

LA APERTURA CONSTITUCIONAL A LOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. El artículo 16, número 1, de la Constitución apunta a un sentido material de los derechos fundamentales: éstos no son solamente los que las normas formalmente constitucionales enuncien; son o pueden ser también derechos provenientes de otras fuentes, en la perspectiva más amplia de la Constitución material.

Así, no se encuentra en el texto constitucional un elenco taxativo de derechos fundamentales. Por el contrario, la enumeración (empero, sin ser, en rigor, ejemplificativa, es una enumeración abierta, siempre pronta a ser llenada o completada a través de nuevas facultades más allá de aquellas que se encuentran definidas o especificadas en cada momento. De ahí que se pueda llamar al artículo 16, número 1, *cláusula abierta* o de *no tipicidad* de los derechos fundamentales.¹

II. Como se sabe, la 9a. enmienda de la Constitución de los Estados Unidos es la primera y la más importante de las cláusulas abiertas, y no deja de ser significativo que surja en referencia a la primera Constitución moderna, que es también el modelo históricamente más logrado de Constitución liberal.

No son muchas las leyes fundamentales que consagran fórmulas semejantes;² sin embargo algunos textos recientes en la tesitura

1 El artículo 32, número 1, y el artículo 269, número 2, por su lado, pueden calificarse como cláusulas abiertas especiales.

2 Artículo 50 de la Constitución venezolana; artículo 28 de la Constitución de Guinea-Bissau; artículo 5o., § 2o., de la Constitución brasileña; artículo 94 de la Constitución colombiana; artículo 16, núm. 1, de la Constitución de Cabo Verde; artículo 11 de la Constitución ucraniana; artículo 10 de la Constitución estoniana; artículo 55 de la Constitución rusa; artículo 3o. de la Constitución peruana (de 1993). Con menor claridad, artículo 2o. de la Constitución italiana.

del artículo 29, número 1, de la Declaración Universal, contemplan un derecho al libre desarrollo de la personalidad.³ Curiosamente, con todo, en Portugal, después de ser introducida en la Constitución de 1911 (artículo 4o.) esta cláusula transitaría a la Constitución autoritaria de 1933 (artículo 8o., § 1o.), antes de llegar a la Constitución actual.⁴

Recuérdese también la proclamación del artículo 2o. de la Constitución de 1822 (y retomada por el artículo 145, § 1o. de la carta constitucional, por el artículo 9o. de la Constitución de 1838 y por el artículo 3o., número 1, de la Constitución de 1911), según el cual la libertad consistiría en que nadie puede ser obligado “a hacer lo que la ley no manda, ni a dejar de hacer lo que la ley no prohíbe”. Casi todas las Constituciones del siglo XIX de otros países disponían lo mismo.

Con o sin preceptos constitucionales expresos,⁵ lo cierto es que no solamente en los Estados Unidos, sino también en otros

3 Por ejemplo, artículo 2o. de la Constitución alemana, artículo 43 de la Constitución venezolana, artículo 48 de la Constitución paraguaya (de 1967), artículo 5o. de la Constitución griega, artículo 17 de la Constitución angoleña, artículo 10, número 1, de la Constitución española, artículo 16 de la Constitución colombiana, artículo 1o, número 3, de la Constitución rusa.

4 Cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, número 35, del 22 de agosto de 1975, pp. 941 y ss. Texto original del artículo 16, número 1: artículo 14 del proyecto de Constitución del Partido Popular Democrático (véase también artículo 24 del proyecto del Partido Comunista Portugués).

Sobre el artículo 4o. de la Constitución de 1911, véase Marnoco y Sousa, *Constituição Política da República Portuguesa Comentário*, Coimbra, 1913, pp. 204 y 205; y para una comparación de este precepto con los preceptos de las Constituciones posteriores, véase Bacelar Gouveia, Jorge, *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa, 1995, pp. 267 y ss., y Otero, Paulo, “Direitos históricos e no tipicidade pretérita dos direitos fundamentais”, en *Ab Uno Ad Omnes*, obra colectiva, Coimbra, 1998, pp. 1069 y ss.

5 Sobre la cláusula abierta, véase Schmitt, C., *Verfassungslehre*, trad. castellana: *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, pp. 203 y ss.; Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Nueva York, 1961, pp. 266-267; Abrahms, Floyd, “What are the rights guaranteed by de Ninth Amendment?”, *American Bar Association Journal*, número 53, noviembre de 1967, pp. 1033 y ss.; Brewer-Carias, Allan, “Les garanties constitutionnelles des droits de l’homme dans les pays de l’Amérique Latine (notamment en Venezuela)”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1977, p. 34; Pelloux, Robert, “Vrais et faux droits de l’homme”, *Revue du Droit Public*, 1981, pp. 55 y ss.; Henkin, Lois, “Rights: Here and There”, *Columbia Law Review*, 1981, p. 1587; Harris II, William F., “Bonding World and Polity: the Logic of American Constitutionalism”, *The American Political*

países, la jurisprudencia ha construido nuevos derechos o nuevas facultades o especificaciones de derechos más allá de aquellos que se encuentran en las Constituciones escritas.⁶

III. No se trata solamente de la complementación o de la integración del catálogo inscrito en el texto constitucional.

Más que eso, se trata de una manifestación simétrica de la regla del carácter restrictivo de las restricciones de derechos, libertades y garantías (artículo 18, números 2 y 3), del principio de libertad contrapuesto al principio de competencia-libertad de las personas contrapuesta a la prefijación normativa de los poderes del Estado y de sus órganos. La realización individual de cada hombre o mujer no se ciñe a este o aquel acervo de derechos declarados en cierto momento.⁷

Con esta idea se compagina la consagración, también entre nosotros, desde 1997, de un derecho al desarrollo de la personalidad en el artículo 26, número 1,⁸ teniendo por homólogo en el derecho privado la tutela general de la personalidad (artículo 70 del Código Civil).⁹

Science Review, 1982, p. 44; Ferraz Junior, Tércio Sampaio, *Constituinte Assembleia, processo, poder*, 2a. ed., São Paulo, 1986, pp. 13 y ss.; Mota, Henrique, "Le principe de la 'liste ouverte' en matière de droits fondamentaux", *La justice constitutionnelle au Portugal*, pp. 177 y ss.; Sworin, Ronald, "Unenumerated Rights: Wether and how Roe should be overruled", *The Bill of Rights in the Modern State*, obra colectiva, Chicago y Londres, 1992, pp. 381 y ss.; Loureiro, João, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, Coimbra, 1996, pp. 212 y 213; Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 1998, pp. 349-350 y 369-370. Cfr. además, sobre el "número" de libertades, Grossi, Pier Francesco, *I diritti di libertà ad uso di lezione*, I, 1, Turin, 1991, pp. 167 y ss.

6 Véase, por ejemplo, con respecto a Suiza, Müller, Jörg Paul, *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berna, 1983, pp. 24 y ss.; y por cuanto se refiere a Italia, Ponthoreau, Marie-Claire, "Le article 2 de la Constitution italienne et la concrétisation de droits non-écrits", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1989, pp. 97 y ss. Por otro lado, con relación a Francia, Favoreau, Louis et al., *Droit constitutionnel*, Paris, 1998, p. 793.

7 Cfr. para todos, Modugno, Franco, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Turin, 1995, pp. 7-8 y 92.

8 Véase *Diário da Assembleia da República*, 7a. legislatura, 2a. sesión legislativa, 1a. serie, número 94, reunión del 15 de julio de 1997, pp. 3380 y 3395 y ss.

9 Cfr. de las diferentes ópticas en los últimos años: a favor, Carvalho, Orlando de, *Os direitos do homem no direito civil português*, Coimbra, 1973, pp. 23 y ss., princip al-

Más allá de eso, en la medida en que las personas colectivas y entidades no personalizadas se entiende que están al servicio, en el último análisis, de las personas humanas que las integran, puede también concebirse que éstas reciben derechos fundamentales no formalmente constitucionales.¹⁰

IV. ¿Vale la regla también en lo concerniente a los derechos económicos, sociales y culturales?

Podría suponerse que no, ya que los derechos sociales implican intervenciones del Estado, restrictivas o potencialmente restrictivas de los derechos de libertad. Ahora bien, solamente tendría sentido aumentar la libertad más allá de la Constitución (y de la ley), no ampliarla a otros intereses y aspiraciones; sólo tendría sentido buscar una mayor limitación del poder público, no estimular una mayor acción de ese poder.¹¹

No seguimos esta opinión. A nuestro entender, porque vivimos, no en un Estado liberal, sino en un Estado social de derecho, los derechos económicos, sociales y culturales (o los derechos que en ellos se comprenden) pueden y deben ser ampliados o aumentados más allá de los que se encuentren declarados en cierto momento histórico precisamente en la medida en que la solidaridad, la promoción de las personas, la conciencia de la necesidad de la corrección de las desigualdades (como se quiera) va

mente 31 y 32; Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, p. 87; Antunes Varela, "Alterações legislativas do direito ao nome", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, número 3710, septiembre de 1983, pp. 143 y 144; Mota Pinto, Paulo, "O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1993, pp. 490 y ss.; Rabinathan Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995; en contra, Penha Gonçalves, *Direitos de personalidade e sua tutela*, Luanda, 1974, pp. 22 y 23; Oliveira Ascenso, *Teoria geral do direito civil*, I, Coimbra, 1997, pp. 78 y ss.

10 Cfr. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*..., cit., p. 12.

11 En este sentido, criticando el artículo 16, número 1, Mota, Henrique, *op. cit.*, pp. 197 y ss.; Casalta Nabais, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa* Lisboa, 1990, p. 10, nota y *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 1997, p. 118, nota. A favor de la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 116 y 117; Bacealar Gouveia, Jorge, *op. cit.*, pp. 362-362; Otero, Paulo, *Direitos*..., cit., p. 1073.

creciendo y penetrando en la vida jurídica. Y porque esos derechos (o gran parte de ellos) emergen como instrumentos con relación a los derechos, libertades y garantías, no hay entonces que temer por la libertad: en tanto que no se pierda, en ningún caso, el punto firme que representan los derechos, libertades y garantías asegurados por la Constitución, mientras más solidaridad más seguridad, y mientras más condiciones para la libertad, habrá más adhesión a la libertad.

Un ejemplo basta para comprobarlo. El artículo 74, número 2, párrafo 'a', de la Constitución, incumbe al Estado el asegurar la enseñanza básica universal, obligatoria y gratuita. Ahora bien, no solamente la duración de la enseñanza básica ha sido alargada a lo largo de la vigencia de la Constitución,¹² y no podría considerarse inconstitucional la obligatoriedad de la enseñanza secundaria o de la educación preescolar. Y otro ejemplo se encuentra en el rendimiento mínimo garantizado creado por la Ley número 19-A/96, del 23 de junio.

Además, la realización de los derechos económicos, sociales y culturales no depende solamente del Estado. Depende también de comunidades, grupos y asociaciones, de la capacidad de organización de los propios interesados y del empeño participativo que pongan en la acción. Pedir más derechos no es lo mismo que reclamar más interferencia del Estado o más burocracia. Por el contrario, por lo menos en la lógica de la Constitución portuguesa, pedir nuevos o más extensos derechos económicos, sociales y culturales equivale a pedir más derechos de participación de las personas y de los grupos sectoriales dentro de la sociedad civil.

V. De todos modos, el problema que así queda manifestado es real: cuando es creado o atribuido un nuevo derecho, éste nunca deja de tener implicaciones en los derechos ya existentes de la misma persona o categoría de personas o en los de otras personas; no pueden ser previstos por la ley ordinaria tantos o tales de-

12 Actualmente es de nueve años (artículo 60. de la Ley número 46/86, del 14 de octubre).

rechos que riñan con los derechos constitucionalmente consagrados; no pueden ser agregados nuevos derechos indefinidamente.¹³

Este problema no se suscita, con todo, solamente a propósito de los derechos económicos, sociales y culturales; se suscita en las relaciones entre ellos y los derechos, libertades y garantías, y se suscita en las relaciones entre estos y aquellos derechos, libertades y garantías. Es un problema que se reconduce a la temática general de la colisión de derechos, a prevenir o a resolver, en todos los casos, en armonía con los criterios generales y teniendo en cuenta, en el último análisis, que una norma legal que instituya un derecho contrario o, en la práctica, subversivo de un derecho que consta en la norma constitucional no puede tener precedencia y debe ser juzgado de inconstitucional por los tribunales.

Una cosa es la ilimitabilidad de la personalidad humana¹⁴ y otra cosa es la ilimitabilidad de la lista de derechos en que se concretice. Ningún derecho es absoluto o ilimitadamente elástico, y cada nuevo derecho ha de coexistir con los demás derechos, sin quebranto de la unidad (además, más valorativa que lógica) del sistema. La apertura a nuevos derechos es siempre dentro del sistema constitucional, por más abierto que éste sea ante las transformaciones sociales, culturales, científicas, y técnicas de nuestro tiempo.

VI. Ningún obstáculo existe en admitir derechos fundamentales de naturaleza análoga a los derechos, libertades y garantías solamente previstos en la ley (o en fuentes de derecho internacional): en tanto que sean derechos fundamentales para el efecto del artículo 16, también lo pueden ser para efecto del artículo 17.¹⁵

13 Cfr. las preocupaciones de Vieira de Andrade (al igual que las de Barbosa de Melo y Cardoso da Costa), en *Estudo e projecto de revisão da Constituição*, Coimbra, 1981, p. 37; De Oliveira Ascenso, *Teoria geral*, cit., p. 68; o de Martínez de Pisón, José, *Derechos humanos; historia, fundamento y realidad*, Zaragoza, 1997, pp. 52 y 252.

14 Orlando de Carvalho, *op. cit.*, p. 23.

15 La supresión de la referencia a la "ley" en 1982, fue, por lo tanto, irrelevante. Todavía en el proyecto de revisión constitucional del Partido Social-Demócrata de 1986 sólo se admitía la extensión del regimen de los derechos, libertades y garantías a derechos de naturaleza análoga previstos en la Constitución, lo cual sería diferente.

Pero, obviamente, no tendría sentido aplicar a esos derechos el régimen relativo a la competencia parlamentaria, ni el de los límites materiales de revisión constitucional.

¿Y en cuanto al régimen material? ¿Participan los derechos, libertades y garantías creados por ley del estatuto, especialmente consistente, de los artículos 18, 19 y 21 de la Constitución?

Nos parece que la respuesta debe ser mitigadamente positiva.

Prima facie se dice que si un derecho es creado por ley, también por ley puede ser extinguido.¹⁶ Esto cambiaría, como se trata de un derecho fundamental, por reflejar el sentido propio de la Constitución material, y como su formulación representa más un paso en la realización de ésta, se vuelve inadmisibles o extremadamente difícil de concebir que con posterioridad venga a ser suprimido, salvo, acaso, en situación excepcional¹⁷ o por revisión constitucional.¹⁸

Mucho menos sería de admitirse frente al sistema de relación entre derecho internacional y derecho ordinario interno (artículo 81) que un derecho creado por tratado pudiera ser afectado por ley.

Claro que por lo que se refiere a la subsistencia, no se ve por qué motivo no se debe extender — si es de naturaleza análoga a los derechos del título segundo de la parte primera de la Constitución— el régimen de los derechos, libertades y garantías.¹⁹ Por menos exigente que se sea en cuanto a la medida en que el régimen constitucional es aplicable a los derechos análogos de origen legal, siempre quedará como un mínimo irremisible la prohibición de restricciones injustificadas o desproporcionadas.²⁰

16 Cfr. el acuerdo 174/87 del Tribunal Constitucional del 20 de mayo, en el *Diário da República* 2a. serie, número 159, del 14 de julio de 1987.

17 Cfr. el acuerdo 51787, del 4 de febrero, *ibidem*, 2a. serie, número 83, del 9 de abril de 1987.

18 Nos acercamos aquí, por lo tanto, a la posición de Mota, Henrique, *op. cit.*, pp. 205 y ss.

19 En este sentido, Vieira de Andrade, *op. cit.*, pp. 79 y 80; y, en cierto modo, Albino de Azevedo Soares, *Leções de direito internacional pública* 4a. ed., Coimbra, 1988, p. 101.

20 Acuerdo 109/85 del 2 de julio, en el *Diário da República* 2a. serie, número 108, del 10 de septiembre de 1985, p. 8455.

VII. Una cuestión distinta consiste en saber si puede haber reglas, obviamente, solamente reglas materiales, sobre derechos fundamentales que se deriven solamente de la ley.

Sin duda, pueden existir, en tanto que tampoco ellas contradigan a las normas constitucionales. Es el caso de algunas reglas del estatuto del Proveedor de Justicia (hoy, ley 9/91, del nueve de abril, y ley 30/96, del 14 de agosto) y es el caso de la responsabilidad criminal de los titulares de cargos políticos por violación de derechos, libertades y garantías (ley 34/87, del 16 de julio, con fundamento en el artículo 117 de la Constitución).

Por lo que se refiere a las reglas derivadas de las normas internacionales, son particularmente relevantes las que derivan de la Convención Europea de Derechos del Hombre y de sus protocolos adicionales, al prever el acceso de los individuos al Tribunal Europeo.

VIII. Ley, para efecto del artículo 16, número uno, se refiere a cualquiera de los tipos constitucionales de actos legislativos del artículo 112. Sólo ha de ser ley de la Asamblea de la República cuando la creación de un nuevo derecho repercuta, directa o indirectamente, en alguno de los derechos, libertades y garantías del título II de la parte I de la Constitución.

Pero Ley comprende también el acto legislativo equiparable, sea cual fuera el nombre, a la sombra de las leyes constitucionales anteriores (v. g. el Decreto-ley 47,344, del 25 de noviembre de 1966, de aprobación del actual Código Civil),²¹ naturalmente, en tanto su contenido sea conforme con la Constitución de 1976 (artículo 290).

Por reglas de derecho internacional se entienden las normas jurídico-internacionales vinculantes para el Estado portugués abarcadas por el artículo 8o. derecho internacional general o

21 Es algo parecido a lo que pasa en el artículo 280, número 3, con el recurso obligatorio para el Tribunal Constitucional, con respecto al Ministerio Público, de decisiones de inconstitucionalidad sobre ciertas categorías de actos. Véase nuestro *Manual de direito constitucional* II, 3a. ed., Coimbra, 1991, p. 251.

común, convencional y derivado de organizaciones internacionales.²²

Para Paulo Otero,²³ el artículo 16, número uno, contendría también una verdadera cláusula de ampliación pretérita de las fuentes del sistema constitucional. Habría que tener en cuenta la aplicación “pacífica” de las respectivas normas y el paralelo con la salvaguarda de los efectos jurídicos de las normas de derecho ordinario contrarias a la Constitución admitida en el artículo 282, números 3 y 4.

No aceptamos esta interpretación. No vemos cómo en el interior del mismo ordenamiento puedan subsistir dos ideas de derecho diversa²⁴ — principalmente en el caso portugués, ante la ruptura ocurrida en 1974—. Ni se pueden extrapolar las reglas del artículo 282, números 3 y 4 — reglas que son correctivas y de ámbito bien circunscrito, si no excepcional— para una derogación del artículo 290, número dos, a título permanente.²⁵

También hay quienes sustentan que el artículo 16, número uno, abarca cualquier fuente infraconstitucional,²⁶ a saber: los reglamentos del gobierno producidos al amparo del artículo 199, párrafo g), de la Constitución.²⁷

Pero no advertimos tampoco como tal cosa pueda verificarse en sistemas tan fuertemente jeraquizados como los continentales.

22 Con respecto al derecho comunitario, así es, por ejemplo, en Duarte, Luisa, *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitário*, Lisboa, 1989, p. 134.

23 *Direitos históricos*, cit., pp. 1065 y ss. y 1082 y ss.

24 Como sugiere en la p. 1088.

25 Las tres hipótesis expuestas son explicables sin necesidad de apelar a ningún derecho “histórico”: con respecto a los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos y sus familias (es decir, situaciones funcionales, y no derechos fundamentales), éstos provienen del derecho internacional general o común; con respecto a la “perrogativas” y “privilegios” concordatarios de la Iglesia católica, éstos (o algunos de éstos) no serán inconstitucionales en la medida en que pudieran ser extensivos, proporcionalmente a otras confesiones; y, con respecto a la discreción de propiedad de farmacia de los farmacéuticos, existen fuertes argumentos en el sentido de no contradecirse con la Constitución [véase “Propriedade e Constituição (a propósito da lei da propriedade da farmácia)”, *O Direito*, 1974-1987, pp. 75 y ss.].

26 Bacelar Gouveia, Jorge, *Os direitos*..., cit., p. 354.

27 Oteiro, Paulo, *Os direitos*..., cit., pp. 1075 y ss.

Si puede haber derechos objeto de reglamentos (v. g. universitarios o de prisiones), éstos no adquieren, ciertamente, la naturaleza de derechos fundamentales.

En contrapartida, no excluimos a priori la posibilidad de derechos fundamentales de origen consuetudinario — por coherencia con nuestra posición del principio favorable a la costumbre constitucional—.²⁸ Simplemente al haber tales derechos (lo que pareciera una hipótesis casi académica), éstos no se cimentarían en el artículo 16, número 1;²⁹ extraerían su propia fuerza de esa fuente.

IX. Por su naturaleza, no pueden ser considerados derechos fundamentales todos los derechos, individuales o institucionales, negativos o positivos, materiales o procedimentales, provenientes de fuentes internas e internacionales.

Solamente algunos de esos derechos lo pueden ser: solamente algunos de ellos, por su finalidad o por su fundamentalidad, por la conjugación con derechos fundamentales formales, por la naturaleza análoga a éstos (*cf.* también el artículo 17), o que por su devenir inmediato de principios constitucionales se sitúen al nivel de la Constitución material.³⁰

Jorge Bacelar Gouveia habla, respecto del artículo 16, número 1, de derechos fundamentales atípicos. Ahora bien, no solamente consideramos inadecuado el nombre, sino que no vislumbramos interés en la concepción adoptada. Inadecuado es el nombre, porque, siendo el tipo un concepto de orden a través del cual se describen realidades por medio de sus elementos más significativos,³¹ también los pretendidos derechos atípicos corresponden a tipos, pues las fuentes infraconstitucionales donde constan no

28 Véase *Manual...*, II, cit., pp. 116 y ss.

29 En este sentido, Bacelar Gouveia, Jorge, *op. cit.*, pp. 154 y 364-365. En sentido diferente, Otero, Paulo, *op. cit.*, pp. 1077 y ss.

30 En este sentido, Vieira de Andrade, *op. cit.*, pp. 87-88; Cardoso da Costa, *A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na proteção dos direitos fundamentais*, Lisboa, 1990, pp. 8 y 15; Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3a. ed., Coimbra, 1993, p. 137; Sarlet, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, 1998.

31 *Os direitos...*, cit., pp. 56 y 57.

permiten definirlos.³² Sin interesar la concepción, porque ni tipología equivale a tipicidad, ni queda clara la naturaleza de esos derechos.³³

X. Teniendo en cuenta la extensión de derechos fundamentales de la parte I y la tendencia (criticable) de sucesivas revisiones para constitucionalizar derechos de base legal o internacional, son pocos los derechos nuevos que se manifiestan que se encuentran hoy en normas infraconstitucionales. Son más numerosos los desdoblamientos y desarrollos de aquellos derechos o las nuevas facultades que se explicitan.

Los derechos fundamentales solamente de origen legal incluyen entonces:

- El derecho al nombre (artículo 77 del Código Civil), una de las explicitaciones del derecho a la identidad personal (artículo 26, número 1, de la Constitución); las garantías en cuanto a interdicciones por anomalía psíquica, sordomudez o ceguera (artículos 138 y siguientes del Código Civil); el derecho de la fundación (artículos 185 y siguientes); el derecho a rechazar exámenes y tratamientos hospitalarios (artículos 80 y 82 del Estatuto Hospitalario, aprobado por el Decreto-ley 48,357, del 27 de abril de 1968); el derecho a la asistencia religiosa en los hospitales (artículo 80, número 4, del mismo Estatuto); los derechos de argüir en el procedimiento disciplinario del trabajo (artículo 31 del régimen de contrato individual del trabajo, derivado del Decreto-ley 49,408, del 24 de noviembre de 1969); el derecho de los trabajadores a la manutención de la categoría profesional [artículos 21, número uno, párrafo d, y 23]; la libertad de asociación patronal [Decreto-ley 215-C/75, del 30 de abril]; los derechos fundamentales de los reclusos, como el derecho al trabajo remunerado (artículos cuarto, número uno, y 63 y siguientes del Decreto-ley 265/79, del primero de agosto), el derecho a la

32 Como, por otra parte, lo reconoce el autor, *ibidem*, p. 75.

33 *Ibidem* pp. 306 y 316, 50 y 402 y ss.

visita (artículos 22 y siguientes), el derecho de correspondencia (artículos cuarenta y siguientes), la libertad de revisión y culto y el derecho a la asistencia moral y espiritual (artículos 89 y siguientes) y el derecho de consentir al tratamiento médico que favorezca la reinserción social (artículo 99); el derecho de constitución de comisiones de trabajadores en la función pública (artículo 41 de la ley 46/79, del 12 septiembre); el derecho de renuncia a la ciudadanía portuguesa (artículo 8 de la ley 37/81, del 3 de octubre); el derecho de audiencia de los interesados en el procedimiento administrativo antes de que sea tomada la decisión final (artículo 100 del Código de Procedimiento Administrativo); el ya referido derecho al rendimiento mínimo garantizado (ley 19-a/96, del 29 de junio, y Decreto-ley 196/97, del 31 de julio); los derechos de las personas portadoras de anomalía psíquica en caso de internamiento obligatorio (artículos 10, 11 y 31 de la ley 36/98, del 26 de julio); el derecho al reagrupamiento familiar de extranjeros (artículos 56 y 57 del Decreto-ley 244/99, del 8 de agosto).

Entre los provenientes de convenciones internacionales, se indican:

- El derecho de no sujeción a experimentos médicos o científicos sin consentimiento del involucrado (artículo 7o., segunda parte, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); los derechos relativos al régimen penitenciario (artículo 10), la prohibición de la prisión por deudas (artículos 11 y 1o. del protocolo adicional número 4 a la Convención Europea de los Derechos del Hombre), el derecho al conocimiento de la lengua en el proceso penal [artículo 14, número 3, párrafos a) y b), y artículos 5o., números dos y seis, número 3, párrafos a) y e), de la Convención Europea], el derecho de los padres de asegurar la educación y enseñanza de los hijos de acuerdo con sus convicciones religiosas y filosóficas (artículo 2o. del Protocolo Adicional

Número Uno a la Convención Europea), los derechos correspondientes a la “ciudadanía europea” (artículos 17 y siguientes del Tratado de Roma, seguido del Tratado de Amsterdam de 1997).^{34 35}

XI. Tal como en otros países,³⁶ la jurisprudencia constitucional también ha contribuido a agregar nuevos derechos o desarrollos de derechos:

- El derecho de recurso o de segundo grado de jurisdicción en el proceso penal (acuerdo 31/87 del Tribunal Constitucional); el derecho al conocimiento y al establecimiento de la paternidad (acuerdos 99/88 y 694/95); el derecho de oponerse a la utilización del propio cadáver, por razones éticas, filosóficas o religiosas (acuerdo número 130/88);³⁷ la garantía del secreto bancario (acuerdo 278/95).

XII. Tanto en la Asamblea Constituyente en 1975³⁸ como en la primera, en la segunda y la tercera revisiones constitucionales,³⁹ se propuso, sin éxito, que en el artículo 16, número uno, de la Constitución, se hiciese referencia expresa a los derechos inherentes a la “inviolabilidad de la persona humana”,⁴⁰ con lo que se

34 Véase *Manual...*, III, 4a. ed., Coimbra, 1998, pp. 158 y ss.

35 Antes de 1982, también eran derechos fundamentales consignados en la ley, el derecho a la imagen (artículo 79 del Código Civil) y el derecho a la coadministración en el sector empresarial del Estado (artículos 30 y 31 de la Ley 46/79, del 12 de septiembre); y antes de 1997, el derecho a decisión en plazo razonable en los procesos civiles, un derecho fundamental consignado en norma internacional (artículo 6o., número 1, de la Convención Europea).

36 Cfr. Ponthoreau, Marie-Claire, *La reconnaissance de droits non-écrits par les Cours Constitutionnelles italienne et française*, París, 1994; Nuno Piçarra, “A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para fiscalizar a compatibilidade do direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, *Ab uno ad omnes*, obra colectiva, pp. 1395 y ss.

37 Cfr. Cardoso da Costa, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

38 Artículo 130 del proyecto de Constitución del Partido Popular Democrático, retomado en la discusión del informe de la Comisión de Derechos, Libertades y Garantías.

39 Proyectos de revisión constitucional números 2-II, 1 y 4/V y 5/VII.

40 Un antecedente de la propuesta fue el proyecto de revisión constitucional número 6/X presentado en 1970 por los diputados Sá Carneiro y otros (*Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, suplemento en el número 50, del 19 de diciembre de 1970, pp. 1236-

pretendía, simultáneamente, obtener una cláusula general de tutela de la personalidad y un sistema abierto de declaración de derechos, cimentado en la persona como tal, en su devenir histórico.⁴¹

Contra la iniciativa se adujeron en la Asamblea Constituyente argumentos de carácter primordialmente ideológico,⁴² y en la Asamblea de la República, argumentos de carácter más técnico.⁴³ La circunstancia de haber sido rechazado en cuatro ocasiones no permite extraer ninguna conclusión *a contrario sensu*, visto que, en rigor, objetivamente, la mención no traería nada que no estuviese ya comprendido en la proclamación de la “dignidad de la persona humana” por el artículo 1o., en la recepción de la Declaración Universal, por el artículo 16, número dos, en lo tocante al derecho y desarrollo de la personalidad del ahora artículo 26, número uno, o en el régimen de los derechos, libertades y garantías.⁴⁴

La alusión a la “inviolabilidad de la persona humana” aclararía tal vez un poco más el sentido del mismo artículo 16, número 1. Pero aunque fuese aprobada no podría actuar de por sí; carecería siempre de la mediación de la ley, del tratado o de la jurisprudencia.

2): en el artículo 8o., § 1o., de la Constitución de 1933, ya se mencionan también los derechos “derivados de la naturaleza y dignidad de la persona”.

41 Cfr. Vieira de Andrade (*Estudo e projecto ...*, cit., pp. 38 y 45) que asocia la referencia a la inviolabilidad al carácter personal (individual) de los derechos fundamentales.

42 Véase el debate en *Diário*, número 35, del 22 de agosto de 1975, pp. 941 y ss.

43 Con respecto a la primera revisión, véase *Diário*, 2a. legislatura, 1a. sesión legislativa, 2a. serie, 5o. suplemento en el número 108, pp. 3332 (105) y ss. A favor, se dice reputadamente, que se trataba de reconocer a “la persona humana como matriz dinámica, creadora de derechos” [diputado Costa Andrade, p. 3332 (105)]. En contra, que podrían “crearse derechos por vía interpretativa o alterarse el estatuto de los derechos ya existentes o dárseles un contenido diferente al cual tienen hoy en nuestra Constitución sin ningún control sobre ello” [diputado Nunes de Almeida, p. 3332 (109)]. En relación con la segunda revisión constitucional, véase *Diário*, 5a. legislatura, 2a. sesión legislativa, 1a. serie, número 64, reunión del 14 de abril de 1989, pp. 2205 y ss. A favor, se destacó que la idea de inviolabilidad tenía una connotación directa con el sentido pre- y metaconstitucional de los derechos fundamentales (diputada Maria de Assunção Esteves, p. 2205). En contra, que sería un concepto relativamente indeterminado y que podría servir para justificar restricciones (diputado José Magalhes, p. 208).

44 Sostenemos en lo esencial, lo que escribimos en *A Constituição de 1976*, Lisboa, 1978, p. 483.