacional;
- d) Apelándose al principio garantista, por el cual, ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permita con mayor efectividad dar desarrollo a la eficacia jurídica de un determinado derecho.

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

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

III

JUICIO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL EN VÍA INCIDENTAL Y TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES^(*)

SUMARIO: 1. Las finalidades esenciales del proceso constitucional. 2. Hacia la convergencia progresiva de modelos originalmente contrapuestos. 3. La peculiaridad del control de constitucionalidad en vía incidental. 4. Algunos institutos procesales aptos para favorecer la tutela concreta de los derechos constitucionales. 5. El control sobre la validez de la legislación anterior a la Constitución. 6. Técnicas y cláusulas de interpretación que favorecen, en los sistemas de justicia constitucional en vía incidental, una tutela concreta de los derechos fundamentales. 7. Consideraciones finales.

1. LAS FINALIDADES ESENCIALES DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

Es indudable que la experiencia del constitucionalismo contemporáneo registra una difusión significativa de la justicia constitucional. Un desarrollo que, sobre todo en estos últimos años, ha afectado de manera

(*) Ponencia presentada al II Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (San José, julio de 2004).

homogénea a los más diversos ordenamientos jurídicos, haciendo de los Tribunales Constitucionales la institución más divulgada en las constituciones vigentes y más típica del constitucionalismo del siglo pasado.

La expansión de la justicia constitucional ha alcanzado la totalidad de los países de Europa; por otro lado, el proceso de democratización que ha caracterizado a muchísimos países de Europa Oriental y de América Latina se califica por el reconocimiento de los derechos fundamentales de muchos institutos típicos del Estado de Derecho, por la institucionalización de formas de justicia constitucional⁽¹⁾.

Entre los posibles motivos de consolidación y desarrollo de la justicia constitucional se encuentra el hecho de que el proceso constitucional persigue una pluralidad de finalidades, que se pueden atribuir todas –obviamente– a la rigidez de la Constitución, al principio de la supremacía de las normas constitucionales y a la consiguiente ilegitimidad de los actos contrarios.

En primer lugar, el proceso constitucional, de conformidad con la teoría kelseniana de la Corte Constitucional como «legislador negativo», exige al deber de asegurar la racionalidad y homogeneidad del sistema jurídico, de favorecer su íntima coherencia: no solamente anulando las normas de ley contrastantes con las de rango constitucional, sino

⁽¹⁾ Sobre las experiencias de justicia constitucional en el Derecho Comparado: L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino 1998, p. 39 ss.; G. LOMBARDI, coord., *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini 1979; J. LUTHER-R. ROMBOLI-R. TARCHI, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2000; J. Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XX*, Tecnos, Madrid 2002; M. MAZZA, *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Cedam, Padova 1999; M. VERDUSSEN (dir.), *La Justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruylant, Bruxelles 1997; S. BARTOLE, *Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell'Europa centro-orientale*, «Quaderni Cost.», 1996, p. 230 y ss.

En América Latina puede verse el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional y la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. También: D. GARCÍA BELAUNDE-F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid 1997.

también eximiendo la tarea de interpretación auténtica del significado de las disposiciones constitucionales o bien de unificación de las orientaciones jurisprudenciales en lo que respecta a los diversos artículos de la Constitución.

Tal papel está, en algunos ordenamientos, expresamente reconocido y codificado⁽²⁾, en otros, en cambio, aunque sea en explícitas previsiones normativas, se llega a los mismos resultados en vía de *praxis*: a causa de la existencia del principio del *stare decisis*, que vincula a los jueces al precedente judicial suministrado por las decisiones del juez constitucional, o en consecuencia de la *auctoritas* de la cual gozan las decisiones de las Cortes Constitucionales, de su fuerza persuasiva, del consentimiento que las mismas adquieren por parte de los operadores jurídicos y los intérpretes del Derecho⁽³⁾.

En segundo lugar, la justicia constitucional —coherentemente con las elaboraciones en tema de «guardián de la Constitución»— se propone asegurar el equilibrio institucional entre los poderes del Estado y el Estado Central y las Regiones (o los Estados miembros en los ordenamientos federales). Los jueces constitucionales refuerzan su po-

(2) Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana decide sobre la interpretación de la Ley Fundamental ya sea con ocasión de controversias sobre el alcance de las atribuciones y deberes de un órgano supremo federal, o en los casos de divergencia de opiniones o de dudas sobre la compatibilidad del derecho con la Constitución, o sobre la supervivencia de normas de Derecho federal. Igualmente, el Tribunal Constitucional español es competente para corregir la jurisprudencia de los jueces comunes, mediante las propias decisiones que resuelven los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad.

Para posteriores consideraciones respecto de los alcances del artículo 164.1 de la Constitución española puede verse: G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Jovene, Napoli 1986, p. 278 ss.

(3) Según A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali. Art. 136, Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna 1981, p. 175 ss. Las sentencias de acogimiento, fijan su eficacia *erga omnes* y deben ser tomadas en cuenta entre las fuentes del Derecho, mientras que las *rationes decidendi* poseen una eficacia persuasiva semejante a aquella que es propia del precedente.

sición sistémica de defensores de la Constitución desempeñando un papel arbitral, de garante del respeto formal y sustancial del principio de la separación de los poderes, entendida ya sea en su proyección horizontal como en la vertical. Gracias a la presencia de los Tribunales Constitucionales los conflictos que surgen entre los poderes y entre los diversos niveles institucionales están canalizados en el interior de los procedimientos jurisdiccionales, en lugar de encontrar una solución de carácter meramente político⁽⁴⁾.

Por último, según una conocida definición doctrinal que califica a las Cortes como «jueces de las libertades»⁽⁵⁾, el proceso constitucional es comúnmente considerado la sede donde se garantiza la tutela de las posiciones subjetivas y de los derechos reconocidos por la Constitución: a través del proceso constitucional se controlan los poderes públicos (o sea a los gobernantes), se vigila para que las decisiones públicas no vulneren las libertades garantizadas por la Constitución.

De hecho, se debe tomar en cuenta que la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático de Derecho a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales⁽⁶⁾.

(4) Basta considerar, por ejemplo, el artículo 134 de la Constitución, según la cual la Corte Constitucional italiana juzga sobre los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado y las Regiones, y entre las Regiones entre sí. El artículo 13° de la Ley del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania que asigna a tal órgano la competencia para decidir, entre otras, controversias de derecho público entre el Estado central y los *Länder*, entre los diferentes *Länder* o al interior de un mismo *Land*, así como sobre las controversias relativas a los alcances de las atribuciones y deberes de un órgano supremo federal o de otros interesados. El Título IV de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, referido a los conflictos constitucionales, disciplina tanto los conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas, así como aquellos entre los órganos constitucionales del Estado.

(5) Así, M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milano 1950.

(6) Para posteriores consideraciones puede verse a: G. ROLLA, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México 2002.

No se debe olvidar que en muchos ordenamientos la actividad de los Tribunales Constitucionales se caracteriza precisamente por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona; además, las decisiones principales de los Tribunales Constitucionales han constituido una piedra angular en la evolución del Estado de Derecho y de la costumbre. Como se ha afirmado, «en todos los ordenamientos que se caracterizan por una Constitución rígida y escrita sucede que los derechos se garantizan por vía jurisdiccional frente a cualquier tipo de violación de los mismos. Es sobre todo por este motivo, que en muchos Estados funcionan Cortes o Tribunales Constitucionales»⁽⁷⁾.

En este contexto, el proceso constitucional representa la sede en la cual el ciudadano está garantizado por la Constitución a través de órganos y procedimientos específicos⁽⁸⁾.

2. HACIA LA CONVERGENCIA PROGRESIVA DE MODELOS ORIGINALMENTE CONTRAPUESTOS

En el pasado, los diversos sistemas de justicia constitucional han sido ordenados en base de múltiples esquemas clasificadores, de naturaleza preponderantemente dual.

En relación a la determinación del órgano competente para controlar la legitimidad constitucional de las leyes y de los demás actos que poseen fuerza de ley se ha distinguido entre sistemas difusos y centralizados. En los primeros el control es ejercido por cualquier juez el cual, utilizando en la resolución de una concreta controversia jurídica los poderes interpretativos ordinarios, puede no aplicar las normas que considera viciadas por ilegitimidad constitucional. Son, en cambio, centralizadas aquellas formas de justicia constitucional que reservan tal con-

(7) Así: L. PALADIN, *La tutela delle liberta fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici* (a cargo de L. CARLASSARE) en «*Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*», Cedam, Padova 1988, p. 11.

(8) Cfr. G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino 1988, p. 45 ss.

control a un órgano único, sea éste interno (como en el caso de las Cortes Supremas) o externo (como en la hipótesis de los Tribunales Constitucionales) al orden judicial.

Considerando el momento en el cual el control de constitucionalidad puede ser ejercido, se ha diferenciado entre control sucesivo o preventivo. En el segundo caso, la verificación se opera antes de la promulgación y de la entrada en vigencia de la ley; en la primera hipótesis, en cambio, el juez constitucional se pronuncia acerca de la conformidad en la Constitución de normas ya ejecutivas y aplicables.

La distinción fundamental entre control concreto y abstracto —a su vez— considera las modalidades previstas para activar el procedimiento de control. La primera hipótesis está simbolizada por los sistemas de *judicial review*, en el cual el control es llevado a cabo por el juez en el momento de resolver una controversia determinada. El control abstracto permite, en cambio, valorar la conformidad a la Constitución de una norma de ley independientemente de la subsistencia de un contencioso judicial⁽⁹⁾.

En fin, cuando se tome en consideración la fuerza jurídica de las decisiones con las cuales se declara la inconstitucionalidad de una norma, se debe distinguir entre sistemas en los cuales las sentencias tienen efecto *erga omnes* o solamente *inter partes*. En los primeros, la declara-

⁽⁹⁾ Ejemplos de control abstracto son proporcionados, en España, por los recursos de constitucionalidad que pueden presentar 50 diputados o senadores, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Gobierno. En la República Federal de Alemania, por la solicitud presentada por el Gobierno federal, por el Gobierno de un *Land* o de un tercio de los miembros del Congreso federal para que se resuelva una divergencia sobre la compatibilidad formal o sustancial de derecho federal o de los *Länder* con la Ley Fundamental. En Italia, por las cuestiones de legitimidad constitucional en vía principal o de acción presentadas por el Estado en las confrontaciones de las leyes regionales o de las Provincias autónomas de Trento o de Bolzano, por las Regiones en las confrontaciones con la ley estatal, por las Provincias autónomas de Trento o de Bolzano cuando impugnan leyes el Estado, por las Regiones e Trentino-Alto Adige o de otras provincias. Además, se inspira completamente por el modelo del control abstracto de constitucionalidad el sistema de control preventivo que opera en Francia.

ción de ilegitimidad constitucional determina la expulsión de las normas del ordenamiento jurídico vigente; las sentencias de inconstitucionalidad que, en cambio, tienen efecto *inter partes* convierten a las normas consideradas ilegítimas, inaplicables en el juicio o en la controversia concreta: así que la norma —aún habiendo sido considerada por el juez no conforme a la Constitución— continúa formando parte del ordenamiento jurídico y puede, en teoría, ser aplicada por parte de otros operadores jurídicos.

Las clasificaciones contrapuestas que hemos recordado anteriormente se pueden hacer remontar, a su vez, a dos modelos fundamentales: el de inspiración norteamericana (*judicial review of legislation*) y el austriaco (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Tal contraposición —como ha sido ampliamente reconstruida por la doctrina⁽¹⁰⁾— se funda en el hecho de que en el primero solamente el juez constitucional es competente para declarar con efectos generales la ilegitimidad constitucional de una norma de ley, mientras que en el segundo cualquier juez puede decidir si una norma determinada no debe ser aplicada por ser considerada en contraste con el texto de la Constitución. Más en particular, la *judicial review* se caracteriza como control difuso, concreto, con decisiones que tienen efectos *inter partes*; la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, en cambio, asume el carácter de un control de constitucionalidad centralizado, abstracto, con sentencias que tienen efectos *erga omnes*⁽¹¹⁾.

Tal bipartición posee una indudable relevancia histórica y didáctica; sin embargo, no parece —hoy día— capaz de describir los sistemas concretamente operantes en los diversos países, los cuales terminaron combinando elementos propios de los dos modelos, determinando varias formas de contaminación⁽¹²⁾.

(10) Se puede ver: F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, Bonomo, Bologna 2003.

(11) Sigue siendo fundamental el clásico trabajo de M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano 1973.

(12) Para posteriores consideraciones se puede revisar: G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Jovene, Napoli 1986, p. 40 ss.

Sobre este tema, se ha hablado tanto de formas de justicia constitucional «mixta» –señaladas por la presencia contemporánea de formas concretas y abstractas, preventivas y sucesivas, *erga omnes* o *inter partes*– como de «mezcla» de modelos, o sea de experiencias que se distinguen por la presencia tanto de institutos propios del control concreto como del abstracto. Como se ha afirmado eficazmente «tras la impetuosa expansión del constitucionalismo y de la forma de Estado Liberal democrática, las maneras de hacer justicia constitucional se mezclaron y complicaron aún más»: por lo cual si se excluye la perdurable homogeneidad del sistema preventivo de constitucionalidad francesa, en los ordenamientos nos encontramos en presencia de sistemas mixtos y de mezclas de sistemas⁽¹³⁾.

Por ejemplo, el modelo italiano fue percibido inmediatamente como un tipo intermedio, que se puede incluir tanto entre los sistemas mixtos como en los híbridos. El carácter híbrido del sistema italiano se deduce del hecho de que es superado el monopolio de la Corte Constitucional, dejando márgenes de apreciación a los jueces, que desempeñan una acción de filtro: se determina una coparticipación entre jueces y Corte Constitucional en el proceso constitucional. A su vez, es evidente la presencia de elementos que lo distinguen aún como sistema mixto: el sistema está centralizado en el caso de leyes y actos con fuerza de ley, pero difuso cuando el objeto está constituido por una fuente de grado inferior; el control de constitucionalidad se realiza *a posteriori* en el caso de juicio en vía incidental o en caso de impugnación por parte de las regiones de leyes del Estado, mientras es *a priori* cuando el Estado impugna un Estatuto regional; en fin, las decisiones de la Corte producen efectos *erga omnes* si son de acogida, mientras que tienen efectos solamente *inter partes* si se trata de decisiones desestimatorias⁽¹⁴⁾.

(13) Al respecto: L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino 1998, p. 27.

(14) Sobre las características generales del sistema italiano de justicia constitucional se puede revisar las clásicas contribuciones de G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1988; C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano 1964; A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1967; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Giuffrè, Milano 1964; V.

A su vez, América Latina constituye «un verdadero laboratorio de fórmulas peculiares de justicia constitucional»: en algunos países co-existe el control concentrado ante un Tribunal Constitucional con el control difuso (Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia, Ecuador, Brasil, Argentina), el control sucesivo con el preventivo (Bolivia, Colombia), el control preventivo del Tribunal Constitucional con el sucesivo de la Corte Suprema de Justicia (Chile), controles de constitucionalidad y recursos de amparo⁽¹⁶⁾.

La experiencia comparada, además, pone en evidencia el desarrollo de dinámicas que interesan a los dos modelos principales de justicia constitucional, haciendo evolucionar los diversos sistemas hacia resultados convergentes. Por un lado, los sistemas «centralizados» parecieran abrirse a formas de convivencia con la *judicial review*, como lo evidencia la realidad del reciente constitucionalismo latinoamericano, que algunos autores han definido «difusa concentrada»⁽¹⁷⁾, por el otro lado, los sistemas «difusos» registran una tendencia de las Cortes Supremas a monopolizar el ejercicio de la jurisdicción constitucional, acentuando los elementos de centralización sustancial⁽¹⁸⁾.

En otros términos, se es de la opinión que clasificaciones rígidas basadas en las características de los institutos e instrumentos procesales estén perdiendo su capacidad interpretativa de los procesos en acto. También por esta razón sectores competentes de la doctrina prefieren introducir clasificaciones inspiradas en las finalidades propias del proceso constitucional. Fernández Segado sugiere distinguir entre control de constitucionalidad de la ley y control con ocasión de la aplicación de

(16) Puede verse: D. GARCÍA BELAUNDE - F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid 1997; E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, Mexico 2002.

(17) Así: D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá 2002, p. 129 ss.

(18) Para posteriores referencias se puede revisar a: L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, op. cit., p. 55.

la ley⁽¹⁹⁾, a su vez, Rubio Llorente distingue entre sistemas basados en las leyes y sistemas orientados en los derechos⁽²⁰⁾, mientras que Fromont diferencia entre procesos que se inspiran en una lógica subjetiva y concreta y otros que se inspiran en una lógica objetiva y abstracta⁽²¹⁾.

En efecto, tomando en cuenta el nexo particular que une a la justicia constitucional con la garantía de los derechos fundamentales, puede ser útil clasificar los diversos sistemas de justicia constitucional con base en técnicas y modalidades previstas para garantizar los derechos fundamentales. En este caso, es oportuno abandonar la clasificación tradicional entre sistemas difusos y concentrados, distinguiendo entre un modelo que se propone principalmente depurar los vicios de la ley y garantizar el equilibrio entre los poderes, y un modelo orientado preferentemente hacia la defensa de los derechos. En este último supuesto, el deber principal de los sistemas de justicia constitucional es el de defender al individuo por la posición de inferioridad en que se encuentra frente a los poderes públicos, y no solo una defensa objetiva de la Constitución.

En general, se incluyen dentro de tal categoría (sistemas centrados en la defensa de los derechos): *a*) los sistemas de *judicial review*, *b*) aquellos que prevén recursos de amparo, *c*) los procesos constitucionales activados en base a una cuestión de inconstitucionalidad.

Lo que los diferencia en su interior es el hecho de que la tutela de los derechos fundamentales de la persona pueda ser directa o bien indirecta.

Se incluyen en la primera categoría los sistemas que prevén formas de recurso individual y directo contra lesiones de los derechos por parte

(19) Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, op. cit., p. 106 y ss.

(20) F. RUBIO LLORENTE, *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*, en «Estudios sobre jurisdicción constitucional», Mc Graw Hill, 1998, p. 161 ss.

(21) M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris 1996.

de poderes públicos o privados, como es el caso –en Europa– de la República Federal Alemana: mientras que en Centroamérica se puede recordar, sobre todo, la experiencia fundamental de la Sala Constitucional de Costa Rica, que posee una amplia competencia en materia de hábeas corpus y de recurso de amparo⁽²²⁾.

Por el contrario, se incluyen dentro de los sistemas en que la tutela de los derechos opera solamente en vía indirecta, aquellas formas de justicia constitucional que alcanzan una salvaguardia sustancial de los derechos concretamente lesionados en virtud de formas de control concreto de constitucionalidad, o de la relación particular que se instaura, en virtud de las cuestiones de legitimidad constitucional, entre juicio de

(22) Sobre el proceso constitucional para la tutela directa de los derechos fundamentales en España se puede revisar: M. CARRASCO DURÁN, *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002; J. CASCAJO CASTRO-V. GIMENO SENDRA, *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid 1988; J. GARCÍA MORILLO, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1994; M. MONTORO PUERTO, *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, II, Colex, Madrid 1991; J. OLIVER ARAUJO, *El recurso de amparo*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca 1986; M. SÁNCHEZ MORÓN, *El recurso de amparo constitucional*, CEC, Madrid 1987; C. VIVER I PI-SUNYER, *El proceso constitucional de amparo, La democracia constitucional*, II, Congreso de los Diputados, Madrid, p. 1785 ss.

Sobre las características de los recursos de amparo y de hábeas corpus en América Latina, D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá 2001; R. HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho Procesal Constitucional*, Juricentro, San José, 2001, p. 151 ss.; E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España*, Porrúa, México 2002.

En una perspectiva comparada: A. LÓPEZ PINA, *La garantía de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid 1991.

En Italia, se puede ver finalmente a: E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Cedam, Padova 2003.

En lo que se refiere a la experiencia alemana se puede revisar el trabajo de: P. HABERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Giuffrè, Milano 2000.

constitucionalidad de las leyes y proceso que ha ocasionado el juicio del juez constitucional. Es el caso, por ejemplo, de los ordenamientos que configuran el proceso constitucional como incidente prejudicial que surge en el interior de un proceso: en este caso, el instituto procesal de la «prejudicialidad» permite, de hecho, combinar la técnica del control de tipo norteamericano con la técnica del control concentrado.

3. LA PECULIARIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN VÍA INCIDENTAL

El juicio de constitucionalidad en vía incidental ha sido definido como una «hibridación» de los dos modelos más antiguos, una especie de *tertium genus* o de vía intermedia, a partir del momento en que el órgano competente en decidir es único como en Austria, pero cada juez puede estar involucrado en el proceso constitucional como en los Estados Unidos⁽²³⁾.

El juez tiene una doble e importante competencia: la de no presentar una cuestión de constitucionalidad en el caso de que la estime «manifiestamente infundada» y la de controlar en vía exclusiva la legitimidad constitucional de los actos normativos desprovistos de fuerza de ley. Además, la lesión de un derecho fundamental puede derivarse no solo de una disposición de ley, sino también de una aplicación o interpretación no correcta de la misma. Si el juez constitucional plantea un remedio a la primera hipótesis por medio de una sentencia; en la segunda, es determinante la actividad interpretativa de adecuación de la jurisdicción ordinaria.

Esta peculiaridad influye de forma significativa en la cualidad del sistema. Este no es del todo «concentrado», sino que presenta aspectos característicos de los modelos en los que el control de la

(23) Del juicio de legitimidad constitucional en vía incidental, como experiencia de fusión de los modelos más antiguos habla, por ejemplo: L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, op. cit., p. 27, en el mismo sentido: M. ARAGÓN REYES, *El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978*, en «Revista de Estudios Políticos», núm 7, 1979, p. 174.

constitucionalidad es «difuso». Más aún, la posibilidad de los jueces de anular los actos no legislativos considerados contrarios a la Constitución produce en el ordenamiento efectos similares a aquellos que son propios del amparo constitucional. Cualquier persona que se considere lesionada en un derecho fundamental, puede solicitar la anulación o la inaplicabilidad del acto que ha determinado la violación de la norma constitucional⁽²⁴⁾.

Este tipo de control se define incidental porque el juicio de constitucionalidad no se instaura autónomamente, sino que surge como un incidente en el curso de un procedimiento jurisdiccional que se realiza ante un juez común: como afirma el legislador italiano el incidente de constitucionalidad sobreviene «durante el curso de un juicio ante una autoridad jurisdiccional»⁽²⁵⁾. El proceso constitucional otorga al Tri-

(24) Sobre las características del juicio de legitimidad constitucional en vía incidental, en Italia se puede revisar: G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano, I, II sindacato incidentale*, Jovene, Napoli 1957; P. CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova 1950; A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1967; R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano 1985; LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984; AA.VV. *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990.

A propósito de la doctrina española se puede revisar J. JIMÉNEZ CAMPO, *El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*, en AA.VV. «Estudios sobre jurisdicción constitucional», Mc Graw Hill, Madrid 1998, p. 63 ss; P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985; AA.VV. *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981.

(25) Se puede revisar el artículo 23 de la Ley 87/53.

Sobre las características del acceso al juicio de legitimidad constitucional en vía incidental se puede revisar, además de los autores citados en la nota 24: M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano 1957; M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino 1991; P. GIOCOLI NACCI, *L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale*, Napoli 1963; A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1967; P. CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova 1950; AA.VV. *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, Giappichelli, Torino 2002.

bunal Constitucional el deber de resolver una cuestión, una controversia cuyos términos, simplificados esquemáticamente, consisten en la duda sobre si determinadas normas derivadas de actos legislativos están enfrentadas con normas de carácter constitucional.

Aparentemente, por lo tanto, el juicio de legitimidad constitucional en vía incidental presenta los caracteres propios de un «proceso de derecho objetivo», que tiene como fin principal, garantizar el objetivo del ordenamiento a la constitucionalidad de las leyes. Tal naturaleza del proceso constitucional parece confirmada por el hecho de que la elección de privilegiar, respecto al acceso directo, una forma de instauración del juicio que haga de eje de una actividad preliminar de deliberación de parte del juez, está motivada no solo por la oportunidad de introducir un filtro, para impedir que se den en el juicio de la Corte excesivas cuestiones carentes de base jurídica alguna, sino también por una cierta desconfianza con relación a los institutos típicos de la democracia directa⁽²⁶⁾.

No obstante, en concreto, la distinción entre sistemas objetivos o subjetivos se presenta menos neta, cuando se considera que garantía del ordenamiento y protección de las posiciones subjetivas no constituyen aspectos antitéticos, sino complementarios, sobre todo cuando se considera que el ordenamiento es más objetivo y justo entre mayor, intensa y directa sea la defensa de los derechos.

Como se ha puesto en evidencia de manera competente, en los casos en que un derecho fundamental sea lesionado por una norma de ley, «el juicio a la ley es, simultáneamente, tutela de los derechos⁽²⁷⁾, o bien, como fue afirmado por García-Pelayo «lo abstracto vive en lo

(26) Sobre el origen histórico de la justicia constitucional en Italia, se puede revisar: G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1981; M. BATTAGLINI, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano 1957.

(27) Así: P. CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999, p. 491.

concreto y lo concreto es la específica articulación en un caso de normas abstractas»⁽²⁸⁾.

El juicio sobre la constitucionalidad de la ley se efectúa a la luz de los derechos enfrentados de las partes en el proceso *a quo*; mientras la fuerza *erga omnes* de la decisión del Tribunal Constitucional hace que la salvaguardia del derecho concreto que ha generado el juicio adquiera un valor emblemático para el ordenamiento jurídico. Por esta razón, sectores competentes de la doctrina han definido el juicio de constitucionalidad en vía incidental como «la frontera entre los dos modelos»: el objeto del litigio es la constitucionalidad de la ley en abstracto, pero el planteamiento de la cuestión prejudicial arranca de un caso concreto y tiene por objeto no el puro enunciado de la ley, sino una norma de la que resultan inmediatamente derechos y obligaciones para las partes del proceso⁽²⁹⁾.

En el juicio de legitimidad constitucional en vía incidental –como se manifiesta concretamente hoy día– la subjetividad de la persona entre en juego por medio de la relevancia que tiene el caso concreto en la formación de la *ratio decidendi* del juez. El caso en la base de la ordenanza de remisión puede ser resuelto según justicia solamente modificando el cuadro de las normas aplicables y el juez constitucional anula la norma de ley, ya que representa un obstáculo para hacer justicia.

Como ha afirmado eficazmente el Tribunal Constitucional español, «la cuestión de constitucionalidad es un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución»⁽³⁰⁾. El juicio de legitimidad constitucional en vía incidental permite liberar al ciudadano del *status subiectionis* en relación a una norma inconstitucional. En otras palabras, se puede afirmar que «la justificación de la

(28) Cfr. M. GARCÍA-PELAYO, *El «status» del Tribunal Constitucional*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 1981, p. 1, 33 ss.

(29) Así: F. RUBIO LLORENTE, *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*, en «Estudios sobre jurisdicción constitucional», op. cit., p. 165.

(30) Se puede ver STC 17/81.

cuestión de inconstitucionalidad se mueve en dos planos: impedir que el juez aplique una ley inconstitucional y evitar que se produzcan efectos inconstitucionales e inmediatos sobre posiciones subjetivas enfrentadas en un proceso»⁽³¹⁾.

La circunstancia, sin embargo, que la última palabra acerca de la ilegitimidad constitucional de una norma de ley le compete al Tribunal Constitucional, o sea, a un juez cuyos pronunciamientos tienen eficacia *erga omnes* y resultan vinculantes para todos los operadores jurídicos, produce un efecto ulterior: que se puede sintetizar en el hecho que el juez constitucional, partiendo de casos concretos, desempeña una actividad orientada en hacer generales las exigencias de justicia proyectadas por el caso concreto; el caso concreto se vuelve ejemplar y la sentencia del Tribunal Constitucional impide que una norma susceptible de lesionar derechos fundamentales de la persona, pueda continuar siendo aplicada.

Cuando un juez constitucional decide sobre una cuestión, evalúa —en verdad— un caso particular, es decir, asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero, al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente, esto es, orienta los comportamientos futuros tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios y del legislador.

4. ALGUNOS INSTITUTOS PROCESALES APTOS PARA FAVORECER LA TUTELA CONCRETA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Si bien es cierto que la fisonomía de los derechos de libertad asume *concreteza* esencialmente por medio de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales⁽³²⁾, no se puede subvaluar la importancia que asu-

(31) Así: P. PÉREZ TREMP, Tribunal Constitucional y Poder Judicial, op. cit., p. 128.

(32) Así: V. ONIDA, *La Corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, «Studi in onore di Leopoldo Elia», II, Giuffrè, Milano 1999, p. 1097; G. ROLLA, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, op. cit., p. 126 y ss.

men, por un lado, la disciplina de los modos de acceso a la justicia constitucional, y por el otro lado, los institutos en los cuales se articula el Derecho Procesal Constitucional⁽³³⁾.

Los Tribunales Constitucionales, a diferencia de los otros jueces, gozan en general de márgenes de discrecionalidad significativos según la interpretación y la aplicación de las reglas procesales, que les permiten modificar la *praxis* anterior o derogar las normas procesales; pueden aprobar autónomamente normas integrativas o bien adoptar decisiones procesales.

Esta flexibilidad del proceso constitucional –que ha inducido a evidenciar su carácter necesariamente político– halla una justificación en la especificidad del juicio constitucional y en la diversidad de las funciones que éste persigue. Sin embargo, la naturaleza sustancialmente jurisdiccional del juicio sobre la constitucionalidad de las leyes no parece ser materia de discusión cuando se considera que: *a)* el control se realiza por un órgano externo al procedimiento legislativo, provisto de unos requisitos de imparcialidad y de profesionalidad muy marcados; *b)* tiene lugar sobre la base de un procedimiento que presenta los caracteres típicos de un proceso; *c)* se concluye con una decisión admitida utilizando las técnicas propias del método jurídico.

En un proceso orientado en la tutela de los derechos fundamentales, los requisitos procesales no se deben transformar en formalismos procesales, así como la acción de necesario «filtro» que –en los juicios en vía incidental– tiene que ejercer el juez *a quo* no se debe transformar en una barrera sustancial. En otros términos, el Derecho Procesal Constitucional tiene que asegurar una armoniosa combinación entre seguridad y flexibilidad al interpretar y aplicar los institutos procesales. Es también gracias a esta discrecionalidad según los procesos, que los Tri-

⁽³³⁾ En general, sobre el tema: AA.VV. *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988.

Sobre la noción de Derecho Procesal Constitucional se puede ver: R. HERNÁNDEZ VALLE, *Escritos sobre justicia constitucional*, Dike, Medellín 1997, p. 23 y ss.; D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional*, Témis, Bogotá 2002.

bunales Constitucionales pueden valorizar el carácter subjetivo y concreto del juicio de constitucionalidad en vía incidental.

Con el fin de asegurar una tutela efectiva de los derechos reconocidos por la Constitución, parecen relevantes la utilización de algunos institutos procesales y así mismo el recurso a particulares técnicas interpretativas. En primer lugar, asume relevancia la manera con la cual los Tribunales constitucionales determinan concretamente a los sujetos habilitados a presentar una cuestión de constitucionalidad en vía incidental. Hay que estar atentos a que un posible límite del sistema se pueda constituir por la dificultad de caracterizar, en determinados hechos específicos, a un juez capaz de presentar una cuestión de legitimidad constitucional.

Solamente así el filtro representado por la cuestión prejudicial no se transforma en un obstáculo indeseado al control de constitucionalidad, ni representa un obstáculo irrazonable a la posibilidad de someter una norma de ley al examen de la Corte.

Para conjurar tal riesgo se presentan como determinantes las disposiciones constitucionales en materia de tutela jurisdiccional de los derechos y también las normas que regulan el inicio del proceso constitucional en vía incidental. Las primeras –en los ordenamientos de constitucionalismo maduro– se proponen no determinar lagunas en el sistema de protección jurisdiccional: ya sea reconociendo a todas las personas la posibilidad de actuar en juicio por la tutela de sus propios derechos, ya sea admitiendo siempre la tutela jurisdiccional de los derechos lesionados por actos de poderes públicos.

Las segundas, a su vez, disponen en general que el incidente de constitucionalidad se da durante el curso de un juicio ante una autoridad jurisdiccional. Y los jueces constitucionales están propensos a ampliar la posibilidad de acceso dando una interpretación extensiva tanto de la noción de «juez», como de la noción de «juicio». Por un lado, afirman que se deben comprender como «jueces» no sólo a los órganos jurisdiccionales comunes –es decir, los jueces ordinarios y aquellos especiales– sino también a aquellas autoridades que, aún no estando incluidas en el interior del orden judicial, realizan una labor objetivamen-

te jurisdiccional. Por otro lado, precisan que la expresión «juicio» comprende a todos y cada uno de los procedimientos contenciosos realizados por un juez, siempre y cuando tengan un carácter decisorio⁽³⁴⁾.

A través de una interpretación extensiva de las disposiciones sobre el procedimiento, los Tribunales Constitucionales intentan hacer que el individuo que se considera lesionado en un derecho constitucionalmente garantizado, pueda tener un juez a quien dirigirse. Esta exigencia es particularmente fuerte en los casos en que la lesión de un derecho afecte a individuos que se encuentran a menudo al margen del ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, los encarcelados o los extranjeros.

En segundo lugar, la *concretezza* del juicio constitucional es favorecida por las disposiciones procesales según la relevancia y los poderes del juez *a quo* al configurar la cuestión de legitimidad constitucional. La obligación de motivar la relevancia —o sea de demostrar que el juicio en el cual está comprometido no puede definirse independientemente de la duda de constitucionalidad— induce al juez *a quo* a solicitar al juez constitucional la anulación no de «una» norma que considera abstractamente contraria a la Constitución, sino «de la» norma que tiene que aplicar efectivamente en el proceso⁽³⁵⁾.

Además, el juez *a quo* es —en algunos ordenamientos como el italiano— el *dominus* de la cuestión que deberá ser decidida por el Tribunal Constitucional: a éste, de hecho, le compete definir el *thema decidendum* del juicio de constitucionalidad, determinando ya sea a la norma de cuya constitucionalidad duda, como la disposición constitucional que supone ha sido violada. Como precisa la normativa italiana, el juez constitu-

(34) Sobre la noción de «juez» y de «juicio» es hasta ahora fundamental la reelaboración de V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1984, p. 267 ss.

(35) Sobre la noción de relevancia se puede ver: F. PIZZETTI - G. ZAGREBELSKY, «*Non manifesta infondatezza*» e «*rilevanza*» nell'*instaurazione incidentale del giudizio delle leggi*, Giuffrè, Milano 1974; S. GARCÍA COUSO, *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998.

cional debe decidir en los términos de la cuestión planteada y su control debe realizarse «dentro de los límites de la impugnación»⁽³⁶⁾. Tal aspecto del procedimiento favorece la atención por la especificidad de la situación concreta que ha dado origen al incidente de constitucionalidad, a partir del momento en que se presume que el juez *a quo* configura el *thema decidendum* en la manera que resulte más funcional para la solución del proceso en el que tiene que decidir.

La propensión de los Tribunales Constitucionales en calificar el proceso constitucional en vía incidental no solo en términos de resolución de una duda de constitucionalidad, sino también como instrumento para eliminar del ordenamiento una norma cuya aplicación determinaría la lesión de un derecho fundamental de la persona, surge también del uso que otros dos institutos procesales le han dado.

Me refiero, en primer lugar, al creciente recurso por parte del juez constitucional a actividades instructoras: o sea, al incremento de la tendencia a recurrir, antes que asumir una decisión, a los poderes instructorios que la normativa determina. De tal manera, el juez constitucional puede apreciar mejor ya sea los términos efectivos del contencioso o de la cuestión que ha originado la duda de constitucionalidad, o bien los efectos prácticos originados por la sentencia, su impacto sobre la funcionalidad del ordenamiento o sobre el juicio *a quo*⁽³⁷⁾.

En segundo lugar, tengo la intención de hacer referencia a la estrecha relación de interdependencia que une el juicio ante el Tribunal Constitucional de aquél común. Un estrecho nexo que se ha reforzado en aquellos ordenamientos en los cuales en el proceso ante el juez constitucional solamente se admite la intervención de los individuos ligados procesalmente al juicio *a quo*.

Tal posición restrictiva acentúa el nexo entre la cuestión concreta y el juicio de constitucionalidad, a partir del momento en que las partes

(36) Se puede ver el artículo 27 de la Ley 87/53.

(37) Cfr. T. GROPPi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1997.

intervienen, evidenciando aquellos perfiles de la cuestión de constitucionalidad que tienen mayor relación con los intereses del proceso *a quo*. En cambio, sería diferente la situación si la intervención procesal se pudiera extender también a otras categorías de individuos; por ejemplo a personas que, aún no estando ligadas al proceso *a quo*, tienen un interés específico en la resolución de la cuestión de constitucionalidad; o bien a individuos que solicitan intervenir en calidad de *amici curiae*, teniendo un interés en la justa resolución de la cuestión⁽³⁸⁾.

Además, no se puede descuidar cómo también la celeridad del proceso constitucional contribuye a favorecer la *concreteza* del juicio en vía incidental. El elemento temporal no es irrelevante acerca de la intensidad de los efectos que las decisiones de los Tribunales Constitucionales tienen para las partes que se activaron para recurrir a la justicia constitucional. Un amparo que es otorgado muchos años después de la presentación del recurso ofrece una tutela de los derechos fundamentales menor que una sentencia estimatoria pronunciada⁽³⁹⁾.

(38) Ver: R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo «senza parti»*, Giuffrè, Milano 1985; G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino 1988; M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 1991; P. GIOCOLI NACCI, *L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale*, Jovene, Napoli 1963; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova 1984; AA.VV. *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino 1998; AA.VV. *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2002.

(39) Los efectos de la reducción de las cuestiones pendientes sobre el proceso constitucional han sido profundizados por P. CARETTI, *L'eliminazione dell'arretrato ed i nuovi sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, «Quaderni Costituzionali», 1989, p. 391 ss.; R. ROMBOLI, *Il processo costituzionale dopo l'eliminazione dell'arretrato. Il giudizio costituzionale incidentale come giudizio «senza processo»?*, «Quaderni Costituzionali», 1991, p. 612 ss.; B. CARAVITA, *Alcune riflessioni sulla collocazione della Corte Costituzionale nel sistema politico dopo la fase dello «smaltimento dell'arretrato»* en «La giustizia costituzionale ad una svolta», Torino 1991, p. 44 ss.

5. EL CONTROL SOBRE LA VALIDEZ DE LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA CONSTITUCIÓN

Ameritan la atención también las disposiciones procesales que atribuyen la competencia para decidir acerca de la validez o la aplicabilidad de las disposiciones de ley anteriores a la entrada en vigencia de una nueva Constitución. El problema aparece interesante sea desde el punto de vista de los principios que rigen la interpretación jurídica, como también bajo el perfil de los efectos que la codificación de nuevos valores produce sobre la continuidad del sistema normativo⁽⁴⁰⁾.

En lo que se refiere a este último aspecto, es necesario considerar que todo proceso constituyente, sanciona, por lo general, la afirmación de principios alternativos de aquellos que conforman el ordenamiento constitucional anterior; determina una diversa ponderación de los intereses, graduándolos con base en una nueva escala de valores.

La ruptura política con el pasado, expresada por las cartas constitucionales, no determina sin embargo, una censura en la continuidad del sistema normativo, casi que si desde la entrada en vigencia de una nueva Constitución, se pudiera derivar un cese contextual de eficacia de las normas anteriores, alternativas a ésta.

En otros términos, la extinción o la superación de un determinado orden político no provoca la extinción del derecho producido por éste: las normas perpetúan sus propios efectos aún en el nuevo ordenamiento, continúan formando parte del Derecho Objetivo en vigencia, salvo que, en las maneras expresamente previstas, no se compruebe su incompatibilidad con disposiciones de grado superior o bien de grado equivalente, pero sucesivas. Sin embargo, la innovación constitucional plantea la exigencia política de crear una neta cesura con respecto al pasado, y así mismo depurar el ordenamiento en vigencia de las normas incompatibles, para hacerlo armónico con los preceptos constitucionales en vigencia.

⁽⁴⁰⁾ Para más amplias consideraciones al respecto se puede revisar a: G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, op. cit., p. 197 ss.

La búsqueda de la autoridad competente para controlar la conformidad a la Constitución de las leyes anteriores se salda con la exigencia de garantizar la mejor manera posible la preceptividad de las normas constitucionales⁽⁴¹⁾. Lo que satisface, entre otras cosas, la exigencia política de afirmar de manera plena y evidente la «ruptura» que la Constitución ha señalado en relación con el pasado régimen.

Sin embargo, si la misma problemática es enfrentada según una óptica formal, ligada a las reglas generales que presiden a la interpretación del Derecho, se hace necesaria una aproximación más profunda. En efecto, se podría sostener que las disposiciones anteriores a la Constitución se habían planteado válidamente, siguiendo las reglas, por lo cual deberían considerarse válidas a la luz del principio *tempus regit actum*.

Tal planteamiento, sin embargo, no se sostiene con más profundas argumentaciones. Ante todo, no se tiene que confundir entre fuente del Derecho y norma jurídica. La primera solo puede surgir según el proceso de formación regulado por la disciplina en el momento vigente, por lo cual sería erróneo controlar su validez sobre la base de las normas planteadas por la Constitución sobrevenida; la norma, por el contrario, objetivándose en el sistema y adquiriendo relevancia autónoma, puede contener prescripciones incompatibles con la nueva Constitución, que –como tales– deben ser removidas utilizando los instrumentos normales que el sistema ofrece para la resolución de las antinomias normativas.

Menos cierta es, en cambio, la respuesta a dar al interrogante si el contraste entre una norma de ley anterior y una norma constitucional sucesiva configura un caso de inconstitucionalidad o bien de abrogación. La solución parece todo menos que unívoca, aunque conceptualmente la distinción entre los dos fenómenos es clara: la inconstitucionalidad brota de un juicio de invalidez, pronunciado utili-

(41) Sobre la naturaleza inmediatamente preceptiva de las disposiciones constitucionales continúan siendo fundamentales las argumentaciones de: V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano 1952; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1985.

zando el criterio de jerarquía; la abrogación expresa, a su vez, una situación de incompatibilidad entre normas igualmente válidas y hace referencia al elemento temporal, adhiriéndose al principio de *tempus regit actum*. La inconstitucionalidad se determina en los casos en que se comprueba que una norma no es válida; la abrogación, en cambio, supone una norma válida, pero ya no aplicable a los hechos específicos futuros por la llegada de una norma de grado equivalente, incompatible con la anterior.

En efecto, la posibilidad de recurrir al principio de abrogación o bien al de inconstitucionalidad que se ha llegado a dar, depende de las elecciones normativas realizadas en cada ordenamiento, los cuales parecen, alternativamente, atribuir la tarea de controlar las normas anteriores a la Constitución al juez constitucional, al juez común o bien a ambos. A tal propósito, puede ser útil recordar las diversas soluciones adoptadas respectivamente por Alemania, Italia y España.

En la República Federal Alemana, la Constitución ha enfrentado directamente la cuestión, introduciendo una previsión normativa que no deja márgenes de duda: según el art. 123 de la Constitución, en efecto, las leyes anteriores a la primera reunión del *Bundestag* quedan en vigencia ya que no son contrastantes con la Ley Fundamental. La orientación del Tribunal Constitucional alemán favorable a reconocer la competencia del juez común sobre las leyes preconstitucionales es plenamente coherente con la Carta constitucional, a partir del momento en que el eventual contraste entre Constitución y leyes anteriores configura un control sobre la aplicabilidad de estas últimas.

Viceversa en el ordenamiento italiano, la VII Disp. Trans. de la Constitución preveía que «hasta que no entrara en función la Corte Constitucional, la decisión sobre las controversias indicadas en el art. 134 de la Constitución tendría lugar en las formas y en los límites de las normas preexistentes a la entrada en vigencia de la Constitución»: tal disposición, por lo tanto, se limitaba a fijar una regla válida exclusivamente en la fase «transitoria», en espera de la activación de la Corte Constitucional. Por lo tanto, la competencia de los jueces comunes para no aplicar las normas contrastantes con la Constitución tenía que considerarse circunscrita en un lapso de tiempo bien definido: de cualquier manera

no podía reconocerse más allá del momento en que el sistema de justicia constitucional delineado por los constituyentes se hubiera completado con el nombramiento de los jueces y con la concreta constitución del colegiado. A partir de tal momento, el contraste entre una ley anterior y la sobrevenida Constitución no puede ser resuelto autónomamente por el juez común, en vista de su incompetencia en controlar la constitucionalidad de las normas primarias.

En el ordenamiento español, en fin, se ha optado por una ulterior solución, diferente a las anteriores. De la lectura del art. 163 Const. se debiera considerar que la competencia en controlar la conformidad con la Constitución de las normas anteriores compete al juez constitucional. En efecto, el art. 163 Const. impone a la autoridad judicial plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal cada vez que en el curso de un proceso considere que una norma primaria, aplicable al caso de cuya validez dependa el juicio, pueda ser contraria a la Constitución. Sin embargo, el tercer inciso de la disposición constitucional abrogativa, precisando que son abrogadas todas las normas contrarias a lo que establece la Constitución, permite afirmar que el contraste entre Constitución y ley anterior puede resolverse por el juez común en sede de juicio sobre la aplicabilidad de esta última.

El Tribunal Constitucional español, cuando ha tenido que medirse, en sede de examen de algunas cuestiones con esta problemática, prefirió seguir una orientación de compromiso, proyectando, ante la contraposición entre la no aplicación o juicio de legitimidad constitucional, una solución intermedia. Después de haber precisado que el contraste entre norma constitucional y ley ordinaria preconstitucional determina la inconstitucionalidad que se dio de esta última, volviéndola inválida e inaplicable, por un lado, reconoció que los juicios no deben aplicar las normas preconstitucionales que consideran en contraste con la Constitución; pero, por el otro lado, admitió que los mismos pueden igualmente plantear la cuestión ante el Tribunal según el art. 163 de la Constitución.

En derogación parcial al principio de unidad de la jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional español ha delineado un sistema binario el cual reconoce la competencia exclusiva del juez constitucio-

nal solo según la legitimidad de las leyes emanadas posteriormente a la Constitución.

A la luz de las diferentes posiciones asumidas por los ordenamientos según la relación entre nueva Constitución y leyes anteriores, se pueden sintetizar algunas consideraciones generales acerca de la naturaleza objetiva o subjetiva del proceso constitucional en vía incidental.

En los ordenamientos que excluyen la competencia de los jueces para controlar la ilegitimidad de las leyes anteriores a la Constitución, la garantía sustancial de los derechos fundamentales de la persona topa con una laguna no secundaria, especialmente en aquellos contextos en los cuales el ejercicio del poder constituyente expresa una voluntad de ruptura y de democratización con respecto al pasado⁽⁴²⁾. En tal caso, en efecto, las nuevas normas constitucionales no podrían manifestar en sentido pleno la propia preceptividad, inhibiendo la aplicación de normas del pasado régimen que lesionan los derechos fundamentales de la persona.

En cambio, en los ordenamientos que optan por la doble competencia del Tribunal Constitucional y de los jueces al valorar la conformidad de la Constitución de las normas anteriores se introduce una especie de diferenciación de los papeles. Por un lado, los jueces, no aplicando la norma en el caso concreto, ofrecen una tutela directa de cada posición subjetiva; por el otro, el Tribunal Constitucional, declarando con efectos *erga omnes* la inconstitucionalidad que se ha dado, desempeña un papel de garante abstracto del ordenamiento constitucional en sentido objetivo, depurándolo de las normas ilegítimas.

En fin, en el caso de los ordenamientos que reservan tal competencia al juez constitucional, permanece la doble naturaleza del control de constitucionalidad en vía incidental, donde pueden prevalecer los perfi-

(42) Al respecto, se puede revisar: G. ROLLA, *Luces y sombras de la experiencia de las transiciones pactadas. Breves consideraciones sobre los límites de la Constitución vigente de Chile*, «Revista de Estudios Políticos», 2002, p. 72 ss.; E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Giuffrè, Milano 2003, p. 19 ss.

les concretos o abstractos del control según como sean interpretadas y aplicadas las reglas procesales.

6. TÉCNICAS Y CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN QUE FAVORECEN, EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VÍA INCIDENTAL, UNA TUTELA CONCRETA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La *concreteza* del juicio de constitucionalidad en vía incidental puede ser facilitada también por la utilización por parte de los jueces constitucionales de particulares técnicas de interpretación del dispositivo constitucional: entre las cuales se distinguen las sentencias de tipo interpretativo y el recurso a la noción de «derecho vivo».

La demanda de justicia que se encuentra en la base de los procesos y que es filtrada por el juez *a quo* se funda en el supuesto que las exigencias de justicia que deben ser aseguradas en el caso concreto no pueden satisfacerse sin eliminar del ordenamiento una determinada disposición o bien una posible interpretación.

Es intuitivo que los sistemas en vía incidental funcionan excelentemente donde se logra instaurar una «relación comunicativa» entre los dos jueces comprometidos en el proceso: el juez común (juez *a quo*) y el juez constitucional (juez *ad quem*)⁽⁴³⁾. El diálogo es alimentado por el hecho que tales individuos intervienen en el proceso, haciéndose portadores de instancias diferentes, pero concomitantes. Las finalidades perseguidas no coinciden, a partir del momento en que, por un lado, el Tribunal Constitucional se propone hacer el ordenamiento jurídico homogéneo a los valores y a los derechos codificados en las cartas constitucionales; mientras que, por el otro lado, los jueces están interesados

(43) Sobre las relaciones entre los jueces *a quo* y los jueces constitucionales se puede revisar los trabajos de: A. GARDINO, *Giudici e Corte Costituzionale nel sindacato sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1988; V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione tra magistratura Corte Costituzionale*, «*Scritti in onore di Costantino Mortati*», IV, Giuffrè, Milano 1977; AA.VV. *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990.

en remover aquellas normas cuya aplicación impediría resolver según la justicia el caso objeto de juicio.

Sin embargo, tal diversidad de objetivos no impide que entre juez constitucional y jueces comunes se instaure una relación de colaboración. En efecto, el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de una norma de ley solamente si el proceso es activado por un juez en el curso de un juicio; a su vez, el juez puede no aplicar una norma lesiva de posiciones subjetivas constitucionalmente garantizadas solamente tras un pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

La comunicación entre quien inicia el proceso y quien lo concluye se da en varios planos. Por un lado, los principios del Derecho y la interpretación de las normas constitucionales suministrada por el Tribunal Constitucional –sin representar en sentido estricto un precedente– adquiere valor vinculante para los jueces que deben aplicar directamente la Constitución o decidir sobre la aplicación de los actos carentes de fuerza de ley⁽⁴⁴⁾. Por otro lado, el acto de resolver una cuestión de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional tiende a valorar la disposición de ley no por su significado abstracto, sino por el significado que resulta de su operatividad concreta en el sistema jurídico. Se refiere, en otras palabras, al derecho vivo, el cual se origina, en particular, de la interpretación y de la aplicación que de él han hecho los jueces comunes, en particular el Tribunal Supremo⁽⁴⁵⁾.

(44) Sobre los efectos formalmente o sustancialmente vinculantes de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales se puede revisar: G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, op. cit., p. 278 ss.; A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1995; CALVO GARCÍA, *El valor del precedente judicial en el sistema jurídico español*, *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza 1985, p. 309 ss.

(45) Sobre la noción del «derecho viviente» cfr., A. ANZON, *La Corte Costituzionale e il diritto vivente in Giurisprudenza costituzionale*, 1984, p. 300 ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, Milano 1994; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, en «*Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*», Milano 1988.

La referencia a la norma como vive y opera concretamente en el tiempo, constituye una evidente crítica a las posiciones originarias, las cuales ligan la interpretación de las disposiciones constitucionales al significado atribuido por los constituyentes, sin considerar que los jueces constitucionales no son el guardián de un museo: los jueces constitucionales aplican en la actualidad las disposiciones constitucionales sin limitarse a su interpretación original, sino actualizándolos atendiendo a los cambios sociales, políticos, económicos e ideológicos.

Además, el diálogo entre los «dos jueces» está alimentado por la circunstancia de que los jueces *a quibus* poseen algunos márgenes de discrecionalidad antes de plantear la cuestión de constitucionalidad. Por ejemplo, el juez puede buscar, entre las posibles interpretaciones, aquella conforme a la Constitución, evitando plantear la cuestión ante la Corte Constitucional: operando de esta manera utiliza las normas constitucionales como cánones legales de interpretación sistemática del ordenamiento jurídico vigente y puede llegar a tal resultado haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A su vez, el juez constitucional puede solicitar al juez *a quo* interpretar una disposición de ley de manera conforme a la Constitución adoptando una ordenanza o una sentencia. En el primer caso, considera la cuestión inadmisibile en cuanto a que el juez *a quo* puede autónomamente resolver el proceso ya que es posible atribuir a la disposición que debe aplicar un significado conforme a la Constitución. Luego, en la segunda hipótesis, el juez constitucional concluye el proceso constitucional con una sentencia interpretativa desestimatoria. En tal caso, el juez constitucional declara la cuestión no fundada, por lo que a la disposición impugnada se le puede atribuir un significado normativo diferente de aquel recabado por el juez, pero conforme a la Constitución.

En otras palabras, entre los posibles significados que una disposición puede asumir, el Tribunal Constitucional elige el que lo hace compatible con la Constitución, dejando de lado aquellos que habían inducido a dudar de la constitucionalidad de la ley.

La atribución a la disposición de un significado particular no tiene eficacia *erga omnes*; la interpretación de la Corte no es vinculante y se puede imponer sólo gracias a la eficacia persuasiva de la motivación o a

la autoridad de la que disfruta dicho órgano colegiado. Un vínculo jurídico se puede encontrar por parte del juez que ha planteado la cuestión en vía incidental: éste no puede aplicar más, en el curso del proceso, la disposición impugnada, atribuyéndole el significado originario; si confirmase, de hecho, tal interpretación, se vería obligado a aplicar una norma de dudosa constitucionalidad.

Bajo otro perfil, la cuestión de constitucionalidad puede ser utilizada no tanto para abrir un juicio sobre una disposición, sino contra una interpretación de la misma. De tal manera —cuando la duda de constitucionalidad sea acogida—, por un lado, se permite al juez *a quo* resolver la controversia utilizando una norma más coherente con lo que dicta la Constitución; por el otro, se ejerce en relación al ordenamiento jurídico en general una función de unificación interpretativa de una norma de ley.

En estos casos, el Tribunal Constitucional concluye el juicio adoptando, en general, sentencias interpretativas, que constituyen el mejor instrumento que el juez constitucional tiene su disposición para hacer que el juicio sobre la ley se adhiera lo más posible a la situación concreta que ha originado el proceso constitucional. Entre éstas, asumen particular relevancia las sentencias interpretativas estimatorias y las sentencias aditivas.

Las primeras consienten al juez de la constitucionalidad de las leyes, elegir entre los posibles significados que se pueden extraer de una disposición, aquel que es incompatible con la Constitución y declararlo inconstitucional, salvando a todos los demás. Con la sentencia interpretativa estimatoria, el Tribunal Constitucional elimina del ordenamiento jurídico no a la disposición entera, sino a uno de sus posibles significados, o mejor dicho, a una de las normas que puede ser desnucleada; la disposición sigue siendo aplicada y produce sus efectos, con la excepción de la norma considerada inconstitucional⁽⁴⁶⁾.

(46) Sobre las características y sobre los efectos de las sentencias interpretativas se puede revisar: A. MARTÍN DE LA VEGA, *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003; A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, op. cit., p. 175 ss.

Las sentencias aditivas, a su vez, se caracterizan porque, aún declarando la inconstitucionalidad de la norma, producen efectos positivos, es decir, introducen en el ordenamiento normas «nuevas» que inicialmente no se obtienen del texto normativo⁽⁴⁷⁾.

Semejante tipo de sentencias contradice la convicción inicial de Kelsen, según el cual el juez constitucional podía ser asimilado a una clase de «legislador negativo»: con estas sentencias se transforma, sin embargo, en un creador de normas, por ejemplo, cuando el juez constitucional declara la ilegitimidad de una disposición «en los casos en que no prevé una determinada reglamentación de la materia». El carácter innovador o aditivo de estas sentencias es evidente, desde el momento en que el Tribunal Constitucional declara la ilegitimidad constitucional, añade una norma a aquellas ya previstas por el legislador inicialmente.

Se trata de tipologías de sentencias a las cuales el juez constitucional recurre para ponderar mejor los efectos de sus propias decisiones y para calibrar el impacto que pueden producir en el ordenamiento jurídico y las consecuencias en relación del juicio *a quo*.

Luego, las sentencias interpretativas, permiten actuar mejor el principio *pro homine y pro libertatis*, en base al cual las disposiciones deben ser interpretadas de la manera más favorable a la persona humana: en consecuencia, deben ser interpretadas extensivamente aquellas que favorecen a la persona humana y restrictivamente aquellas que introducen limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales. En otros términos, en el caso de disposiciones susceptibles de recibir diferentes interpretaciones, se debe utilizar la interpretación conforme a la Constitución y, en consecuencia, más favorable al recurrente en el proceso *a quo*⁽⁴⁸⁾.

(47) Sobre la tipología de las sentencias aditivas, se puede revisar finalmente el trabajo de G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino 1996.

(48) Se puede revisar: R. HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 90.

Los casos procesales que hemos recordado evidencian cómo en los procesos constitucionales en vía incidental la defensa de un derecho fundamental no se enfrenta en términos abstractos, pero se ejerce por medio de un control lo más cercano posible a las situaciones en que las vulneraciones de las libertades se producen, apreciando concretamente las consecuencias de la ley, evaluando ya sea el contexto social de cada asunto, como también las características del caso concreto que ha originado la cuestión de constitucionalidad.

Esta atención a la *concreteza* es particularmente evidente en los casos en que el parámetro constitucional del juicio está representado por el principio de igualdad o de proporcionalidad⁽⁴⁹⁾, a partir del momento en que el juez constitucional, en el acto de valorar la razonabilidad de las elecciones realizadas por el legislador, difícilmente puede prescindir de un examen atento del impacto que la aplicación de la disposición provoca sobre las posiciones subjetivas que han originado el juicio *a quo*.

La atención al derecho concretamente lesionado induce, además, al juez constitucional a considerar que la inconstitucionalidad puede derivarse no solamente de la presencia de una norma en el ordenamiento, sino también de su ausencia, o sea, de la existencia de una laguna normativa. En tal caso, el juez constitucional recurre a una sentencia de inconstitucionalidad de tipo aditivo, declarando una ley contraria a la Constitución «en cuanto a que no prevé una determinada disciplina».

7. CONSIDERACIONES FINALES

i. El siglo pasado se ha caracterizado por una amplia difusión de la justicia constitucional y entre los motivos de tal desarrollo se debe tomar en consideración el hecho de que la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático de Derecho a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales.

(49) Se puede revisar, también para posteriores referencias: AA.VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano 1994. También: AA.VV. *El principio de proporcionalidad*, Cuadernos de Derecho Público, p. 5, 1998.

ii. La evolución de la justicia constitucional ha hecho que los sistemas concretamente operantes en los diversos ordenamientos corresponden siempre menos a las tradicionales, históricas clasificaciones: las cuales están perdiendo su capacidad interpretativa de los procesos en acto. De ahí la oportunidad de introducir otras clasificaciones inspiradas en las diferentes finalidades del proceso constitucional.

En este contexto, puede ser útil distinguir entre un modelo que se proponga principalmente depurar los vicios de la ley y garantizar el equilibrio entre los poderes y un modelo orientado preferentemente hacia la defensa de los derechos.

iii. El juicio de legitimidad constitucional en vía incidental presenta aparentemente los caracteres de un proceso de Derecho Objetivo, cuyo fin es el de garantizar el interés del ordenamiento en la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, no se debe olvidar que el nexo particular que une la decisión del Tribunal Constitucional al juicio *a quo* a través del requisito de la relevancia, hace entrar en juego las posiciones subjetivas y los derechos que son objeto del proceso común.

Por esto, el juicio en vía incidental puede ser considerado la frontera entre los sistemas abstractos y aquellos que ofrecen una tutela de los derechos fundamentales. El juez constitucional, cuando decide acerca de una cuestión de constitucionalidad, asegura la protección del derecho concreto del demandante, pero al mismo tiempo declarando inconstitucional una norma de ley, vuelve generales las exigencias de justicia planteadas en el caso concreto.

iv. La discrecionalidad que los jueces constitucionales poseen según la interpretación y la aplicación de las reglas procesales atribuye al proceso en vía incidental una cierta flexibilidad: la cual consiente al Tribunal Constitucional reservar mayor atención a las posiciones subjetivas objeto del proceso *a quo*.

Entre los principales institutos procesales que favorecen la *concreteza* de tal proceso constitucional podemos especificar:

- a) La interpretación extensiva de la noción de juez y de juicio; los poderes del juez *a quo* al determinar el *thema decidendum*.

- b) El desenvolvimiento, por parte del Tribunal Constitucional, de actividades instructorias.
- c) La admisibilidad como parte del proceso constitucional solamente de las partes del juicio *a quo*.
- d) Rapidez de los tiempos procesales.
- e) La naturaleza subjetiva del proceso constitucional en vía incidental puede surgir también de la manera en que los diversos ordenamientos disciplinan la posibilidad de controlar las normas anteriores a la Constitución. Los procesos constituyentes codifican, en general, principio y valores alternativos a aquellos que conforman el ordenamiento anterior, y la ruptura política con el pasado requiere la plena preceptividad de las nuevas disposiciones constitucionales y la consiguiente posibilidad de controlar las leyes anteriores.

Las soluciones a adoptar pueden ser múltiples. Por un lado, se puede optar por el instituto de la inconstitucionalidad que se ha dado, de la abrogación o de la no aplicación de las normas anteriores que son incompatibles. Por el otro lado, se puede reservar la competencia sea a los jueces comunes, sea al Tribunal Constitucional, sea a ambos órganos. La amplitud de la garantía concreta de los derechos fundamentales varía, obviamente, según la solución elegida con anterioridad.

- f) El control de legitimidad constitucional en vía incidental opera muy bien si se instaura una relación de comunicación entre los jueces y el Tribunal Constitucional. Tal diálogo es favorecido por el desarrollo de las sentencias interpretativas, las cuales consienten hacer el juicio del Tribunal Constitucional adherente a la situación concreta que ha originado el proceso constitucional.

La búsqueda de la interpretación más adecuada para resolver las situaciones concretas donde se ha producido la lesión de un derecho fundamental, es particularmente necesaria en los procesos constitucionales donde se utiliza como parámetro el principio de igualdad y de proporcionalidad.

IV

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CANADÁ^(*)

SUMARIO: 1. Consideraciones introductorias. 2. La fatigosa evolución de la Corte Suprema del Canadá. 3. La importancia de la Constitution Act, 1982 a los fines de la formación de un sistema de Justicia Constitucional. 4. Algunas de las razones del creciente consenso, doctrinal y social, frente a la actividad de la Corte Suprema. 5. Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

No parece riesgoso afirmar que la consolidación y la universalización de la justicia constitucional representa uno de elementos característicos del constitucionalismo de esta segunda mitad del siglo.

Aparecen totalmente superadas las objeciones al control judicial de la constitucionalidad de las leyes que, sobre la huella de la influencia constitucional francesa —donde existía la prohibición a los jueces de participar, directa o indirectamente, del ejercicio del Poder Legislativo— consideraban que atribuirle a un órgano judicial la tarea de controlar las decisiones políticas realizadas por el legislador habría no sólo compro-

^(*) Publicado en *Scritti in onore de Sergio Galeotti*; Giuffrè editore, Milano 1998. Traducción de Giovanni Priori L.

metido el principio de la soberanía nacional o popular, sino también favorecido una indebida politización de la función jurisdiccional, entendida como mera e impersonal actividad de aplicación de la ley.

Aun cuando la cuestión de la legitimación de la justicia constitucional continúa estando presente entre los temas afrontados por la comparación jurídica, aparece como evidente que la discusión en torno a ella no compromete más una división entre modelos y culturas jurídicas, sino que concurre a reforzar el valor general del instituto, como corolario «natural» del carácter rígido de la Constitución y de la distinción jerárquica entre normas constitucionales y primarias⁽¹⁾.

La tendencia precedentemente referida ha sido acelerada, de una parte, por las tendencias que han distinguido, innovando, las constituciones de los países de Europa oriental, y de la otra, por la afirmación de formas de *judicial review* en ordenamientos directamente ligados al ordenamiento jurídico inglés. Aunque el fenómeno parece homogéneo las causas son diversas. En el caso de los nuevos ordenamientos surgidos de la crisis de la experiencia de las denominadas «democracias populares», la introducción entre los órganos constitucionales, de Cortes o Tribunales Constitucionales está justificada tanto por la superación de algunos principios que obstaculizaban la admisión del control jurisdiccional sobre la actividad legislativa –entre el que se encontraba aquel que teorizaba, en oposición a la separación de poderes, la supremacía absoluta de los órganos electos o representativos– como por la influencia ejercida en sede de elaboración de las cartas constitucionales de principios fundamentales del Estado Liberal de Derecho: en este contexto, la introducción de formas de justicia constitucional se vincula –como ha ocurrido en la primera mitad del siglo en Europa occidental– a la adhesión al principio de legalidad. A este propósito, es interesante apreciar que las nuevas constituciones contienen un híbrido entre el modelo francés –en relación a la forma de Gobierno– y la experiencia de otros

(1) Véanse por ejemplo, las actas del XVI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Atenas, 1994, que reservó a dicho tema una sesión especial de trabajo.

Estados de la Europa occidental a propósito del control de constitucionalidad⁽²⁾.

De manera diversa, en los países influenciados por el *common law* inglés, la afirmación de la justicia constitucional parece encontrar fundamento en la tendencia de los ordenamientos que habían dado vida al *Commonwealth* a conseguir su autonomía, no solo desde el punto de vista institucional y político, sino también respecto de los principios jurídicos inspiradores. No puede menospreciarse, sin embargo, la fuerza atractiva del modelo norteamericano, a causa de la positiva experiencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos⁽³⁾.

En este contexto, la experiencia canadiense aparece como de especial interés, sea porque confirma la tendencia precedentemente enunciada o porque permite valorar el fundamento de las posiciones que cuentan a los Tribunales Constitucionales entre los órganos que concurren a determinar el equilibrio constitucional entre los poderes, entre el centro y la periferia: de esta manera, también los jueces constitucionales contribuyen a delinear el perfil de la forma de Estado y de la forma de Gobierno concretamente vigente en virtud de su competencia para resolver los conflictos jurídicos que surgen entre los poderes del Estado y entre el Estado central y los ordenamientos descentralizados⁽⁴⁾.

(2) Cfr. FEDE, *L giustizia costituzionale nei Paesi dell'Est europeo*, en «*Giurisprudenza Costituzionale*», 1994, p. 211 ss.

(3) A propósito véase: RUSSEL, *The difusion of judicial review: the Commonwealth, the United States and the Canadian case*, en «*Policy Studies Journal*», 1990, p. 113 s.

(4) Hasta ahora el interés de la doctrina europea frente a la experiencia canadiense ha aparecido un tanto limitado y dirigido eminentemente al proceso constitucional iniciado con la *Constitution Act, 1982* y concluido con la faltante aprobación del *Meech Lake Accord*.

Véanse a título de ejemplo: F. LANCHESTER, *La «patriation» Della costituzione canadese: verso un nuevo federalismo?*, en: «*Riv. Trim. Dir. Pubbl.*», 1983, p. 337 22; Alejandro SAIZ ARNAIZ, *La reforma constitucional en Canadá* en «*Revista*

2. LA FATIGOSA EVOLUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA DEL CANADÁ

En el curso de sus primeros cien años de actividad, la Corte Suprema, más que participar en el proceso político-institucional del país, lo ha observado externamente, asumiendo una posición cauta respecto de las opciones realizadas por los tradicionales órganos de representación política. Como ha sido significativamente afirmado, su presencia en el panorama institucional canadiense pudo ser asimilada a aquella de una *quiet court in an unquiet country*⁽⁵⁾.

La *Constitution Act* de 1857 no insertó a la Corte Suprema dentro de los órganos constitucionalmente necesarios, sino se limitó a prever la posibilidad de instituir dicho órgano judicial, atribuyendo al Parlamento federal la competencia de *provide for the constitution, maintenance, and organization of a general court of appeal for Canada*. El legislador no tuvo, sin embargo, las rémoras de los constituyentes y, percibiendo la utilidad y la importancia de dotar al sistema constitucional del país de una Corte Suprema, se empeñó por su activación aprobando en 1875 el *Supreme and Exchequer Courts Act*⁽⁶⁾.

Vasca de Administración Pública», 1993, p. 89 ss; RUIZ ROBLEDO, *Canadá: un federalismo casi olvidado* en: «Rev. de Estudios Políticos», 1990, p. 201 ss; PHILIP, *Le Québec et le repatriement de la Constitution canadiense* en «Rev. Droit public», 1982, p. 1567 ss; WOEHLING, *La constitution canadiense et l'évolution des rapports entre Québec et le Canada anglais de 1867 a nos jours* en «Rev. Française de Droit constitutionnel», 1992, p. 195 ss. Por último: AA.VV. *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino 1997.

(5) Cfr. CHEFFINS, *The Supreme Court of Canada: the quiet court in an unquiet country* en «Osgoode Hall law journal», 1966, p. 259.

(6) Para una reconstrucción de las principales etapas por las que ha pasado la Corte Suprema del Canadá, veáanse: AGRESTO, *The Supreme Court and constitutional democracy*, Toronto 1984; LEDERMAN, *The Supreme Court of Canada, 1875-1981* en «Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato», Rimini 1985, p. 197ss; RISK, *Supreme Court of Canada, 1874-1940*, Toronto 1985; SMITH, *The origins of judicial review in Canada*, en «Canadian Journal of Political Science», 1983, p. 115 ss; SNELL, *The Supreme Court of Canada: history of the institution*, Toronto 1985.

Las razones de orden institucional que guiaron, primero, a la institución de la Corte Suprema y luego al desarrollo de su actividad, fueron esencialmente dos.

Ante todo, la existencia de una Corte de Apelación con la tarea de obtener *an authoritative settlement of a question of law of importance to the whole nation* respondía a la exigencia de favorecer la unificación jurídica del país, de consentir la formación de un derecho federal, válido para la nación entera, en cuyo interior podía coexistir tanto el *common law* como el *civil law*. Perseguir dicho objetivo era bastante difícil, sobretudo a causa de la absoluta peculiaridad del proceso de edificación del Canadá, que se extendió por el ensamblaje de culturas, realidades políticas y tradiciones jurídicas bastante diferentes; y fue rápidamente evidente que dicho resultado podría ser conseguido a través de la acción de la jurisprudencia y, en particular, gracias a la actividad de un órgano de vértice en grado de imponer —a través de la fuerza del precedente y la reconocida autoridad del colegiado juzgador— una valoración unitaria del derecho viviente.

Asimismo, es necesario considerar que el trabajo institucional que ha distinguido la emancipación constitucional del Canadá de Inglaterra, ha transferido la exigencia de unidad del plano del ordenamiento normativo a aquel de los fundamentos políticos y constitucionales del Estado. En particular, se ha advertido la necesidad de realizar, quedando intacto el principio de la autonomía interpretativa de los operadores jurídicos individuales, un *idem sentire* en orden al alcance de la Constitución y al significado normativo a atribuir a sus disposiciones. De la jurisprudencia de la Corte Suprema se esperaba una contribución a favor de una lectura unitaria del texto constitucional, a la formación del Derecho Constitucional viviente: no parece enfática la afirmación que también en Canadá —como por lo demás ya ocurre en los sistemas donde opera un sistema maduro de justicia constitucional— *the constitution world mean that the Supreme Court say it means*⁽⁷⁾.

(7) Con relación al rol de la Corte Suprema al interior del sistema institucional canadiense son de interés los trabajos de: AGRESTO, *The Supreme Court and constitutiocnal democracy*, Toronto 1984; BERNER-LAJOLE, *The Supreme Court of*

A propósito, es posible notar que permanece hasta ahora una dialéctica particularmente viva no solo entre la Corte Suprema y las *lower appeal courts*, sino también al interior de estas últimas. Algunos datos estadísticos de gran interés testimonian como el grado de consenso en torno a una determinada interpretación de las normas constitucionales no es uniformemente distribuido sobre el entero territorio nacional: basta comparar, por ejemplo, la alta sintonía interpretativa de la Corte Suprema con las Cortes de la *British Columbia* de Ontario (cuyas posiciones son confirmadas actualmente en un 89% y 81% respectivamente) a la verdadera y propia apertura que separa las posiciones de la Corte Suprema con aquella de los jueces de Québec (que son acogidas en un 37%) y de la Nueva Escocia (33%)⁽⁸⁾.

En segundo lugar, la Corte Suprema fue considerada un útil órgano de equilibrio al interior de la estructura federal del Estado. No podía, en efecto, no ser advertida de la exigencia de confiar a un «árbitro» independiente la tarea de resolver los contrastes entre el Gobierno federal y aquellos provinciales en relación a la interpretación de algunas disposiciones de la *Constitution Act, 1867*. Apareció rápidamente como evidente que el equilibrio constitucional entre los poderes podía ser alterado si no se individualizaba un órgano legitimado para verificar la corrección del Parlamento, de controlar que dicho órgano no realice comportamientos en grado de modificar la repartición

Canada as an instrument of political change, Toronto 1985; BUSHNELL, *The captive court: a study of the Supreme Court of Canada*; Montreal 1992; MANFREDI, *Judicial power and the Charter: the paradox of liberal constitutionalism*, Toronto 1993; RAND, *The role of the Supreme Court in society* en «*University of New Brunswick Journal*», 1991, p. 173 ss.; STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts: the function and scope of judicial review*, Toronto 1983.

(8) A propósito de ello, la doctrina es bastante pacífica en subrayar que la principal «víctima» del activismo jurisprudencial de la Corte Suprema está representada por Québec y sus reivindicaciones constitucionales. Véase sobre ello: MORTON, *Judicial politics canadian style: The Supreme Court's contribution to the constitutional crisis of 1992*, en «*Constitutional predicament*», Montreal 1994, p. 138 ss.

de poderes hecha por los constituyentes: repartición sobre la cual se apoyaba el delicado equilibrio interno de la federación⁽⁹⁾.

A la Corte Suprema se le pedía, en definitiva, tener una doble función de garantía: a favor de los ciudadanos frente a los abusos de las instituciones políticas y a favor de las provincias respecto a las tentaciones centralistas del Gobierno y del legislador federal —o del Gobierno federal frente a las tentaciones expansivas de algunas provincias—.

No obstante la reconocida relevancia del órgano, la vida de la Corte Suprema fue, sin embargo, distinguida por una larga adolescencia, interrumpida solamente en este último decenio, momento en el que adquirió una efectiva madurez.

Las razones de esa dificultad son muchas y en buena parte extrañas a la misma actividad de la Corte. Ellas fundan seguramente sus raíces en la cultura jurídica de los constituyentes y en la génesis constitucional del Estado federal.

Con relación a la primera, es conocido que los padres de la Constitución se inspiraron íntegramente en la tradición inglesa, la que se distingue por el principio de la soberanía parlamentaria y por el consiguiente rechazo de un control judicial sobre las decisiones del legislador. En la evolución inicial del sistema canadiense, la influencia comparada fue bastante limitada y sólo luego de un no breve periodo de tiempo la experiencia del modelo estadounidense —del cual no podía no influenciar la función de garantía absuelta en un ordenamiento no unitario, pero de tipo federal, por un órgano independiente como la Corte Suprema— produjo efectos significativos sobre el sistema constitucional en Canadá.

Además, las dificultades que la Corte Suprema encontró antes de afirmarse como juez constitucional derivaron de la original naturaleza constitucional del Canadá, en particular, del hecho que sólo reciente-

(9) Véase: MONAHAM: *The Charter, Federalism and Supreme Court of Canada*, Toronto 1987; RUSSEL-KNOFF-MORTON, *Federalism and the Charter*, Ottawa 1993, p. 7 ss.; SWINTON, *The Supreme Court and Canadian federalism*, Toronto 1990.

mente –en particular, con la entrada en vigor del *Constitution Act, 1982*– el Estado canadiense pudo plenamente deshacerse de los originales ligámenes de dependencia jurídica de Inglaterra⁽¹⁰⁾.

Es conocido que la *British Nord America Act, 1867*, –la cual dio vida al *Dominion* canadiense a través de la unión federal de Québec, Ontario, Nueva Escocia y Nuevo Brunswick– delineó un ordenamiento que bajo la jurisdicción de la Corona del Reino Unido, se basaba sobre principios constitucionales que distinguían el ordenamiento inglés; además, dicho documento constitucional atribuía la competencia en materia de revisión constitucional al Parlamento de Westminster, con la sola exclusión del artículo 91, el cual determina las materias de competencia legislativa federal.

Por más de un siglo, entonces, la normativa constitucional relativa al Canadá era producida tanto por leyes inglesas como canadienses. Ni tal situación vino enteramente modificada por la *Balfour declaration* y por el sucesivo *Statuto Westminster*: la primera, en efecto, proviene de 1926 y reconocía a algunos *Dominions* del *Commonwealth* –Canadá, Australia, Eire, Nueva Zelanda, Sudáfrica– la condición de comunidades autónomas, operantes al interior del Imperio inglés en posición de no subordinación recíproca en el ejercicio de los asuntos internos y externos; el segundo, por su parte, dispuso la renuncia de Inglaterra a ejercitar su poder formal de emanar autónomamente normas vinculantes para el Canadá.

En ese contexto se entiende el motivo por el cual la afirmación de la Corte Suprema en el sistema institucional canadiense ha sido lenta y fatigosa; su ascenso a los vértices de la organización constitucional ha venido gradualmente, grada por grada. Los momentos de discontinuidad fueron siempre ligados a sucesos institucionales relacionados a los vínculos que unían Canadá con Inglaterra.

(10) Acerca de la historia constitucional del Canadá véase: HOGG, *Constitutional law of Canada*, Toronto 1985; KENNEDY, *The Constitution of Canada*, London 1938; STANLEY, *A Short History of the Canadian Constitution*, 1969.

El desarrollo de la actividad de la Corte Suprema y la consolidación de su rol al interior del sistema político se acompañan, en consecuencia, a la progresiva emancipación del ordenamiento canadiense de la tutela inglesa: en efecto, solamente en el momento en el que un ordenamiento estatal adquiere una efectiva soberanía y plenitud en el ejercicio de sus funciones constitucionales, es posible confiarle a un órgano jurisdiccional del mismo la tarea de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y la salvaguarda de los valores fundamentales de la Constitución del país.

La primera etapa de ese proceso puede ser individualizada en 1949 cuando la Corte, luego de la abolición de la competencia de la *Privy Council*, dejó de ser suprema solamente de nombre, para convertirse en ella de hecho; solamente entonces la Corte Suprema pudo afirmarse como un efectivo órgano de vértice del sistema judicial canadiense, convirtiéndose a *final court of appeal of and for Canadians*⁽¹¹⁾. Precedentemente, en efecto, el más elevado tribunal de apelación canadiense era constituido por una institución extranjera (*The judicial comité of privy council*), cuya presencia en el sistema dejaba inevitablemente en sombra el rol de la Corte Suprema: su tarea consistía –según las palabras de una autorizada doctrina– *not to interpret the Constitution but rather to interpret what the Privy Council said the constitution means*⁽¹²⁾.

Otras providencias sucesivas influyeron positivamente sobre la capacidad de trabajo de la Corte Suprema –de aquellos que atribuyeron al juez, a partir de 1975, la competencia en orden a la programación de los propios trabajos a aquellos que determinaron en 1985 la abolición del límite monetario de 10,000 dólares para poder acceder a su jurisdicción–; sin embargo, el desarrollo efectivo, que consiguió el definitivo paso de la adolescencia a la madurez, se tuvo con la aprobación de la

(11) Cfr. BORA LASKIN, *The Supreme Court of Canada: a final court of and for Canadians*, en «The Canadian Bar Review», 1951, p. 138.

(12) Así: BORA LASKIN, *The Supreme Court of Canada*, cit, p. 1038. En esa materia véase también: MACDONALD, *The Privy Council and the Canadian Constitution*, en «Canadian Bar Review», 1951, p. 1024.

Constitution Act, 1982, la cual dispuso la ineficacia para el ordenamiento canadiense de las normas producidas por los actos del Parlamento inglés.

3. LA IMPORTANCIA DE LA *CONSTITUTION ACT, 1982* A LOS FINES DE LA FORMACIÓN DE UN SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Indudablemente, la *Constitution Act, 1982* ha representado una divergencia radical tanto en el proceso constitucional canadiense, como en la evolución de la actividad de la Corte Suprema.

Es verdad que también antes de 1982 el sistema no excluía la posibilidad de formas de *judicial review of legislation*, aunque bajo la plena influencia del modelo inglés existían bases jurídicas para el ejercicio de un control judicial de la constitucionalidad: baste considerar, entre otros, que el *Colonial Laws Validity Act, 1865* reconocía la competencia de inaplicar las normas coloniales que contravenían las *Imperial Laws*, determinando una jerarquía entre los dos tipos de normas⁽¹³⁾. Es indudable, sin embargo, que la Corte Suprema, a parte del ejercicio limitado del poder de *References*, actuó en el sistema como Corte de Apelación: solamente con la introducción de una Constitución rígida, vinculante para el Poder Legislativo, dicho órgano puede caracterizarse como juez constitucional.

Esa progresiva transfiguración de su función primaria está estadísticamente confirmada por el hecho que en estos últimos años las cuestiones de Derecho Público decididas por la Corte Suprema han terminado por incrementarse en medida significativa, en comparación con los casos de Derecho Privado: baste considerar que si en 1976 las cuestiones de Derecho Público y de Derecho Privado eran casi equivalentes, con cierta preponderancia de las cuestiones de *private law*, seguidamen-

⁽¹³⁾ Cfr. SMITH, *The origin of judicial review in Canada*, en «Canadian Journal of Political Science», 1983, p. 115; STROYER, *Judicial review of legislation in Canada*, Toronto 1986.

te se dio una prevalencia neta de las primeras, que han terminado por ser cinco veces más numerosas⁽¹⁴⁾.

Tres aspectos de la *Constitution Act, 1982* han incidido en particular, sobre el rol y sobre la actividad de la Corte Suprema.

Ante todo, la nueva Constitución ha favorecido la afirmación del Canadá como comunidad soberana tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista sustancial. A diferencia de la *British North American Act, 1867*, que creó el Canadá como acto del Parlamento inglés, alejado de cualquier legitimación popular, la nueva Constitución ha afirmado el principio de la autodeterminación, sellando la transición de la soberanía imperial a aquella popular. Además, ha suministrado el *self government* un común sistema de valores, consensualmente aceptado y supraordenado a la ordinaria actividad legislativa. En otros términos, la afirmación de que la *Charter of Rights and Freedoms* constituye la suprema ley del Canadá ha contribuido a codificar un grupo calificado de valores supremos que deben considerarse comunes a todos los canadienses, de costa o costa. La *Constitution Act*, bajo el aspecto sustancial, ha puesto las bases sobre las cuales fundar la identidad político-institucional del Canadá. Dicha novedad ha sido rápidamente acogida por la doctrina más atenta, la cual ha evidenciado cómo la Constitución *positively linked many Canadians to the Constitution and given them constitutional identities they formerly lacked*⁽¹⁵⁾. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha contribuido a conferir concreción a los valores que, justificando la integración política de los diversos sujetos dentro de un mismo ordenamiento, diseñando el aspecto de la comunidad canadiense, representan la *source of inspiration to country*⁽¹⁶⁾.

(14) Veáanse las indicaciones estadísticas proporcionadas por MONAHAN, *The Charter, federalism and the Supreme Court of Canada*, Toronto 1987, p. 17 y ss.

(15) Cfr. MILNE, *The Canadian Constitution*, Toronto 1991.

(16) Así, MORTON, *Judicial politics canadian style: The Supreme Court's contribution to the constitutional crisis of 1992*, en «*Constitutional predicament*», cit, p. 134.

En este contexto institucional, se hace casi natural atribuir a la Corte Suprema la naturaleza de juez competente para la tutela del respeto de los principios que son base del ordenamiento y, en consecuencia, de supremo garante de la unidad sustancial de la comunidad canadiense.

En segundo lugar, la codificación de los derechos fundamentales de las personas en una Carta Constitucional diseñada precisamente para ello, vinculante para todos los poderes públicos ha generado una aceleración al desarrollo del *judicial review*. La previsión del artículo 32 en base al cual las disposiciones de la *Constitution Act*, se aplican al Parlamento y al gobierno del Canadá, así como a las asambleas legislativas y a los actos ejecutivos de cada provincia, ha sido rápidamente saldada con la madura consciencia de los ciudadanos acerca de que existen derechos que les pertenecen que pueden ser judicialmente tutelados frente a la acción arbitraria de los poderes públicos. De esta manera, cambia la actitud frente al legislador y cambia una tradición cultural que valoraba negativamente el activismo constitucional de los jueces: no casualmente la Corte Suprema, en la primera decisión adoptada apenas entrada en vigencia la Constitución de 1982 (*Law Society Upper Canada v. Shapinker*, 1984) se ha preocupado –en el cuerpo de la motivación– de autolegitimar la propia función de juez constitucional, haciendo referencia a la cuestión *Marbury vs. Madison* que dio inicio en los Estados Unidos de América a una fructífera experiencia de justicia constitucional⁽¹⁷⁾.

Es un dato irrefutable que en este último decenio los canadienses se han dirigido cada vez con mayor frecuencia y convicción a la autoridad judicial para la tutela de sus derechos constitucionales: el activismo

(17) En orden al nuevo rol que la Constitución de 1982 ha delineado para la Corte Suprema del Canadá, véanse las contribuciones de ALEXANDER, *The Supreme Court of Canada and the canadian charter of rights and freedoms*, en «University of Toronto law journal», 1990; GOLD, *The rethoric of rights: the Supreme Court and the charter*, en «Supreme Court law review», 1985, p. 455; MANFREDI, *Judicial power and the Charter*, Toronto 1992; RUSSEL, *The effect of the charter of rights on the policy-making role of Canadian courts*, en «Canadian public administration», 1982, p. 1 ss.; STRAYER, *The Canadian constitution and the Courts: the function and scope of judicial review*, Toronto 1983.

interpretativo de la Corte ha favorecido el crecimiento de la acción de diversos grupos sociales para la tutela de sus derechos constitucionales; organizaciones que no encuentran con precedencia una adecuada expresión en la actividad de las tradicionales instituciones de la democracia parlamentaria han individualizado en el juez constitucional un referente significativo, dando vida a una suerte de *Court party*⁽¹⁸⁾. De esa forma, el crecimiento cuantitativo de la actividad de la Corte Suprema norteamericana, ha impresionado a la doctrina canadiense, induciendo a algún autor a temer que la Corte Suprema pueda transformarse, en virtud de su creciente legitimación, de una «*quiet*» a una institución «*under stress*».

Finalmente, la *Constitution Act*, se inclina por la tentación de proporcionar una solución equilibrada a los numerosos conflictos que han caracterizado la historia institucional del Canadá en la búsqueda por ofrecerles una perspectiva de estabilidad. Los constituyentes, alcanzando a aprobar la nueva Carta constitucional, han conseguido un resultado destacable. No puede olvidarse, en efecto, que el intento de revisar desde fuera la Constitución de 1867 se había interrumpido repetidamente, sin llegar a resultados significativos; los numerosos intentos por definir un nuevo procedimiento de revisión de la Constitución –que se han dado desde 1927 a 1982– no habían alcanzado el objetivo sin alcanzar a completar el *iter* previsto⁽¹⁹⁾. De otra parte, también los intentos sucesivamente realizados no han originado un éxito mejor, al punto que puede afirmarse que la particularidad de la historia del Canadá ha sancionado la práctica imposibilidad tanto de introducir nuevas reglas en el procedimiento para la revisión de la Constitución, como de innovar las disposiciones constitucionales.

Dos cuestiones se juntaban con la advertida necesidad de superar la vieja norma que reconocía sólo al Parlamento inglés la competencia en

(18) A propósito: véase: KNOFF-MORTON, *Charter politics*, Toronto 1992, p. 88 y ss.

(19) Para una reconstrucción de las principales etapas que han determinado el difícil camino para la aprobación de la *Constitution Act, 1982*, véase RUSSEL, *Constitutional Odyssey*, Toronto 1992.

materia de revisión de la Constitución: una, acerca de las relaciones entre la Federación y el Reino Unido; otra, concernía al poder de intervención y de veto de las provincias en el *iter* de revisión constitucional. El primer nudo fue superado rápidamente gracias a la formación de una convención constitucional que imponía al legislador inglés no deliberar en modo distinto al canadiense; en la práctica, después, la iniciativa era ejercida directamente por las Cámaras Federales, las cuales elaboraban y deliberaban un proyecto de revisión de la Constitución que venía transmitido al Parlamento inglés para la sucesiva y definitiva aprobación.

La cuestión, sin embargo, de las modalidades de participación de las provincias en el procedimiento de revisión constitucional no alcanzó a encontrar una solución que satisfaga a todos; por el contrario, las dificultades se incrementaron inmediatamente después de la aprobación de la *Constitution Act, 1982*, que reconocía la plena soberanía de Canadá en la materia. No casualmente sobre dicha cuestión constitucional se consumó –como veremos a continuación más ampliamente– la caída del *Meech Lake Accord*, primero, y la falta de aprobación por referéndum del acuerdo de *Charlottetown*, después⁽²⁰⁾.

De otra parte, sobre la base de la experiencia histórica, la cual evidencia cómo solamente cinco de las 22 leyes de revisión de la Constitución aprobadas antes de la *Constitution Act, 1982* tuvieron el consenso unánime de las provincias, aparecen comprensibles las dificultades para reconocer a las provincias un derecho de veto sobre las propuestas federales de revisión constitucional.

Sin desconocer el significado histórico de la aprobación de la nueva Constitución, es indudable que ella constituye –sobre todo a causa de los aspectos de relevancia constitucional que han sido expuestos anteriormente– una mediación transitoria. Las cuestiones constitucionales más delicadas –la composición del Senado, los poderes provinciales para designar jueces de la Corte Suprema, el reconocimiento de nuevos criterios de repartición de las competencias al interior del Estado federal–

(20) Sobre este último aspecto, véase AA.VV. *Constitutional predicament*, Montreal 1994; AA.VV. *Referendum 26 october 1992*, Montreal 1992.

no fueron codificadas en la *Constitution Act, 1982*, pero las reenvió a un sucesivo acto. En particular, en lo que se refiere al aspecto más delicado que tiene que ver con las relaciones entre Gobierno federal y gobiernos provinciales, se está en presencia –como ha sido manifestado por los comentaristas más atentos– ante un equilibrio estable.

Bajo este aspecto, la experiencia del proceso que ha llevado a la aprobación de la Constitución de 1982 y más aún la traumática caída de los sucesivos intentos de completar la codificación constitucional –bruscamente interrumpidos por la falta de aprobación del *Meech Lake Accord*– han evidenciado no sólo la extrema y endémica dificultad que el proceso de revisión constitucional encuentra en Canadá; sino también su causa específica, individualizable en la capacidad de los tradicionales sujetos políticos de proporcionar autónomamente una solución constitucional equilibrada a las pretensiones provinciales, en especial a las reivindicaciones nacionalistas del Québec⁽²¹⁾.

Ante la crisis de la política como técnica de mediación y de superación de los conflictos y de los *impasse* que las acciones de decisión de los tradicionales órganos de gobierno encuentran a causa de los vetos recíprocos, no podía no constituir una solución «natural» o «necesitada» la propensión a delegar parte de los delicados problemas de equilibrio constitucional presentados en Canadá –de aquellos que están en torno al contraste entre población de lengua inglesa y francesa y aquellos que contraponen las provincias del *East* a aquellas del *West* por el control de los recursos energéticos– al rol de mediación de la Corte Suprema.

El baricentro del equilibrio constitucional entre el centro y las provincias se traslada en la medida en que aumenta la consciencia de que los

(21) Acerca de las diversas dificultades del proceso constitucional en Canadá, véase BROWN, *Canada: The State of the Federation*, Kingston 1991; CAIRNS, *Constitutional struggle from the Charter to Meech Lake*, Toronto 1991; LEDERMAN, *Continuing constitutional dilemmas*, Toronto 1981; VIPOND, *Liberty and Comunita: canadian federalism and the failure of the Constitution*, New York 1991; WOEHLING; *La constitution canadienne et l' evolution des rapports entre le Quebec et le Canada anglais 1867 a nos jours*, cit, p. 201 y ss.; YOUNG, *The Confederation in crisis*, Toronto 1991.

principios y las reglas del federalismo no deben ser enteramente resueltos en el *mainstream* del proceso político, pero pueden ser perfectamente confiados al sabio equilibrio de una institución independiente. De otra parte, los datos estadísticos confirman el creciente activismo de la Corte Suprema en materia de relaciones entre Estado y provincias: baste considerar que las decisiones inherentes a la naturaleza federal del Estado canadiense han pasado de 4,6% del total de los años 1950-1959 a los 10,9% de los años 80.

Dicha constatación induce a considerar que el desarrollo de la justicia constitucional y la progresiva afirmación de Cortes o Tribunales Constitucionales derivan no sólo de exigencias teóricas, de coherencia sistemática, sino también y sobretodo, de su comprobada actitud a satisfacer una pluralidad de exigencias, propias del constitucionalismo maduro: que van desde la capacidad de asegurar la tutela de los derechos a través del control de la constitucionalidad de las leyes, a la idoneidad de garantizar –en el contexto de un Estado organizado sobre base de autonomías– el correcto equilibrio entre poder centralizado y descentralizado.

El crecimiento cuantitativo y cualitativo de la actividad de la Corte Suprema y el consolidarse de su legitimación en el sistema constitucional no pueden, sin embargo, ocultar la permanencia de un elemento de debilidad institucional, conexo al hecho que dicho órgano jurisdiccional, a pesar de que su existencia fue presupuesta por la *Constitution Act, 1982*, carece hasta ahora de un explícito reconocimiento constitucional. La falta de una garantía constitucional en orden a la composición, a la competencia y a los poderes expone a la Corte Suprema al riesgo de posibles intervenciones limitantes del legislador o de presiones o condicionamientos por parte del sistema político.

La agenda temática que ha precedido a la aprobación de la *Constitution Act* comprendía también la disciplina constitucional de la Corte Suprema; y en los trabajos preparatorios fueron efectivamente discutidas numerosas cuestiones de relevancia: desde la posibilidad de aumentar el número de jueces hasta la revisión del sistema de nombramientos de manera tal de comprometer a las provincias, lo que comprendía la posibilidad de elegir si se confirmaba la doble naturaleza de

Corte de Apelación y de Corte Constitucional. Sin embargo, las divisiones que han contrapuesto los representantes de las provincias y del Gobierno federal, en cuanto al poder de nombramiento de jueces, hicieron inútil la posibilidad de introducir en el documento constitucional un reconocimiento explícito del órgano.

Rebus sic stantibus es controvertida, en consecuencia, la misma posibilidad de renovar a la Corte Suprema entre los órganos constitucionales del Canadá. Es indudable que la *Constitution Act, 1982*, a pesar de no haber dedicado una norma específica a dicho instituto, presupone su existencia e implícitamente le asigna un lugar de relevancia en la estructura constitucional del Estado. De otra parte, la Constitución ha introducido en materia de revisión de la normatividad sobre la Corte Suprema particulares límites procedimentales, que consienten la atribución –sobre la base de las reglas que preceden a la relación entre las fuentes– a las fuentes que disciplinan dicha materia una particular calificación jurídica.

El artículo 41 prevé que la variación de las disposiciones relativas a la composición de la Corte Suprema debe ser aprobada concordantemente por el Senado, la Cámara de los Comunes y la asamblea legislativa de cada Provincia; a su vez, el artículo 42 dispone que la aprobación de enmiendas en otras materias relativas a la Corte Suprema deban ser con el consenso, sea del legislador federal, sea de los dos tercios de las provincias, en representación del 50% de la población. De ese modo, el procedimiento para modificar la legislación sobre la Corte Suprema ha sido reforzado, así que esta última ha adquirido una fuerza pasiva similar a aquella que, en un sistema de Constitución rígida, poseen las normas constitucionales.

La referida innovación ha llevado a algunos autores a considerar que la *Constitution Act* haya, de hecho, insertado a la Corte entre los órganos constitucionales del Canadá⁽²²⁾. Dicha posición –sin embargo–, no parece convincente, en cuanto, de la mera referencia en la Constitu-

(22) Entre los cuales, se halla CHEFFINS, *The Supreme Court of Canada*, cit, p. 259; LEDERMAN, *The Supreme Court of Canada*, cit., p. 197 y ss.

ción no se puede derivar mecánicamente el *status* de órgano constitucional; la diferencia entre órganos constitucionales y de relevancia constitucional no reside en el mero hecho que la fuente de validez de los primeros es la Constitución, mientras que las fuentes de validez de los segundos es la ley ordinaria. Existen, en efecto —como enseña la experiencia italiana— órganos no constitucionales cuya fuente de validez radica en el texto mismo de la Constitución.

En el proceso de adecuación constitucional sucesivo a 1982 hubo un esfuerzo por superar los límites de la *Constitution Act, 1982*. El *Meech Lake Accord* atribuyó a la Corte Suprema la doble naturaleza de Corte de Apelación general del Canadá y de *additional court for the better administration of the laws of Canada*. El acuerdo, además, tentaba de afrontar la *vexata quaestio* de los poderes de designación de los componentes de la Corte Suprema no ya atribuyendo un explícito poder a las provincias, sino disponiendo la necesidad de una equilibrada representatividad de los jueces sobre la base provincial, quedando intacto el reconocimiento del poder de designación del Gobierno federal.

Las dos soluciones referidas, sin embargo, no eran satisfactorias. Esa última no resultaba innovativa, por el hecho que se limitaba a formalizar lo que ya ocurría en la práctica: en efecto, los nueve jueces vienen elegidos por la norma, de manera que provengan 3 del Québec, 3 de Ontario, 1 de las provincias atlánticas, 2 de las provincias del Oeste. Además, la fórmula relativa a la función de la Corte Suprema parecía ambigua en cuanto se proponía valorizar más su rol de intérprete de la Constitución que de verdadero y propio juez constitucional⁽²³⁾.

De cualquier modo, la falta de aprobación del acuerdo puso término a una posibilidad de análisis crítico de la propuesta, reenviando la

(23) Sobre las propuestas de disciplina constitucional de la Corte Suprema del Canadá, véase LANG, *Constitutional reform: the Supreme Court of Canada*, Ottawa 1978; HOGG, *Meech Lake Constitutional Accord Annotated*, Toronto 1988; RUSSEL, *The Supreme Court proposals in the Meech Lake Accord*, en «*Canadian Public Policy*», 1988, p. 161 ss.

solución de la posición constitucional de la Corte Suprema a un futuro desde los confines más inciertos⁽²⁴⁾.

4. ALGUNAS DE LAS RAZONES DEL CRECIENTE CONSENSO, DOCTRINAL Y SOCIAL, FRENTE A LA ACTIVIDAD DE LA CORTE SUPREMA

La introducción del control de constitucionalidad en Canadá ha reproducido el debate que en el pasado había interesado el desarrollo de la justicia constitucional, especialmente en Europa. Sin embargo, la perplejidad en orden a la oportunidad de instaurar un «proceso» al legislador y de confiarlo a los jueces no han resultado —una vez más— así convincentes para frenar el proceso de legitimación del nuevo rol de la Corte Suprema⁽²⁵⁾. Al punto que los críticos han modificado progresivamente el objeto de sus propias objeciones, las cuales han versado no tanto sobre la admisibilidad en general de la justicia constitucional, sino en el excesivo énfasis de sus efectos al interior del sistema; por ejemplo, ha sido criticado el intento de considerar la jurisdiccionalización del *public policy making* una panacea, antes que una medicina que podría tener efectos benéficos si *carefully prescribed as a remedy with known consequences for a diagnosed condition*⁽²⁶⁾.

(24) Notables son las preocupaciones acerca del futuro de la Confederación canadiense, Véase: MONAHAN, *The inside store*, Toronto 1991; RUSSEL, *Constitutional Odyssey*, Toronto 1992; YOUNG, *The Confederation in crisis*, Toronto 1991.

(25) Cfr. BALCONE, *Supreme Court of Canada decision making*, Toronto 1990; BEATTY, *A conservative's court: the politicization of law*, en «University of Toronto Law journal», 1991, p. 147 ss.; BEATTY, *Talking heads and the supremes*, Toronto 1990; BUSHNELL, *The captive Court: a study of the Supreme Court of Canada*, Montreal 1992; ISON, *The sovereignty of the judiciary*, en *The Adelaide Law Review*, 1985, p. 1 y ss.; MANFREDI, *Judicial power and the Charter: the paradox of liberal constitutionalism*, Toronto 1993; MONAHAN, *Judicial review and democracy*, Toronto 1985; STRAYER, *The Canadian constitution and the Courts, the function and scope of judicial review*, Toronto 1983; WEILER, *In the last resort: a critical study of the Supreme Court of Canada*, Toronto 1974.

(26) Cfr. Ison, *The sovereignty of judiciary*, cit., p. 1 ss.

Las demoras para una plena evolución del sistema hacia formas completas de justicia constitucional aparecen comprensibles –aunque si bien no justificadas desde el punto de vista del fundamento jurídico–, toda vez que se considera que eso ha ocurrido a consecuencia de un cambio radical, introducido por la *Constitution Act, 1982*, la cual ha innovado la *grundnorm* sustancial sobre la cual se fundaba la legitimación del precedente ordenamiento constitucional frente a la ordinaria producción normativa y ha reconocido, al mismo tiempo, la idoneidad de un órgano judicial para verificar el respeto de aquella parte de ésta.

Además de la nueva Constitución de 1982, emancipando el ordenamiento jurídico canadiense del inglés⁽²⁷⁾ se han creado los presupuestos para un acercamiento a la experiencia jurídica de los Estados Unidos de América: numerosas son las investigaciones sobre la doctrina y sobre la jurisprudencia norteamericana, mientras aparece notable la influencia de los ordenamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema norteamericana sobre la actividad interpretativa de los jueces del Canadá. Son bastante frecuentes los casos en los que los mismos jueces de la Corte Suprema motivan las propias decisiones refiriéndose a las *rationes decidendi* utilizadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos: dando la impresión que también esas puedan ser utilizadas con la finalidad de construir un precedente. Algunas revelaciones estadísticas han evidenciado que la presencia de las citas en las decisiones de la Corte haya pasado del 3% en 1984 al 6% en 1988, y que el 40% de las citas globales se dan luego de la aprobación de la *Constitution Act, 1982*, es decir, tiene relación con los últimos diez años de vida de un organismo centenario.

A lo mejor, no parezca forzado interrogarse acerca de la eventualidad de que en un futuro el gran continente norteamericano pueda representar el lugar geográfico donde exista no sólo un mercado económico común, sino también un sistema inspirado en reglas jurídicas comunes⁽²⁸⁾.

(27) Se trata, como es sabido, de la así llamada, *patriation*, cuyas características hemos podido profundizar por LANCHESTER, *La «patriation» della costituzione canadese: verso un nuovo federalismo?*, cit., p. 337 y ss.

(28) Sobre el punto, véase: MANFREDI, *The Canadian Supreme Court and american judicial review: United States constitutional jurisprudence and the*

constitucional canadiense operando en dos planos: por un lado, manifestando repetidamente la naturaleza meramente jurídica de su actividad, por otro lado, buscando reducir los efectos políticos de sus decisiones y los efectos de ellas en el sistema institucional⁽²⁹⁾.

En ese contexto se puede comprender la actitud insistentemente reductiva que ha tenido frente a aquella que es probablemente su competencia políticamente más evidente e incisiva: el poder de deliberar *references*⁽³⁰⁾.

En el momento en el que se ejercita el poder consultivo sobre cuestiones hipotéticas y abstractas, adoptando las *advisory opinions*, el juez es llamado a pronunciarse sobre cuestiones de gran impacto político, en función a las cuales los diversos sujetos políticos manifiestan posiciones diferentes. No obstante, la relevancia de competencia de la Corte ha buscado reducir sus efectos precisando que no se trata en todo caso de decisiones vinculantes, de forma tal que constituyan un precedente: así como se ha afirmado que «*in a contested case where the same questions World arise, they World no doubt be followed*» (*Referente Wartime Leasehold regulations*). Bajo este aspecto, entonces, no es posible asimilar el poder canadiense de *referente* con los controles preventivos y abstractos de constitucionalidad conocidos en Europa.

Por el contrario, en la confirmación sobre la naturaleza consultiva de los *Referentes* se ha terminado por asimilar a las *opinions of law officers*. Aun cuando no se le puede escapar a un observador atento cómo el carácter formalmente no vinculante de un parecer no excluye que el mismo sea en la sustancia difícilmente no atendible cuando provenga de un órgano con autoridad, dotado de basta legitimación.

(29) Cfr. MORTON, *The political impact of the canadian charter of rights and freedoms*, en «Canadian Journal Political Science», 1987, p. 31; RUSSEL, *The judiciary in Canada*, Toronto 1987; WILSON, *Decision-making in the Supreme Court*, en «University of Toronto Law Journal», 1986, p. 236 ss.

(30) Cfr. en orden al poder de *referente*: HUFFMAN - SAATHOFF, *Advisory opinions and canadian constitutional development: The Supreme Court's referent jurisdiction*, en «Minnesota Law Review», 1990, p. 1251 ss.

No por ello, la Corte ha renunciado a ejercitar una función activa en el sistema, pero lo ha hecho resaltando las oportunidades ofrecidas por la actividad interpretativa, propia de las disposiciones. Utilizando un conocido *coktail* de continuidad e innovación, de tradición y dinamismo, se ha negado repetidas veces de ser asimilada a un mero aplicador de la ley, atribuyéndose la posibilidad de ejercitar un activismo interpretativo. Afirmando que la Carta debía ser *liberally interpreted and enthusiastically applied* ha entendido asumir un rol conductor en la valorización de las nuevas disposiciones constitucionales⁽³¹⁾.

La mayoría de las veces la Corte Suprema ha considerado a la Constitución un *living tree*, un complejo normativo viviente: remontándose a un precedente de 1930 (*Hanrietta Edgard vs. A:G: Canadá*) –se puede notar, rápidamente, la intención del juez de ligarse al pasado para legitimar el nuevo rol– ha comparado la norma constitucional con un *living tree capable of growth and expansion within its natural limits*⁽³²⁾.

A su vez, en la decisión *Hunter et al. vs. Southam Inc.* ha afirmado que una Constitución es redactada con la mirada al futuro y, en consecuencia, debe ser capaz de *growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers*; mientras con ocasión de la sentencia *Law Society of Upper Canada v. Skapinker* ha recordado que la tarea de la Constitución es la de juzgar y servir al Canadá por largo tiempo, acompañando el proceso de desarrollo de las instituciones.

En el mencionado contexto, la Corte Suprema tiende a configurarse como guardián no estático de la Constitución, capaz de considerar la

(31) Sobre el activismo interpretativo de la Corte Suprema del Canadá véase: RUSSEL-KNOFF-MORTON, *Federalism and the Charter*, Ottawa, 1993, p. 14.

(32) Véase, por ejemplo, *Upper v. Skapinker* de 1984 y *B.C. B.C. Motor Vehicle, Act 1985* en «Doctrine», Cfr. MORTON-KNOFF, *Permanence and change in a written constitution: the living tree doctrine and the Charter of rights*, en «Supreme Court Law Review», 1990, p. 533 y ss.

evolución del sistema. De otra parte, la frecuente referencia a la voluntad de los constituyentes (*Fathers of the Constitution*) no debe llevarnos a engaño: parece expresar más que la intención de referirse estáticamente a las raíces históricas del país, la voluntad de ligar dinámicamente, a través de la interpretación, el Derecho a la realidad histórica del país.

Así como no se puede subvaluar el hecho –significativo para un sistema jurídico influenciado por el modelo norteamericano– que la Corte Suprema no se ha sentido hasta ahora excesivamente ligada al principio del presente. La regla del *stare decisis* parece utilizada no tanto para favorecer la continuidad de los lineamientos jurisprudenciales, sino más bien para introducir en el sistema un freno a la creatividad del intérprete, en el sentido que la misma no puede avanzar hasta el límite de prescindir totalmente de un precedente o de apartarse inmotivadamente del mismo. En otros términos, no parece forzado considerar que la Corte individualiza en los precedentes orientaciones jurisprudenciales, no tanto un vínculo para el contenido de decisiones futuras, sino más bien un empeño por motivar con cuidado, para hacer rigurosa la argumentación jurídica.

De otro lado, la experiencia muestra numerosos ejemplos de *overruling*, es decir, de supuestos en los cuales la misma *ratio decidendi* viene usada para afrontar cuestiones profundamente diferentes. Piénsese por ejemplo, en las decisiones *The Quenn v. Big M Drug Mart td, 1985* en la cual la Corte Suprema declara el *Lord's Day Act* contrario al derecho a la libertad de religión y de conciencia tutelado por la *Charter of Rights and Freedoms*, contradiciendo lo sostenido en 1963 a propósito de la misma ley federal (*Robertson and Rosettanni*); o bien, como el precedente relativo a la posibilidad de individualizar los derechos «implícitos» (es decir, aquellos no expresamente establecidos en la Constitución) relativo a la admisibilidad de comprender el derecho a la huelga como parte del derecho constitucional de asociación –a aquellas de las decisiones *Morgentaler v. the Queen, 1988*– inherente el derecho de autodeterminación de las mujeres en materia de interrumpir voluntariamente el estado de gravidez.

La tendencia de la Corte Suprema a una interpretación evolutiva de la Constitución es adoptada prescindiendo de los efectos concretos que podrá producir. El activismo interpretativo, en efecto, está abierto a desviaciones de diversa naturaleza: puede conducir al reconocimiento de nuevos derechos y posiciones subjetivas, o a justificar elecciones

reductivas del legislador. Así como, en relación a la distribución de poderes al interior de la federación, puede valorar los poderes provinciales o determinar su drástica compresión.

También en este caso parece válida la conocida frase según la cual *the proof of the pudding will be in the eating*. Solamente el análisis de las orientaciones jurisprudenciales que se consolidan con el tiempo podrá consentir responder a la interrogante acerca de la cualidad de los efectos que el activismo interpretativo de la Corte Suprema ha producido en el sistema constitucional canadiense.

Sin embargo, más allá de los éxitos que el desarrollo de la justicia constitucional determinará, se puede desde ahora afirmar que la acción de la Corte Suprema ya ha conseguido un mérito: haber contribuido a garantizar la unidad del ordenamiento y del mismo sistema en una fase institucional en la cual los tradicionales canales de mediación política son resultados a menudo ineficaces. Alguna vez, han sido precisamente las decisiones de la Corte aquellas que han puesto en movimiento el proceso político que se había bloqueado. Para ello, surge espontáneo el reclamo a los efectos que han provocado los tres *Referentes* de la Corte Suprema en 1981 y 1982 en orden al *iter* que habría debido seguir el proceso de reforma constitucional —*Referente re Legislative Authority of Parliament, Patriation Referente, Québec Veto Referente*—. En tales casos, la determinación de la Corte en orden al procedimiento constitucionalmente correcto a seguir para enmendar la Constitución de 1867 consintió en desbloquear el *impasse* que se había producido entre las partes y concluir el procedimiento constitucional, también sin el consenso del Gobierno de la provincia de Québec.

Este último aspecto nos induce a considerar que el crecimiento de consideración de la Corte Suprema —al interior de la sociedad y entre los órganos constitucionales del Canadá— ha sido favorecida también por la peculiaridad del sistema político, en particular, por la condición de debilidad que ha vivido en estos últimos años⁽³³⁾.

(33) Cfr. MONAHAN, *The Supreme Court of Canada as an instrument of political change*, Toronto, 1985; SWINTON, *Federalism under fire: the role of the Supreme Court of Canada*, en «*Law and contemporary problems*», 1992, p. 121 ss.

Es indudable que la Corte ha valorizado sus posiciones al interior del proceso de decisión canadiense, contribuyendo a reescribir con eficacia –como ha sido dicho– las grandes reglas del *public policy process* valiéndose no solamente de las innovaciones normativas introducidas por la *Constitution Act, 1982*, sino también –y es probable, paradójicamente– de las divisiones entre los tradicionales sujetos políticos: estos últimos, en efecto, ante la incapacidad de encontrar una mediación política entre las posiciones en contraste, han demandado consensualmente la solución de algunos relevantes nudos constitucionales a la Corte Suprema, debido a su naturaleza de órgano puesto en posición de tercero.

V

LA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO^(*)

SUMARIO: 1. La peculiaridad del constitucionalismo latinoamericano. 2. La positivización de los derechos y su clasificación. 3. Instrumentos constitucionales para reforzar la garantía de los derechos fundamentales. 4. La peculiaridad del sistema latinoamericano de Justicia Constitucional: un sistema orientado a la tutela de los derechos fundamentales.

1. LA PECULIARIDAD DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

El Derecho Constitucional, aun y cuando debe clasificarse dentro de las ciencias jurídicas, se encuentra más cercano que otras ramas del Derecho a las disciplinas históricas; el análisis del Derecho Positivo tiende a combinarse con la valoración del contexto en el que nace y en el cual se sitúa. En otras palabras, el fenómeno constitucional puede ser considerado como el punto de encuentro en el que la historia de las institu-

(*) Ponencia presentada al VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, (Arequipa, Perú 22-24 de septiembre de 2005).

ciones jurídicas se entrecruza con la historia política y social. La Constitución es a la vez sistema e historia, en el sentido que no puede ser objeto solamente de un estudio jurídico sino que debe considerarse también un elemento esencial de la realidad que pretende regular y en la que produce sus efectos⁽¹⁾.

Esta necesidad metodológica, válida en general, asume mayor relevancia respecto al estudio de las codificaciones constitucionales en materia de derechos fundamentales, por la estrecha relación que existe entre el constitucionalismo y la garantía de los derechos de la persona⁽²⁾.

Por tanto, no sería muy útil analizar la disciplina constitucional de los derechos, en las constituciones de América Latina basándose en los meros textos normativos, prescindiendo de una cierta atención al desarrollo histórico de los sistemas constitucionales de dicho continente.

La concepción constitucional de los derechos fundamentales en América Latina puede compararse proficuamente con la concepción europea y puede ser interpretada a la luz de los principios propios del constitucionalismo liberal y democrático.

Los historiadores, de hecho, clasifican la experiencia latinoamericana dentro de la «familia romano-germana» y entre las afiliaciones del constitucionalismo, es decir, del proceso histórico y cultural que —al compás de las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII— marcó la crisis del Estado Constitucional de Derecho y el surgimiento del concepto moderno de Constitución.

A favor de la clasificación al interior de dicha categoría empírica se encuentran en juego diversos elementos.

(1) H. GROS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, en «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional».

(2) Cfr. A. D'ATENA, *La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos* en «Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos», San José 2004, p. 139 y ss.; G. ROLLA, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México 2003.

Por un lado, se debe considerar la influencia jurídica ejercida por el *ius commune*, la Escuela Española de Derecho Natural, el iusnaturalismo, la tradición europeo-continental que fue difundida a través de la vía oral, académica y práctica⁽³⁾.

La influencia cultural ejercida por España, traducida no sólo en la religión, la lengua y las tradiciones, sino también el derecho, fue determinante para plasmar la identidad de América Latina.

La doctrina habla, a tal propósito, de una especie de «infiltración subterránea» profunda; de hecho tres siglos de dominación política, no podían no dejar huellas indelebles en la cultura del continente⁽⁴⁾.

Por otro lado, se debe considerar que en el siglo XIX, el continente latinoamericano estuvo influenciado por las ideas liberales que favorecieron la generalización de cartas de derechos que se inspiraron, también desde el punto de vista formal, en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en el *Bill of Rights* norteamericano. Se piensa por ejemplo, a las numerosas Declaraciones de derechos del pueblo, aprobadas en numerosos Estados inmediatamente después de haber conquistado su independencia como la Constitución argentina de 1853 y la Constitución mexicana de 1824⁽⁵⁾.

(3) Cfr. J. BARRIENTOS GRANDON, *La cultura jurídica en la nueva España*, México 1993; B. BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago 1989; B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México 1994; A. GARCÍA GALLO, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, en «Estudios de derecho indiano», Madrid 1987; J. C. GONZÁLEZ, *Influencia del derecho español en América*, Madrid 1992; S. ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, México 1988; J. MARÍA OTS DE CAPDEQUI, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, FCE, México 1956.

(4) H. FIX-ZAMUDIO, *Diversos significados jurídicos del «amparo» en el Derecho iberoamericano*, en «*Rivista di diritto agrario*», 1967, p. 507 ss.

(5) A. BREWER-CARÍAS, *Los derechos humanos en Venezuela: casi 200 años de historia*, Caracas, 1990, p. 54.

Efectivamente, los principios del constitucionalismo se difundieron en el continente con el impulso revolucionario de los movimientos de independencia, del mismo modo que en Europa se difundieron por las bayonetas del ejército napoleónico: baste considerar que la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue prohibida por el Tribunal de la Inquisición de Cartagena de Indias en 1789 y que los conquistadores españoles consideraban que «en la cabeza de los americanos comenzaban a fermentar principios de libertad e independencia peligrosísimos a la soberanía de España»⁽⁶⁾.

El hecho que América Latina comparta plenamente «el pensamiento filosófico y político del mundo moderno y civilizado, mediante el orden constitucional» no debe inducirnos al error de olvidar que la historia constitucional del continente es peculiar y heterogénea⁽⁷⁾.

La heterogeneidad se basa en el hecho de que con el fin de la llamada «era colonial» y la afirmación de la fase independentista y republicana, se pasa de la unidad política del reino de las Indias a una diversidad de Estados soberanos y de ordenamientos⁽⁸⁾.

Los sistemas se desarrollaron en las diversas áreas del continente a través de trayectos autónomos y diferenciados, en modo que los únicos elementos unificantes parecen ser el lingüístico y el religioso. Si la característica de la heterogeneidad debería inducirnos a desarrollar análisis orientados al estudio de ordenamientos constitucionales en particular o subsistemas homogéneos, el elemento de la peculiaridad, al contrario vuelve oportuno y proficuo el estudio de los elementos jurídicos unificantes⁽⁹⁾.

(6) A. BREWER-CARÍAS, *Los derechos humanos en Venezuela: casi 200 años de historia*, cit.

(7) H. GROS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, cit. p. 149.

(8) E. DE LA TORRE VILLAR-J.M. GARCÍA LAGUARDIA, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, 1976; B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica, 1811-1991*, cit.

(9) G. LOMBARDI, *Il costituzionalismo latino-americano: originalità di un modello*, *Il Diritto dei Nuovi Mondi (Atti del Convegno, Genova 5-7 novembre 1992)*, Padova, Cedam, 1994, 55 ss.

Cuando Rodrigo de Triana, el marinero de «La Pinta», que el 12 de octubre de 1492 gritó «¡tierra, tierra!» llevó en el «Nuevo Mundo», además de la predica evangélica, las armas de fuego y los gérmenes, también el Derecho; sin embargo los conquistadores no colonizaron un territorio virgen, «el derecho antiguo debió luchar a fondo en una laboriosa búsqueda de soluciones jurídicas nuevas acordes a los nuevos problemas y las nuevas exigencias.»⁽¹⁰⁾ En otras palabras, el «Nuevo Mundo», representó verdaderamente «otro mundo», en el sentido que se determinaron numerosas contaminaciones, que hicieron que los países de América Latina tuviesen una historia distinta que «los acerca entre sí y los aleja de los países europeos que les dieron sus elementos básicos»⁽¹¹⁾.

Igualmente, el Derecho Constitucional latinoamericano, aun no siendo «original» —a causa de sus estrechas y duraderas relaciones con el constitucionalismo europeo y norteamericano— se presenta «peculiar»: usando una expresión eficaz se puede sostener que «Europa es la matriz pero América Latina es una realidad propia»⁽¹²⁾.

Las raíces de la peculiaridad del Derecho Constitucional latinoamericano, pueden ser identificadas, por un lado en la experiencia de las Cortes de Cádiz, y por otro, en la ideología independentista, sólo parcialmente tributaria del constitucionalismo norteamericano y francés.

En particular, la influencia de la Constitución de Cádiz en el constitucionalismo latinoamericano derivó no sólo de los vínculos políticos que unían tal continente a España, sino también de la decisión de asociar numerosos representantes de tal continente en las decisiones constituyentes: de los 303 diputados de la asamblea constituyente, 63 provenían de hecho de Latinoamérica⁽¹³⁾.

(10) A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo*.

(11) D. GARCÍA BELAUNDE, *¿Existe un espacio público latinoamericano?*, en «*Estudios constitucionales*», 2003, p. 65.

(12) D. GARCÍA BELAUNDE, *¿Existe un espacio público latinoamericano?*, cit.

(13) B. CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, 1989, y 23.

Los componentes americanos de las Cortes de Cádiz dieron al debate constituyente una aportación peculiar y contribuyeron a darle al texto una indudable vocación americanista. Además, la particular interacción entre constituyentes metropolitanos y latinoamericanos enriqueció el debate y tuvo gran influencia en los contenidos mismos de la Constitución: especialmente en lo referente a la soberanía, igualdad, separación de poderes, descentralización política y derechos de los aborígenes⁽¹⁴⁾. Así pues, aun actualmente, la Constitución de 1812 se considera «el primer y único intento que realizó la clase política española, conjuntamente con la americana, de crear una comunidad hispánica de naciones, una verdadera *commonwealth*»⁽¹⁵⁾.

La influencia cultural y política de la Constitución de Cádiz fue mas allá del limitado arco temporal de su vigencia, pues constituyó la primera apertura a las ideas del constitucionalismo liberal, que prosiguieron con los movimientos independentistas: como evidencia emblemáticamente el caso de Costa Rica, cuya Constitución de 1821 en su artículo 41 afirmaba que la «justicia se administraría pronta y directamente conforme a la Constitución española». La especificidad del sistema constitucional latinoamericano, se consolidó a lo largo de un camino de dos siglos, que puede distinguirse esquemáticamente en tres fases⁽¹⁶⁾:

(14) D. VALADÉS, *El nuevo constitucionalismo iberoamericano*, en «La Constitución española de 1978».

(15) D. GARCÍA BELAUNDE, ¿Existe un espacio público latinoamericano?, cit., p. 65. Adde, T. BERRUEZO LEÓN, *La presencia americana en las Cortes de Cádiz*, en «Materiales para el estudio de la Constitución de 1812», Madrid, 1989, p. 53 y ss.; J. M. GARCÍA LAGUARDIA, *Orígenes de la democracia constitucional en Centro América*, San José 1976; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *España e Iberoamérica: una recíproca permeabilidad constitucional*, en «La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano».

(16) E. DE LA TORRE VILLAR-J.M. GARCÍA LAGUARDIA, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, cit., 1976; B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica, 1811-1991*, cit., 1992; D. VALADÉS, «El nuevo constitucionalismo iberoamericano», en *La Constitución española de 1978*, cit., p. 471 ss.; H. GROS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, cit., p. 143 ss.; A. COLOMER VIADEL, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*.

El primer constitucionalismo latinoamericano —caracterizado por el paso de un sistema monárquico basado en la unidad del continente a una diversidad de Estados republicanos, separados e independientes— se ha caracterizado sobre todo por la opción republicana y federal, por la afirmación del principio de soberanía popular, por el reconocimiento de las libertades como atributo íntimo de la persona humana, por la introducción de correctivos al absolutismo a través del reconocimiento tanto de la separación de poderes, como del criterio de la alternancia en el Gobierno (sancionando la no reelección en los cargos).

Las cartas constitucionales de ese periodo, con base en las ideas de Simón Bolívar, aspiraban delinear un sistema constitucional capaz de conjugar estabilidad y libertad. Sin embargo, tal intención no logró concretizarse y en el proceso sucesivo, los límites del proceso constituyente se evidenciaron. Por ejemplo, los ordenamientos republicanos se calificaron como representativos —con base en el sufragio restringido— no como democráticos —porque faltaban instrumentos de participación política— y los partidos políticos no tenían ningún reconocimiento constitucional. Los principios del pluralismo, del laicismo y de la solidaridad social no fueron acogidos en las constituciones, mientras los cambios relativos a los órdenes institucionales no estuvieron acompañados de una transformación coherente de las relaciones económicas y sociales, ni de una substancial penetración al interior de la sociedad, de los valores y principios del constitucionalismo.

La historia constitucional de América Latina, estuvo caracterizada por una larga fase de transición en la que prevaleció una concepción más semántica que normativa de Constitución, como documento prevalentemente político y programático, no susceptible de una inmediata y directa aplicación⁽¹⁷⁾.

Las constituciones de este periodo estaban concebidas a la luz de un manifiesto, como «un ideal, como un necesario instrumento para el cambio y para el logro de los principios y objetivos políticos que ideal-

(17) G. BIDART CAMPOS, *La codificación constitucional y la Constitución real*, en «Libro en homenaje a Manuel García Pelayo».

mente proclamaban»⁽¹⁸⁾. Además, el sucederse de golpes de Estado, movimientos y revoluciones, determinó la duración indefinida de la vigencia formal y la conculcación constante del texto constitucional⁽¹⁹⁾.

Un cambio importante –que según nuestro parecer puede considerarse una verdadera discontinuidad en la historia constitucional de América Latina– fue introducido por las recientes constituciones, que han dado vida al segundo constitucionalismo latinoamericano.

En los párrafos siguientes profundizaremos con detalle las novedades que han incidido en el reconocimiento y las formas de garantía de los derechos fundamentales. Por el momento podemos limitarnos a evidenciar los aspectos esenciales de dicho cambio: que han abarcado tanto el proceso constituyente como la noción de Constitución y las técnicas de garantía de los derechos fundamentales.

Bajo el perfil de los procedimientos constitucionales se está en presencia de transiciones pacíficas, de procesos de redemocratización y de procedimientos constitucionales pactados⁽²⁰⁾. En cuanto concierne a las teorías de la Constitución, se afirma el valor normativo y el carácter rígido de tal fuente, mientras en tema de derechos se asiste contemporáneamente a una ampliación de las posiciones subjetivas tuteladas –gracias a la adhesión a los modelos propios del Estado social y democrático de Derecho– y a una afinación de las técnicas de garantía –como consecuencia del desarrollo de una justicia constitucional orientada a la tutela directa de los derechos–, de una reglamentación en sentido garantista de los estados de excepción y de la introducción al inte-

(18) H. GROS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, cit., p. 149.

(19) H. GROS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, cit., p. 155.

(20) E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milano 2002; G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna 1998; L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte*, Torino 2000; MICHELE CARDUCCI (coord.), *Il costituzionalismo «parallelo» delle nuove democrazie - Africa e America Latina*, Milano 1998.

rior de las constituciones, de cláusulas de apertura al ordenamiento internacional⁽²¹⁾.

En síntesis, los asuntos de la historia constitucional latinoamericana nos permiten comprender cómo el constitucionalismo de este continente se encuentra atravesado por tensiones contradictorias: por una inclinación a la distinción y la fascinación por una historia común, por ideales liberales y prácticas antidemocráticas, por aperturas a nuevas corrientes de pensamiento y la búsqueda de soluciones «internas».

2. LA POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS Y SU CLASIFICACIÓN

El sistema constitucional de protección de los derechos, se sustancia —a nuestro parecer— en la presencia de algunas instituciones y técnicas de codificación que prevén esencialmente los siguientes elementos: la positivización de los derechos reconocidos como fundamentales, la introducción de los principios generales de garantía institucional y la predisposición de instrumentos de tutela jurisdiccional. Por cuanto se refiere al primero de tales elementos, debemos subrayar que en las últimas décadas ha tenido lugar un verdadero e importante corte respecto a la precedente y traumática historia constitucional y política de América Latina, marcada por el hecho que esta área geográfica fue investida por un amplio proceso de democratización que indujo a notables autores a hablar de un «nuevo constitucionalismo latinoamericano»⁽²²⁾.

De hecho, de los 18 países latinoamericanos inspirados en los principios del constitucionalismo, 12 aprobaron una nueva Constitución y se han realizado importantes reformas constitucionales en Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay. Estas transiciones constitucionales —aun con su heterogeneidad y especificidades históricas— presentan dos

(21) AA.VV. *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*, Madrid 2003; D. VALADÉS, *El nuevo constitucionalismo iberoamericano*, cit., p. 471 ss.

(22) D. VALADÉS, *El nuevo constitucionalismo iberoamericano*, cit., p. 471 ss.

aspectos comunes, relativos respectivamente, al procedimiento de codificación y a los valores que inspiran las constituciones en sentido substancial en estos Estados. Por cuanto concierne el procedimiento de codificación las transiciones han sido democráticas y pacíficas favorecidas por la búsqueda de acuerdos políticos encaminados a legitimar las decisiones constituyentes.

Basta considerar, como ejemplo el proceso de negociación en Colombia con exponentes de la guerrilla, que facilitó la reforma constitucional de 1991; las modificaciones producidas en la Constitución del Salvador, después del acuerdo con el «Frente Farabundo Martí» en 1991; el «Pacto de los Olivos» en Argentina, celebrado en 1993 entre los presidentes de las fuerzas políticas mayoritarias del peronismo y del radicalismo, Carlos Menem y Raúl Alfonsín, que sirvió como base a la reforma constitucional de 1994; el Pacto que confirmó el frente político que se opuso al gobierno militar en Brasil y que favoreció la reforma constitucional de 1988⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾.

Bajo el perfil de los contenidos, las constituciones de los países de América Latina se caracterizaron no sólo por la presencia de amplios y detallados catálogos de derechos (verdaderos *Bill of rights*), sino también por la idea común de que los derechos fundamentales de la persona constituyen un elemento cualificante del pacto que se instaura entre los ciudadanos y entre éstos y sus representantes. En otras palabras, que el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales son elementos que caracterizan la forma de Estado democrático de Derecho⁽²⁵⁾.

A este respecto, podemos recordar que en ocasión de la Cumbre de todos los Estados de América, celebrado en Québec en abril de 2001, se

⁽²³⁾ E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milano 2002.

⁽²⁴⁾ L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte*, Torino 2000.

⁽²⁵⁾ G. ROLLA, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, en (G. ROLLA cur.) «*Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*», Torino 2001, p. 4 ss.

En primer lugar, muchas de las constituciones de América Latina reconocen derechos culturales y colectivos, y tal reconocimiento adquiere –a nuestro parecer– un particular significado a la luz de la historia política e institucional de América Latina: piénsese en los derechos de defensa del ambiente, de preservación del patrimonio natural y cultural que están codificados, aun en polémica con las políticas internacionales de explotación económica del territorio; o a la atención dedicada a las instituciones de participación política, entre las cuales se señala el cabildo abierto y el poder ciudadano de revocatoria del mandato de sus representantes o de los funcionarios electos popularmente, que se contraponen a la formación de Estados y burocracias elitistas y corruptas; o a los derechos derogatorios de las comunidades y de los pueblos indígenas con parcial reconocimiento de los errores y horrores de la colonización del «nuevo mundo».

En segundo lugar, bajo el perfil de las instituciones de garantía, se nota una tendencia general a no graduar las formas de tutela de los derechos en relación a su naturaleza o clasificación: todos los derechos positivizados en las cartas constitucionales deben considerarse igualmente garantizados y susceptibles –excepto en la Constitución de Guatemala– de ser tutelados jurisdiccionalmente en forma directa y tramitando el juicio de amparo. Tal solución es interesante porque se diferencia de lo previsto en Europa por los ordenamientos constitucionales que prevén un recurso directo de constitucionalidad para la defensa de los derechos. En España, por ejemplo, el artículo 53 de la Constitución, no da la posibilidad de recurrir al Tribunal Constitucional para la salvaguarda de todos los derechos constitucionales, sino sólo los contenidos en el artículo 14, sección I del capítulo segundo; a su vez en Alemania, el artículo 93 de la Constitución limita los recursos de constitucionalidad a los casos de lesión de un derecho fundamental o de uno de los derechos garantizados en los artículos 20,4, 33, 38, 101, 103, y 104 constitucionales. Una tercera y relevante característica de los catálogos constitucionales en tema de derechos, es la evidente propensión a la especificación de las situaciones subjetivas reconocidas como derechos. La codificación tiende a ser exhaustiva y a especificar en modo detallado los perfiles de la personalidad y del actuar humano que se encuentran tutelados. Las listas resultan bastante minuciosas y con frecuencia el

constituyente se encarga de identificar directamente las situaciones jurídicas subjetivas por tutelar. La especificación representa una técnica particular de codificación con la cual –a nuestro parecer– se intentan satisfacer tres exigencias:

En primer lugar, se propone situar históricamente los derechos de la persona reconocidos en un preciso periodo histórico y establecer una censura respecto al pasado. Teniendo el objetivo de evidenciar la ruptura político-institucional que separa el actual ordenamiento constitucional de los precedentes, cumple una función de reacción respecto a periodos precedentes de atenuación de las garantías.

Resulta emblemática la experiencia chilena, en donde la afirmación de un clima constitucional inspirado en los valores de la democracia política y del pluralismo social, capaz de superar el régimen dictatorial precedente, fue preanunciada en 1989 con la aprobación de 54 reformas constitucionales acordadas por los partidos de la concertación, el partido de derecha *Renovación Nacional* y el *Gobierno militar* en el poder en aquel momento –que en grande medida eran relativas a la introducción de un verdadero y propio *Bill of Rights*–⁽²⁷⁾.

En segundo lugar, la especificación de los derechos encaminados al desarrollo de la personalidad humana pretende dar parámetros más detallados para la actividad interpretativa de los jueces y la actividad especificativa del legislador. A través de la especificación se busca facilitar la aplicación directa; lo que permite, por un lado esquivar la inercia de las Asambleas legislativas, y por otro limitar la actividad pretoriana de los jueces. Según dicha perspectiva la especificación cumple una función de garantía si es que se considera que en diversos ordenamientos de América Latina faltan órganos jurisdiccionales profesionales dotados de un *status* constitucional de autonomía e independencia del poder político y la representación política no siempre está dirigida a salvaguardar la esencia de los derechos constitucionales de la persona.

(27) G. ROLLA, *Luci e ombre dell'esperienza delle transizioni pactadas: brevi considerazioni sui limiti della vigente costituzione del Cile*, en G. ROLLA-E. CECCHERINI, «*Scritti di Diritto Costituzionale Comparato*», Torino 2004, p. 29 ss.

Finalmente, la especificación de los derechos reconocidos, cumple una función de naturaleza didáctica; en el sentido que la estrecha conexión existente entre la conquista de nuevos ordenamientos democráticos y la indicación detallada de los derechos reconocidos como fundamentales, permite enfatizar los perfiles de la dignidad y de la libertad de la persona que los regímenes precedentes habían conculcado.

Podemos mencionar numerosos ejemplos, como las normas que vetan la esclavitud y la segregación racial, las que prohíben la tortura y tutelan el derecho a la vida, o las que aseguran el pluralismo y los derechos políticos. El proceso de positivización y especificación de los derechos fundamentales de la persona, que tuvo lugar en América latina, ha contribuido a la ampliación del número de derechos «universalmente» reconocidos. Es necesario sin embargo precisar que, una amplia analítica positivización no es en sí misma un índice de una efectiva y substancial tutela de los derechos de la persona. La inserción de tales derechos en el texto de las Constituciones –por cuanto sea necesario e importante– no permite percibir con inmediatez el nivel de efectividad de los mismos. Los derechos no deben ser solamente codificados, sino que deben ser 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 reguladas por las cartas constitucionales, pero la idea de tutela se forma necesariamente al interior de la comunidad y sólo de esta manera se vuelve parte de la Constitución en un sentido substancial.

Lo anterior pone en evidencia un dato importante, que no puede ser olvidado por el jurista o por el intérprete jurisdiccional: el hecho que en muchos casos se está en presencia de documentos que asumen la forma de las constituciones propias de la tradición liberal y democrática pero que no tienen tal espíritu. En este caso, según una feliz expresión, se dice que se está en presencia de *Constitutions without constitutionalism*⁽²⁸⁾.

(28) G. ROLLA-E. CECCHERINI, *Scritti di Diritto Costituzionale Comparato*, cit., p. 41 ss.

Es necesario reconocer que tal riesgo –aun ampliamente presente– ha sido considerado en las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que –a diferencia de las primeras cartas constitucionales del periodo insurgente– intentaron superarlo previendo interesantes instrumentos de tutela procesal e introduciendo diversas tipologías de garantía institucional: tanto de carácter general, encaminadas esencialmente a los principios propios del Estado constitucional de Derecho, como la supremacía normativa de la Constitución, el principio de legalidad, la reserva de ley, la separación de poderes, la autonomía de la magistratura, como de naturaleza sectorial, en cuanto dirigidas al específico ámbito material de derechos, entre los que sobresalen la introducción de cláusulas de apertura al ordenamiento internacional, la previsión de límites a la revisión constitucional, la reglamentación de los estados de excepción y de suspensión de las garantías constitucionales, y la salvaguarda del contenido esencial de los derechos.

Sin embargo, a la base de las recientes codificaciones constitucionales en materia de derechos fundamentales, se encuentra una nota común, que se traduce en el valor primario de la dignidad humana, que opera como núcleo aglutinador del sistema jurídico de derechos humanos.

Podemos mencionar en este sentido, el artículo 33 de la Constitución de Costa Rica que prohíbe «discriminaciones contrarias a la dignidad humana»; el artículo 1 de la Constitución del Perú, según el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»; el artículo 6 de la Constitución de Bolivia y el artículo 2 de la Constitución de Puerto Rico que afirman que la libertad y la dignidad de la persona son inviolables y es deber primordial del Estado respetarlas y protegerlas; el artículo 1 de la Constitución de Brasil, 5 de la Constitución de Nicaragua y 3 de la Constitución de Venezuela, que proponen la dignidad de la persona humana entre los fundamentos del Estado democrático de derecho; el artículo 1 de la Constitución de Colombia que considera la dignidad humana entre los principios fundamentales que el Estado reconoce; o bien, el artículo 23 de la Constitución de Ecuador y el 68 de la Constitución de Honduras que reconocen el derecho fundamental a la integridad personal, vetando todo comportamiento degradante para la persona; mientras el

artículo 1º de la Constitución de México prohíbe toda discriminación que atente contra la dignidad humana⁽²⁹⁾.

A su vez, el artículo 10 de la Constitución del Salvador, considera inconstitucional todo acto que implique el sacrificio de la dignidad de la persona, y el sucesivo artículo 11 confiere a toda persona, el derecho al *habeas corpus* contra actos de autoridad que atenten contra la dignidad o la integridad física, psíquica o moral de las personas.

Algunas constituciones, parecen acreditar la idea de que existen derechos dirigidos directamente a la dignidad de la persona, además de los expresamente previstos en la Constitución; es el caso por ejemplo del artículo 3 de la Constitución del Perú, que afirma que la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo I no excluye la existencia de otros que se fundan en la dignidad del hombre.

La referencia al valor primario de la dignidad humana no tiene un significado meramente evocativo como si se estuviese en presencia de una fórmula de naturaleza ideal y política más que de carácter propiamente jurídico, sino que dicha referencia puede responder a una importante función de interpretación y unificación. En primer lugar, puede ser utilizada como criterio de interpretación de los derechos previstos en las cartas constitucionales, en el sentido que llevan a nuclear entre las múltiples disposiciones constitucionales en materia de derechos, particulares perfiles de la personalidad humana que concurren a delinear el derecho de toda persona a la dignidad y al desarrollo de la propia personalidad.

Según tal acepción, el valor de la dignidad se puede considerar un principio rector en consideración del cual, por ejemplo, una disposición susceptible de asumir diversos significados, debe interpretarse en el sentido más conforme con el principio de dignidad, o bien, no puede ser legítimamente adoptada una interpretación contraria o en conflicto con tal valor.

(29) G. ROLLA, El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las constituciones iberoamericanas, en «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional», Madrid, 2002, p. 463 ss.

Además, las cláusulas sobre la dignidad humana cumplen una función de unificación, en el sentido que compactan la multiplicidad de derechos reconocidos en las cartas constitucionales en torno a la noción de persona, favoreciendo una reconstrucción unitaria de la misma. Los diversos derechos, aun poseyendo cada uno un significado específico, tutelan un bien jurídico unitario: la persona en su individualidad y dignidad. Bajo este perfil, la dignidad humana no es tanto un derecho sino el fundamento constitucional de todos los derechos estrechamente vinculados al desarrollo de la personalidad humana, no es un derecho en sí, pero constituye la base de los derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución.

Esto significa que dignidad y derechos fundamentales de la persona no se encuentran en el mismo plano, con la consecuencia de que la dignidad representa un valor absoluto, que no puede ser tocado, mientras los segundos son limitables, regulables y en algunos casos –constitucionalmente previstos– pueden ser también temporalmente suprimidos⁽³⁰⁾.

3. INSTRUMENTOS CONSTITUCIONALES PARA REFORZAR LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El reconocimiento de los derechos fundamentales debe estar acompañado por la codificación de instrumentos de garantía institucional, que pueden ser tanto generales –como en el caso de los principios del constitucionalismo liberal y democrático– como específicamente dirigidos a la materia de los derechos de la persona⁽³¹⁾.

Los ordenamientos constitucionales de América Latina contienen, a tal propósito, algunas cláusulas específicas interesantes. En algunas constituciones –influenciadas por la Constitución española y alemana–

(30) F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Madrid 2001; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima 1994; C. LANDA, *Dignidad de la persona*, en «Cuestiones Constitucionales», 2002, p. 109 ss.

(31) A. D'ATENA, *La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos*, cit., p. 139 ss.

se recoge la teoría del contenido esencial de los derechos constitucionalmente reconocidos. Es el caso por ejemplo de Chile y Colombia, donde los Tribunales Constitucionales han precisado que la disciplina, la limitación e incluso la misma suspensión temporal de algunos derechos constitucionales no puede tocar «el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste, el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas»⁽³²⁾.

Los derechos «pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización», y viceversa, no pueden ser privados de lo que les es consubstancial, de manera tal que deja de estar reconocido y se impide «el libre ejercicio» en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica»⁽³³⁾.

Una ulterior técnica de garantía institucional de derechos, puede ser la llamada *eternal guarantee clause*, es decir, disposiciones constitucionales que prevén procedimientos de revisión constitucional diferenciados en relación a las diversas partes del texto constitucional, tienden a hacer difícilmente modificables por el poder constituido algunas decisiones tomadas por el poder constituyente. Cláusulas de este tipo vuelven rígido en particular el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales. Por ejemplo, los derechos contenidos en el capítulo primero del título II de la Constitución de Guatemala pueden ser reformados sólo a través de la Asamblea Nacional Constituyente (artículo 278 y 279), convocada después de un voto en sentido afirmativo de 2/3 de los miembros del Congreso. El Decreto de la convocatoria debe indicar los artículos que se pretende someter a modificación.

Resultan específicas de la realidad política y constitucional de América Latina las cláusulas constitucionales que tienden a poner algunos

(32) Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-033/1993.

(33) Tribunal Constitucional de Chile, sentencia 43 del 24 febrero 1987.

derechos fundamentales –o al menos su núcleo esencial– a salvo de comprensiones que pueden derivar de los casos de emergencia o de la declaración del estado de excepción⁽³⁴⁾.

La Constitución de Colombia establece que las libertades fundamentales reconocidas en los tratados internacionales no pueden ser tocadas durante el estado de insurrección (artículo 212); la Constitución de Nicaragua salvaguarda durante los estados de emergencia, el derecho a la vida y diversos derechos relativos a la dignidad y a la integridad de la persona humana (artículo 185); la Constitución del Perú establece que durante el estado de sitio y de emergencia, se conservan las garantías del juicio de amparo y *habeas corpus* (artículo 200); a su vez, la Constitución de Venezuela salvaguarda durante los estados de emergencia el derecho a la vida, un proceso justo y la prohibición de tortura y de discriminación (artículo 337). Resulta relevante, sobre el particular, la orientación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido que aun durante la vigencia de los estados de excepción, debe garantizarse el ejercicio de todos los instrumentos procesales previstos en las constituciones para la tutela directa de los derechos fundamentales (juicio de amparo, *habeas corpus*, *mandado de segurança*, recurso de protección, acción de tutela)⁽³⁵⁾.

Sin embargo, la cláusula más interesante a nuestro parecer es la presencia de disposiciones que reconocen al Derecho Internacional rango constitucional y una posición de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico: con particular referencia a las normas del ordenamiento supranacional cuya función es la integración latinoamericana (Organización de Estados Americanos, Carta Interamericana de Derechos, Comunidad Andina, Mercosur, Pacto Amazónico, Grupo de Río)⁽³⁶⁾.

(34) GIUSEPPE DE VERGOTTINI (coord.), *Costituzione e Emergenza in America Latina*, Torino 1997; L. DESPOUY, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México 1999; AA.VV., *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Lima 1997.

(35) L. DESPOUY, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, cit., 51 ss.

(36) DE ARECHAGA, *La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno*, en «Boletín de Sociedade de Brasileira de Direito Internacional», Brasilia 1987-89, 35 ss.; H. GROS, *El derecho internacional en la jurisdicción*

En un mundo siempre más integrado es evidente la crisis de autosuficiencia de los ordenamientos nacionales en particular. Tal exigencia se advierte sobre todo en materia de derechos fundamentales por la tensión universal que anima la protección de la persona humana. El nuevo constitucionalismo latinoamericano presenta diversas disposiciones que dan un valor de rango constitucional a las normas internacionales en materia de derechos humanos. Se puede hacer referencia por ejemplo, al artículo 46 de la Constitución de Guatemala, al artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, al artículo 5 de la Constitución de Brasil, al artículo 75 de la Constitución de Argentina, al artículo 17 de la Constitución de Ecuador y al artículo 23 de la Constitución de Venezuela.

Además, el valor normativo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido reconocido por diversos Tribunales Constitucionales; por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha calificado dicha jurisprudencia a la luz de una guía para la interpretación de las disposiciones de la Convención⁽³⁷⁾, la Corte Suprema de Justicia de Venezuela declaró la inconstitucionalidad de actos jurídicos en contraste con la jurisprudencia internacionales⁽³⁸⁾. Mientras en modo incisivo la Sala Constitucional de Costa Rica afirmó que la jurisprudencia de los órganos de justicia interamericana posee «el mismo valor que la norma interpretada»⁽³⁹⁾.

La influencia de la normativa y de la jurisprudencia supranacional sobre los ordenamientos nacionales genera un verdadero bloque de

constitucional, en AA.VV. «La jurisdicción constitucional», San José 1993, 61 y ss.; H. FIX-ZAMUDIO, *El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en AA.VV. «*The modern world of human rights*», San José 1996, 159 ss.; L. P. MORA MORA, *El derecho internacional y su influencia en la jurisdicción constitucional costarricense*, en AA.VV. «La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho», San José 1996, p. 67 ss.

(37) Sentencia «Bramajo» del 12.9.1996.

(38) Sentencia 14.10.97.

(39) Sentencia 20312-95.

constitucionalidad, y alimenta una tendencia constitucional de particular interés: se están creando las condiciones para dar vida a una verdadera y propia jurisdicción constitucional interamericana, la cual es susceptible de producir un círculo virtuoso que permite al derecho nacional especificar e implementar sus propios *standards* de tutela. Tal proceso de osmosis favorece la formación de comunes tradiciones constitucionales capaces de homogeneizar los niveles de tutela de los derechos de la persona, independientemente del ordenamiento estatal de referencia⁽⁴⁰⁾.

De tal integración derivan algunas consecuencias importantes de orden constitucional, capaces de reforzar la garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos. En primer lugar, los derechos reconocidos por el ordenamiento constitucional de los países en particular deben interpretarse conforme a la interpretación y a la jurisprudencia de los órganos internacionales, sobre todo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En segundo lugar, tales derechos –en cuanto incorporados al ordenamiento nacional por decisión del poder constituyente– representan un límite a las decisiones y al comportamiento del poder constituido. En tercer lugar, los derechos reconocidos a nivel internacional son inmediatamente justiciables a través de los múltiples procedimientos de recurso directo ante los Tribunales Constitucionales previstos por las cartas constitucionales de América Latina.

En cuarto lugar, los derechos contenidos en los tratados y en las declaraciones internacionales deben interpretarse según la buena fe y conforme a las finalidades perseguidas por éstos. De hecho, según el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos ninguna disposición de la misma puede interpretarse para «excluir o limitar el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza».

(40) G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, en «Quaderni Cost.», 1997, p. 419 ss.

4. LA PECULIARIDAD DEL SISTEMA LATINOAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: UN SISTEMA ORIENTADO A LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es indudable que la experiencia del constitucionalismo contemporáneo registra una significativa difusión de la justicia constitucional: un desarrollo que ha interesado en manera homogénea los diversos ordenamientos jurídicos, transformando los Tribunales Constitucionales en la institución más difundida en las constituciones más recientes y más típica en el constitucionalismo del siglo pasado⁽⁴¹⁾.

El éxito de la justicia constitucional y la amplia circulación de sus modelos, se debe, a nuestro parecer, a la naturaleza de las finalidades que persigue, es decir, a la rigidez constitucional, al principio de supremacía de las normas constitucionales y a la consecuente ilegitimidad de los actos contrarios a la propia Constitución.

En primer lugar, la justicia constitucional, de acuerdo con la teoría kelseniana de la Corte Constitucional como «legislador negativo», responde a la necesidad de asegurar la racionalidad y homogeneidad del sistema jurídico, de favorecer una íntima coherencia, no sólo anulando las normas de ley contrastantes con las de rango constitucional, sino también ejerciendo la función de interpretación auténtica del significado de las disposiciones constitucionales, o bien, de unificación de los ordenamientos jurisprudenciales en orden a los diversos artículos de la Constitución.

(41) L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino 1998, p. 39 ss.; G. LOMBARDI (coord.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1979; J. LUTHER-R. ROMBOLI-R. TARCHI, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000; J. JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XX*, Tecnos, Madrid 2002; M. MAZZA, *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Cedam, Padova 1999; M. VERDUSSEN (dir.), *La Justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruylant, Bruxelles 1997; S. BARTOLE, *Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell' Europa centro-orientale*, «Quaderni Cost.», 1996, p. 230 ss.

En segundo lugar, la justicia constitucional, coherentemente con las elaboraciones en tema de «custodio de la Constitución», se propone asegurar el equilibrio institucional entre los poderes del Estado y entre los diversos niveles institucionales. Los jueces constitucionales, refuerzan su posición sistémica de defensores de la Constitución desarrollando un rol arbitral, de garante del respeto formal y sustancial del principio de separación de poderes, entendido tanto en su proyección horizontal como vertical. Gracias a la presencia de los Tribunales Constitucionales los conflictos que surgen entre los poderes y entre los diversos niveles institucionales, están canalizados al interior de procedimientos jurisdiccionales en lugar de encontrar una solución de carácter meramente político. Por último, según una importante definición doctrinal que califica las Cortes como «jueces de las libertades»,⁽⁴²⁾ como la sede en la cual se garantiza la tutela de las posiciones subjetivas y de los derechos reconocidos por la Constitución: a través del proceso constitucional se controlan los poderes públicos (o sea a los gobernantes) garantizando los derechos de los gobernados se vigila con el fin de que las decisiones públicas no vulneren las libertades garantizadas por la Constitución.

Se debe considerar que la justicia constitucional ha constituido la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático de Derecho a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales⁽⁴³⁾. En el pasado, los diversos sistemas de justicia constitucional estaban ordenados en base a múltiples esquemas clasificatorios, de naturaleza prevalentemente dual. Tales contraposiciones poseen una indudable relevancia histórica y didáctica; sin embargo no resultan —actualmente— capaces de describir los sistemas concretamente operantes en los diversos ordenamientos, los cuales han terminado combinan-

(42) M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano 1955.

(43) G. ROLLA, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México 2002; Idem, Juicio de ilegitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales, en «Cuadernos constitucionales», 1, 2004, p. 301 ss.

do elementos propios de los dos modelos, determinando varias formas de contaminación⁽⁴⁴⁾.

A tal propósito, se ha hablado tanto de formas de justicia constitucional «mixta» como de «mezcla de modelos», es decir, de experiencias que se contradistinguen por la presencia tanto de instituciones propias del control concreto como de instituciones de control abstracto⁽⁴⁵⁾.

Siempre con fines clasificatorios, se ha intentado distinguir entre unos procedimientos que se inspiran en una lógica subjetiva y concreta, y otros inspirados en una lógica objetiva y abstracta⁽⁴⁶⁾; mientras algunos autores han diferenciado los sistemas basados en la ley de los sistemas orientados a los derechos⁽⁴⁷⁾.

En efecto, teniendo en cuenta el vínculo particular que une la justicia constitucional a la garantía de los derechos fundamentales, puede resultar útil clasificar los diversos sistemas de justicia constitucional con base en las técnicas y modos previstos para garantizar los derechos fundamentales. En tal caso puede ser oportuno superar la tradicional distinción entre sistemas difusos y concentrados para distinguir entre un modelo que se propone principalmente depurar el ordenamiento de los vicios de las leyes y asegurar el equilibrio entre poderes, y un modelo orientado a la defensa de los derechos. En este último caso, la tarea principal de la justicia constitucional consistiría en salvaguardar al individuo en la posición de inferioridad en que se encuentra frente a los poderes, públicos y privados.

Entre las múltiples experiencias de control de constitucionalidad y de justicia constitucional, el sistema latinoamericano se caracteriza tanto por

(44) G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli 1986, p. 40 ss.

(45) L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino 1998, p. 27.

(46) M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris 1996.

(47) F. RUBIO LLORENTE, **Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa**, en «Estudios sobre jurisdicción constitucional», Madrid 1998, p. 161 ss.

una indudable originalidad jurídica –capacidad de combinar juntos elementos típicos de los dos modelos históricos, el europeo y el norteamericano– como por la amplitud de los instrumentos procesales previstos. Bajo este perfil puede ser visto como un modelo autógeno y no derivado⁽⁴⁸⁾.

Algunos perfiles, merecen desde nuestro punto de vista, el interés de la doctrina. En primer lugar, debemos subrayar cómo el paso de formas de control de constitucionalidad a experiencias de justicia constitucional es bastante remoto, ya que es anterior a la tradición constitucional europea. En América Latina la idea de la defensa política de la Constitución, se afirma contemporáneamente a la conquista de la independencia, en el Mensaje al Congreso Constituyente de Bolivia, pronunciado el 26 de mayo de 1826 por Simón Bolívar, quien reclamaba la necesidad de introducir un sistema de control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos.

En consecuencia, la mayor parte de las constituciones de estos países instituyeron órganos para el ejercicio de tal control: Cámara de Censores (Bolivia), Consejo de Estado (Ecuador), Congreso (Chile, Perú). Sin embargo la transición hacia formas de justicia constitucional se produjo bastante rápidamente: en un primer momento reconociendo a la Corte Suprema el monopolio del control de constitucionalidad –por ejemplo, en la Constitución de Bolivia de 1861, de Ecuador de 1869, de Panamá de 1941, de Uruguay de 1934– y sucesivamente instaurando verdaderos Tribunales Constitucionales, el primero de los cuales fue instituido en Cuba en 1940⁽⁴⁹⁾.

(48) F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en América Latina*, Montevideo, 2000, p. 5 ss.; F. EGUIGUREN PRAELI, *Los tribunales constitucionales en la región andina: una visión comparativa*, en «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional», Madrid 2000, p. 43 ss.; H. NOGUEIRA ALCALÁ, *Los Tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI*, en «*Ius et praxis*», 2003, p. 2, 59 ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales, su génesis en el pasado siglo*, en «Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano», Medellín 1997; H. FIX-ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina*, en «Lecturas constitucionales andinas».

(49) D. GARCÍA BELAUNDE, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba*, Lima, 2002.

En segundo lugar, el sistema latinoamericano de justicia constitucional se señala por la heterogeneidad de las experiencias que hacen de tal realidad un verdadero y propio *patchwork* constitucional. Basta considerar que actualmente conviven en tal continente: Tribunales Constitucionales externos al Poder Judicial (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú), Tribunales Constitucionales internos al orden judicial (Bolivia y Colombia), Salas Constitucionales autónomas, como articulación de las Cortes Supremas (El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua y Venezuela) y Tribunales ordinarios que desarrollan funciones de justicia constitucional (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay)⁽⁵⁰⁾.

También bajo el perfil de las modalidades de acceso a la justicia constitucional, América Latina constituye «un verdadero laboratorio de fórmulas peculiares de justicia constitucional»: en algunos países coexiste el control concentrado ante un Tribunal Constitucional, con el control difuso (Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia, Ecuador, Brasil, Argentina); el control sucesivo con el preventivo (Bolivia y Colombia), el control preventivo del Tribunal Constitucional con el sucesivo de la Suprema Corte de Justicia (Chile), controles de constitucionalidad y recursos de amparo⁽⁵¹⁾.

La convivencia entre sistemas concentrados y *judicial review* ha inducido a algunos autores a calificar el sistema latinoamericano como «difuso concentrado»⁽⁵²⁾.

Pero, sobretodo la originalidad del modelo latinoamericano de justicia constitucional se evidencia en la introducción del juicio de amparo, como instrumento privilegiado de garantía jurisdiccional de los derechos reconocidos y garantizados por la Constitución. Tal institución

(50) E. FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, cit., p. 65 ss.

(51) D. GARCÍA BELAUNDE-F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid 1997; E. FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México 2002.

(52) D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, 2002, p. 129 s.

procesal puede clasificarse entre los casos más evidentes de circulación «en sentido inverso» de modelos del nuevo al viejo continente: a causa de la evidente influencia que la experiencia latinoamericana ha tenido en la reciente codificación de algunos Estados europeos, particularmente en la Constitución española de 1978⁽⁵³⁾.

Respecto al origen histórico del amparo, si excluimos las referencias a la cultura prehispánica (contestables porque el amparo presupone no sólo la existencia del Poder Judicial, sino también de un catálogo de derechos por garantizar) podemos remitirnos a la institución española del amparo colonial, que es una institución procesal que tenía por objeto la protección de los derechos de la persona que se consideraban violados por actos ilegítimos⁽⁵⁴⁾.

Es interesante notar que el primer caso concreto de amparo colonial históricamente determinado fue la petición presentada al Virrey por un grupo de indios que reivindicaban la restitución de tierras y poseídas por sus antepasados. En una prospectiva histórica, podemos citar también el Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana del 22 de octubre de 1814, —que ha sido considerado por la doctrina, el símbolo más puro del ideal insurgente⁽⁵⁵⁾. En el que se codificaron los derechos y las garantías individuales; en particular se reconocía en el artículo 127 el derecho de todo ciudadano a presentar reclamaciones contra las infracciones a los derechos fundamentales reconocidos. Sin embargo, las referencias constitucionales más apropiadas nos llevan a la experiencia mexicana, en la cual se inspiraron todos los demás ordenamientos constitucionales de América Latina. En el ámbito estatal se puede recordar el artículo 8 de la Constitución de Yucatán del 31 de marzo de 1841, que preveía el Amparo para proteger a los ciudadanos frente a actos o leyes de las autoridades, mientras en el ámbito federal,

(53) F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid 2003.

(54) A. LIRA GONZÁLEZ, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, México 1972.

(55) E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España*, Edit.

el juicio de amparo encontró reconocimiento en los artículos 101 y 102 de la Carta federal del 5 de febrero de 1857⁽⁵⁶⁾.

Si el juicio de amparo encuentra su origen en el primer constitucionalismo latinoamericano, el nuevo constitucionalismo latinoamericano se caracteriza por la presencia en los documentos constitucionales, de una institución procesal que la doctrina ha calificado como amparo interamericano, como amparo internacional o bien como *Bill of Rights* transnacional⁽⁵⁷⁾.

En este caso el recurso se presenta cuando las violaciones a los derechos humanos no pueden ser sanadas por medio de las instituciones procesales previstas por el derecho interno, y entonces se recurre a la jurisdicción internacional de derechos humanos.

Tal institución está prevista por ejemplo en la Constitución de Venezuela, cuyo artículo 31 reconoce a toda persona jurídica, el derecho de presentar peticiones, solicitando «el amparo de sus derechos humanos» en las formas previstas en las Convenciones internacionales ratificadas por el Estado. Mientras el artículo 18 de la Constitución de Ecuador establece que «los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad».

En estas y otras cartas internacionales es evidente la referencia a la Convención Americana, que reconoce a toda persona, física o jurídica, el derecho de presentar peticiones denunciando la lesión de derechos reconocidos por la misma Convención, así como sanciona que las decisiones deben considerarse vinculantes para los Estados, con base en el principio internacional de buena fe y deben cumplirse utilizando los mismos procedimientos que los ordenamientos en particular prevén para ejecutar las decisiones tomadas por los órganos nacionales contra el Estado.

⁽⁵⁶⁾ José F. PALOMINO MANCHEGO, *La primera sentencia de amparo en México*, en «Revista Peruana de Derecho Público», 2003, pp. 6, 135.

⁽⁵⁷⁾ M. CAPPELETTI, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México 1992, p. 45 ss.; V. GIMENO SENDRA-L. JOSÉ GALENI, *Los procesos de amparo*, Madrid 1994, p. 237 ss.

Otra institución, típica de la justicia constitucional latinoamericana, que fue introducida con el fin de mejorar la garantía de los derechos fundamentales de la persona es la acción de inconstitucionalidad por omisión, gracias a la cual, las normas contenidas en el texto de la Constitución deben encontrar aplicación igualmente en el caso de inercia total o parcial del legislador⁽⁵⁸⁾.

Como hemos dicho, la inconstitucionalidad por omisión puede activarse respecto al legislador cuando «el legislador no hace algo que positivamente le impone la Constitución. No se trata pues de un simple no hacer negativo, sino de no hacer lo que de forma concreta y explícita estaba obligado constitucionalmente». Dicha institución procesal, moviéndose alrededor del norteamericano *writ of mandamus*, reconoce al ciudadano que se considere lesionado en un derecho constitucional a causa de la inercia de los poderes públicos, la posibilidad de recurrir al magistrado —en general la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional—, para que éste, reconociendo la necesidad de una intervención pública para lograr el goce de un derecho de prestación, ordene a la administración a proveer y al legislador a normar. En general, el juez puede remediar una omisión en forma unilateral, tramite una sentencia interpretativa, la actuación directa de la prescripción constitucional en sede pretoriana, o el recurso al ordenamiento internacional, o bien en forma bilateral, a través de una colaboración entre el tribunal y la autoridad que dio lugar a la conducta omisiva, la indicación de un término en el que debe legiferarse, o recomendaciones al legislador.

La acción de inconstitucionalidad por omisión está prevista, por ejemplo, en Costa Rica, y precisamente en virtud del artículo 73 párrafo (f) de la Ley sobre la Jurisdicción Constitucional n.º. 7315 del 18 de octubre de 1989. El control puede activarse de oficio por el Contralor General de la República, por el Fiscal General de la República y por el Defensor de los Habitantes.

(58) MENÉNDEZ VILLAVERDE, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid 1997; J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid 1997; P. DERMIZAKY PEREDO, *La inconstitucionalidad por omisión*, en «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional».

Para que se pueda recurrir a la Sala Constitucional debe existir previamente un contencioso ante los órganos jurisdiccionales ordinarios y administrativos, a menos que la naturaleza de la lesión no produzca efectos individuales y directos, o que se trate de intereses difusos o que interesen a la comunidad en su conjunto.

En Argentina, tal competencia está codificada en la Constitución de la Provincia de Río Negro en Patagonia, a través de la combinación dispuesta en el artículo 14 (que afirma la directa operatividad de los derechos y de las garantías enumeradas en la Constitución) y del artículo 207.2.d. (que atribuye al Superior Tribunal de Justicia la competencia para intervenir en caso de falta de cumplimiento de una norma de la que derivan obligaciones concretas a cargo de los poderes públicos): el ordenamiento argentino prevé que el Tribunal, declare la omisión e integre el orden normativo violado a causa de la misma. En caso de ulterior inactividad por parte de los poderes públicos, se reconoce una indemnización.

En el Perú, a su vez, el artículo 295 de la Constitución, prevé acciones de garantía (procesos constitucionales) cada vez que se violen los derechos constitucionales a causa de acción o de omisión de «actos de cumplimiento obligatorio».

Sin embargo, la experiencia más notable es la de Brasil; el artículo 103.2 de la Constitución de 1988 establece que una vez que el Tribunal Federal Supremo haya verificado la existencia de una omisión por parte de un poder del Estado, que tiene como efecto el volver ineficaz una norma constitucional, se insta al poder que no ha cumplido a la emisión del acto, y si se trata de un órgano de la administración, el tiempo previsto para tal cumplimiento es de 30 días. En el caso de que la omisión tenga por objeto el goce de un derecho fundamental, está prevista una institución particular, el *mandado de injunção*, que se encuentra en el artículo 5,c.71 constitucional, que establece el *mandado* como remedio a la falta de normas reguladoras relativas a los derechos y a las libertades constitucionales y a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía. Se trata de un control de constitucionalidad por omisión, de tipo concreto, que puede ser ejercido por el Tribunal Federal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia y por todos los órganos jurisdiccionales, sean estos militares, electorales, del trabajo o federales.

VI

ENTRE POLÍTICA Y JURISDICCIÓN: EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ITALIA (*) (**)

SUMARIO: 1. Caracteres fundamentales de la justicia constitucional en Italia. 2. Evolución del modelo italiano de control de constitucionalidad de las leyes. 3. Las principales fases de desarrollo de la justicia constitucional y su incidencia sobre la forma de gobierno. 4. Bibliografía.

1. CARACTERES FUNDAMENTALES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ITALIA

a) *Composición y competencias de la Corte Constitucional*

La Constitución italiana de 1948 testimonia el ligamen que une Estado Democrático de Derecho, rigidez de la Constitución y justicia

(*) En colaboración con la Profesora Tania Groppi.

(**) Publicado en la «Revista Jurídica del Perú», núm. 33 abril de 2002. Traducción del italiano de Mijail Mendoza Escalante.

constitucional. Los constituyentes, una vez optado por una Constitución «rígida», garantizada por un procedimiento de revisión agravado, han configurado consiguientemente un sistema de justicia constitucional, colocándolo también entre las «garantías de la Constitución». La opción de aquéllos se ha orientado, en armonía con las principales líneas del constitucionalismo europeo de entre guerras (expresadas sobretudo en la obra de Kelsen), hacia un control concentrado, con la creación de un órgano *ad hoc* de justicia constitucional, externo al Poder Judicial.

La composición de la Corte Constitucional refleja la búsqueda de equilibrio entre las exigencias de especialidad y competencia jurídica, propias de un órgano judicial y la exigencia de tener en cuenta el carácter inevitablemente político del juicio de constitucionalidad: se trata de quince jueces designados entre juristas (magistrados de las instancias superiores, profesores de universidad en materia jurídica, abogados con veinte años de ejercicio), nombrados, un tercio, por el Presidente de la República, un tercio por el Parlamento en sesión conjunta, un tercio por las magistraturas supremas.

Las atribuciones de la Corte Constitucional, definidas en el artículo 134 de la Constitución, son las típicas de un órgano de justicia constitucional. Corresponde a ella:

- i. juzgar la legitimidad constitucional de las leyes y actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones;
- ii. resolver los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, entre Estado y Regiones, entre Regiones;
- iii. juzgar los delitos cometidos por el Presidente de la República (alta traición y atentado a la Constitución);
- iv. la Ley Constitucional N.º. 1 de 1953, en su artículo 2, ha añadido una competencia ulterior a las ya previstas en el texto de la Constitución; juzgar la admisibilidad de las peticiones de referéndum abrogativo, que pueden ser interpuestas por 500,000 ciudadanos o por 5 Consejos Regionales, en el sentido del artículo 75 de la Constitución.

b) *Ámbito limitado de las competencias de la Corte Constitucional y centralidad de control incidental*

Estas competencias, comparadas con otros modelos de justicia constitucional y, en particular, con las de más reciente creación, se caracterizan, en una primera observación, por su aparente ámbito limitado y su esencialidad.

Por un lado, la Corte Constitucional está desprovista, si se excluye el juicio respecto de los delitos del Presidente de la República, de competencias extrañas al ámbito propio de la justicia constitucional presentes en otros sistemas de justicia constitucional y que tienen naturaleza cuasi política: basta pensar en las competencias en materia electoral, en el tema del control sobre los partidos políticos, respecto a la verificación de los impedimentos del Presidente de la República, que caracterizan a muchos ordenamientos extranjeros.

Por otro, también con referencia a aquella que aparece como la principal competencia de la Corte, el control de constitucionalidad de las leyes, emergen en el ámbito del sistema de justicia constitucional regulado por los artículos 134 a 137 de la Constitución, por la Ley Constitucional N° 1 de 1948 y por la Ley N° 87 de 1953, múltiples elementos de restricción: respecto a las vías de acceso al juicio, al objeto del control mismo, a la tipología y alcances de los pronunciamientos que lo definen.

En primer lugar, el sistema de acceso al juicio de constitucionalidad se presenta algo circunscrito: se trata esencialmente de un tipo de control incidental *a posteriori*, que surge en el ámbito de un procedimiento judicial respecto a una disposición que el juez debe aplicar para la solución del proceso *a quo*. No está prevista forma alguna de recurso directo ni por parte de personas particulares, ni por parte de grupos parlamentarios, ni de parte de entes territoriales de nivel subregional: sólo las Regiones pueden impugnar en vía directa leyes estatales o de otras Regiones consideradas lesivas de las propias competencias, pudiéndolo hacer igualmente el Gobierno respecto de las leyes regionales. Las llaves para abrir la puerta del juicio de constitucionalidad de las leyes están principalmente en manos del juez ordinario que desenvuelve, de ese

modo, una importante actividad de selección de las cuestiones que la Corte estará llamada a afrontar.

En segundo lugar, el objeto de control de constitucionalidad está representado exclusivamente por las leyes y actos con fuerza de ley. Por el contrario, no ingresa en el ámbito de la jurisdicción constitucional, el control de la constitucionalidad de las fuentes de grado inferior a aquel primario, a diferencia de cuanto sucede en muchos sistemas de justicia constitucional, ni de las sentencias dictadas por los jueces.

La Corte no puede, además, alejarse del *thema decidendum* (es decir del objeto y del parámetro) individualizado en el acto de sometimiento de la cuestión: como dice el artículo 27 de la Ley N° 87 de 1953, «la Corte Constitucional cuando acoge una instancia o un recurso relativo a cuestiones de legitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley, declara, dentro de límites de la impugnación, cuáles son las disposiciones legislativas ilegítimas». En otros términos, el control del juez constitucional está limitado a la cuestión que le ha sido sometida, y se desarrolla «dentro de los límites de la impugnación». El mismo artículo 27 introduce aún una excepción a este principio general: la Corte puede declarar asimismo «cuáles son las otras disposiciones legislativas cuya legitimidad deriva como consecuencia de la decisión adoptada». En este caso se está en frente a la «ilegitimidad constitucional consecencial».

En tercer lugar, también aparece limitada la tipología de las decisiones que concluyen el juicio: si se excluye los pronunciamientos meramente interlocutorios o las decisiones con las cuales la cuestión es rechazada por la forma, se trata de sentencias estimatorias (*di accoglimento*) o de rechazo (*di rigetto*), cuyos efectos también la ley determina, en modo algo simplificado.

Las sentencias de rechazo no declaran la inconstitucionalidad de la ley, se limitan a rechazar la cuestión dentro de los términos en los que ha sido sometida: ellas están desprovistas de eficacia *erga omnes*, por lo cual la misma cuestión puede ser nuevamente sometida, tanto con la misma motivación como con una diferente; solo que el Juez que la ha sometido no puede reproponerla en el ámbito del mismo juicio: a este propósito se habla de eficacia *inter partes* de dicho tipo de decisiones. Por

el contrario, las sentencias estimatorias tienen eficacia *erga omnes* y producen efectos retroactivos, en el sentido que desde el día posterior a la publicación de la sentencia estimatoria, la norma inconstitucional no puede ser aplicada. Tal retroactividad encuentra un límite en las relaciones concluidas. Razones de oportunidad y de certeza jurídica del Derecho inducen a sostener que dichas sentencias no deben afectar situaciones ya resueltas con sentencia recaída en juicio, ni cuestiones para las cuales han transcurrido los términos de prescripción o caducidad (*decadenza*), aún si subsiste una ulterior excepción relativa al caso en el que, en aplicación de la norma declarada inconstitucional, ha sido pronunciada sentencia irrevocable de condena: en efecto, la ley prevé que cesan la ejecución y todos los efectos penales.

Si se pasa a un examen de los datos estadísticos de la actividad de la Corte se puede verificar posteriormente el ámbito limitado y la esencialidad de sus competencias: la mayoría de la actividad de la Corte está dedicada al control de constitucionalidad de las leyes, que prevalece netamente respecto a las otras competencias y, en particular, respecto a los conflictos Estado-Regiones.

En el ámbito de este tipo de juicio, adquiere un notable relieve el juicio incidental que como evidencian los datos, ha absorbido en los cuarenta años de vida de la Corte Constitucional la mayor parte de su actividad y sobre la cual, por consiguiente, es necesario concentrar la atención:

	1956-65	1966-75	1976-85	1986-1997	Total
Juicio incidental	808	1,636	2,102	5,658	10,562
Juicio principal	106	120	138	552	926
Conflictos de atribución Estado - Regiones	87	126	108	336	710
Conflictos entre poderes del Estado	1	9	5	41	56
Admisibilidad de peticiones de referéndum abrogativo	0	2	16	67	85

c) *Carácter jurisdiccional del control de constitucionalidad de las leyes efectuado por la Corte Constitucional*

El modelo de control de constitucionalidad de las leyes atribuido a la Corte Constitucional italiana se basa sobre la distinción cualitativa entre justicia constitucional y otras formas no jurisdiccionales de control de la constitucionalidad de las leyes.

La Constitución italiana prevé varios mecanismos de control sobre las decisiones del legislador. Particular relieve asume el control efectuado por el Presidente de la República a través de la promulgación de las leyes estatales (que pueden ser reenviadas a las Cámaras con un mensaje motivado, a fin de que éstas procedan a una nueva deliberación, artículo 74 de la Constitución), así como aquél ejercitado por el gobierno sobre las leyes regionales (que pueden ser reenviadas a través del Comisario del Gobierno⁽¹⁾, al Consejo Regional para una nueva deliberación que debe aprobarla con mayoría absoluta: artículo 127 de la Constitución). La justicia constitucional se diferencia de estos procedimientos además en que: a) Se trata de un control efectuado por un órgano externo al procedimiento legislativo y dotado de garantías de imparcialidad y profesionalidad; b) La actividad de control se efectúa a través de un procedimiento que presenta los caracteres del proceso, c) La decisión con la cual se concluye es el resultado de la aplicación de técnicas propias del método jurídico.

La Corte Constitucional es, por consiguiente, un verdadero y auténtico «juez», si bien externo al Poder Judicial. Un juez especial, que resuelve y decide las cuestiones que le son sometidas a través de los instrumentos procesales, como la misma Corte ha reconocido en varias ocasiones. Además, se trata de un proceso *sui generis*: en efecto, el objeto del juicio es una ley, es decir, un acto fruto de la voluntad de sujetos políticos, Parlamento y Gobierno, con todas las consecuencias que de ello deriva. Al respecto se ha hablado del proceso constitucional como de un «proceso de derecho objetivo», destinado principalmente a garantizar la conformidad de la ley con el texto constitucional y, por tanto, a tutelar un interés superior: el mantenimiento de la constitucionalidad de las leyes. Tres son los elementos que determinan la especialidad del proceso constitucional:

(1) Con esta denominación se designa al representante del Gobierno en las regiones, en el ordenamiento constitucional italiano (Nota del traductor).

- i. Si bien el proceso constitucional está orientado a la garantía del interés objetivo del ordenamiento en la constitucionalidad de las leyes, acompaña además a este interés la voluntad de proteger los concretos derechos subjetivos conculcados por el legislador: garantía del ordenamiento y protección de las situaciones subjetivas no constituyen aspectos antitéticos, sino complementarios, sobre todo cuando se considera que «el ordenamiento es tanto más objetivo y justo, cuanto mayor, intensa y directa es la defensa de los derechos».
- ii. El proceso constitucional, a diferencia de otros procedimientos jurisdiccionales, se caracteriza por un elevado grado de flexibilidad de los instrumentos procesales. Flexibilidad que no deriva de la ausencia de una normativa específica sino del ámbito de libertad que en materia de interpretación y de aplicación de las reglas procesales corresponde a nuestro Juez Constitucional. La Corte Constitucional, a diferencia de todos los otros jueces italianos, posee respecto a la disciplina del mismo proceso, poderes normativos que se concretan o en la adopción de verdaderas y propias normas procesales (las «normas integrativas para los juicios ante la Corte Constitucional») o en simples decisiones procesales. Este margen de maniobra permite a la Corte modificar la *praxis* precedente o las mismas normas procesales con el fin de alcanzar el objetivo perseguido, o sea la plena efectividad de los valores constitucionales. Esta «discrecionalidad» del órgano de justicia constitucional ha dividido a la doctrina: algunos autores entienden preferible subordinar la actividad de la Corte a reglas procesales ciertas y determinadas con precisión, mientras otros entienden que no se puede eliminar ciertos márgenes de discrecionalidad, que estarían insitos en la misma naturaleza de la actividad efectuada por el juez de las leyes. De aquí la polémica entre aquellos que subrayan la naturaleza jurisdiccional del juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y aquellos que, por el contrario, evidencian su carácter necesariamente político.
- iii. El juez constitucional además de juez, se configura como un sujeto que «crea» normas jurídicas. En efecto, corresponde a él la «última palabra» respecto a la interpretación de la Constitución

y esta última palabra tiene un valor vinculante para los operadores del Derecho, muy similar a aquél del precedente. Esta característica de control de constitucionalidad da a las decisiones de la Corte un alcance particular, muy diferente de las sentencias de otros jueces: ellas producen efectos similares a aquellos propios de las fuentes del Derecho.

Sobre la base de estas tres características, juicio orientado principalmente a garantizar la coherencia del ordenamiento; discrecionalidad en la aplicación de las normas procesales; valor normativo de las decisiones; es necesario resaltar la naturaleza jurisdiccional del control de constitucionalidad de las leyes efectuado por la Corte Constitucional italiana. Además, no se pueden olvidar los elementos peculiares que permiten hablar de un *tertium genus*, en el cual, independientemente de su naturaleza jurisdiccional, se utilizan en algunos casos también criterios de valoración propios del proceso de decisión política: la misma Corte ha negado de otra parte poder ser incluida, *tout court*; entre los órganos judiciales, ordinarios o especiales que sean: «son tantas y profundas las diferencias entre la función atribuida a la Corte, sin precedentes en el ordenamiento italiano y a aquellos bien conocidos e históricamente consolidados propios de los órganos jurisdiccionales» (sentencia N° 43 de 1960 y ordenanza N° 536 de 1995). No se olvida, en efecto, que «un buen sistema de justicia constitucional es aquél en el cual se puede individualizar un justo punto de equilibrio» entre política y jurisdicción. Esta afirmación, si bien de alcance general, resulta particularmente apropiada en el caso italiano, en el cual la «ambigüedad» del sistema ha sido perseguida por el mismo legislador (y ha resultado luego acentuada por las anomalías del sistema político italiano).

2. EVOLUCIÓN DEL MODELO ITALIANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

a) *Un modelo concentrado y concreto de Justicia Constitucional*

El análisis de las competencias establecidas en la Constitución y el examen de la regulación del procedimiento constituyen etapas indispensables para comprender el funcionamiento de la Corte Constitucio-

nal italiana, pero no son suficientes para percibir el rol efectuado por ella en el ordenamiento. A tal fin es necesario considerar otros aspectos del fenómeno, tener en cuenta su historia y evaluar las disposiciones relativas al control de constitucionalidad según el dinamismo impuesto al sistema por la jurisprudencia.

El examen de la sola normativa hace difícil la comprensión del sistema vigente. Si se siguen los modelos teóricos tradicionales, para los cuales, de un lado se tiene el modelo norteamericano (*judicial review of legislation*), difuso, concreto, cuyas decisiones tienen eficacia *inter partes* y de otra, el modelo austriaco de justicia constitucional (*Verfassungsgerichtbarkeit*), concentrado, abstracto, cuyas decisiones tienen eficacia *erga omnes*, resulta evidente que ha sido sobre todo este último el que ha influenciado a los constituyentes italianos.

Indudablemente, la legislación ha esfumado la pureza del modelo austriaco de impostación kelseniana, introduciendo aspectos afines al modelo estadounidense de la *judicial review of legislation*.

Por un lado se ha atenuado el carácter concentrado, atribuyendo a los jueces una doble e importante competencia: en primer lugar, la decisión de elevar o no la cuestión de constitucionalidad; en segundo lugar, el control de constitucionalidad de los actos normativos desprovistos de fuerza de ley (control que corresponde de modo exclusivo a la jurisdicción ordinaria). Esta peculiaridad incide de manera significativa en la definición del sistema italiano, en cuanto permite sostener que no se trata de un modelo de justicia constitucional absolutamente concentrado sino de un modelo que presenta también rasgos característicos de los sistemas de control de constitucionalidad de tipo difuso.

De otro lado, la importancia asumida del requisito de la procedencia de la cuestión y de la motivación de ésta de parte del juez, ha introducido en el procedimiento rasgos similares a aquellos existentes en los procedimientos de control concreto.

La naturaleza híbrida del sistema italiano se ha acentuado con la *praxis* jurisprudencial que en algunas fases de la actividad de la Corte Constitucional, ha contribuido a elevar el nivel del carácter concreto del juicio. Al respecto se puede subrayar:

- i. La reciente y drástica reducción del tiempo de la decisión y la consiguiente eliminación de las cuestiones pendientes, permite que, siempre con mayor frecuencia, el resultado de la decisión constitucional produzca efectos concretos también para las partes del juicio *a quo*.
- ii. El incremento de la tendencia de la Corte Constitucional a utilizar, ante de decidir, los poderes instructorios normativamente previstos: en consecuencia, el juez constitucional puede evaluar mejor los términos efectivos de la cuestión que ha dado origen a la duda de constitucionalidad, los efectos que derivan de la decisión, el impacto de ésta sobre el ordenamiento.
- iii. La formación, bajo dos aspectos, de un *continuum* interpretativo entre el juez constitucional y los jueces ordinarios (en particular la Corte de Casación y el Consejo de Estado). Por un lado los principios de Derecho y de interpretación de las normas constitucionales efectuada por la Corte Constitucional adquieren valor para todos los operadores del Derecho y, en particular, para los jueces, que deben aplicar directamente la Constitución o decidir sobre la aplicación de los actos que carecen de fuerza de ley. De otro, en la solución de las cuestiones de constitucionalidad, la Corte Constitucional tiende a asumir la disposición de la ley no en su significado abstracto, sino para como resulta de su concreta operatividad en el sistema. La Corte tiende a pronunciarse sobre el derecho viviente, es decir sobre la norma como ella ha sido interpretada por la jurisprudencia. De tal modo parece haberse instaurado una subdivisión implícita de tareas entre juez constitucional y juez ordinario, de modo que, en el ámbito de las respectivas esferas de competencia, cada uno convalida y hace propia la interpretación del otro. Esta tendencia puede interrumpirse por la excesiva rapidez de la Corte en la decisión de las causas: en efecto, el objeto del proceso puede en tal caso estar constituido por disposiciones sobre las cuales no se ha formado aún un derecho viviente.

En definitiva, se puede afirmar que el sistema italiano, ha evolucionado en el sentido de superar la distinción entre los dos tradicionales

modelos teóricos, dando vida a un *tertium genus* o, mejor aún a un sistema híbrido, abierto a las influencias de los dos grandes sistemas. Como resulta de cuanto se ha dicho hasta aquí, en el sistema italiano están presentes múltiples de los elementos utilizados por la doctrina para clasificar los diferentes sistemas de justicia constitucional: el sistema es concentrado en el caso de leyes y actos con fuerza de ley, pero difuso cuando el objeto esté constituido por una fuente de grado inferior; el control de constitucionalidad se realiza *a posteriori* en el caso del juicio en vía incidental o en caso de impugnación por parte de las regiones, de las leyes del Estado, mientras es *a priori* cuando el Estado impugne una ley regional; en fin, las decisiones de la Corte producen efectos *erga omnes* si son estimatorias, mientras que tienen efectos sólo *inter partes* si se trata de decisiones de rechazo.

b) *Las decisiones interpretativas y manipulativas y las relaciones con los jueces y el legislador*

Las competencias de la Corte Constitucional y el procedimiento de control de constitucionalidad han sido reguladas en los años inmediatamente posteriores a la vigencia de la Constitución y no han experimentado modificaciones de relieve hasta hoy. Enfrente de esta situación legislativa estática, la jurisprudencia constitucional ha estado caracterizada por un intenso dinamismo. Durante este periodo la Corte Constitucional ha renovado los propios instrumentos procesales, esencialmente a través de la interpretación y no por medio de verdaderas y expresas innovaciones normativas. El ámbito en el cual el juez constitucional italiano ha mostrado mayor creatividad es aquél relativo al alcance de sus decisiones y, en primer lugar, relativo a los efectos de las mismas sobre el ordenamiento.

La Constitución y la legislación regulan solamente la estructura y los efectos de las sentencias estimatorias y de rechazo: la rica tipología de sentencias que caracterizan al sistema italiano de justicia constitucional es el resultado de la obra creadora de la Corte que ha individualizado modalidades de soluciones de las controversias a partir no tanto de una teoría abstracta, sino de la necesidad de dar respuesta a específicas exigencias prácticas.

En particular, los diversos tipos de sentencias nacen de la necesidad, advertida por la Corte Constitucional, de ponderar los efectos de las propias decisiones y de calibrarlos sobre la base del impacto que pueden provocar no sólo sobre el ordenamiento jurídico, sino también sobre las relaciones con los otros poderes del Estado, *in primis* con el Parlamento y con el Poder Judicial.

Este resultado ha sido posible técnicamente partiendo de la distinción teórica entre «disposición» y «norma». La primera representaría la expresión lingüística mediante la cual se manifiesta la voluntad del órgano que emite un determinado acto jurídico. Por el contrario, la norma constituye el resultado de un proceso interpretativo realizado sobre la disposición y que puede conducir, a través del uso de la hermenéutica jurídica, a obtener más de una norma de una sola disposición o una sola norma de más disposiciones. Esta distinción entre disposición y norma resulta relevante en cuanto permite la separación de la norma del significado lingüístico originario de la disposición, rompiendo el cordón umbilical que la liga al momento en el que es aprobada. En definitiva, esta diferenciación permite la evolución del sistema, facilitando la actividad creativa del intérprete y permite reducir al mínimo las intervenciones demolidoras de la Corte y las consiguientes lagunas del ordenamiento, dándole la posibilidad de operar con instrumentos «quirúrgicos» algo sofisticados.

A. *Las relaciones con los jueces*

Las exigencias de definir las relaciones con los jueces, a los cuales corresponde la función de interpretar la ley, han inducido a la Corte Constitucional a dos tipos de pronunciamientos, las decisiones correctivas y las sentencias interpretativas, de rechazo o estimatorias, que han permitido una distribución de funciones entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional y han limitado los conflictos e interferencias creados en los primeros años de actividad de la Corte.

- i. Con los denominados pronunciamientos «correctivos» el juez constitucional no afronta el mérito de la cuestión. Se limita a relevar que la interpretación dada por el remitente no es la correcta, en cuanto él no ha tenido en consideración la orientación de los Tribunales, el derecho viviente, el significado evidente de

las disposiciones y que, siempre más frecuente, entre las varias posibles interpretaciones el juez no ha optado aquella conforme a la Constitución.

- ii. Con los *pronunciamientos interpretativos*, el juez constitucional hace suya una de las posibles interpretaciones de la disposición cuestionada optando aquella conforme (sentencias interpretativas de rechazo) o aquella contraria (interpretativa estimatoria) a la Constitución.

En particular, en ausencia de «derecho viviente» (es decir de una interpretación judicial consolidada y unívoca), la Corte propone a los jueces una interpretación propia, adecuada, que permita salvar la norma de la inconstitucionalidad: con las «sentencias interpretativas de rechazo» la Corte afronta la cuestión respecto al mérito, declarándola no fundada, en cuanto es posible atribuir a la disposición impugnada un significado normativo diferente de aquél acogido por el juez o por el recurrente, conforme a la Constitución: la Corte, entre los posibles significados de una disposición, opta por aquel que considere compatible con la Constitución, dejando de lado aquellas que podrían ser contrarias a la Constitución.

Sin embargo, la interpretación ofrecida por la Corte no tiene efectos *erga omnes*: ella no es vinculante y puede imponerse solamente gracias a la eficacia persuasiva de la motivación o a la autoridad del juez de la Ley. Una obligación jurídica se crea solamente respecto al juez que ha sometido la cuestión: en el curso del proceso él no puede aplicar la norma en el significado que inicialmente le había atribuido, sobre cuya base había sometido la cuestión.

- iii. Frente a la tendencia de los jueces de desatender la interpretación de las leyes provista por la Corte, ella se ha visto obligada a superar los límites estructurales ínsitos en las sentencias interpretativas de rechazo, dando vida a la tipología de las *sentencias interpretativas estimatorias*. Sentencias con las cuales el juez constitucional opta entre los posibles significados de una norma aquél incompatible con la Constitución que es entonces

declarado inconstitucional. Queda abierta la posibilidad de dar a la disposición todos los otros significados: el resultado interpretativo es igual a aquel del tipo precedente de pronunciamiento, pero los efectos son diversos. Con las sentencias interpretativas estimatorias, la Corte no elimina del ordenamiento jurídico la disposición, sino una de las normas que de tal disposición pueden obtenerse. La disposición en otros términos, continúa siendo aplicada y entonces, eficaz con excepción de la norma considerada inconstitucional.

B. *Las relaciones con el legislador*

Si los pronunciamientos interpretativos aparecen inspirados por la voluntad de definir las relaciones con los jueces ordinarios, las decisiones manipulativas han comportado, por el contrario, una incidencia en las relaciones entre la Corte y el legislador.

- i. Al respecto es particularmente delicado el tema de las *sentencias aditivas*, con las cuales una disposición es declarada inconstitucional no por lo que prevé sino por lo que no prevé: de este modo la Corte viene a introducir en el ordenamiento normas nuevas que no se pueden obtener del texto normativo. Este tipo de decisiones contradice la impostación kelseniana de la justicia constitucional, en base a la cual, el juez constitucional habría debido caracterizarse como una suerte de «legislador negativo». Con estas sentencias el juez de las leyes se transforma en creador de normas jurídicas viniendo así a desenvolver un rol que en nuestro ordenamiento corresponde principalmente al Parlamento. De otra parte, en muchos casos, la mera anulación de la ley inconstitucional no resolvería el problema propuesto por la cuestión de legitimidad, y el añadido de una norma faltante constituye la única forma de restablecer la constitucionalidad violada y para que, así, la justicia constitucional desenvuelva su rol.
- ii. Un primer intento de limitar un alcance creador de tales pronunciamientos consiste en permitirlo sólo en casos en los cuales se trata de sentencias «*a rime obbligate*», es decir, cuando la solu-

ción normativa propuesta por la Corte está lógicamente exigida e implícita en el contexto normativo, resultando ausente cualquier opción posible discrecional.

- iii. Un segundo intento por obviar las interferencias con la esfera parlamentaria que tales pronunciamientos implican ha conducido, en los años más recientes, a desarrollar una tipología de sentencias; en parte, diferentes: las *sentencias «aditivas de principio»*. Con estas decisiones la Corte no introduce en el ordenamiento nuevas normas jurídicas sino principios a los cuales el legislador deberá dar atención: con disposiciones que tengan alcance *erga omnes*. En la motivación de estas sentencias, en algunos casos, la Corte indica el término dentro del cual el legislador es llamado a intervenir y dicta los principios en los que el mismo legislador se deberá inspirar: de este modo se viene a combinar en el mismo instrumento decisonal el contenido de una verdadera y propia sentencia aditiva con una sentencia «de delegación», logrando conciliar la inmediatez de la estimación con la salvedad de la esfera de discrecionalidad correspondiente al legislador. Dichos pronunciamientos plantean mayores problemas respecto a su eficacia frente a los jueces comunes: en efecto, mientras en la mayor parte de los casos se entiende que la mediación del legislador sea de todos modos indispensable para aplicar el principio, en algunos casos los jueces han entendido poder obtener del pronunciamiento la regla del caso concreto.
- iv. Otro tipo de decisiones nacidas de la necesidad de cautela respecto al legislador son las denominadas *decisiones admonitorias* o «*doppie pronuncie*». La Corte ha recurrido a este instrumental cuando se ha encontrado frente a cuestiones dotadas de un elevado grado de politicidad. En estos casos ella ha preferido tomar tiempo y preanunciar su decisión en el sentido de la inconstitucionalidad de la norma impugnada sin lograr empero a declararla expresamente. El juez constitucional ha introducido una escisión lógica entre parte dispositiva y motivación: la primera determina la inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad; la segunda, por el contrario deja entrever claramente que las

dudas de constitucionalidad son fundadas. Estructuralmente, los dobles pronunciamientos implican que en un primer momento la Corte rechaza la cuestión sometida, solicitando intervenir al legislador. Si el Parlamento no actúa, en caso que la cuestión sea sometida nuevamente, la Corte optará por una sentencia estimatoria, declarando la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

- v. Finalmente, la otra tasa de politicidad presente en algunas cuestiones, conjuntamente a la necesidad de moderar la defensa de los derechos sociales con la crisis financiera del Estado, ha obligado al juez constitucional a *modular los efectos temporales de las decisiones estimatorias*. La Corte busca de este modo, de un lado, asegurar al Gobierno y al Parlamento el tiempo necesario para colmar las lagunas provocadas por la decisión estimatoria y, de otro, encontrar un equilibrio entre los derechos constitucionales propios del Estado social y las restricciones económicas.

Este problema no caracteriza únicamente al ordenamiento italiano. El Derecho Comparado ofrece múltiples soluciones. La Corte Constitucional austriaca puede posponer hasta en un año los efectos de las sentencias estimatorias, para permitir al Parlamento regular la materia y evitar vacíos normativos. El Tribunal Constitucional alemán puede asimismo adoptar pronunciamientos de simple incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*) sin la declaración de nulidad, o puede declarar que la ley es «aún» constitucional. En este caso la ley es declarada constitucional sólo provisionalmente: si el legislador no adecua la normativa al contenido indicado en la sentencia, el Tribunal conserva el poder de declarar la ley inconstitucional.

En Italia, por el contrario, los efectos temporales de las sentencias estimatorias son predeterminados rígidamente. La Corte Constitucional ha buscado a través de su jurisprudencia graduar en el tiempo los efectos de sus decisiones de dos modos. Ante todo, estableciendo límites a los efectos retroactivos de las decisiones estimatorias (con el fin, por ejemplo, de salvaguardar determinados actos procesales) a través de las denominadas «sentencias de ilegitimidad sobrevenida», en base a las cuales la anulación no eliminaría la norma *ab initio*, sino solamente a

partir del momento en el cual se determina el vicio de la ley: la hipótesis más simple está constituida por el sobrevenir de un nuevo parámetro, pero es también posible hacer referencia a una mutación económica-financiera, al de la conciencia social y, más en general, a la mutación de las condiciones que hacían una norma compatible con la Constitución.

Además, ella ha pospuesto en el tiempo los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad (por ejemplo en el caso de sentencias que producen gastos para el erario), dejando al legislador un lapso predeterminado para intervenir antes que la disposición sea anulada: se trata de los denominados pronunciamientos de «inconstitucionalidad diferida», en los cuales la misma Corte, sobre la base de la ponderación de varios valores constitucionales, deberá individualizar el *dies a quo* de los efectos caducatorios. Tales pronunciamientos presentan graves problemas de compatibilidad con el sistema italiano de justicia constitucional en cuanto no inciden sobre el proceso *a quo*, derogando a la incidentalidad que lo caracteriza.

3. LAS PRINCIPALES FASES DE DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA SOBRE LA REFORMA DE GOBIERNO

Para valorar el rol asumido por la Corte Constitucional en el sistema constitucional italiano y sus relaciones con los otros poderes del Estado, se pueden distinguir, con todos los riesgos de simplificación, que las periodificaciones comportan, varias fases en su actividad.

a) *La promoción de las reformas*

El primer período (de los años cincuenta al inicio de los años setenta) puede definirse de «actuación de la Constitución» o de «promoción de las reformas». Él se caracteriza por el rol de primer plano jugado por la Corte Constitucional en la modernización y en la democratización del ordenamiento jurídico italiano, además en la afirmación de los valores de la nueva Constitución Republicana. En esta actividad de reforma del sistema, la Corte ha alcanzado a sustituir al Parlamento, lento y temeroso de modificar una legislación heredada de la orientación prece-

dente. El juez constitucional ha desenvuelto de un lado una función que puede definirse «didáctica», en cuanto ha dado vitalidad a los principios constitucionales, haciendo que todo el cuerpo social viniese a conocerlos y, por otra parte, una función de impulso y estímulo, en cuanto ha renovado el ordenamiento con la eliminación de las normas contrarias a la Constitución. El juez de las leyes se ha hallado, repetidamente a suplir al Parlamento que llevaba adelante con lentitud y titubeo la reforma de la legislación y ha entrado en conflicto con las Magistraturas Supremas, en particular con la Corte de Casación o con el Consejo de Estado, según los cuales las normas constitucionales programáticas no habrían podido ser utilizadas como parámetro de control. Desde su primera sentencia (Sentencia N° 1 de 1956), que constituye un pilar de la jurisprudencia constitucional italiana, la Corte ha afirmado el carácter vinculante de todas las normas constitucionales (superando, por tanto la clásica distinción entre normas preceptivas y normas programáticas), no solamente respecto a los poderes públicos sino también frente a los privados, y ha reiterado su competencia para controlar también la legislación preconstitucional. De este modo, también gracias a la actividad de estímulo de la parte más avanzada de la Magistratura, que ha sometido numerosas cuestiones de inconstitucionalidad relativas a leyes precedentes a la Constitución, en materia de libertad, derechos sociales y económicos, el juez constitucional ha podido depurar el ordenamiento de múltiples normas inconstitucionales provenientes del ordenamiento estatutario y fascista. Se pueden recordar las intervenciones de tutela a la libertad de la persona (como la sentencia relativa al Texto Único de Seguridad Pública de 1931, en el viejo sistema de detención preventiva, que no establecía límites de duración), de la libertad de expresión (que viene depurada de las más odiosas herencias del fascismo, como las tantas autorizaciones administrativas), de la libertad de reunión (declarada la ilegitimidad constitucional de la disposición que preveía la obligación de preaviso para las reuniones abiertas al público, Sentencia N° 27 de 1958), de la igualdad de los sexos (declarada inconstitucional con la Sentencia N° 33 de 1960, una disposición de 1919 que excluía a las mujeres de una vasta categoría de empleos públicos).

El juez constitucional en esta primera fase, está considerado, ya sea por los estudiosos del Derecho como por la opinión pública, como el

principal, sino el único intérprete y defensor de la Constitución y de los valores en ella contenidos. Justamente esta fase permite comprender la autoridad y el prestigio que la Corte Constitucional ha adquirido en la forma de gobierno italiana, aún tratándose de un órgano creado *ex novo* por los constituyentes, poniendo las bases para su legitimación.

b) *La mediación de los conflictos sociales y políticos*

La segunda fase va de la mitad de los años setenta a la mitad de los años ochenta y ha sido definida como aquella de la «mediación de los conflictos sociales y políticos». Se trata de un período en el cual, terminada la obra de «repulimiento» de la legislación preconstitucional, el objeto del juicio de constitucionalidad está representado por leyes recientes, elaboradas y aprobadas por el Parlamento republicano. Por consiguiente, el rol de la Corte asume una tasa más elevada de politicidad y se caracteriza esencialmente por la búsqueda de un equilibrio y una mediación entre los diversos intereses y valores implicados en la cuestión de constitucionalidad, a través de la técnica de la ponderación.

La Corte ha ido lentamente cambiando los caracteres de su juicio: ya no se trata solamente de aplicar el tradicional silogismo confrontando la norma inferior con la superior, sino de considerar los valores constitucionales en juego, de sopesarlos y de establecer no tanto cuál de ellas deba prevalecer sino cuál sea el mejor equilibrio posible entre los mismos. En síntesis, se puede afirmar que en esta fase el juez constitucional valora la opción del legislador, el uso de su discrecionalidad, para verificar si ha tomado en consideración adecuadamente todos los valores y principios constitucionales susceptibles de incidir sobre una materia determinada.

Esta operación ha sido posible, técnicamente, a partir de una interpretación evolutiva del principio de igualdad. Del artículo 3 de la Constitución, según el cual todos son iguales ante la ley, puede inferirse un deber de razonabilidad para el legislador, en el sentido que él no solo debe incorporar una regulación diversa para situaciones diferentes, sino también que no debe utilizar criterios arbitrarios. A fin de que la norma no sea inconstitucional, se debe evitar la contradicción entre finalidad

de la ley y regulación normativa concreta, entre objetivo perseguido e instrumentos jurídicos utilizados para su logro; en definitiva, se debe evitar una irracional contradicción entre finalidad de la ley y contenido de la disposición.

Además, el juez de la ley se halla para interpretar un texto constitucional que hace suyos los principios del Estado social, es decir que reconoce los derechos sociales, en un contexto caracterizado por la crisis financiera del Estado. La Corte se halla entre Scila y Caribdis: entre el peligro de abdicar a su rol de supremo garante de la Constitución y de los derechos garantizados por ella y el peligro de provocar con sus decisiones serios contragolpes de naturaleza económica. En esta fase, la Corte ha dado aplicación, a las disposiciones constitucionales en el tema de los derechos sociales sin hacerse cargo del problema de los efectos de sus propias decisiones: ha sido frecuente el recurso a decisiones de tipo aditivo que, además de incidir fuertemente en la esfera del legislador, ha tenido un impacto relevante sobre el gasto público.

Múltiples son los temas afectados por los pronunciamientos de la Corte, en el ámbito de una sociedad que se va laicizando: basta pensar en los pronunciamientos relativos al tema del divorcio, del aborto (al respecto, la Sentencia N° 27 de 1975 busca un difícil equilibrio entre tutela del concebido y salvaguarda de la salud de la madre), de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, del derecho de familia; en materia de derecho de huelga (es declarada la ilegitimidad constitucional de la huelga política), además sobre múltiples temas de Derecho del Trabajo y materia previsional. Así, decaen aquellas que son definidas «discriminaciones injustificadas» en las retribuciones del empleo público (Sentencia N° 10 de 1973), es asolado por la censura de inconstitucionalidad el estatuto de los trabajadores (Sentencia N° 54 de 1974), mientras innumerables son las sentencias aditivas de gastos, que vienen a reequilibrar (hacia el nivel más alto) «la jungla retributiva». Emblemáticos de esta fase son también los múltiples pronunciamientos en el tema de la radio-televisión, en los cuales la Corte se ha hallado en el deber de perseguir y censurar al legislador en nombre de la libertad de manifestación del pensamiento sin alcanzar nunca, empero, a orientarlo en lo hondo, las opciones en sentido conforme a la Constitución (v. entre

muchas, la Sentencia N° 202 de 1976 que abre definitivamente las puertas a la emisión radio-televisiva de alcance local).

c) *El despacho de la carga procesal retrasada*

Paradójicamente, la gran revancha acaecida por la Corte Constitucional en la primera fase de su actividad se ha revelado con el tiempo en una de las principales causas que han contribuido a hacer ineficaz el funcionamiento de la justicia constitucional. La gran cantidad de cuestiones sometidas ha hecho muy difícil alcanzar a una revisión en tiempo aceptable. El aumento del número de las cuestiones ha dado lugar a una notable masa de cuestiones retrasadas y a un alargamiento de la duración de los procesos. Este espiral amenazaba no sólo en ahogar al juez constitucional sino también de incidir sobre su función institucional. El factor tiempo, la duración del juicio, resulta fundamental para los efectos y el impacto de las decisiones de constitucionalidad sobre el sistema jurídico. Por fortuna, los miembros de la Corte, conscientes de los riesgos, han afrontado el problema a fines de los años ochenta, a través de una serie de reformas de la normativa dictada por la misma Corte respecto al propio proceso. Estas reformas han dado origen a una tercera fase, denominada «de la eficiencia operativa» que va de la mitad de los años ochenta a la mitad de los años noventa. El objetivo principal de esta nueva fase era la reducción de la duración del proceso constitucional y el número de las cuestiones pendientes, a través de la declaración de inadmisibilidad, por medio de auto, de un gran número de cuestiones manifiestamente inadmisibles o manifiestamente infundadas, y a través de la selección de los casos sobre los cuales debe concentrar su atención. Con este fin el juez constitucional ha introducido numerosas innovaciones de tipo procesal (organización del trabajo, racionalización de las discusiones, decisiones con resolución, etc.), que han contribuido a alcanzar tales objetivos. Al inicio de los años noventa, el número de las cuestiones pendientes había disminuido notablemente y la duración del proceso constitucional llegó a los nueve meses.

Para obtener este resultado, se efectuaron algunas renunciaciones importantes, subrayadas por la doctrina que en estos años justamente ha orientado su atención sobre el proceso constitucional. Por ejemplo, el au-

mento del número de las decisiones si ha sido posible, pero en muchos casos esto en perjuicio de la motivación que ha resultado más sintética. Las modalidades de organización del trabajo han reducido la colegialidad de las decisiones y la incidencia de la intervención de las partes del proceso, ampliando paralelamente, la discrecionalidad procedimental del juez constitucional. En definitiva, la eficiencia operativa, no siempre significa eficacia de las decisiones. Las decisiones no adecuadamente motivadas resultan poco persuasivas e importan al riesgo de la reducción del consenso, doctrinal y social, respecto de los pronunciamientos del órgano de justicia constitucional y, como consecuencia, de su legitimación. También con la finalidad de tener pronunciamientos más atentamente motivados, han sido propuestas varias soluciones de tipo procesal, entre todas la introducción de la *dissenting opinion* de los jueces constitucionales. Aparecen dirigidas a proporcionar a la Corte de mayores elementos de valoración también, los intentos de extender el juicio constitucional a los sujetos portadores de intereses calificados, ligados a la cuestión de constitucionalidad, pero diversos de las partes del juicio *a quo*. Sin embargo, todos los intentos no han producido modificación alguna de la normativa del proceso constitucional.

d) *La Corte en los años de la transición*

Con la eliminación del retraso, el sistema de justicia constitucional italiano ha ingresado en una nueva fase, cuyos rasgos característicos resultan aún inciertos.

En primer lugar, la brevedad del término que transcurre entre el momento en que es sometida la cuestión y su decisión, hace que, efectivamente, el objeto del juicio esté representado, siempre con mayor frecuencia, por leyes apenas aprobadas: leyes deseadas así por la mayoría política del momento. Esta rapidez del juicio comporta consecuencias relevantes en las relaciones, de un lado, entre la Corte Constitucional y el Parlamento, y, por otro, con los jueces. Respecto al primero, la Corte ha trajinado inevitablemente en el ámbito de la coyuntura política del momento: cuando se trata de decidir cuestiones de gran importancia político social, relativas a leyes recientemente aprobadas, por lo frecuente fruto de delicados compromisos y grandes debates, es inevitable que los

pronunciamientos de la Corte terminen por ser influenciados y que la decisión técnico-jurídica corra el riesgo de ser valorada, tanto por la opinión pública como por la doctrina como decisión de mera oportunidad política. Las dificultades son en estos casos evidentes: asume particular relieve, con el fin de conservar en la decisión su autoridad, la motivación dada por la Corte, también respecto a su capacidad de persuadir en el lado retórico antes que lógico, del pronunciamiento. En cuanto al segundo aspecto, aquél de la relación con los jueces, la rapidez de los términos del juicio y el hecho que existan leyes «nuevas» hace que efectivamente la Corte deba pronunciarse sobre la constitucionalidad de una Ley respecto de la cual no se ha formado aún una interpretación jurisprudencial consolidada, el denominado «derecho viviente». La Corte es entonces llamada a realizar una función interpretativa de la normativa objeto del juicio que no es la suya, sino de la magistratura, replanteándose los problemas de relación con el Poder Judicial que el empleo del «derecho viviente» parecía haber alcanzado superar.

En segundo lugar, en esta fase, resulta incrementada la preocupación por las consecuencias financieras de los pronunciamientos, que resulta inmediatamente perceptible del examen de la actividad de la Corte: por ejemplo es frecuente el recurso a autos instructorios orientados a solicitar informaciones sobre los costos de eventuales decisiones estimatorias y ha sido también creada una oficina específica, cuya actividad consiste en la calificación de las cargas financieras de eventuales decisiones estimatorias, antes que éstas sean adoptadas. Además, el examen de la jurisprudencia muestra la tendencia a reducir notablemente, respecto al pasado, el número de decisiones sustentadas en el principio de igualdad y orientadas a reequilibrar, hacia el nivel más alto, situaciones desiguales. Por el contrario, en algunas ocasiones la Corte ha optado la vía opuesta; frente a cuestiones sometidas en nombre del principio de igualdad, ella ha escogido nivelar las situaciones hacia abajo, sometiendo frente a sí misma la cuestión de constitucionalidad del *tertium comparationis* invocado. Es este el caso del impuesto a la renta de las personas físicas relativa a las asignaciones vitalicias de los parlamentarios: el tratamiento «de favor» reservado a ellos fue invocado como *tertium* en una cuestión que tenía como objeto las rentas del trabajador independiente: la Corte no ha dudado en utilizar los propios poderes de

autorevisión para someter la cuestión relativa al tratamiento de favor reservado a las asignaciones vitalicias, declarando de ellas la ilegitimidad constitucional (Sentencia N° 289 de 1994).

También por buscar moderar los dos aspectos —de un lado, el cumplimiento de su rol de garante de la Constitución, en particular de los derechos sociales, de otro, la necesidad de no crear directamente cargas privadas de adecuada cobertura financiera por el presupuesto del Estado— en los últimos años, el juez constitucional ha desarrollado técnicas decisionales innovativas a las cuales se ha hecho referencia y, en particular, los pronunciamientos aditivos de principio: pronunciamientos que están dirigidos a reconocer los derechos, pero remitiendo al legislador la opción de los instrumentos a utilizarse y la cobertura de los respectivos costos. Emblemática a este respecto aparece la Sentencia N° 243 de 1993: con esta decisión se declara la ilegitimidad constitucional de las normas que excluyen la indemnización integrativa especial del cálculo de los tratamientos de la relación final, pero sí entiende que tal declaración no pueda traducirse en un mero pronunciamiento de caducidad, ni en un pronunciamiento aditivo, correspondiendo al legislador la determinación de los mecanismos necesarios, «también en vista de la adopción de opciones de política económica, necesarias para la obtención de los recursos financieros indispensables».

En tercer lugar, la fase actual de la jurisprudencia constitucional se desarrolla en un contexto político-institucional inestable, caracterizado, a partir de 1992, por la crisis de los equilibrios consolidados, con la remezón del viejo sistema de partidos, el cambio del sistema electoral, el nacimiento de los cuadros y formaciones que no han alcanzado aún un grado suficiente de consolidación. También estos elementos contribuyen a acentuar la politicidad del rol desenvuelto por la Corte: en efecto se ha registrado una ampliación cuantitativa y cualitativa justamente de las competencias de la Corte Constitucional dotadas de una más alta tasa de politicidad, como aquellas relativas a los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado y la admisibilidad del referéndum abrogativo. En consecuencia ha emergido una tendencia a la acentuación del rol arbitral de la Corte Constitucional en el conflicto político y constitucional al cual, por otra parte, la Corte no ha buscado sustraerse. Se puede apelar, al respecto, al pronunciamiento recaído en el tema de

desconfianza a un solo ministro (de la cual la Corte ha reiterado la legitimidad, aún en ausencia de previsiones constitucionales expresas, en cuanto consustancial a la forma de gobierno parlamentario: Sentencia N° 7 de 1996; o la jurisprudencia en materia de decretos-leyes (la Corte ha alcanzado a afirmar la ilegitimidad constitucional de la reiteración, con la Sentencia N° 360 de 1996, por violación de la certeza jurídica y por la alteración que produce en la forma de gobierno); o la jurisprudencia respecto a la irresponsabilidad de los miembros de las Cámaras por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (al respecto, después de muchos años de incertidumbre la Corte ha logrado anular una deliberación parlamentaria de irresponsabilidad entendida su adopción en ausencia de nexo funcional alguno entre la declaración del miembro del Parlamento y su actividad parlamentaria: Sentencia N° 289 de 1998).

La actual fase está también caracterizada por la necesidad, siempre más advertida, de modificar la Constitución, que ha dado lugar a varios intentos de revisión a la parte orgánica de la Constitución hasta hoy dejados, que por lo demás permanecen sin éxitos concretos. No es fácil comprender cuál será el rol de la Corte en un período de transición hacia nuevas, pero al momento absolutamente impredecibles, formas constitucionales. Ella se mueve entre dos extremos posibles que van de la valerosa defensa de la actual Constitución, en términos de tutela del *status quo* y de oposición al cambio, hasta el aval acrítico de las propuestas de revisión avanzadas por el Parlamento. Entre estos dos polos, parece más oportuna la opción de una tercera vía, que es la de facilitar el cambio, garantizando que se realice dentro del respeto del procedimiento previsto y, si es necesario, de los principios supremos del ordenamiento constitucional, que caracterizan a la Constitución, connotan la forma de Estado, garantizan su continuidad.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, a cura di R. Romboli, 3 vols., Torino, Giappichelli, 1990, 1993 y 1996.
- AA.VV., *La Corte Costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, a cura di A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi, Torino, Giappichelli, 1993.
- AA.VV., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Il Mulino, Bologna 1982.

- AA.VV., *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhipocupo, Il Mulino, Bologna 1978.
- AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze delle Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano 1989.
- AA.VV., *Le Garanzie Giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassarre, CEDAM, Padova 1988.
- AA.VV., *La Giustizia Costituzionale a una svolta*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 1990.
- AA.VV., *L'Opinione dissenziente*, Giuffrè, Milano 1995.
- AA.VV., *Organizzazione e funzionamento della Corte Costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Giappichelli, Torino 1996.
- AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano 1994.
- AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'articolo 81, u.c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano 1991.
- AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988.
- AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti Costituzionali*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 1994.
- ANGIOLINI V., *La «manifesta infondatezza» nei giudizi costituzionali*, CEDAM, Padova 1988.
- CAPPELLETTI M., *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milano 1955.
- CATELANI E., *La determinazione della «questione de illegittimità costituzionale» nel giudizio incidentale*, Giuffrè, Milano 1993.
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1997.
- CHELI E., *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna 1996.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di Diritto Costituzionale, vol. 2, La giustizia costituzionale*, CEDAM, Padova 1984.
- D'AMICO M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 1991.

- Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano 1993.
- DORAZIO, *La genesi della Corte Costituzionale*, Comunità, Milano 1981.
- GRASSI S., *I conflitti di attribuzione tra Stato e regioni e tra regioni*, Giuffrè, Milano 1985.
- GROPPI T., *I poteri istruttori della Corte Costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1997.
- LUCIANI M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio incidentale*, CEDAM, Padova 1984.
- ONIDA V., D'AMICO M., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*, Giappichelli, Torino 1998.
- PISANESCHIE I *conflitti tra i poteri dello Stato*, Giuffrè, Milano 1992.
- PIZZORUSSO A., VOLPE, G., SORRENTINO, F., MORETTI, R., *Garanzie costituzionali. Art. 134-139*, en Commentario della Costituzione, a cura de G. Branca, Zanichelli, Bologna 1981.
- PUGIOTTO A., *Sindacato de Costituzionalità e «diritto vivente»*, CEDAM, Padova 1994.
- ROMBOLI, R. e ROSSI, E., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Giappichelli, Torino 1998.
- ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come «processo senza parti»*, Giuffrè, Milano 1985.
- RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 1998.
- SAITTA A., *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996.
- SANDULLI A.M., *Il giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1967.
- SPAGNOLI U., *I problemi della Corte*, Giappichelli, Torino 1996.
- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1988.

VII

TÉCNICAS DE CODIFICACIÓN Y CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ALGUNAS CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA(*)

SUMARIO: 1. La Carta de Derechos Fundamentales en el proceso de constitucionalización de la Unión. 2. Técnicas de codificación inherentes al reconocimiento de los derechos fundamentales. 3. Cláusulas constitucionales orientadas a la implementación de los derechos fundamentales. 4. Cláusulas constitucionales para la ponderación de los derechos e intereses. 5. Cláusulas de mera interpretación de las disposiciones constitucionales en materia de derechos.

1. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN

Varios autores han avanzado dudas argumentadas con respecto a la naturaleza constituyente del proceso que ha llevado a la aprobación del

(*) Publicado en «Revista Española de Derecho Comunitario Europeo», núm.4, julio-diciembre de 2005. Traducción del italiano por Leonardo Sánchez Mesa.

Tratado por el que se aprueba una Constitución para Europa; y los contradictorios sucesos del proceso de ratificación, sin duda, no hacen sino alimentar tales perplejidades⁽¹⁾

En efecto, resulta bastante difícil encuadrar las distintas etapas que han marcado la evolución constitucional y la ampliación de la Unión Europea entre las manifestaciones de ejercicio del poder constituyente: especialmente si nos mantenemos fieles a la noción consolidada en el tiempo y tradicionalmente aceptada en virtud de la cual se trataría de un poder originario, primario, incondicionado, perfectamente capaz de decidir los modos en los cuales él mismo pretende ejercitarse⁽²⁾.

Dicha noción, sin embargo, es contestada por la propia realidad y se manifiesta incapaz de calificar como constituciones en sentido propio los resultados de algunos procesos políticos y constitucionales recientes: bien porque tenemos la experiencia de constituciones que no se autolegitiman (las constituciones heterodirigidas, asistidas, confiadas al ordenamiento internacional); bien porque se asiste al ejercicio de un poder constituyente limitado en los fines y predeterminado en los procedimientos (las transiciones constitucionales pactadas, las revisiones totales de la Constitución)⁽³⁾.

Por otra parte, no resulta nada extraño que la realidad irrumpa en escena, descompaginando nociones y conceptos consolidados. Piénsese

(1) Véase por todos, con respecto al debate en torno a la naturaleza jurídica del Tratado por el que se aprueba una Constitución para Europa: DIEZ PICAZO, *¿Tratado o Constitución? El valor de la Constitución para Europa*, en ÁLVAREZ CONDE-GARRIDO MAYOL (dir.), «Comentarios a la Constitución europea», Valencia, 2004, p. 59.

(2) Para un reconocimiento de conjunto del debate teórico en torno a la evolución del modo de manifestarse del poder constituyente, vid. MORBIDELLI, *Lezioni di diritto pubblico comparato. Costituzioni e costituzionalismo*, Bologna, 2000, p. 86 ss. Vid. también: G. ROLLA, *Esportazione, imposizione, sostituzione e circolazione di modelli costituzionali*, en G. ROLLA-CECCHERINI, «*Scritti di Diritto Costituzionale Comparato*», Genova 2005, p. 28 ss.

(3) Cfr., AA.VV. *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino 2004.

en la crisis, a inicios del siglo pasado, de las teorías monistas del Derecho y en la formación del Estado social y pluriclasista, que ha podido ser interpretado sólo abrazando las teorías de la pluralidad de ordenamientos jurídicos.

Partiendo de dicha constatación, puede afirmarse que tanto la historia como la comparación jurídica permiten asimilar el proceso de constitucionalización de la Unión Europea a otras transiciones constitucionales, con las que tiene en común diversos elementos característicos: la procedimentalización de la actividad constituyente, la codificación por etapas, el respeto de límites y vínculos de contenido⁽⁴⁾.

La historia constitucional, por ejemplo, ayuda a considerar en su justa medida el papel que la codificación de una Carta de Derechos asume dentro de un proceso de constitucionalización.

Los dos elementos que, según la afirmación contenida en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, deberían determinar el *ubi consistam*, la razón de ser de una Constitución, es decir, la garantía de los derechos y la separación de poderes, ni siempre ni necesariamente han sido codificadas simultáneamente: de tal manera que la Constitución de algunos ordenamientos se ha presentado al examen del historiador como un díptico cuyas partes han sido completadas en momentos distintos y con estilos diferentes.

En otros términos: existen varios ejemplos de constituciones que, en principio, nacen como textos que regulan esencialmente la organización de los poderes y la distribución de las competencias y, tan sólo un tiempo después, advierten la necesidad de incorporar (o de aparejar) al texto constitucional el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales de la persona. Dicha experiencia ha caracterizado sobre todo a los ordenamientos constitucionales federales, también debido a posiciones teóricas que consideraban a la Constitución federal como una

(4) A propósito del fenómeno de las transiciones constitucionales, vid. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna 1998; CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milano 2002; GAMBINO (coord.), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano 2003.

Constitución parcial destinada a combinarse con las constituciones nacionales⁽⁵⁾: la primera se consideraba limitada a la disciplina de la organización del poder central, al reparto de las competencias entre el centro y los sujetos descentralizados, mientras que a las segundas –a su vez– se les reservaba el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona.

A este fin pueden aludirse dos ejemplos: de una parte el ordenamiento federal de Canadá y de otra la Constitución de los Estados Unidos.

La Constitución federal de los USA (1787) no contenía –en su origen– artículos relativos al reconocimiento de la tutela de unos derechos concretos, introducidos tras la aprobación del *Bill of Rights* americano (1791) y la de las tres enmiendas fundamentales, codificadas tras la Guerra Civil con el concreto fin de introducir garantías generales aplicables en todos los Estados de la Federación⁽⁶⁾.

A su vez, la Carta constitucional de Canadá está compuesta por dos documentos, bien distintos tanto desde el punto de vista temporal como en lo referente al contenido. Se trata de la *British Nordamerican Act* de 1867 y de la *Constitution Act* de 1982. Mientras la primera se concentraba en la organización constitucional de Canadá, en el reparto de las competencias entre Federación y Provincias, en la regulación del carácter dual de Canadá (dos lenguas, dos religiones, dos sistemas jurídicos); la

(5) Vid. A. D'ATENA, *La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos*, en «Memoria del seminario de justicia constitucional y derechos humanos», San José, 2004, p. 139 ss.

(6) Se trataba de los *Three Civil War Amendments*: el XIII, que prohíbe la esclavitud; el XIV, que garantiza la ciudadanía a todos aquéllos que han nacido o han sido naturalizados en los Estados Unidos e introduce el principio de la *equal protection* y del *due process*; y el XV que, en definitiva, reconoce el derecho de voto a cualquier ciudadano, prescindiendo del color, raza o cualquier condición procedente de esclavitud.

Por cuanto se refiere a la experiencia del federalismo norteamericano, vid. por todos: BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Torino 2000.

segunda, por su parte, se caracterizaba por la aprobación de una Carta de derechos y libertades⁽⁷⁾.

No muy distinta se presenta la experiencia constitucional de la Unión Europea, cuyo proceso de codificación se ha concentrado primero en la forma de Estado y de Gobierno, después en la determinación de algunos presupuestos unificantes (moneda, ciudadanía) y, por último, en el reconocimiento de los derechos fundamentales. Un elemento más que liga a las experiencias anteriormente citadas puede encontrarse en el hecho de que los derechos fundamentales han sido codificados esencialmente para llevar a cabo una acción de integración entre ordenamientos e identidades diferentes, es decir: para fundar la identidad política e institucional de un ordenamiento jurídico general.

En otros términos, se reconoce a las Cartas de derechos la función de ofrecer «valores cívicos comunes» para un ordenamiento democrático que nace del conjunto de diferentes tradiciones, historias y culturas. La codificación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por tanto, antes incluso de reconocer unas concretas posiciones subjetivas, delinea los valores del ordenamiento europeo, susceptibles de conferir una identidad común a su cuerpo social.

Por otra parte, la construcción de dichos valores comunes es una de las tareas fundamentales de las constituciones: tal y como rezan las palabras de un ilustre jurista según el cual: «la Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa reguladora, sino que también es expresión de una situación de desarrollo cultural, medio de autorrepresentación cultural del pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas»⁽⁸⁾.

(7) Por cuanto respecta a la formación histórica del Estado canadiense se reenvía a: CODIGNOLA-BRUTI LIBERATI, *Storia del Canada*, Milano 1999.

Sobre la Carta canadiense de derechos y libertades, vid. HOGG, *Constitutional law of Canada*, Toronto 1992; MILNE, *The Canadian Constitution*, Toronto 1993; G. ROLLA (coord.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano 2000.

(8) En este sentido, vid. P. HÄBERLE, *La teoría de la constitución como ciencia cultural en el ejemplo de los cincuenta años de la Ley Fundamental*, en F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), «Derecho constitucional y cultura», Tecnos, Madrid 2004, p. 25.

2. TÉCNICAS DE CODIFICACIÓN INHERENTES AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Analizar las Cartas constitucionales de derechos bajo el perfil de las técnicas de codificación equivale esencialmente a profundizar en cuatro aspectos: *a)* el reconocimiento de los derechos fundamentales (las posiciones objetivas garantizadas constitucionalmente); *b)* los instrumentos de tutela jurisdiccional; *c)* los principios de garantía institucional general, vinculados al constitucionalismo liberal y democrático; *d)* por último, los instrumentos de garantía institucional específicamente relativos a la materia de los derechos de la persona.

Exceden del objeto del presente estudio los puntos *b)* y *c)*, mientras sí que afrontaremos –aunque sea en términos generales– algunas características de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea relativas, por una parte, a las técnicas de reconocimiento de derechos y, por otra, a las cláusulas de interpretación.

Por cuanto concierne a la primera cuestión, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea presenta, a nuestro modo de ver, dos características: la primera resulta resumible en la adhesión de los constituyentes europeos a la técnica de la especificación; la segunda hace referencia, por el contrario, al método de clasificación.

Queda puesto de relieve que las Cartas de Derechos más recientes presentan una evidente propensión a la especificación de las situaciones subjetivas reconocidas como derechos: la codificación tiende a ser exhaustiva y a especificar de manera detallada los perfiles de la personalidad y de la actuación humana que son sometidas a tutela; los elencos se presentan considerablemente minuciosos y el constituyente se hace cargo de individualizar directamente las situaciones jurídicas subjetivas susceptibles de tutela⁽⁹⁾.

Sin embargo, se precisa que una positivización analítica no constituye por sí misma un indicador de la efectividad de la tutela de los dere-

⁽⁹⁾ Vid. G. ROLLA, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, en G. ROLLA (coord.), «*Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*», Torino 2001, p. 10 ss.

chos de la persona; la inserción de amplios catálogos en el texto de las constituciones –por cuanto resulta necesario e importante– no permite percibir inmediatamente el nivel de efectividad de los mismos. A fin de que el reconocimiento se transforme en tutela es necesario que los derechos no solamente sean codificados sino también aceptados y convalidados por la cultura jurídica y política: en otros términos, la idea de tutela se debe formar en el interior de la comunidad, pues, de ser de otro modo, tiene lugar un fenómeno que puede ser calificado como *Constitution without constitutionalism*, es decir, documentos que asumen la forma de las constituciones propias de la tradición liberal y democrática, pero sin poseer el espíritu de las mismas.

A pesar de ello, las cartas constitucionales más recientes se muestran claramente favorables a adoptar la técnica de los catálogos detallados; y esto tiene lugar esencialmente para satisfacer unas exigencias concretas: situar dentro de un contexto histórico los derechos de la persona reconocidos en un concreto momento, de manera que se genere una censura emblemática frente al pasado; ofrecer parámetros unívocos para la actividad interpretativa de los jueces y la especificativa del legislador (especialmente en aquéllos sistemas constitucionales donde faltan órganos jurisdiccionales profesionales y dotados de un *status* constitucional de autonomía y de independencia del poder político); hacer «visibles» los derechos garantizados, llevando a cabo una función de transparencia de cara a los ciudadanos.

En el caso de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la especificación parece asumir principalmente una función didáctica, ya sea de cara a sus ciudadanos, o frente a aquellos ordenamientos que aspiran a formar parte de la Unión Europea o a disfrutar de relaciones privilegiadas con la misma (se considera que los derechos especificados en la Carta representan un parámetro para valorar las relaciones externas de la Unión).

Resulta útil recordar, a propósito, que el documento preparatorio redactado por el denominado «Comité Simitis» (compuesto por ocho constitucionalistas e instituido por la Comisión Europea para programar y enfocar el debate sobre la codificación de una carta de derechos fundamentales) manifestó con nitidez la postura de que

los derechos deberían ser enumerados y enunciados de modo tal que todo ciudadano europeo quede en posición de conocerlos y de hacerlos valer. En otros términos: «los derechos fundamentales deben ser visibles»⁽¹⁰⁾.

Una segunda peculiaridad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se refiere al tipo de clasificación adoptado. Incluso una lectura superficial del texto permite comprender que la Carta no recoge las clasificaciones tradicionales, sino que intenta reconducir las múltiples posiciones subjetivas garantizadas dentro de unos valores de referencia, tales como la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía o la justicia. Y estos valores se ven unificados, a su vez, por la posición central de la persona y su intrínseca e indefectible dignidad. Se determina, en consecuencia, una estructura piramidal que tiene en su vértice a la persona, cuya tutela presupone el reconocimiento activo de unos concretos valores, los cuales –a su vez– se ven realizados a través del reconocimiento de concretos derechos.

Aceptando que el elenco de derechos presente en la Carta no presenta un alcance sustancialmente innovador con respecto a las Cartas constitucionales nacionales y al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, puede resultar interesante poner de manifiesto que han sido codificados tanto derechos que son consecuencia de innovaciones –como, por ejemplo, la biomedicina (art. 63) y la manipulación genética (art. 81)– como derechos reconducibles a comportamientos sociales actuales, como es el caso, por ejemplo, de la prohibición de discriminación basada en las características genéticas y de la orientación social (art. 81), la libertad de cambiar de credo (art.70), o la tutela de la diversidad cultural (art. 82)⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Comisión Europea, Informe del grupo de expertos en materia de derechos fundamentales para la afirmación de los derechos fundamentales en la U.E., Bruxelles 1999.

⁽¹¹⁾ Cfr. CASONATO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: tra conferme, novità e contraddizioni*, en TONIATTI (coord.), «Diritto, diritti, giurisdizione», Padova 2002, p. 99 ss.

3. CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES ORIENTADAS A LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una de las principales dificultades que se plantean al garantizar el efectivo disfrute de un derecho fundamental consiste en identificar la regla aplicable ante un caso concreto: ello en la medida en que la idea histórica del juez como «boca de la ley», la concepción del juez como mero ejecutor de la voluntad del legislador, mal se adecua a la realidad actual.

De hecho, en los sistemas constitucionales resulta bastante improbable que la tutela de una posición subjetiva se lleve a cabo utilizando una única disposición constitucional, haciendo referencia a un único derecho, o bien interpretando una o más disposiciones homogéneas. Por lo general, para identificar la norma aplicable se hace necesario sopesar más derechos susceptibles de entrar en conflicto o concurrencia, o bien atemperar el ejercicio de un derecho con la salvaguardia de un principio o de un valor constitucional⁽¹²⁾.

El delicado trabajo de búsqueda del equilibrio –que corresponde tanto al legislador (*definitional balancing*) como al intérprete competente para la solución del caso (*ad hoc balancing*)– se facilita con la inserción –especialmente en las Cartas constitucionales de derechos más recientes– de cláusulas de interpretación específicas, las cuales pueden

Para un primer comentario general a la Carta Europea de derechos fundamentales se reenvía a BIFULCO-CARTABIA-CELOTTO (coord.), *L'Europa dei diritti*, Bologna 2001; ÁLVAREZ CONDE-GARRIDO MAYOL, *Comentarios a la Constitución europea*, Valencia 2004.

(12) Se da concurrencia cuando la conducta de un determinado sujeto puede ser reconducida a una pluralidad de derechos garantizados –reunión y manifestación del pensamiento; asociación– libertad religiosa; manifestación del pensamiento e iniciativa económica, etc.; los conflictos se producen cuando el derecho de un sujeto debe ser comparado con los derechos de otros (por ejemplo, intimidad y prensa, iniciativa económica y dignidad humana, huelga y salud o libertad de circulación) o con valores o principios de naturaleza general (derechos de libertad y seguridad, secreto, comunicaciones y legalidad).

ser reconducidas dentro de tres tipologías, según consientan una ampliación de las posiciones subjetivas garantizadas, legitimen la limitación de derechos constitucionales para salvaguardar principios o valores fundamentales, o favorezcan un equilibrio entre los derechos constitucionales que entran en conflicto.

Las cláusulas vinculadas a la primera tipología inciden más intensamente sobre la vertiente del reconocimiento de los derechos que sobre aquél de la ponderación, en el sentido de que intentan calificar los elencos de derechos contenidos en la Carta como parcialmente «abiertos» o «dinámicos», capaces de consentir una interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales en materia de derechos. Se trata de las cláusulas más consolidadas y antiguas en el tiempo, y una lectura de las Cartas constitucionales permite apreciar su variedad.

a) En primer lugar, se encuentran cláusulas que hacen referencia al principio personalista reconociendo las múltiples manifestaciones de la actuación humana reconducibles a la personalidad del individuo. Es el caso, por ejemplo, del art. 2 de la Constitución italiana (la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto en su condición individual como dentro de las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad), el art. 2 de la Constitución alemana (todos tienen derecho al libre desarrollo de la propia personalidad), el art. 5 de la Constitución griega (todos tienen derecho a desarrollar libremente la propia personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país), el art. 10 de la Constitución española (la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social), el artículo 7 de la Constitución finlandesa (todos tienen derecho a la vida y a la libertad personal, a la integridad física y a la seguridad personal).

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión no contiene una disposición explícitamente asimilable a las anteriormente citadas: sin embargo, la centralidad del principio personalista emerge tanto del Preámbulo de la Carta, donde «la Unión [...] sitúa a la persona en el centro de su actuación», creando «un espacio de libertad, seguridad y justicia», como del reenvío dinámico que en el mismo se contiene con

respecto a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y a la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

La referencia al principio personalista no transforma tales cláusulas en disposiciones «abiertas», capaces de proporcionar reconocimiento constitucional a un conjunto de derechos indeterminados: de hecho, la identificación de los derechos fundamentales no puede prescindir de un anclaje sobre las previsiones formales de la Constitución. La inserción de dichas cláusulas autoriza, más bien, una interpretación dinámica de las posiciones subjetivas expresamente reconocidas, permite –tal y como se ha afirmado con autoridad– considerar como fundamentales no sólo los derechos reconocidos de manera explícita por la Constitución, sino también aquéllos que pueden recavarse de forma implícita, instrumental o transversal, siempre que sean concebidos bajo el principio personalista⁽¹³⁾.

Las cláusulas generales reconducibles a la personalidad del ser humano permiten mantener el ámbito semántico y el dato lingüístico de un derecho distinguidos de su ámbito normativo. En consecuencia, proporcionan una justificación racional a una jurisprudencia evolutiva en materia de derechos vinculados a la persona, ofreciendo una base legal a la actividad creativa del intérprete. En definitiva, dichas cláusulas facilitan la síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos, entre derecho e historia.

b) Menos frecuente resulta la codificación de cláusulas que contienen una apertura genérica al reconocimiento de futuros derechos, por el momento no enumerados. Éstas, en general, se inspiran en la conocida fórmula de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual la enumeración de determinados derechos no debe interpretarse como una negación o restricción de otros derechos.

A título de ejemplo, podemos recordar, por un lado, el art. 16.1 de la Constitución portuguesa (los derechos fundamentales reconocidos

(13) Vid. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995.

en la Constitución no excluyen otros previstos en las leyes y en las normas aplicables del Derecho Internacional); por otro lado, el art. 10 de la Constitución estona, el cual establece que los derechos enumerados en la Constitución no precluyen otros derechos y libertades que resultan coherentes con el espíritu de la Constitución o con la dignidad humana. Su función consiste, a nuestro modo de ver, en confiar a los jueces la tarea no tanto de implementar los derechos de la persona como la de interpretar el sentir social del momento pronunciándose con respecto «a un *set* de derechos controvertidos» acerca de su subsistencia o contenido objetivo.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión no contiene una cláusula semejante, si bien puede reconducirse dentro de la misma tipología la disposición del art. 113, la cual, refiriéndose a la salvaguardia del nivel de protección de los derechos fundamentales, precisa que ninguna disposición de la Carta puede ser interpretada como limitativa o lesiva de derechos del hombre reconocidos por el Derecho Internacional o por las constituciones de los Estados miembros de la Unión.

Además, no debe excluirse la posibilidad de que el intérprete pueda apoyarse también sobre otras cláusulas presentes en la Constitución europea, en apariencia extrañas al ámbito de los derechos fundamentales. De hecho, la experiencia constitucional comparada nos enseña que la función de ampliar el número de posiciones subjetivas tuteladas puede asegurarse también a través de disposiciones constitucionales, las cuales –aun habiendo sido codificadas con una finalidad distinta– han sido utilizadas con dicho fin por la jurisprudencia.

El caso más evidente viene dado por la *commerce clause*, contenida en el art. I, sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos (El Congreso tendrá la facultad de regular el comercio con las demás Naciones, entre los diversos Estados y con las tribus indias), la cual, instituida por los constituyentes para reservar a la Federación la competencia sobre la regulación del comercio interestatal, ha sido usada por el Tribunal Supremo para declarar la legitimidad constitucional de leyes federales en materia de derechos fundamentales. Por ejemplo, utilizan-

do dicha cláusula se ha considerado conforme a la Constitución la competencia del Congreso para aprobar la *Civil Rights Act* de 1964⁽¹⁴⁾.

No resultaría, por tanto, algo forzada la hipótesis de que la jurisprudencia comunitaria, en materias englobadas en la competencia exclusiva o concurrente de la Unión, pueda evolucionar en la línea de incidir directamente sobre la interpretación de determinados derechos garantizados por la Carta europea, especialmente en materia de igualdad y solidaridad.

c) Sin embargo, las cláusulas más innovadoras y más ampliamente difundidas en las cartas constitucionales más recientes son aquéllas que, en materia de derechos, abren el sistema constitucional al Derecho Internacional, atribuyendo a las Declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales una fuerza jurídica de rango constitucional.

Según el art. 16 de la Constitución portuguesa, las previsiones constitucionales y legislativas en materia de derechos fundamentales deben ser interpretadas e integradas en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. De la misma manera, el art. 10.2 de la Constitución española establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas por la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y los Tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en dichas materias. A su vez, el art. 11 de la Constitución eslovaca y el art. 10 de la Constitución checa reconocen que las normas sobre derechos fundamentales ratificadas por el Estado tienen una fuerza jurídica superior a las leyes.

Fuera del ámbito europeo, las disposiciones que atribuyen un valor sustancial a las normas internacionales en materia de derechos humanos representan un elemento característico del nuevo constitucionalismo

(14) Vid. Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO, *Unidad económica y descentralización política*, Valencia 2004.

latinoamericano⁽¹⁵⁾. Puede hacerse alusión, a título de ejemplo, al art. 46 de la Constitución guatemalteca, al art. 46 de la nicaragüense, al art. 5 de la brasileña, al art. 75 de la argentina, al art. 17 de la ecuatoriana o al art. 23 de la venezolana. Además, el valor normativo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido reconocido por varios Tribunales Constitucionales: por ejemplo, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina* ha calificado dicha jurisprudencia como una guía para la interpretación de las disposiciones de la Convención⁽¹⁶⁾; la *Corte Suprema de Justicia* de Venezuela ha declarado la inconstitucionalidad de actos jurídicos contrarios a la jurisprudencia internacional⁽¹⁷⁾. Al mismo tiempo, la *Sala Constitucional* de Costa Rica ha afirmado incisivamente que la jurisprudencia de los órganos de justicia interamericana poseen un valor normativo⁽¹⁸⁾.

En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión no faltan cláusulas asimilables, en un cierto sentido, a aquéllas citadas más arriba. Es el caso, por ejemplo, del art. 112.3, el cual dispone que «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa»⁽¹⁹⁾.

Del mismo modo puede hacerse referencia a la disposición contenida en el art. 113 de la Carta, según la cual ninguna disposición de la

(15) Sobre la cuestión se reenvía a G. ROLLA, *La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano*, en «Ponencias desarrolladas en el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional», Arequipa, Perú 2005, p. 47 ss.

(16) Sentencia «Bramajo» de 12.9.1996.

(17) Sentencia de 14.10.97.

(18) Sentencia 20312-95. Para mayores referencias relativas a América latina, véase mi trabajo sobre los derechos en América Latina.

(19) Vid. GROPPI, *Portata dei diritti garlantiti*, en «*L'Europa dei diritti*», cit., p. 360 ss.

misma debe ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, así como por las Constituciones de los Estados miembros. La novedad de dicha formulación —plenamente comprensible, por otra parte, a la luz de la peculiaridad institucional de la Unión— puede encontrarse en la circunstancia de que la Unión no sólo se abre a los derechos reconocidos por el ordenamiento internacional sino también a aquéllos tutelados en los ámbitos nacionales de los Estados miembros.

La influencia de la normativa (y de la jurisprudencia) supranacional sobre los ordenamientos nacionales genera un auténtico bloque de constitucionalidad para la tutela de los derechos fundamentales y permite homogeneizar los niveles de tutela de los derechos de la persona, independientemente del ordenamiento estatal de referencia. En el mismo sentido, dicha integración permite reforzar la garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos: de una parte, porque los derechos codificados en la Carta deben ser interpretados conforme a la interpretación y a la jurisprudencia de otros órganos jurisdiccionales, tanto internacionales como internos; de otra parte, en la medida en que dichas interpretaciones constituyen un límite a las elecciones y a los comportamientos del poder constituido.

4. CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES PARA LA PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES

Estas cláusulas pueden ser esencialmente de dos tipos, según introduzcan una técnica de interpretación o bien individualicen un valor sobre la base del cual pueda operarse la ponderación. Pertenecen a la primera tipología las disposiciones constitucionales que se refieren al principio de proporcionalidad o bien al contenido esencial de los derechos; la segunda tipología, por el contrario, está constituida por cláusulas que aluden a la dignidad humana, al principio multicultural, a la naturaleza democrática y libre de la sociedad o bien a otras fórmulas semejantes.

a) Las constituciones que se inspiran en los principios del Estado democrático de Derecho contienen, en general, una referencia general y

explícita al valor de la dignidad humana: la evolución y el enriquecimiento del principio personalista lleva a que el binomio «libertad-igualdad» –propio del constitucionalismo liberal– se vea acompañado por el binomio «dignidad-solidaridad».

Es el caso, por ejemplo, de la Constitución italiana, la cual, en el art. 3, afirma la igual dignidad social de todas las personas; o el de la española, cuyo art. 10 considera la dignidad humana como «fundamento del orden político y de la paz social». De la misma manera, el art. 1 de la Constitución alemana proclama la intangibilidad de la dignidad del hombre, el art. 13 de la portuguesa dispone que todos los ciudadanos ostentan la misma dignidad social, el art. 1º de la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la República Checa y art. 11 de la Constitución eslovaca afirman que los seres humanos son libres e iguales en dignidad.

Pueden citarse, además, el art. 30 de la Constitución polaca, que habla de la dignidad innata de la persona; el art. 34 de la Constitución eslovena, según el cual todos tienen derecho a una dignidad personal; o el art. 54 de la Constitución húngara, que reconoce los derechos innatos a la vida y a la dignidad humana. Por último, el art. 61 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión afirma la inviolabilidad de la dignidad humana, que debe ser respetada y tutelada.

Tales artículos no codifican un derecho, sino más bien un principio a utilizar en el momento de valorar la legitimidad de determinados actos o comportamientos, susceptibles de incidir negativamente sobre la personalidad y libertad del individuo; y ello puede influir tanto sobre el plano formal como sobre el sustancial.

En primer lugar, el valor de la dignidad humana se traduce sobre el plano formal en la obligación de que las limitaciones practicadas a un derecho fundamental se lleven a cabo de modo tal que incidan en la menor medida posible sobre su goce, sin que se frustre la existencia del derecho, comprimiéndolo en su contenido esencial. Precisamente en virtud de su dignidad intrínseca, toda persona debe ser tratada *fairly by the law* y sus derechos no pueden ser comprimidos «sobre medida», es decir, más allá de cuánto es esencial e indispensable para ejercitar dicho derecho.

Luego, bajo el perfil sustancial, se considera que la dignidad humana constituye la base de los derechos reconocidos como fundamentales por la Constitución: ello significa que dignidad y derechos fundamentales de la persona no se colocan en un mismo plano, con la consecuencia de que la primera representa un valor absoluto, que no puede ser menoscabado (la dignidad humana constituye un *minimum* invulnerable) mientras los segundos son limitables, regulables y, en algunos casos –constitucionalmente regulados– pueden ser incluso temporalmente suprimidos. En consecuencia, la regulación de los derechos fundamentales encuentra un límite en la absoluta necesidad de proteger el valor de la dignidad humana en cuanto principio supremo y determinante de un ordenamiento constitucional democrático⁽²⁰⁾.

Una finalidad similar debe ser reconocida a la cláusula multicultural codificada –bajo una evidente influencia del art. 27 de la Carta canadiense de derechos y libertades– en el art. 82 de la Constitución Europea (La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística)⁽²¹⁾.

El respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística no constituye una simple especificación del principio de igualdad: Utilizando las palabras del juez constitucional italiano podría afirmarse que el mismo «representa algo distinto, y aún más atendiendo al principio de paridad

⁽²⁰⁾ Para una reconstrucción de la naturaleza jurídica del principio constitucional de la dignidad humana vid. G. ROLLA, El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas, en «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional», 2002, p. 463 ss.; BOGNETTI, *The concept of human dignity in European and U.S. constitutionalism*, en NOLTE (coord.) *European and American constitutionalism*, Bruxelles 2005, p. 75 ss.; LANDA, Dignidad de la persona humana, «Cuestiones constitucionales», 2002, p. 109 ss.; MARTÍNEZ, La dignidad de la persona como fundamento del orden constitucional español, Madrid 1996; SERNA, Dignidad humana, en Álvarez Conde-Garrido Mayol (coord.), *Comentarios a la Constitución Europea*, cit., II, p. 191 ss.

⁽²¹⁾ Vid. G. ROLLA, La problemática del multiculturalismo en la Unión Europea, en ÁLVAREZ CONDE-GARRIDO MAYOL (Dirs.), «Comentarios a la Constitución Europea», cit., II, p. 815 ss.

de los ciudadanos», en cuanto del mismo se desprende la «exigencia de un tratamiento específicamente diferenciado»⁽²²⁾.

Y la especificidad de la cláusula multicultural puede identificarse en el hecho de que, mientras el principio de igualdad formal prohíbe cualquier discriminación (hasta el punto de que el art. 23.2 c. de la Carta europea de Derechos Fundamentales ha debido especificar que el principio de la paridad entre hombres y mujeres no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que prevean ventajas específicas a favor del sexo discriminado), mientras el principio de igualdad sustancial legitima acciones positivas pertinentes, por el contrario, la tutela de las diferencias se orienta al fin de conservar la especificidad de un grupo reconocido por el ordenamiento. En cuanto tal, permite configurar la diversidad como un criterio que legitima derogaciones a la dimensión universal de determinados derechos, justificadas por la diferencia de identidad cultural, religiosa y lingüística de un grupo y de sus integrantes.

Y dicha disposición no entra en conflicto con el principio de igualdad mientras se considere que el valor de la igualdad consiste precisamente en asignar igual valor a todas las distintas identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los otros y, al mismo tiempo, un individuo igual a los demás⁽²³⁾.

La cláusula multicultural se dirige no sólo al legislador, sino también al juez. En el primer caso, autoriza a perseguir políticas encaminadas a promover la conservación y desarrollo de determinadas identidades culturales o bien a garantizar a grupos minoritarios una adecuada presencia dentro de la organización constitucional del Estado⁽²⁴⁾. En el segundo, por el contrario, el intérprete ostenta un instrumento hermenéutico más para valorar el carácter discriminatorio de determi-

(22) Así, la Sentencia de la Corte Constitucional n. 86 de 1975.

(23) G. ROLLA, *Il riconoscimento delle diversità culturali nella Costituzione europea*, en «Revista europea de derechos fundamentales», 2004, p. 15 ss.

(24) G. ROLLA-CECCHERINI, *The constitutional protection of linguistic diversity in some of the EU countries*, «Mediterranean Journal of Human Rights», 2004, p. 252 ss.

nadas normas: de hecho, la tutela del multiculturalismo, prohibiendo incluso formas de discriminación indirecta, impone la obligación de considerar atentamente el impacto que toda normativa produce sobre los grupos que dan vida al pluralismo cultural de un país; ello en la medida en que existe discriminación incluso en virtud de resultados no intencionados producidos por una determinada normativa⁽²⁵⁾.

b) A veces, los presupuestos para garantizar la permanencia de los derechos fundamentales y de las instituciones que aseguran el carácter democrático de un régimen político sólo pueden ser asegurados mediante su atenuación temporal. En la realidad actual se presentan con frecuencia momentos en los cuales el pleno, incondicionado o indiscriminado ejercicio de una libertad terminaría por resquebrajar valores constitutivos del ordenamiento constitucional.

Por esta razón, varias constituciones contienen cláusulas encaminadas ya a prohibir el abuso en el ejercicio de los derechos, ya a consentir la limitación en el ejercicio de determinados derechos con el fin de salvaguardar los valores generales de democracia y justicia.

Ejemplos de disposiciones que prohíben el denominado «abuso de los derechos» pueden hallarse en muchas cartas constitucionales: desde el art. 18 de la Constitución alemana (Quienquiera que, con el fin de combatir el ordenamiento fundado sobre los principios de libertad y de democracia, abuse de la libertad de manifestar su propio pensamiento... declina en estos derechos fundamentales) al art. 55 de la española, el cual permite establecer mediante ley orgánica las formas y casos en los que se puede proceder a la suspensión de determinados derechos fundamentales con respecto a personas determinadas con motivo de intervenciones contra el terrorismo o las bandas armadas. A su vez, el art. 25 de la Constitución griega se limita a declarar genéricamente no permitido el ejercicio abusivo de un derecho.

(25) G. ROLLA, *La tutela costituzionale della persona come individuo e come parte di un gruppo: l'esperienza della Carta canadese dei diritti e delle libertà*, en GAMBINO (coord.), «*La protezione dei diritti fondamentali. Europa e Canada a confronto*», Milano 2004, p. 125 ss.

Resulta relevante, pues, la formulación del art. 17 del Convenio Europeo sobre libertades fundamentales, el cual precisa que no puede reconocerse derecho alguno a favor de Estados, grupos e individuos para ejercitar una actividad o llevar a cabo un acto dirigido a suspender derechos o libertades reconocidos en el propio Convenio.

Las disposiciones que sancionan el abuso de los derechos –ya sea en general o bien con particular referencia a alguno de los mismos– están esencialmente dirigidas a garantizar la protección del correcto funcionamiento de las instituciones democráticas –tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Europeo– o bien a defender el ordenamiento fundado sobre los principios de libertad y de democracia –como precisa el art. 18 de la Constitución alemana–. Los parámetros utilizados para interpretar dicha cláusula presentan, además, unos límites bastante difuminados, por lo que parece oportuna una consideración circunscrita y concreta de los casos específicos, con el fin de evitar que la misma pueda ser invocada genérica e inmotivadamente para limitar el ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados⁽²⁶⁾.

Con respecto a esta materia, resulta interesante poner de relieve la circulación de las fórmulas jurídicas, que se presentan de manera idéntica incluso desde el punto de vista lingüístico. Por ejemplo, el art. 34 de la Constitución chipriota contiene una disposición igual a la del art. 17 de la *Human Rights Act* del Reino Unido (Ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de prever para todo Estado, grupo o persona un derecho a desarrollar actividades dirigidas a destruir derechos y libertades) y a la del art. 114 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los

(26) En relación con la interpretación de la cláusula del abuso de derechos, vid. GARCÍA ROCA-SANTOLAYA, «La Europa de los derechos», Madrid 2005, p. 727 ss.; PINELLI, *Divieto dell'abuso di diritto*, en BARTOLE-CONFORTI-RIAMONDI (coord.), «Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», Padova 2001, p. 455 ss.; ROVIRA VIÑAS, *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona 1983.

derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta).

Entre las cláusulas vinculadas a la salvaguardia del carácter democrático y libre de un ordenamiento pueden referirse, en primer lugar, el art. 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que consiente subordinar el ejercicio de la libertad de expresión a determinadas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones que constituyen «medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o el orden público, la prevención de delitos, la protección de la salud y de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de los demás, o para impedir la divulgación de informaciones reservadas o garantizar la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial»⁽²⁷⁾.

Dicha formulación ha sido recogida sustancialmente en la Constitución de Polonia, cuyo art. 31 dispone que toda limitación de los derechos y libertades constitucionales ha de ser impuesta sólo si resulta necesaria «en un Estado democrático para la protección de la seguridad o del orden público, o para proteger el medio ambiente, la salud y la moral pública o los derechos de los demás».

A su vez, el art. 11 de la Constitución estona prevé que los derechos constitucionales puedan ser limitados siempre y cuando ello sea necesario en una «sociedad democrática». Al mismo tiempo, según el art. 12 de la Constitución sueca las limitaciones a los derechos pueden ser impuestas sólo para satisfacer fines compatibles con una sociedad democrática; además, tales limitaciones no pueden extenderse hasta el punto de amenazar la libre formación de las opiniones como principio fundamental de la democracia.

A su vez, el art. 23 de la Constitución finlandesa admite excepciones temporales a los derechos fundamentales –siempre que resulten con-

(27) BUSTOS GISBERT, *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*, en GARCÍA ROCA-SANTOLAYA, «*La Europa de los derechos*», cit., p. 529 ss.

formes a las obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos— en casos que resulten jurídicamente parangonables en su gravedad a un ataque armado.

Si fijamos la vista fuera de Europa, se puede hacer referencia a dos ejemplos de particular interés.

De un lado, el art. 1º de la Carta canadiense de derechos y libertades afirma que no pueden ser impuestas otras restricciones a los derechos y libertades enunciadas en la Carta sino las establecidas en la ley, dentro de los límites de la razonabilidad y pudiéndose demostrar su justificación en el marco de una sociedad libre y democrática⁽²⁸⁾. De otro lado, el art. 33 de la Constitución de Sudáfrica contiene una disposición similar, la cual permite imponer a los derechos fundamentales límites razonables y justificables en una sociedad abierta y democrática fundamentada en la dignidad, la libertad y la igualdad, siempre que no resulte violado el contenido esencial del propio derecho⁽²⁹⁾.

Con dichas formulaciones, las constituciones pretenden confiar en la sabiduría de los jueces constitucionales para dirimir las controversias que derivan de una ponderación entre libertades individuales e intereses de la comunidad. En realidad, se trata de una tarea nada sencilla, desde el momento en que resulta necesario, por una parte, predeterminar los parámetros en función de los cuales se han de considerar razonables las

⁽²⁸⁾ Con respecto a la interpretación jurisprudencial de la cláusula contenida en el art. 1 de la Carta canadiense de derechos y libertades, vid. TALESE, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada*, en G. ROLLA (coord.), «*Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*», Milano 2000, p. 83 ss.; ROSA, *The Canadian Charter as a model for the codification process of fundamental human rights in common law countries: the justified limitation clause and the notwithstanding clause*, en RUBBOLI (coord.), «*The Canadian Charter of Rights and freedoms: the first twenty years*», Genova 2003, p. 89 ss.

⁽²⁹⁾ ROSA, *Limiti ai diritti e clausole orizzontali: Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudáfrica a confronto*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 656 ss.

limitaciones legislativas al goce de derechos constitucionales⁽³⁰⁾; por otra parte, delinear los elementos que concurren para calificar el carácter democrático de un ordenamiento o de una sociedad. Y mientras en el primer caso las dificultades resultan inherentes al razonamiento jurídico, en el segundo se hace necesaria una valoración fuertemente ligada al contexto político y cultural.

5. CLÁUSULAS DE MERA INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se caracteriza por insertar entre sus contenidos algunas cláusulas interpretativas que pueden orientar al intérprete tanto supranacional como nacional: entre éstas, las más significativas son, sin duda, las contenidas en el art. 112, las cuales hacen referencia al principio de proporcionalidad o bien a la tutela del contenido esencial de los derechos.

La primera ha codificado un criterio hermenéutico –que puede ser contado entre los principios generales del Derecho Constitucional– el cual impone al operador jurídico la tarea de buscar un equilibrio razonable y proporcionado entre intereses, entre derechos en conflicto.

El art. 112.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea afirma que pueden operarse limitaciones a los derechos fundamentales solamente desde el respeto por el principio de proporcionalidad y allí donde resulten necesarias y respondan efectivamente a fines

⁽³⁰⁾ Por ejemplo, la Corte Suprema de Canadá elaboró un auténtico Test –que adquirió nombre en virtud de la autorizada opinión del Juez *Dickinson*– basado en cuatro elementos: el objetivo que se pretende perseguir con la limitación debe ser de suficiente importancia; debe subsistir una conexión racional entre tal objetivo y el contenido de la limitación; la limitación debe procurar la menor restricción posible al ejercicio del derecho; los efectos de la limitación del derecho no deben ser desproporcionados con respecto al fin que se pretende alcanzar. TELESE, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada*, en G. ROLLA (coord.), «*Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*», Milano, 2000, p. 83 ss.

de interés general reconocidos por la Unión o a la exigencia de proteger los derechos y las libertades de los demás⁽³¹⁾.

La misma cláusula está también presente en algunas constituciones de Estados miembros de la Unión Europea. El art. 25 de la Constitución griega afirma que las limitaciones practicadas a derechos constitucionales han de respetar el principio de proporcionalidad; el art. 18 de la Constitución portuguesa prevé que las restricciones de derechos, libertades y garantías deben «limitarse a lo necesario para proteger otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos». Igualmente, el art. 12 de la Constitución sueca prohíbe que la limitación de derechos y libertades fundamentales vaya «más allá de la medida necesaria en relación con el motivo que la ha provocado».

Tales disposiciones se apresuran a evitar que el disfrute de un derecho tenga lugar bajo modalidades tales que compriman los derechos de los demás «sobre medida», es decir, más allá de lo esencial e indispensable para ejercitar dicho derecho.

Si se excluyen el art. 18 de la Constitución portuguesa y el art. 12 de la Constitución sueca —que precisan algunas de las operaciones lógicas que el intérprete debe cumplir en sede interpretativa—, las demás constituciones se limitan a operar un reenvío dinámico al principio de proporcionalidad, tal y como se ha especificado por la jurisprudencia. Espera, por tanto, que los jueces determinen el *test* sobre la base del cual valorar la conformidad de las normas con respecto al principio de proporcionalidad; y hasta el momento, tales reglas deben buscarse en la verificación de: *a*) la legitimidad de los fines por los cuales dicho derecho ha sido limitado; *b*) la subsistencia de una relación efectiva entre el contenido de la limitación y sus fines; *c*) el carácter no irracional, arbitrario o inútilmente opresivo del límite; *d*) la ausencia de una anulación total del derecho⁽³²⁾.

(31) Vid. T. GROPPi, *Portata dei diritti garantiti*, cit., p. 352 ss.

(32) Vid. BRAGE CAMAZANO, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid 2004, p. 215 ss.; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid 2003.

Mayores dudas bajo el perfil de los cánones interpretativos presenta, sin embargo, la cláusula del respeto al contenido esencial: hasta el punto de que un autorizado estudioso ha afirmado que apreciar si la limitación de un concreto derecho fundamental vulnera su propia esencia constituye a menudo una tarea tan ardua como la de descifrar un enigma⁽³³⁾.

La alusión a la garantía del contenido esencial de los derechos está contenida, por lo general, en una cláusula constitucional concreta. Ello sucede, por ejemplo, en el art. 53.1 de la Constitución española (los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero sólo pueden ser limitados mediante ley y respetando su contenido esencial), en el art. 19.2 de la Constitución alemana (en ningún caso un derecho fundamental puede ser menoscabado en su contenido esencial), en el art. 18.3 de la Constitución portuguesa (las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías [...] no pueden [...] disminuir la extensión del alcance del contenido esencial de las previsiones constitucionales), o en el art. 8 de la Constitución húngara, que prohíbe la limitación de derechos de afecte a su significado y contenido esencial.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea opta, sin embargo, por una solución distinta en el sentido de que el principio de proporcionalidad y el del respeto del contenido esencial están insertos dentro del mismo artículo, titulado «alcance e interpretación de los derechos y principios». De hecho, según el art. 112 de la Carta, las limitaciones al ejercicio de los derechos y las libertades han de respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades, debiendo, además, de ser planteadas desde el respeto del principio de proporcionalidad.

La formulación utilizada induce a considerar que la cláusula del respeto del contenido esencial de los derechos no representa un criterio interpretativo autónomo, sino más bien uno de los ámbitos de valoración necesarios para respetar el principio de proporcionalidad⁽³⁴⁾. Ex-

(33) En esta línea, JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid 1999, p. 69.

(34) P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid 2003.

presa una opción a favor de las posiciones doctrinales que consideran la garantía del contenido esencial como un elemento que completa el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, en el sentido de que la garantía del contenido esencial sirve como contrapunto argumentativo y valorativo del juez en el momento de considerar si una determinada disciplina legislativa resulta razonable y garantiza el derecho constitucionalmente tutelado⁽³⁵⁾.

Por otra parte, la proporcionalidad exige que las intervenciones sobre derechos no constituyan una intervención desmesurada e intolerable hasta el punto de atentar contra la sustancia del derecho garantizado.

No debe descartarse tampoco, sin embargo, una posible utilización autónoma de la cláusula del contenido esencial en caso de inercia del legislador, para resolver casos no cubiertos por una base legislativa: en tal hipótesis, de hecho, dicha cláusula parece autorizar al juez para llevar a cabo una aplicación directa de los derechos garantizados por la Carta, precisamente con el fin de asegurar en cualquier caso la protección de su contenido⁽³⁶⁾.

El principio de proporcionalidad asume, pues, una particular relevancia en el ámbito del Derecho Penal, donde el art. 109.3 afirma que las penas infligidas no deben ser desproporcionadas con respecto al delito. En este caso, la prohibición se apresura a censurar la racionalidad de penas desproporcionadas, en la medida en que –aun castigando unos comportamientos no garantizados por la Constitución– son suscepti-

⁽³⁵⁾ PRIETO SANCHIS, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, en «Derechos y libertades», 2000, p. 438.

También sobre esta materia vid. de DOMINGO PÉREZ-MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Constitución europea*, en ÁLVAREZ CONDE-GARRIDO MAYOL (dirs.), «*Comentarios a la Constitución europea*», cit., p. 1575 ss.

⁽³⁶⁾ F. BALAGUER, *La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la Constitución europea*, en «*Coloquio ibérico: constituição europeia*», Coimbra 2005, p. 179 ss.

bles (precisamente debido a su carácter excesivo) de producir unos efectos incompatibles con el orden constitucional y el Estado de derecho: en otros términos, la falta de legitimidad es generada no por la pena o por la sanción en sí, sino por los «efectos colaterales» que la misma produce a causa de su desproporción.

Se sanciona, en otros términos, aquello que la doctrina ha denominado, siguiendo la línea de la jurisprudencia norteamericana, *chilling effect*⁽³⁷⁾. Y los efectos colaterales que provocan la ilegalidad de una sanción no proporcionada son aquéllos que pueden determinar –tal y como ha sostenido el Tribunal Constitucional español–, por causa de su severidad, un efecto de desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales⁽³⁸⁾.

Una correcta utilización del principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho Penal ha de tener en cuenta, a la luz de las orientaciones jurisprudenciales, dos elementos:

En primer lugar, no ha de ser aplicado indiferenciadamente frente a todas las sanciones que pueden parecer excesivas, sino tan sólo cuando se vean afectados de forma desproporcionada comportamientos «objetivamente contiguos» al ejercicio de una libertad o derecho constitucional: ello en la medida en que se pretende evitar que una pena disparatada ejerza como efecto colateral una acción de disuasión respecto a los fines del ejercicio legítimo de un derecho.

En segundo lugar, se considera que la aplicación del principio de proporcionalidad no presenta un carácter funcional con respecto a la protección de una posición subjetiva, sino que más bien tiene lugar para tutelar el orden constitucional. En otros términos, entra en juego la naturaleza institucional de los derechos fundamentales, su condición simultánea de derechos subjetivos y principios institucionales del orde-

(37) Vid. DOMINGO PÉREZ, *La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento»*, en «Revista de Estudios Políticos», 2003, p. 122,141 ss.

(38) Tribunal Constitucional, sentencia. 110 de 2000.

namiento⁽³⁹⁾. De hecho, los derechos constituyen, en gran parte de las comunidades políticas contemporáneas, un elemento que caracteriza el pacto que se instaura entre los ciudadanos y entre éstos y sus representantes con el fin de realizar unas formas y unas instituciones para la convivencia: en cuanto tales, forman parte del sistema como valores de la cultura sustancial que se expresa a través de la Constitución⁽⁴⁰⁾.

(39) P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, 2003, p. 71 ss. Sobre la naturaleza institucional de los derechos fundamentales vid. también G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, en G. ROLLA-CECCHERINI (coord.), *Scritti di diritto costituzionale comparato*, Genova, 2005, p. 91 ss.

(40) La terminología utilizada por la doctrina es muy variada –algunos hablan de «postulados generales de la sociedad», otros de «principio institucional»–, pero sobre este punto puede resaltarse una concordancia significativa: la misma jurisprudencia de algunos Tribunales Constitucionales parece haber recogido la misma perspectiva, desde el momento en que se considere que, de un lado, 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 de otro, el juez constitucional italiano ha hecho referencia a la noción de «principios supremos».

VIII

EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA TUTELA DE LA DIGNIDAD Y LA VIDA PRIVADA. BREVES CONSIDERACIONES A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ITALIANA (*)

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. 2. Algunas tendencias comunes del constitucionalismo contemporáneo en garantía de los derechos fundamentales. 3. Diversas técnicas de especificaciones de los derechos de la persona. 4. La evolución de la noción de «privacy»: de tutela de la personal «reserva» a garantía de la vida privada. 5. La evolución del concepto de información: desde el derecho a la información hasta la figura jurídica polivalente. 6. El reconocimiento del derecho a una vida privada y a la dignidad de la persona en la Constitución italiana. 7. La difícil ponderación de derecho a la información y derecho «a una vida privada». 8. El derecho a la dignidad de la persona como valor primario y límite de la libertad de expresión.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El tema propuesto resulta para un estudioso del Derecho Constitucional al mismo tiempo notablemente complejo y de particular actuali-

(*) Publicado en «Cuestiones Constitucionales», núm. 7, julio-diciembre 2002.

dad. Esta deriva de la constatación de que la garantía de la personalidad –tanto como salvaguardia de la identidad y la integridad personal, como con relación a la tutela de la intimidad y de la vida privada– constituye en pleno cambio de siglo, la frontera de la persona más expuesta a riesgos, ante las innovaciones tecnológicas y científicas, y las transformaciones sociales. Representa en cierta medida la escollera contra la que con más fuerza baten las olas de la modernidad y el progreso.

La complejidad del problema deriva, por otra parte, del hecho de que para reconstruir el ámbito efectivo de garantía de estos valores constitucionales resulta imprescindible una actividad interpretativa nada fácil, capaz de ponderar y poner en relación una pluralidad de disposiciones de tal rango.

Nuestro objetivo principal ha de consistir en la identificación del fundamento constitucional del derecho a la vida privada y al respeto sustancial de la dignidad humana, subrayando los criterios elaborados por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación para hacer compatible la salvaguardia de estos derechos con la posibilidad de asegurar –al mismo tiempo– el despliegue del derecho a la información.

Antes aún de abordar directamente nuestro tema en dichos términos, parece oportuno adelantar dos consideraciones preliminares:

a) En primer lugar, afrontaremos la cuestión sólo desde la perspectiva del Derecho Constitucional, sin ignorar por ello sus notables conexiones tanto con el Derecho Civil como con el Penal. Es más, no cabe olvidar que los estudios jurídicos sobre la «reserva» personal y el honor se apoyan en las aportaciones ofrecidas desde dichas disciplinas. Uno de los primeros fue obra del gran maestro de la cultura jurídica italiana –Carnelutti– quien lo abordó con gran perspicacia en un trabajo de 1955 sobre la vida privada⁽¹⁾. Hasta entonces, la jurisprudencia inicial tendía a resolver las controversias, remitiéndose sólo a las disposiciones del Código.

(1) F CARNELUTTI, *Diritto alla vita privata*, en «*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*», 1955, p. 5 ss.

Se trataba de aportaciones significativas pero a la vez limitadoras, al infravalorar la posible relevancia del parámetro constitucional –sobre todo, en un ordenamiento de Constitución rígida– sin estimar que pudiera encontrarse en el texto de la Carta constitucional un punto de apoyo jurídico-positivo para la solución de controversias concretas.

Un giro en el modo de abordar el problema puede observarse en la sentencia de la Corte de Casación 2.129 de 1975, que tenía como objeto (como la mayor parte de las cuestiones previamente afrontadas por los jueces ordinarios) el posible conflicto entre la libertad de prensa (*diritto di cronaca*) y el derecho a la personal «reserva». En el caso en cuestión, un conocido personaje de la crónica mundana de la época había presentado un recurso contra el fotógrafo que había captado y difundido a través de la prensa momentos íntimos de su vida privada dentro de la villa de la que era propietario. Al motivar la aceptación del recurso, la Corte Suprema no se había remitido sólo a la legislación ordinaria correspondiente, sino también a dos artículos de la Constitución: el artículo 2o. que reconoce los derechos inviolables de la persona como individuo y en los ámbitos sociales en que despliega su personalidad, y el artículo 14 que reconoce la inviolabilidad del domicilio.

Comienza a cobrar cuerpo, como consecuencia de esta decisión, una orientación favorable al reconocimiento de que la salvaguardia de la intimidad y del honor de la persona tienen un fundamento autónomo y específico en el texto constitucional. En sus disposiciones cabría encontrar normas de derecho positivo capaces tanto de ofrecer una tutela directa a los derechos de la personalidad, como de fijar límites y condiciones a la discrecionalidad del legislador a la hora de regular la materia.

Diverso perfil muestra la duda, manifestada sobre todo por la doctrina, sobre si la Constitución habría codificado el derecho a la vida privada *en* toda su integridad, o si sólo habría garantizado algunas de sus manifestaciones concretas y específicas. Se trata de un interrogante aún abierto, cuya solución dependerá del significado que se le atribuya a la cláusula general de garantía de los derechos inviolables de la persona incluida en el citado artículo 2.

b) La segunda consideración preliminar se refiere a la variedad de las expresiones lingüísticas utilizadas por el legislador, la doctrina y la

jurisprudencia para calificar un mismo fenómeno. Baste considerar, a modo de ejemplo, que se ha hecho (y se hace) una y otra vez referencia a términos como «intimidad», «privacy», «reserva» o «esfera privada».

A veces, la diversidad de la terminología empleada deriva de la pluralidad de lenguajes y nociones que caracterizan la fase actual de catalogación de los derechos fundamentales de la persona. Se ha puesto con frecuencia de relieve la existencia de una auténtica babel lingüística sobre el particular, que hace difícil todo intento de síntesis o reconstrucción de las diversas situaciones subjetivas tuteladas, llegándose a poner en duda la posibilidad misma de llegar a sistematizarlas de modo orgánico. La misma doctrina española, al analizar la parte del texto constitucional relativa a los derechos de la persona, ha concluido de modo pesimista que una de las características de tales formulaciones «es precisamente la de una carencia casi absoluta de sistematización» (Castro Cid).

En otras ocasiones, sin embargo, la diversidad terminológica no deriva de imprecisiones lingüísticas, sino que encontraría fundamento sustancial en el hecho de que las diversas fórmulas encerrarían diferentes reconstrucciones del objeto de la tutela. Sin pretender adelantar consideraciones objeto de desarrollo en un epígrafe posterior, cabe –por lo pronto– hacer notar que el bien jurídico tutelado por la noción de «reserva» es bastante más restringido del tomado en consideración cuando se habla de tutela de la intimidad o de la existencia de un verdadero y propio derecho a la vida privada.

En el primer caso se presupone, en efecto, una exigencia negativa que lleva a excluir la vida de una persona de injerencias provenientes del «mundo externo»; con la expresión «intimidad» se pretende garantizar la autonomía de la personalidad en sus múltiples dimensiones; al hablar, por último, de vida privada se haría referencia a la existencia de un derecho a la libre construcción de la propia personalidad y, como consecuencia, a asumir autónomamente opciones que afecten a la propia identidad.

En el sistema constitucional italiano, la que comienza a consolidarse es precisamente esta última acepción, para la que utilizaré en adelante la expresión «derecho a la vida privada».

2. ALGUNAS TENDENCIAS COMUNES DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO EN GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dentro, incluso de las características específicas de los diversos sistemas, cabe admitir que los textos constitucionales han asumido algunas orientaciones comunes en lo relativo a los derechos fundamentales de la persona, que llevan a constatar que se está creando en dicha materia –al menos en el ámbito de áreas geográficas bastante amplias– una cierta cultura jurídica común.

Entre ellas cobran en nuestro caso cierta relevancia tres aportaciones:

a) La primera consiste en el reconocimiento de la existencia de un nexo que no se puede escindir y una conexión directa entre la garantía de los derechos de la persona y la Constitución.

Como se ha recordado con acierto, «el derecho constitucional nace cuando se afirman los derechos del hombre. El campo de los derechos es en todo caso el del constitucionalismo, sus técnicas y su evolución» (Onida). Los derechos fundamentales nacen con las constituciones; son, –utilizando palabras de Pedro Cruz Villalón– una «categoría dogmática del derecho constitucional» o, en otros términos, «nacen con la Constitución y se acaban con la Constitución».

Tal conexión es evidente y explícita en las primeras codificaciones del Estado Liberal de Derecho. Piénsese en la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, la cual después de haber concretado en el mantenimiento de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre el objetivo primario de toda asociación política, afirma que toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada no tiene Constitución. Recuérdese también la Declaración de Independencia de las colonias inglesas de Norteamérica de 1776, que reconocía a los hombres derechos innatos; o incluso en la Constitución de Cádiz de 1812, que obligaba a la Nación a conservar y proteger los legítimos derechos de todos los individuos. Con no menor fuerza se mantiene dicha conexión en los documentos característicos de las más recientes transiciones constitucionales.

Resulta por tanto indudable que se confía a los sistemas constitucionales la tarea de garantizar a la persona humana sus derechos fundamentales, hasta el punto de que cabe establecer una relación directa entre estructura de las cartas constitucionales y efectividad en la tutela de tales derechos. En el sentido de que el catálogo de los derechos y los principios de organización de los poderes no constituyen dos partes distintas de la Constitución, sino perfiles conexos; relativo uno al reconocimiento de los derechos, y el otro a la previsión de su garantía institucional y jurisdiccional.

b) Un segundo logro del constitucionalismo contemporáneo cabe encontrarlo en la tendencia de los más recientes documentos constitucionales a concretar y precisar las situaciones subjetivas aseguradas con una voluntad de especificación, como ha afirmado uno de los más autorizados estudiosos del tema (Peces-Barba).

Bastaría al respecto confrontar la escueta pero eficaz esquematicidad de la Declaración de Independencia norteamericana de 1776 —«tenemos nosotros por cierto que todos los hombres han sido creados iguales y que han sido dotados por su Creador de determinados derechos inalienables, entre los que se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad»— con la detallada enumeración de derechos garantizados contenida, por ejemplo, en el *Bill of Rights* que forma parte de la Constitución de Sudáfrica de 1996, o —por no salir del área europea— de la de Portugal.

La propensión a una amplia codificación de los derechos se pone sobre todo de manifiesto en las constituciones elaboradas tras una ruptura político-institucional, como respuesta a la crisis de regímenes autoritarios. Tal es el caso de las constituciones europeas promulgadas al término de la Segunda Guerra Mundial, que pusieron fin al fascismo y al nazismo (Alemania, Italia); de las constituciones mediterráneas nacidas de la crisis de los regímenes autoritarios (Grecia, España, Portugal); o de las constituciones de países que se han dado nuevos ordenamientos de inspiración democrática tras el desplome de los regímenes comunistas (Polonia, Hungría, Eslovenia, Eslovaquia); o de las constituciones de América Latina y de nuevos Estados de África, siempre expuestos a regresiones golpistas.

En mi opinión, esta tendencia a la especificación representa no tanto una ampliación de las situaciones subjetivas abstractamente tutelables, sino una específica técnica de codificación dirigida a dar sentido histórico a la temática de los derechos de la persona reconocidos en un determinado ordenamiento. Tal técnica se propone —quizá de modo muy optimista— codificar un catálogo de derechos de la persona sin lagunas; esto corresponde también con una exigencia de transparencia didáctica capaz de dar paso a ciudadanos informados de sus derechos.

c) En tercer lugar, las modernas constituciones centran en el principio personalista el valor básico digno de tutela, respecto al cual las codificaciones de derechos singulares representan una especificación histórica de las situaciones subjetivas merecedoras de particular reconocimiento. Las Cartas constitucionales pretenden, en otros términos, construir en torno a la persona humana considerada en su integridad un complejo mosaico de derechos.

La anterior hace que hoy la persona tutelada por la Constitución sea bastante diversa del «ciudadano» considerado por las constituciones del periodo liberal. En el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales no está el individuo aislado, sino la persona contemplada en su proyección social. En el constitucionalismo moderno, el hombre y la mujer se ven considerados en su calidad de personas históricamente determinadas, inmersas en la sociedad; personas concretas, consideradas en su existencia histórica y material, portadoras de múltiples necesidades y expectativas.

Los derechos de la persona, en la medida en que cobran historicidad y entran en contacto con la sociedad, resultan impregnados en cierto sentido, de un modo que determina su contenido. Acudiendo a las bellas palabras de Cruz Villalón, podría afirmarse que «los derechos no pasan por el pacto social como un rayo de sol por un espejo».

La posibilidad de reconducir los derechos explícitamente tutelados por la Constitución a la noción de persona, por una parte, y la necesidad de tomar en consideración la especificidad de las situaciones subjetivas reguladas por el constituyente como voluntad de dotarla de sentido histórica, por otra, representan una importante referencia para reconstruir

en qué medida el derecho a la intimidad y a la propia vida privada se ven garantizados por los diversos sistemas constitucionales.

3. DIVERSAS TÉCNICAS DE ESPECIFICACIONES DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

El proceso de especificación de los derechos constitucionales relativos a la noción de persona humana sigue, en los diversos sistemas constitucionales, recorridos diferentes; se pueden incluso observar diferentes técnicas de positivación, resumibles esquemáticamente en dos modelos contrapuestos.

Uno confía tal objetivo de modo predominante al legislador ordinario y a la jurisprudencia, limitándose a regular en la Constitución las libertades y derechos considerados «esenciales» y admitiendo su interpretación evolutiva a través de la presencia en el ordenamiento de cláusulas generales, temporal o espacialmente abiertas. Dentro de las primeras se encuentran, por ejemplo, las normas de la Constitución que reconocen en el derecho de las personas al libre desarrollo de su personalidad; mientras las segundas se plasman en normas que prevén la inserción de los derechos reconocidos en las convenciones internacionales o supranacionales en los ordenamientos internos particulares. En este caso, los pasajes del texto constitucional reservados a la regulación de los derechos fundamentales de la persona revisten habitualmente dimensiones notablemente reducidas y presentan una estructura muy simple.

El otro modelo, aun no renunciando a codificar cláusulas similares, prefiere detallar de modo analítico los derechos tutelados, provocando en algunos casos la impresión de que no se pretende garantizar la personalidad humana en su conjunto, sino particulares y específicas manifestaciones del comportamiento humano.

Esta tendencia a detallar el catálogo de derechos fundamentales diferencia a las constituciones surgidas de las más recientes transiciones políticas, tanto de las constituciones liberales como de la estructura constitucional de ordenamientos que han experimentado una evolución progresiva, sin haber sufrido cesuras violentas o autoritarias. En este último caso, la continuidad constitucional ha hecho posible que determi-

nados valores y principios reconducibles a la persona humana hayan penetrado profundamente en el tejido social, hasta llegar a formar parte de la cultura del país.

Esta última consideración permite excluir que exista una directa conexión entre la amplitud de los catálogos de derechos y la efectividad de su disfrute por parte de los particulares; también porque, en muchas de las constituciones a las que hacemos referencia, las codificaciones detalladas responden más a una óptica política o fuertemente programática que a una concepción normativa.

No es viable identificar –dados los caracteres multiformes del fenómeno– una única razón que pueda fundar esta tendencia de los más recientes textos constitucionales a detallar los perfiles de la persona humana considerados como derechos fundamentales. Puede quizá plantearse como hipótesis que la especificación de derechos –especialmente en los sistemas constitucionales de más reciente (o frágil) democracia– responda bien a la exigencia de ofrecer parámetros más detallados para la actividad actualizadora de los jueces y la específica del legislador, bien dado el carácter rígido de la casi totalidad de las constituciones para posibilitar la aplicación directa de una más amplia panoplia de derechos lo cual no sería posible si gozaran sólo de una tutela legislativa.

Obviamente, como la experiencia constitucional enseña, el paso de uno a otro modelo de codificación no se produce repentinamente, sino que es fruto de modificaciones progresivas que se producen gradualmente de modo sucesivo. Esto nos permite subrayar cómo la Constitución italiana y la española, aun ofreciendo niveles de garantía sustancialmente homogéneos, se sitúan en peldaños diversos de la escala ideal que marca la transición de un modelo a otro.

Podría afirmarse, de modo esquemático, que la Constitución italiana, aun diferenciándose en lo esencial de las constituciones del periodo liberal y pudiendo ser incluida con toda razón entre las Constituciones propias del Estado Social y Democrático de Derecho, contiene una codificación de derechos de la persona limitada a algunas libertades fundamentales. Esta opción responde a razones de orden histórico: cabe reenviarla a la voluntad de los constituyentes de tutelar sobre todo aque-

llas libertades que parecía más importante afirmar en el momento en que ellos actuaban, como reacción a las violaciones que habían recientemente sufrido durante la dictadura fascista. Piénsese, por ejemplo, en el cuidado que se regula la prohibición de determinadas discriminaciones, la exclusión de arrestos arbitrarios, la inviolabilidad del domicilio, las comunicaciones o la correspondencia, los derechos de asociación o la prohibición de censura en las manifestaciones de la libertad de expresión (*manifestazione del pensiero*).

La Constitución española, por el contrario, elaborada y aprobada algunos decenios después, contiene una estructura de derechos más articulada y compleja, que —aun aprovechando la elaboración jurisprudencial consolidada en Alemania e Italia— opta por una mayor especificación del catálogo de situaciones subjetivas explícitamente reconocidas en la Constitución. Baste pensar, en relación específica con el objeto de nuestro discurso, en la codificación del derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15); al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen (artículo 18); a la prohibición de toda obligación de declarar sobre las propias convicciones ideológicas o religiosas (artículo 16); a la afirmación de que las libertades relacionadas con los medios de comunicación tienen como límite el derecho al honor, la intimidad y la imagen, o la protección de la juventud y de la infancia (artículo 20).

Tras este contraste entre las dos técnicas de codificación, resulta evidente que algunos problemas que la doctrina y la jurisprudencia italianas han debido afrontar —como la identificación de las disposiciones constitucionales capaces de prestar fundamento a los derechos a la intimidad y al honor, o bien la determinación de los criterios de ponderación («bilanciamento») entre éstos y el derecho a la información— encuentran una previsión explícita en el texto de la Constitución española.

Esto no impide, sin embargo, que también en el ordenamiento italiano se haya llegado a una «lectura» del texto constitucional sustancialmente similar. Ello se ha dado gracias al particular grado de elasticidad de las disposiciones de la Constitución italiana, que ha hecho posible desplazar la atención de las situaciones subjetivas explícitamente codificadas a aquellas otras sólo implícitas, aunque captables en

el texto formal por vía interpretativa. La elasticidad es de hecho una cualidad de las constituciones que indica su grado de adaptabilidad al fluir histórico y le permite permanecer estable en el tiempo, mantiene su vinculación fundamental con un pueblo y una sociedad en constante transformación.

La posibilidad de prever interpretaciones evolutivas de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales se ve, pues, seguramente favorecida por la inclusión en el texto constitucional de cláusulas generales que, remitiendo al valor general de la persona, se proponen legitimar una interpretación evolutiva y constructiva de los diversos derechos fundamentales inherentes a la persona. Es el caso del artículo 2 de la Constitución italiana, por el que «la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, como particular o en las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad», utilizado —como hemos anticipado en el epígrafe inicial— por la Corte de Casación, en su sentencia 2.129 de 1975, para conferir fundamento constitucional a la tutela del derecho a la intimidad.

Se han registrado en la doctrina oscilaciones sobre el significado que deba atribuirse a dicha cláusula; más de una vez el debate se ha visto estérilmente atascado en torno a la contraposición entre fórmula «cerrada» o «abierta», o entre derechos enumerados o no.

A nuestro modo de ver, una interpretación de ese tipo al socaire de una cláusula abierta ofrecería al intérprete un criterio demasiado incierto y evanescente, dado que la identificación de los derechos que deban considerarse fundamentales no puede prescindir de un anclaje en las previsiones formales de la Constitución: sólo cabe considerar fundamentales los derechos que quepa derivar —por vía explícita o implícita, directa o instrumental— del texto constitucional.

Resultaría, sin embargo, excesivamente restrictivo relegar tal expresión a mero resumen anticipado del catálogo de derechos contenido en los artículos posteriores. No se aprovecharía así la oportunidad de acogerse a tal cláusula general para poner al día el acervo de derechos fundamentales en conexión con la actividad y las exigencias de la persona humana; poniendo a su disposición una tutela más variada y dinámica.

Se privaría, pues, al intérprete de un fundamento legal para desarrollar una actividad creativa que asegure una continua síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos; en definitiva, entre derecho e historia. Mientras, las cláusulas generales pueden representar la toma de tierra susceptible de proporcionar justificación racional a una jurisprudencia evolutiva sobre los derechos, al ofrecer al intérprete fundamento para dicha creatividad.

Proyectando estas consideraciones sobre los problemas suscitados por el fundamento constitucional del derecho a la intimidad o a la vida privada, cabe admitir que el artículo 2 no ofrece una apertura genérica a la posibilidad de reconocer tutela constitucional directa a tales situaciones subjetivas, pero sí habilita para nuclear a partir de múltiples disposiciones constitucionales relativas a los derechos, perfiles concretos de la personalidad humana que reciben en la Constitución una tutela directa y que, en su conjunto, concurren a delinear un reconocimiento indirecto del derecho de toda persona a tener vida privada.

La actividad interpretativa no reviste, en este caso, carácter creativo en sentido estricto, sino más bien concretizador, en la medida en que explicita y dota de historicidad al alcance de derechos conectados con valores ya positivamente codificados. Mediando la cláusula general del artículo 2º, la garantía del derecho a la vida privada hunde sus raíces en el terreno fértil del catálogo constitucional.

4. LA EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN DE «PRIVACY»: DE TUTELA DE LA PERSONAL «RESERVA» A GARANTÍA DE LA VIDA PRIVADA

El bien objeto de reconocimiento y tutela jurídica ha sufrido una profunda evolución, cuya parábola cabe sintetizar con las diversas definiciones que a lo largo del tiempo ha proporcionado la jurisprudencia estadounidense: el derecho a la *privacy* nace como *the right to be alone* y debe hoy considerarse desde la perspectiva de la «individual's ability to control the circulation of informations relating to him, a power that often is essential to maintaining social relationships and personal freedom»⁽²⁾.

(2) MILLER, *The Assault on Privacy*, Michigan 1971.

Este cambio expresa una modificación del concepto relevante por partida doble. Se supera, en primer lugar, una concepción de la *privacy* estrechamente vinculada al derecho de propiedad (entendido como *ius excludendi alios*) y orientada de modo predominante a la tutela de la inviolabilidad del propio domicilio. Esta noción evoluciona progresivamente hasta adquirir un más amplio alcance: trasladando, primero, la atención del «tener» al «ser», al tener en cuenta el «patrimonio moral» inalienable y propio de cada persona; asumiendo, luego, en plena sociedad global de la comunicación, un significado más amplio como derecho al control de las informaciones relacionadas con uno mismo.

Esta evolución del concepto marca, por lo demás, el paso de una noción negativa de la *privacy*, como derecho a no sufrir intromisiones externas, a otra de naturaleza más positiva, que toma conciencia de la imposibilidad de permanecer ajenos al proceso informativo activado por la impresionante aceleración de las innovaciones tecnológicas, preocupándose sobre todo de evitar que puedan difundirse informaciones sobre la vida personal sin el consentimiento del interesado.

En idéntica perspectiva se registra también el paso a una concepción social del derecho a la vida privada. La intimidad, tomada en consideración y protegida por el ordenamiento, no es sólo un derecho «negativo» a que no se divulguen o hagan públicos particulares aspectos de la propia vida; encierra también el aspecto «positivo» de poder desarrollar libremente la propia personalidad. La garantía de la vida privada tiende, en esta acepción amplia, a identificarse con el derecho a la tutela de la propia identidad (sexual, de conducta, ideal, familiar, etcétera).

No se pretende ya defender sólo la violada intimidad del rico abogado Warren, sino reconocer la plena autonomía de las opciones existenciales de cualquier persona. El respeto de la *privacy* se transforma, pues, en la necesidad de tutelar las opciones de vida frente a toda forma de control público o de «estigmatización social»⁽³⁾.

El derecho muda, pues, de sujeto y de estructura. No pretende proteger una situación de aislamiento o soledad, no codifica la posibilidad

(3) FRIEDMANN, *The Republic of Choice*, Cambridge 1990.

de cortar el ligamen con la sociedad, sino que supone la condición previa para que la persona pueda construir su identidad social libre y «espontáneamente». Ello confirma indirectamente la prohibición, introducida por el legislador italiano, de crear bancos de datos relativos a materias que afectan a perfiles asociativos, opiniones políticas, afiliación a partidos, sindicatos, asociaciones u organizaciones de carácter religioso, filosófico, político o profesional. Así ocurre con el artículo 16 de la Constitución española que veta la posibilidad de obligar a una persona a declarar sus propias convicciones ideológicas o religiosas.

La tutela de la vida privada cumple con ello un papel instrumental para la libre construcción y establecimiento de relaciones y vínculos sociales. Debe, en consecuencia, admitirse que diversos perfiles de la vida individual —los que inciden más directamente sobre la formación de la identidad personal— deben dejarse a la espontaneidad social, no pudiendo por tanto ser objeto de regulaciones o prescripciones ni siquiera por parte de los poderes públicos. En otros términos, el derecho a la vida responde a la exigencia de que toda persona pueda construir autónomamente su propia personalidad, sin que desde fuera se le impongan los roles o funciones que deba desarrollar. A esta evolución amplificadora del derecho a la *privacy* han contribuido también (y de manera notable) factores de carácter metajurídico. Basta hacer referencia, a modo de ejemplo, a los efectos que sobre el derecho a la identidad, a la integridad y a la dignidad personal han generado, por un lado, el desarrollo del Estado social y, por otro, las tecnologías informáticas.

La consolidación del Estado social ha determinado un notable desarrollo de la circulación de informaciones de carácter personal, sobre todo en los sectores objeto de prestaciones de los servicios públicos. En ellos la exigencia de una prevención resulta más marcada: de la sanidad a la seguridad. Por otra parte, el principio democrático, a la vez que afecta también a la actividad de la Administración pública, se traduce en una exigencia de transparencia, de conocimiento de los procedimientos y procesos de decisión, o de libre acceso a los actos y a las informaciones de que disponen los poderes públicos.

El principio organizativo del secreto da así paso al de la publicidad, de acuerdo con el cual se convierte tendencialmente hoy en regla gene-

ral que todos los actos y procedimientos deban ser accesibles a cualquiera legítimamente interesado en ello (ley 241/90). Todo ello en coherencia con una visión de la democracia como «régimen del poder visible» (Bobbio).

No es arriesgado afirmar que toda innovación tecnológica en estos sectores termina por generar efectos sobre la esfera de lo privado, planteando siempre problemas nuevos sobre la posibilidad de precisar modos eficaces de garantizar el derecho a la vida privada. Tales innovaciones debilitan, en efecto, las tradicionales garantías destinadas a tutelar el domicilio o el secreto de las comunicaciones, desde el momento en que el acopio de informaciones, y su circulación o difusión, se producen de modo que desbordan los objetivos tutelados por los artículos 14 y 15 de la Constitución italiana.

El problema no ha dejado de ser captado por las organizaciones internacionales. Piénsese, por ejemplo, en la Convención del Consejo de Europa de 1981, que había subrayado la exigencia de una «protección de las personas en relación con la elaboración automática de datos de carácter personal»; o bien en la recomendación de la OSCE de 1980, que afirmaba que la elaboración de tales datos puede llevar consigo un peligro para la vida privada y las libertades individuales.

Así, en buena parte de los ordenamientos de los países económicamente desarrollados han aprobado los parlamentos nacionales leyes sobre la protección de los datos personales. Cabe aludir en Italia a la ley 675/96, que de modo explícito afirma que «la recogida y utilización de cualquier tipo de información relativa a una persona física o jurídica» debe realizarse de modo tal que se asegure el «respeto de los derechos, de las libertades fundamentales, así como de la dignidad de las personas físicas, con particular referencia a la reserva y a la identidad personal».

La tutela de la dignidad y de la intimidad de las personas ha generado, en consecuencia, una instrumentación orgánica de naturaleza garantista (revisando procedimientos formales, tutela jurisdiccional, sanciones o códigos deontológicos) y ha establecido los criterios para la ponderación de las exigencias públicas de publicidad y acceso a los datos y la salvaguardia de la vida privada.

Resulta evidente que no cabe impedir la tendencia a ampliar el ámbito de lo cognoscible, alimentada además por la difusión de las teorías sobre la sociedad de la comunicación global, sino sólo regularla y gobernarla. Son demasiado amplios los intereses económicos en juego y las oportunidades de desarrollo e innovación que se abren, como para pensar que fuera posible, en lo relativo a la tutela del derecho a la vida privada, un «retorno» a su originaria concepción negativa, que no veía en la *privacy* sino el derecho a *to be alone*.

Un término medio se encuentra, en la legislación y en la doctrina, en el aceptable equilibrio del reconocimiento de la regla general según la cual el privado ha de mantener el control sobre las informaciones que le afectan. El derecho del privado se tutela, en consecuencia, no vetando el acopio o utilización de los datos, sino previendo un consentimiento explícito del afectado y diseñando, gracias a las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías, «zonas opacas» con datos que el sistema deja al margen de un posible aprovechamiento.

Se instaura así, en lo relativo a la protección de los datos personales, una especie de escala ideal, que va de manera paulatina desde un máximo de transparencia –para las informaciones accesibles a cualquiera– a un mínimo relativo a los datos más íntimos, como los referentes a la salud o a la vida sexual de la persona.

5. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE INFORMACIÓN: DESDE EL DERECHO A LA INFORMACIÓN HASTA LA FIGURA JURÍDICA POLIVALENTE

También el concepto de información ha registrado una significativa evolución. A diferencia del derecho a la vida privada, encuentra un directo reconocimiento constitucional dentro de la amplia formulación del artículo 21. Esto ha condicionado inicialmente la entrada en juego del objeto del derecho, que ha terminado por vivir una especie de existencia refleja en el interior de la libertad de expresión; de modo especial en su manifestación más difundida e importante: la prensa.

Desde esta perspectiva, el derecho a la información se ha considerado inicialmente como sinónimo de la libertad de prensa. Se trata, sin

embargo, de un planteamiento restrictivo, no solo porque el fenómeno de la información resulta bastante más amplio y complejo, sino también porque el problema de sus límites se hace excesivamente angosto, circunscrito al respeto del concomitante derecho de las personas a ser informadas.

A diferencia de la Constitución alemana (cuyo artículo 5º afirma que cada cual tiene derecho a obtener información, sin impedimento, de fuentes accesibles a todos) y de lo previsto por la normativa internacional (el artículo 19 de la Declaración de Derechos del Hombre reconoce el derecho de todo individuo a obtener, recibir y difundir, sin limitaciones territoriales, informaciones e ideas a través de cualquier medio de expresión) la Constitución italiana no contiene un reconocimiento expreso de tal derecho. La misma Corte Constitucional ha resaltado, sin embargo, que el interés general de la colectividad a la información está indirectamente protegido por la normativa que reconoce la libertad de expresión: como si fuese el reverso de la libertad de prensa. Se ha admitido, pues, que subsistiría un derecho a recibir información recíproco del de informar, o sea, del de dar información.

De la existencia de un derecho a ser informados derivan, según la jurisprudencia, algunos particulares límites al derecho de prensa: los vinculados, por ejemplo, a la verdad de los hechos, a la corrección de la forma expositiva o a la utilidad de la información.

Sólo más recientemente se ha consolidado una noción más amplia de derecho a la información que, junto a la originaria libertad de prensa, comprende otros aspectos del fenómeno comunicativo, diversos tanto en lo que respecta a los medios técnicos (las complejas tecnologías de la comunicación), como en lo relativo al objeto de la información (pública, científica, bancos de datos...). La información representa hoy un fenómeno polivalente junto al de la libertad de expresión; ambos se manifiestan a través de una pluralidad de medios, pueden albergar las más variadas manifestaciones del pensamiento humano.

Desde esta perspectiva, aparece reforzada la orientación favorable a equiparar —como un propósito de garantía constitucional— la regulación de la información y la de la libertad de expresión. Ambos derechos en-

cuentran acogida dentro de la amplia y genérica formulación del artículo 21.1, según el cual «todos tienen el derecho a manifestar libremente el propio pensamiento, de palabra, por escrito o a través de cualquier otro medio de difusión».

Se han visto, pues, decididamente rechazadas las posturas que tendían a distinguir ambos fenómenos, partiendo de que sus objetos serían diferentes, desde el momento en que a la información no cabría considerarla propiamente como libertad de expresión del propio pensamiento, sino más bien como divulgación de un pensamiento ya expresado.

La simetría entre libertad de expresión e información no puede, sin embargo, ser llevada a sus últimas consecuencias, hasta teorizar una plena equiparación también en lo relativo a los límites a que se ven sometidos ambos derechos. Si, de hecho, en lo relativo a la libertad de expresión, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia constitucional han hecho suyas las teorías individualistas, que la consideran como una libertad del particular y por tanto absoluta, en lo concerniente al derecho a la información parece prevalecer un planteamiento de tipo funcionalista, el cual valora la función social de la información, también en conexión con el recíproco derecho a ser informado. La misma Corte Constitucional no ha podido dejar de afirmar que la prensa debe asumir la «función social que le es propia, es decir, ofrecer al público informaciones objetivas» (sentencias 105/72 y 86/74).

Esta aproximación moderadamente funcionalista agiliza –como vemos en los epígrafes siguientes– la tarea de ponderación de derechos contrapuestos, al admitir que la exigencia de tutelar la dignidad humana y garantizar la intimidad de la persona, límite los modos de formación y divulgación de la información.

6. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A UNA VIDA PRIVADA Y A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

La búsqueda del fundamento constitucional del derecho a la dignidad de la persona no plantea particulares problemas de interpretación. En la Constitución italiana se ve, ante todo, reconducida al principio de

igualdad recogido en el artículo 3º, de acuerdo con el cual todos los ciudadanos tienen similar dignidad y no se admiten discriminaciones por razón de sus condiciones personales o sociales.

El principio de igualdad recogido en la Constitución italiana no se inspira en una formalista visión igualitaria y homogénea de la sociedad, ni se propone lograr una nivelación general de las situaciones subjetivas diversas disposiciones constitucionales, tienden más bien, a conferir valor a la especificidad y a las diferencias. El artículo 3º pretende, sin embargo, impedir que tales inevitables diferencias se conviertan en ocasión de actos discriminatorios, afecten a la dignidad de la persona humana o impidan una efectiva igualdad de oportunidades.

Por estas razones, los constituyentes han vinculado oportunamente –incluso ligado íntimamente– la igualdad a la dignidad social. La igualdad de las personas en dignidad social se ha interpretado como una prohibición de lesionar su honor, que encuentra luego su oportuna especificación en otras disposiciones constitucionales que tutelan la dignidad de la persona en supuestos en los que el peligro de que se vea sometida a condiciones degradantes parece más evidente.

Piénsese, por ejemplo, en la prescripción de que toda limitación de la libertad personal deba realizarse de modo tal que no implique una degradación de la persona; en el hecho de que la exigencia de buscar pruebas requiera que algunos medios técnicos –por ejemplo, la inspección corporal– susceptibles de incidir en la esfera del respeto al pudor, deban llevarse a cabo con determinadas garantías; o en el hecho de que, con relación a las personas sometidas a restricciones de libertad, esté castigada toda violencia no sólo física sino también moral (artículo 13). Las penas no pueden, a su vez, consistir en un trato no humanitario, y deben tender a la rehabilitación del condenado (artículo 27), e incluso la misma actividad económica encuentra en sus manifestaciones como límite el respeto a la dignidad de la persona.

Como puede notarse, en el sistema italiano se reconoce en términos generales, por una parte, el derecho a la dignidad de la persona como principio general del ordenamiento constitucional; se advierte, por otra, la necesidad de garantizarlo de modo específico en el contexto de las

actividades laborales o de las restricciones a la libertad personal. Tal exigencia es plenamente comprensible, tanto si se tiene en cuenta la intención de los constituyentes de contrarrestar la experiencia fascista, marcando en materia de derechos un neto corte con el pasado, como la opción de fundar sobre el trabajo las bases del nuevo ordenamiento democrático (Italia es una república democrática fundada sobre el trabajo, artículo 1º).

En lo relativo, por el contrario, al fundamento del derecho a la vida privada, la tarea interpretativa ha resultado más compleja. No sólo la jurisprudencia se ha esforzado —como hemos recordado más arriba— por encontrarle una base constitucional específica, sino que también la doctrina se ha mostrado oscilante en puntos relevantes, sin llegar a conseguir aun un equilibrio estable.

Algunos autores han circunscrito el tema del respeto a la *privacy* dentro de la problemática general de los límites al ejercicio de un derecho: dentro, en el caso que nos ocupa, de los límites a la libertad de expresión tutelada por el artículo 21. El sector doctrinal que ha preferido encontrar en el texto constitucional fundamento positivo para la tutela de la vida privada se ha dividido, a su vez, entre dos actitudes principales.

Unos, incluyendo la personal «reserva» entre los derechos de la personalidad, han buscado fundamento constitucional no tanto a la pluralidad de manifestaciones de la personalidad, sino al derecho en sí mismo en su plenitud; en estos casos, resulta casi obligado el reenvío al artículo 2º.

Otros autores se han empeñado, por el contrario, en indagar las situaciones subjetivas reconducibles al derecho a la vida privada que encontrarían directo reconocimiento en artículos de la Constitución. Tras ese esfuerzo interpretativo, las actividades reconducibles a la dimensión «negativa» de la vida privada (*to be alone*) habrían sido detectadas en el artículo 14, que reconoce el domicilio como derecho inviolable y en el artículo 15, que se refiere a la libertad de comunicaciones y de correspondencia; por su parte, la dimensión «positiva» del derecho, reconducible al libre desarrollo de la personalidad, puede encontrar apoyo en una lectura evolutiva, bien del artículo 13 que tutela la libertad perso-

nal, bien del artículo 23 que veta la imposición de prestaciones personales fuera de los casos establecidos por ley.

El artículo 13 de la Constitución italiana puede, pues, verse invocado cuando se acepta –cuestión nada pacífica en la doctrina– una interpretación amplia del objeto tutelado, más allá de la tradicional garantía frente a arrestos arbitrarios. Identificar el objeto específico de la tutela ofrecida por este artículo no es asunto fácil: la doctrina ha asumido posturas contrapuestas sobre el particular, y la misma orientación de la Corte Constitucional se ha mostrado incierta. De acuerdo con una interpretación restrictiva del dispositivo constitucional italiano, la libertad personal –vinculada a la histórica institución de la libertad frente a posibles detenciones– se identifica con la tutela de la persona ante coerciones físicas u otras restricciones de diverso género que incidan sobre su esfera física. Una visión extensiva tendría en cuenta, por el contrario, el derecho a la integridad tanto física como moral, con lo que reentrarían bajo la garantía del artículo 13 todas aquellas restricciones que, por su contenido o por el modo en que se llevan a cabo, lleven consigo una degradación del sujeto que incida negativamente sobre su personalidad.

La primera postura sitúa a la libertad personal entre las libertades negativas, al traducirla en la prohibición de coacciones físicas arbitrarias generadas por otros sujetos; la segunda abre camino, por el contrario, a una visión activa capaz de considerar a la libertad personal como derecho de autodeterminación sobre el propio cuerpo o la propia imagen. Tal sería el caso, por ejemplo, en supuestos tales como:

- a) El derecho a la vida, reforzado por el mismo artículo 27.4 que no admite la pena de muerte.
- b) El derecho a la integridad física, que lleva consigo, por una parte, la prohibición de la tortura o de la sumisión de la persona a trato degradante, y conecta, por otra, con el artículo 32 (nadie puede ser sometido a un determinado tratamiento sanitario si no es en casos previstos por disposiciones legales. La ley no puede violar en ningún caso los límites impuestos por el respeto a la persona humana).
- c) El derecho a conservar la capacidad jurídica, que no podrá perderse por motivos políticos (artículo 22).

- d) El derecho a la propia identidad, que comprende también el derecho al honor y a la propia reputación.
- e) El derecho a la intimidad personal, considerado en su aspecto psicológico como la necesidad de salvaguardar los valores de autonomía y dignidad de la persona; mientras su perfil material, vinculado a la intimidad de las paredes domésticas, encuentra su natural fundamento en el artículo 14, que garantiza la inviolabilidad del domicilio.

De acuerdo con una doctrina autorizada no habría, sin embargo, identidad entre libertad personal y libertad individual; en consecuencia, el reconocimiento del derecho a la vida privada como posibilidad de desarrollo de la propia personalidad habría de remitirse al artículo 23, que reserva al legislador la competencia para incidir sobre la esfera privada imponiendo prestaciones personales.

Otras disposiciones constitucionales invitan a una reconstrucción más tradicional del derecho a la *privacy*, si bien serían viables interpretaciones productivas capaces de respaldar la exigencia de tutela a la vida privada es su integridad. Sería, por ejemplo, el caso de los artículos 14 y 15.

El artículo 15 tutela aquellas dimensiones de la personal reserva, vinculadas al derecho de poder establecer qué aspectos de la propia vida cabe hacer públicos, y cuáles cabe manifestar libremente sin sufrir la intrusión de la curiosidad pública. El bien que la Constitución pretende tutelar, reconociendo la libertad de correspondencia y de comunicaciones, se traduce en la posibilidad de enviar mensajes o comunicarse con determinados destinatarios no públicos.

Esta tutela del artículo 15 se diferencia de la proporcionada por el artículo 21 (todos tienen derecho a manifestar el propio pensamiento de palabra, por escrito o a través de cualquier otro medio de difusión) por el valor que toman en consideración: uno garantiza la personal reserva, mientras el otro tutela la «manifestación», o sea, la pública expresión del pensamiento. La misma jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el artículo 15 ha reclamado repetidamente la necesidad de salvaguardar la exigencia de una personal reserva (sentencias 63/72, 34/73, 120/75, 366/91 o 63/93).

La estrecha conexión entre la inviolabilidad del domicilio y la salvaguarda de las exigencias de la intimidad personal es, por su parte, evidente e intuitiva. El domicilio aparece, de hecho, como una proyección espacial de la persona. Su tutela por el artículo 14 puede considerarse instrumento para la satisfacción de esas exigencias de intimidad personal, consideradas tanto en su acepción estática como en la dinámica. Es en el domicilio donde, de hecho, realiza la persona su posibilidad de verse separado del exterior, de quedar a solas; ello le permite a la vez poder desarrollar del modo que considere más idóneo su propia vida afectiva o sus intereses culturales y espirituales, conformando su propia identidad y estilo de vida. Este planteamiento se ve reforzado por el hecho de que el dato físico del domicilio constituya con frecuencia en el ordenamiento jurídico un elemento capaz de delimitar la naturaleza jurídica o antijurídica de determinados comportamientos (por ejemplo, actos obscenos, vilipendio, etcétera).

7. LA DIFÍCIL PONDERACIÓN DE DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DERECHO «A UNA VIDA PRIVADA»

A la luz de las consideraciones desarrolladas en los capítulos precedentes, contamos –en nuestra opinión– con suficientes elementos convincentes para sostener que el problema de las relaciones entre derecho a la información, intimidad y honor no debe abordarse en el contexto de los límites al derecho a la información o a la libertad de expresión, sino que debe ser el objeto de una atenta ponderación entre derechos y valores constitucionales.

La exigencia de una ponderación se plantea con frecuencia en los modernos sistemas constitucionales, dado que resulta bastante difícil que la tutela de una situación subjetiva pueda realizarse recurriendo a una sola disposición constitucional o haciendo referencia a un solo derecho. En general, para identificar la norma aplicable, resulta necesario recurrir a una ponderación de los diferentes principios en juego. Esta ha de fundarse –como sostiene una consolidada jurisprudencia de la Corte Constitucional– en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Si bien es cierto que la información puede invadir abusivamente la esfera privada de la persona, es también posible que una interpretación demasiado

rígida y abstracta del derecho a la vida privada pueda llegar a convertirse en un riesgo grave para el libre ejercicio de la libertad de expresión.

En los casos en cuestión, la ponderación se complica, sin embargo, bien por la pluralidad de principios constitucionales en juego, bien porque no parece posible establecer la primacía de unos sobre otros. Información, dignidad y tutela de la vida privada —aun siendo susceptibles de entrar con frecuencia en aparente colisión— representan valores directamente reconducibles a la persona humana, en la que reside su matriz común, al constituir todos ellos momentos esenciales de su formación y desarrollo. Encuentran todos ellos, por lo demás, garantía en derechos que la Constitución califica como inviolables o incluye entre los valores superiores del ordenamiento constitucional (artículos 3º, 13, 14, 15, 21); de ahí que no quepa jerarquizarlos en abstracto.

Resulta, pues, fundamental un cuidadoso empleo del principio de proporcionalidad, de manera que el disfrute de un derecho (por ejemplo, el de información) no deba desarrollarse de tal modo que llegue a comprimir «desmesuradamente» (más de lo que es esencial e indispensable para ejercer tal derecho) los derechos de los demás (dignidad o vida por ejemplo).

Antes, sin embargo, de preguntarnos por los criterios que deban presidir tal ponderación, habría que plantearse qué tipo de ponderación sería el oportuno. En más de un caso no resulta fácil establecer si la difusión de un dato lesiona la personal reserva o el honor de una persona. La solución dependerá de los hechos mismos, que resultan por lo general determinantes. Ello debería llevar a atribuir en lo esencial dicha ponderación al juez competente en el caso; se trataría de optar por un *ad hoc balancing* ante un caso determinado.

Esta solución presenta aún algunos inconvenientes. Expone al sistema a excesivas oscilaciones, sobre todo en ordenamientos como los nuestros en los que no opera el principio *stare decisis*, al no encontrar reconocimiento formal el valor del precedente, contrapuesto al principio constitucional de autonomía e independencia del juez al interpretar la ley e identificar la norma aplicable. Puede también enfatizarse con ello, probablemente en demasía, la discrecionalidad del juez: su *incredible power* (Dworkin).

Para superar tales obstáculos, parece, en nuestra opinión, preferible orientar la decisión del juez, enmarcándola dentro de un sistema de parámetros previamente establecidos, bien por el legislador o por una jurisprudencia consolidada por la Corte Constitucional o la de Casación. Se trataría, pues, de que la ponderación no se lleve a cabo caso por caso, sino sobre la base de orientaciones consolidadas o de disposiciones normativas concretas (*definitional balancing*).

Se ha subrayado con esto, de modo concreto, la importancia de una regulación legislativa que parece necesaria tanto para delimitar el contenido de cada uno de los derechos constitucionales de la persona, como para favorecer su ponderación en situaciones subjetivas susceptibles de entrar en conflicto. Una definición meramente legislativa de los criterios de ponderación podría, no obstante, resultar ineficaz, dado que los aspectos que de modo más caracterizado innovan los límites del ejercicio de los diversos derechos no suelen ser estáticos ni rígidos en el tiempo, sino susceptibles de frecuente modificación, al verse influidos por factores tales como la evolución de las costumbres, la innovación tecnológica o las transformaciones sociales.

De ahí que, sin discutir la oportunidad de recurrir a formas de *definitional balancing*, se admita que a la definición de los criterios de ponderación deban colaborar tanto el legislador como los jueces, capaces de proponer con su jurisprudencia reglas de derecho válidas para los operadores jurídicos del sector.

¿Qué criterios cabría nuclear de la jurisprudencia constitucional, de la Corte Suprema y de la ley, para asegurar un juego equilibrado de derecho a la información, por una parte, y tutela de la dignidad y de la vida privada, por otra? Para dar respuesta a esta interrogante sería preciso distinguir hipótesis en las que el valor en juego es la dignidad de la persona, de otras en las que el ejercicio de una actividad informativa supone una amenaza para la vida privada.

Exigen, por otra parte, distinta consideración, dentro del fenómeno general de la información, los problemas derivados de la elaboración y circulación de datos personales, de la creación de los llamados bancos de datos y de su inclusión en la red. Estos casos aparecen en Italia regu-

lados por una ley específica (la 675/96), que ha dado vida a un articulado sistema de ponderación de derechos previendo una pluralidad de instrumentos jurídicos: criterios de ponderación, procedimientos para llevarla a cabo, instrumentos jurisdiccionales (juez ordinario y garantizador de la protección de los datos personales).

El objetivo de esta ley, una vez reconocida la importancia y utilidad de los modernos sistemas informáticos y la necesidad de admitir la más amplia circulación de datos e informaciones, puede resumirse en la intención de regular tal fenómeno, de modo tal que su desarrollo respete —como dice la propia ley— «los derechos, las libertades fundamentales, así como la dignidad de las personas físicas, con particular referencia a la reserva y a la identidad personal». El sistema construido por el legislador pretende, pues, insertar en un contexto más amplio y complejo el problema —de gran relevancia, por demás— de la tutela de la vida privada y de la dignidad personal.

Prevé, en consecuencia, un mecanismo de garantía diversamente articulado según la naturaleza de los datos en cuestión, que se despliega esencialmente a través de los siguientes pasos:

a) Es posible, en general, el manejo de datos personales siempre que se respeten tres condiciones. Su utilización debe producirse en ejercicio de una actividad reconducible al ejercicio de la libertad de expresión. Los datos personales han de guardar relación con hechos de público interés. Su difusión debe producirse «dentro de los límites esenciales», sin exceder la función informativa al incluir elementos no estrictamente necesarios.

b) Los datos personales, siempre por lo general, sólo pueden ser recogidos y difundidos con el explícito consentimiento del interesado.

c) En algunos supuestos de hecho, identificados por el legislador (entre ellos los relativos a la salud o a la orientación sexual), no será ni siquiera suficiente el consentimiento del interesado, sino que será preciso también una autorización del garante para la protección de los datos personales. Se parte, pues, de la presunción de que también para la voluntad del individuo puede servir de límite el respeto de su propia dignidad e intimidad. El autorespeto se convierte en valor absoluto, no

sometible a compromiso ni siquiera por voluntad del interesado; el respeto a la persona convierte en inaceptable que alguien se someta, aun por propia voluntad, a comportamientos considerados degradantes.

d) Por vía derogatoria, por último, se concretan algunos supuestos de hecho en los que la tutela de la intimidad prevalece sobre el derecho a la información; se trata, por ejemplo, de casos en los que los datos o las informaciones se refieren a categorías de ciudadanos merecedores de una particular protección (menores sometidos a proceso penal, víctimas de delitos de violencia sexual, personas involucradas en interrupciones voluntarias del embarazo, enfermos de sida, etcétera).

En la hipótesis de posible confrontación entre la información, en sentido amplio, y la tutela de la vida privada, la rica casuística ofrecida por los pronunciamientos de los jueces ordinarios y la consolidada orientación jurisprudencial de la Corte de Casación —confirmada por decisiones del juez constitucional— han permitido que llegue a formarse un propio y verdadero *definitional balancing*, cuyos criterios cabe sistematizar así:

- i) La línea que delimita los fines de la protección a la vida privada viene, en primer lugar, marcada por la existencia del consentimiento a la hora de divulgar noticias relativas a la propia persona. Si el derecho a la *privacy* se traduce en derecho a no sufrir intrusiones fruto de la curiosidad social, parece comprensible que sólo quepa sancionar aquellas violaciones de la intimidad personal que se produzcan sin su previo conocimiento o contra la voluntad del interesado.

Este elemento subjetivo del consentimiento puede reconstruirse también por vía implícita, teniendo en cuenta las características específicas de la situación o las condiciones concretas que han determinado la difusión de una información. El consentimiento implícito puede, en otras palabras, derivarse de la actitud de la persona o del contexto en que tiene lugar la utilización de una imagen o la difusión de una noticia.

De acuerdo con las orientaciones jurisprudenciales, pueden, por ejemplo, considerarse expresivas de un consentimiento im-

plícito a la difusión de una noticia tanto la participación en un acontecimiento público, como la expresión pública del propio pensamiento (caso diverso al de la comunicación al que se refiere el artículo 15). Por lo demás, la Corte de Casación (sentencia de 5 de abril de 1978) consideró lesiva del derecho a la personal reserva la distribución de una entrevista inserta, a través de un montaje, en un contexto diverso a aquél en que fue realizada.

Resulta preciso no olvidar que el fenómeno informativo es polivalente, ya que una información puede satisfacer exigencias muy diversas: culturales, de conocimiento de la realidad, científicas, económicas... Es obligado tener en cuenta esta variedad de funciones a la hora de interpretar el alcance del consentimiento; mientras cabe considerar que hay consentimiento implícito en caso de informaciones con una finalidad o de interés público, deberá ser siempre explícito cuando los datos relativos a la persona se utilicen persiguiendo lucro económico.

- ii) Los datos e informaciones deben, en segundo lugar, recogerse con lealtad, por una parte, y ser difundidos con un respeto objetivo a la verdad, por otra.
- iii) En la difusión de las informaciones es preciso atenerse, por último, al principio del «medio mínimo». Las noticias relativas a la vida de una persona deben transmitirse dentro de los estrechos límites en los que aparecen conectadas con un público interés de divulgación, sin exceder de una intención informativa. Debe respetarse la esencialidad de la información que –también cuando es detallada– debe resultar indispensable para la finalidad de la noticia.

Este es quizá el criterio que con más frecuencia acaba siendo olvidado en el ejercicio del derecho a la información, produciendo la consiguiente lesión del derecho a la intimidad. Tal eventualidad se produce, por ejemplo, cuando a propósito de personajes conocidos se difunden noticias que no tienen relevancia directa con relación a sus responsabilidades o a su vida pública. Al respecto, ha sido numerosas veces aceptada por los jueces la demanda de actrices para que no se publiquen fotos

de desnudos realizadas en su juventud, porque se «referían a una fase de su carrera ya superada en su nueva situación artística o profesional»⁽⁴⁾.

Una dimensión particular del derecho a la vida privada, ligada a la esencialidad de la información, la constituye lo que la doctrina ha calificado como «derecho al olvido». Se reconoce con ello que la persona puede tener una legítima pretensión de no ver evocados hechos inherentes a su propia persona, sin interés público actual, que forman parte de experiencias ya superadas de su vida pasada.

En definitiva, el decálogo al que sería preciso atenerse para que el derecho a la información no lesione el derecho a la vida privada puede encontrarse en la sentencia 52.59/84 de la Corte de Casación, de acuerdo con la cual una información sería respetuosa con el derecho a la personal reserva cuando satisfaga los siguientes criterios: utilidad social de la información; verdad objetiva, incluyendo también en tal noción la veracidad o verdad putativa, fruto de un diligente y serio trabajo de contraste; forma adecuada de exposición y valoración de los hechos, excluida toda intención denigratoria.

8. EL DERECHO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO VALOR PRIMARIO Y LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Siempre que en ejercicio del derecho a la información entre en juego el derecho a la dignidad personal, los criterios de ponderación sufrirán una modificación respecto a aquellos hasta ahora estudiados. Cuando la información entra en contraste con el derecho a la vida privada, el juez ha de situarse en la perspectiva de quien considera a este último como atemperador del ejercicio al derecho a la libertad de expresión (artículo 21), que debe respetar determinados criterios a la hora de exteriorizarse.

Cuando se trata, por el contrario, de la ponderación del derecho a la información y a la dignidad de la persona, tiende a prevalecer esta últi-

(4) Véase, por todas, la de la *Pretura* de Roma de 10 de febrero de 1988.

ma, convirtiéndose en preeminente la preocupación por que la información no incida negativamente sobre la dignidad de la persona. En idéntica perspectiva se sitúa la Corte Constitucional cuando, debiendo valorar si la prohibición penal de difundir fotografías que describen sucesos realmente sucedidos, con detalles impresionantes o repulsivos, pudiera vulnerar el artículo 21, ha precisado que tales límites encuentran su fundamento en la exigencia de asegurar la tutela de la dignidad humana. El juez constitucional ha precisado al respecto que «el de la dignidad humana es un valor constitucional que afecta por sí solo a todo el derecho positivo» (sentencia 293/2000).

Un supuesto de hecho muy particular de la ponderación de libertad de expresión y dignidad de la persona surge cuando las expresiones consideradas lesivas para la dignidad personal han sido emitidas por un parlamentario. En este caso entra, de hecho, en juego también el artículo 68, que impide perseguir a los parlamentarios por las opiniones expresadas o los votos formulados en el ejercicio de sus funciones.

Esta garantía posee una doble carácter. Ante todo, tutela al parlamentario de modo permanente, por lo cual no podrá verse perseguido por tales expresiones o votos, una vez que deje de ser titular de su *status* de parlamentario. Tal protección resulta comprensible, ya que el temor a una futura sanción podría condicionar la actividad del representante electo. Se extiende, en segundo lugar, a todos los actos que se consideren típica expresión del ejercicio parlamentario, con independencia de la sede física donde puedan haber tenido lugar. En otros términos, la inmunidad no protege sólo la conducta mantenida en el interior de la asamblea, sino que alcanza también a otras fases de la vida política del parlamentario, incluidas las que se refieren a su relación con los electores, con el grupo en el que se integra y con los órganos del partido o asociación a que pertenece.

En este supuesto de hecho el juicio tiene lugar en el seno de un triángulo normativo constituido por tres disposiciones constitucionales: el artículo 21, que garantiza la libertad de expresión, el artículo 3, que afirma el valor de la dignidad humana, y el artículo 68, que se propone garantizar la autonomía de la función parlamentaria.

Conviene hacer notar que estos hipotéticos contrastes entre derechos han llegado con frecuencia hasta la Corte Constitucional en el curso de los últimos años, no a causa de la turbulencia e incontinencia de la vida política, sino del descenso del nivel de la misma clase política. Resulta interesante observar que las intervenciones de la Corte Constitucional no se han producido con ocasión de juicios de legitimidad constitucional, sino con motivo de conflictos de atribuciones entre poderes del Estado, al hacerse frecuente que jueces ordinarios (expresión del ordenamiento judicial, que actúa —como es sabido— como poder difuso) se hayan sentido heridos en su propio honor por declaraciones o expresiones verbales de los parlamentarios.

Esta circunstancia ha llevado a la Corte Constitucional a afinar su propia jurisprudencia sobre el particular, para evitar que la indiscutida exigencia de salvaguardar la autonomía de la función parlamentaria se convierta en un injustificado privilegio de algunos parlamentarios, vulnerador del principio de igualdad.

La Corte reconoció a las cámaras, en un primer momento, el poder de valorar el carácter de las opiniones expresadas por los parlamentarios, entendiendo que el derecho a la tutela judicial del ciudadano debe ceder frente a la exigencia de tutelar el principio de independencia y autonomía del Legislativo en su relación con otros poderes del Estado.

El juez constitucional, asumiendo una postura intermedia, ha precisado luego que el veto del artículo 68 no incluye todos los comportamientos de los miembros de las cámaras, sino sólo los funcionalmente relacionados de modo estricto con el ejercicio independiente de las atribuciones propias del Legislativo. Ha apuntado, pues, que una prerrogativa no puede convertirse en privilegio, al reconocer su propia competencia para verificar la existencia de un efectivo nexo funcional entre las opiniones expresadas y el ejercicio de las funciones parlamentarias.

En la base de estas últimas orientaciones late la distinción entre «contenido» y «presupuesto» de la función parlamentaria. Entiende por presupuesto el ejercicio de la actividad política, la cual —regulada por los artículos 49 y 3— alcanza en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos; mientras el contenido de la función parlamentaria consistiría en

el ejercicio de las específicas actividades desarrolladas por el parlamentario en el cumplimiento de sus funciones (legislativa, de control o de iniciativa...) propias de la asamblea legislativa (recientemente, sentencia 321/2000).

EPÍLOGO

GIANCARLO ROLLA, UNA PASIÓN JURÍDICA

(Bio-bibliografía)

JOAN OLIVER ARAUJO(*)

I. EL AUTOR

Fue a través de mi maestro, el profesor Luis López Guerra, como entré en relación con el profesor italiano Giancarlo Rolla, en aquellos momentos Catedrático de Instituciones de Derecho Público y de Derecho Público Comparado en la Facultad de Economía de la Universidad de Siena y Decano de dicha Facultad. Corría el año de gracia de 1988. Tras unos primeros contactos epistolares y telefónicos (entonces aún no existía el correo electrónico), me trasladé a la ciudad de Siena para realizar una estancia de investigación en su prestigiosa Universidad. Allí me encontré con la explosión de colores y sonidos de la primavera toscana y con la bonhomía, inteligencia y amabilidad del profesor Rolla. Tras darme todo tipo de facilidades e indicaciones para realizar mi investigación sobre la justicia constitucional italiana y proporcionarme los datos y contactos necesarios para que mi estancia en Siena fuera lo más agradable posible, empecé a trabajar bajo su dirección, me su-

(*) Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de las Islas Baleares (España).

mergí en la excepcional biblioteca de la Universidad, asistí a sus clases (donde siempre incitaba a los estudiantes a pensar por sí mismos con espíritu crítico) y a sus exámenes orales (donde me sorprendió que los alumnos, de alguna manera, negociaran su nota con el profesor), participé en sus seminarios, acudí a sus conferencias y, como culminación de todo ello, el Rector Luigi Berlinguer (hermano del mítico Enrico Berlinguer) me invitó a asistir al *Palio* desde un privilegiado balcón de un edificio de la Universidad.

De mi estancia italiana, en el ámbito estrictamente académico, los dos frutos más destacados fueron mi libro *Repertorio bibliográfico sobre la Corte Constitucional italiana* (Palma de Mallorca, 1990) y la traducción del extenso artículo del profesor Rolla titulado «Consolidación y desarrollo de la justicia constitucional en Europa: el surgimiento de algunas líneas de tendencia comunes» (*Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universitat de les Illes Balears*, núm. 16, 1987-1988). Este trabajo, que es uno de los primeros del profesor Rolla traducidos a la lengua de Cervantes, se había publicado con anterioridad como capítulo primero de su libro *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna* (1986).

Desde aquel momento, mi amistad y mi gratitud con el profesor Giancarlo Rolla no han hecho sino ir en aumento. Así, además de continuos contactos personales y académicos (entre los que no faltaron los frecuentes intercambios de publicaciones), debo reseñar su amabilidad de venir a la Universidad de las Islas Baleares, en 1989, a impartir un seminario sobre los aspectos más relevantes del sistema constitucional italiano y la calurosa acogida que, en diversos años, ha prestado a tres de mis ayudantes que también han ido a investigar, bajo su dirección, en tierras toscanas. También ellos han podido disfrutar de su calidad humana, su gran caudal de conocimientos (expuestos sin ninguna afectación ni soberbia), su contagiosa pasión por la investigación, su sincera generosidad y su apoyo desinteresado.

Con estos antecedentes, no es del todo sorprendente que en mi último viaje a Lima, para impartir un seminario sobre «Justicia constitucional comparada» en la Pontificia Universidad Católica del Perú, los eminentes juristas y grandes amigos Domingo García Belaunde, Fran-

cisco Eguiguren Praeli y José F. Palomino Manchego me invitaran generosamente a escribir un *epílogo* al libro del profesor Rolla titulado *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, de inminente aparición en aquellos momentos y que el lector tiene ahora en sus manos. Invocaron para convencerme —realmente no les resultó nada difícil— que la traducción que hice de su trabajo, en los *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, había servido como puerta de entrada de su obra científica en el panorama jurídico en lengua española. Aunque se trata de una evidente exageración formulada para seducirme y para que en pocos días les redactara las páginas solicitadas, la vanidad humana hizo mella en mí y mostré mi más solícita disposición a cumplir el encargo efectuado. Y aquí me encuentro.

En el *Llibre de meravelles*, el filósofo Ramon Llull ilustra a Fèlix, su protagonista, en la contemplación de las maravillas del mundo, de todo aquello que nos puede incitar a la sorpresa porque es, en definitiva, aprendizaje y descubrimiento. Y dice Llull: «*En tot lo món no ha neguna cosa tan plaent com honor e bona fama que hom haja de les gents*» («En todo el mundo no hay cosa más valiosa para una persona que el honor y la buena fama»). Pues bien, el profesor Giancarlo Rolla es un académico rodeado del honor y la buena fama a que se refería el sabio Llull, y tiene por ello un lugar preferente en el mundo universitario.

Hablar de una persona que ha sabido merecer nuestra consideración no es una tarea fácil. Tampoco lo es trazar un perfil de su trayectoria, explicar a todos aquellos que se acerquen a estas páginas algunos puntos que sirvan de reflejo, un reflejo forzosamente demasiado pálido —sería muy largo hacerlo completo y nítido—, de la personalidad del profesor Rolla. Estas líneas son, pues, el intento de aproximación a un hombre y su obra.

Giancarlo Rolla nació en Génova el 14 de diciembre de 1946, obtuvo la *Láurea* en Derecho en la Universidad de dicha ciudad (1969) con una tesis de Derecho Constitucional en materia de expropiación de la propiedad privada, dirigida por el profesor Manlio Mazziotti. Así, con apenas veintitrés años obtuvo el título de Doctor en Derecho. Sus maestros fueron el profesor Federico Sorrentino, hoy catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Roma La Sapiencia, y el citado

profesor Manlio Mazziotti, actualmente catedrático emérito en la misma Universidad. Rolla es un académico de muy alto relieve, un universitario *a tiempo completo* como diríamos en España, comprometido con los valores democráticos y constitucionales, de extraordinario y reconocido prestigio en el ámbito académico europeo, y con un especial interés por la temática jurídica española y latinoamericana. También sobresale de su personalidad la capacidad para dirigir equipos humanos y coordinar trabajos de investigación colectivos, méritos muy relevantes en un campo como el jurídico, en donde padecemos una tradicional (y limitadora) tendencia al individualismo.

En esta línea, y a modo de ejemplo, cabe recordar que fue responsable científico de una unidad operativa del Proyecto «Bienes culturales» del *Consiglio Nazionale delle Ricerche* (1997-2000). Sus numerosos libros y demás publicaciones (las más importantes de las cuales se alistan a continuación) le han llevado a ser maestro de varias generaciones de juristas y políticos italianos. Además, ha abordado con coraje temas de gran actualidad, corriendo el riesgo que siempre conlleva hacer Derecho con la presión de lo urgente; aunque no ha intervenido directamente en el debate político, tampoco se ha recluso en una torre de marfil, sino que ha querido dejar constancia escrita de que no ha soslayado su responsabilidad como pensador que vive e interpreta su época. En el ámbito internacional, el profesor Giancarlo Rolla ha desarrollado importantes actividades investigadoras y docentes en numerosas universidades e instituciones científicas canadienses (Toronto), estadounidenses (Columbia University), españolas (Barcelona, Madrid, Palma de Mallorca, Toledo, Granada, Zaragoza, San Sebastián, Sevilla, Salamanca, Málaga, Canarias, Jaén y Santiago de Compostela), francesas (París), eslovenas (Lubiana), austriacas (Innsbruck), latinoamericanas (San José de Costa Rica, Ciudad de México, Lima, Guanajo, Buenos Aires, Córdoba, Temuco y Arequipa), asiáticas (Pekín) y de Europa del Este (Lasi).

Cuando se le pregunta al profesor Rolla sobre el por qué de su opción por el Derecho Constitucional entre las numerosas parcelas en que se compartimenta el mundo jurídico, afirma que la razón hay que buscarla en que –desde muy joven– siempre tuvo una especial sensibilidad por los temas de los derechos, de la libertad y de la participación política. Por otra parte, cuando se le interpela acerca de cuál cree que es hoy la

misión de la Universidad, muestra un realismo crítico y lúcido, que le provoca una fuerte preocupación pero no desencanto. En concreto, señala que la Universidad hoy ha cambiado mucho, acercándose —en Italia— a un instituto, a una escuela superior. Sin embargo, lejos de dejarse llevar por un ambiente tan poco estimulante, el profesor Rolla intenta luchar contra esta tendencia, porque aún cree que la Universidad debe cumplir una gran misión formativa, tanto para aquellos que quieren desarrollar con competencia una actividad profesional, como para los jóvenes que desean iniciar la apasionante carrera académica. Cree, asimismo, que la enseñanza ocupa un papel imprescindible en la formación de las personas, y que para llevarla a cabo se requieren profesores de gran experiencia y prestigio. Finalmente, afirma que es muy difícil ofrecer una buena enseñanza si no existe, al mismo tiempo, una buena investigación.

II. SUS OBRAS

Con la brevedad que requiere el encargo que me han efectuado los amigos peruanos, y sin ningún ánimo exhaustivo, resumiré en ocho apartados clásicos los aspectos más destacados del *currículum vitae* del profesor Giancarlo Rolla:

A) Cátedras Universitarias:

- Catedrático («Ordinario» en la terminología italiana) de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cagliari.
- Catedrático de Instituciones de Derecho Público y de Derecho Público Comparado en la Facultad de Economía de la Universidad de Siena.
- Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova.

B) Cargos directivos relacionados con la Universidad y la investigación:

- Decano de la Facultad de Economía de la Universidad de Siena (1987-1995).

- Coordinador del Doctorado de investigación en «Derecho Público Comparado».
- Director de la Escuela de especialización para la formación de los funcionarios públicos.
- Director del Centro estudio y formación Villa Chigi Farnese. (Laboratorio sobre las innovaciones en las Administraciones Públicas).
- Presidente del Centro de investigación sobre los sistemas constitucionales comparados de la Universidad de Génova.

C) *Asociaciones, nacionales e internacionales, de las que forma parte:*

- Miembro de la Asociación Italiana de Derecho Comparado.
- Miembro de la Asociación Italiana de Constitucionalistas.
- Miembro del Comité directivo de la Asociación Italiana de Estudios Canadienses.
- Miembro del Consejo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.
- Miembro del Comité directivo de la Asociación Italiana de Derecho Público Comparado.
- Miembro Correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

D) *Manuales universitarios de su autoría:*

- *Manuale di diritto degli enti locali* (Rimini, 1988, 1991, 1993, 1996 y 1998).
- *Le istituzioni del governo locale* (Milán, 2000).
- *L'ordinamento dei Comuni e delle Province* (Milán, 2000).
- *Manuale di diritto pubblico* (Turín, 1994, 1996, 1998 y 2000).

- *Diritto degli enti locali. Profili istituzionali* (Milán, 2000).
- *Diritto regionale e degli enti locali* (Milán, 2001).
- *Trattato di diritto costituzionale* (Milán, 2007).

E) *Monografías de su autoría:*

- *La misura dell'indennità di esproprio nel quadro del sistema costituzionale italiano* (Milán, 1973).
- *La commissione per le questioni regionali nei rapporti tra Stato e regioni* (Milán, 1979).
- *Riforma delle istituzioni e costituzione materiale* (Milán, 1980).
- *Il privato e l'espropriazione* (Milán, 1986).
- *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna* (Napoles, 1986).
- *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional* (México, 2002).
- *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional* (México, 2006).
- *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Lima, 2008).

F) *Volúmenes colectivos que se han publicado bajo su dirección o coordinación:*

- *Le funzioni amministrative attribuite ai comuni in materia di assistenza e beneficenza* (Cagliari, 1984).
- *L'autonomia regionale Sarda: problemi e prospettive della specialità* (Napoles, 1984).
- *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici* (Milán, 1991).
- *La riforma delle autonomie regionali. Esperienze e prospettive in Italia e Spagna* (Turín, 1995).

- *I dipendenti comunali e provinciali. Rapporto di lavoro e organizzazione* (Turín, 1996).
- *Profili di diritto parlamentare in Italia e Spagna* (Turín, 1997, coordinado conjuntamente con la profesora Eleonora Ceccherini).
- *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada* (Milán, 2000).
- *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali* (Turín, 2001).
- *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati* (Turín, 2003).
- *La difesa delle autonomie locali* (Milán, 2005).
- *Eguale, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canadá* (Milán, 2006).

G) *Artículos más recientes publicados en diversas revistas científicas* (pueden consultarse en dialnet.unirioja.es):

- «Bienes culturales y Constitución» (1989).
- «Crónica sobre la reforma institucional en Italia» (1998).
- «El control de constitucionalidad en Italia: evolución histórica y perspectivas de reforma» (1998).
- «Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales» (1998).
- «El museo como servicio público local: propuestas para la organización y gestión de un sistema local de museos» (1998).
- «Reforma de los reglamentos parlamentarios y evaluación de la forma de gobierno en Italia» (1999).
- «Nuevos perfiles de la noción constitucional de bien cultural y ambiental» (2000).
- «Tra politica e giurisprudizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia» (2000).

- «La actual problemática de los derechos fundamentales» (2000).
- «Papel y funciones del Gobierno en Italia: consideraciones introductorias» (2001).
- «El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y la vida privada: breves consideraciones a la luz de la experiencia italiana» (2001 y 2002).
- «La regulación constitucional de la propiedad privada en Italia según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» (2001).
- «Evolución del sistema constitucional de la autonomía territorial» (2001).
- «El valor normativo del principio de la dignidad humana: consideraciones en torno a las constituciones iberoamericanas» (2002).
- «La reforma constitucional del ordenamiento regional en Italia» (2002).
- «Luces y sombras de la experiencia de las transiciones pactadas. Breves consideraciones sobre los límites de la Constitución vigente en Chile» (2002).
- «La Administración en el Estado democrático de Derecho» (2002).
- «El principio de la dignidad humana: del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo iberoamericano» (2003).
- «El desarrollo del regionalismo italiano» (2004).
- «Il riconoscimento delle diversità culturali nella Costituzione europea» (2004).
- «Juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales» (2004).
- «Relaciones entre ordenamientos en el sistema constitucional italiano» (2004).
- «Las relaciones entre niveles institucionales en los Estados federales y regionales: autonomía, unidad e integración» (2005).

- «Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales: algunas consideraciones a propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (2005).

H) *Colaboraciones más recientes en obras colectivas* (pueden consultarse en dialnet.unirioja.es):

- «La influencia de la Constitución española en el debate sobre la reforma de la Constitución en Italia» (1998).
- «La reforma electoral en Italia» (1999).
- «La reforma de los reglamentos parlamentarios y la evolución de la forma de gobierno en Italia» (2000).
- «Tutela de la identidad cultural y de la ciudadanía en los ordenamientos multiétnicos: la experiencia canadiense» (2000).
- «Igualdad. La problemática del multiculturalismo en la Unión Europea» (2004).
- «El Estado autonómico. La experiencia española desde la óptica del regionalismo italiano» (2004).

III. REFLEXIÓN FINAL

Esta es la obra de Giancarlo Rolla. O seguramente sólo una pequeña parte de ella. Porque es difícil hacer la síntesis de las grandes obras. De la misma manera que no es nada fácil calcular la fuerza de un río impetuoso, ni la embestida de su caudal, ni el color exacto de sus aguas. Reitero, pues, que lo anotado en las líneas precedentes no agota su amplia producción creadora y divulgadora, sino sólo es una muestra –ciertamente significativa– de un currículum mucho más extenso.

Los antiguos hablaban de la existencia humana y la comparaban con el recorrido de un río. Un recorrido que conduce siempre al mar, como dice Jorge Manrique. Pero los ríos del mundo son numerosos y esparcen sus aguas para hacer la tierra fértil y los sembrados prósperos. Sin embargo, hay ríos de muchas clases. Algunos tienen el caudal

poderoso, avanzan seguros y enérgicos, son fuente de vida, resultan bellos para la contemplación, se pueden recorrer e, incluso, navegar. La vida de Giancarlo Rolla se parece mucho a este tipo de ríos, aquellos que riegan los campos y que tienen el agua azul, casi de tonalidades marinas.

«Yo no creo en el destino, concebido en el sentido de que todo está escrito en las estrellas, sino más bien pienso que el carácter es el destino», escribió hace algunos años el eminente constitucionalista español Jorge de Esteban. Pues bien, el carácter de Giancarlo Rolla se caracteriza por la pasión con que aborda su quehacer jurídico, con una laboriosidad extraordinaria mantenida día a día, una inteligencia viva y sugerente que le lleva a cuestionarse hasta los últimos extremos de todos los temas que aborda, y una honestidad intelectual que le ha conducido a decir y escribir lo que estimaba justo y adecuado en ambientes favorables y en otros más hostiles. Tomando prestadas las palabras a Pedro G. Quartango, diré que Giancarlo Rolla es «un gran maestro y un gran difusor de ideas. Es un espíritu acostumbrado a pensar por su cuenta y a rechazar el discurso de lo políticamente correcto, lo que hace muy difícil catalogarlo. A riesgo de simplificar, diré de él que es un hombre de sensibilidad de izquierdas, que pertenece al partido de la inteligencia».

Palma de Mallorca (España), agosto de 2007.

Notas

**Este libro se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley
[grijley@terra.com.pe]
el día 16 de junio de 2008,
con ocasión del nacimiento (Leipzig, 16-VI-1851)
del iuspublicista alemán GEORG JELLINEK († Heidelberg, 12-I-1911).**



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas

ISBN: 978-9972-04-183-9



9 789972 041839

GRILEY