

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES . . . . .	83
I. Los derechos constitucionales como derechos fundamentales . . . . .	83
II. Derechos fundamentales en sentido formal y derechos fundamentales en sentido material . . . . .	88
III. Los derechos fundamentales en la historia . . . . .	92
IV. Derechos fundamentales y regímenes políticos en el siglo XX . . . . .	97
V. Derechos fundamentales y sistemas constitucionales .	102
Resumen . . . . .	112

## LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

### I. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La locución “derechos fundamentales” ha sido en las últimas décadas la preferida por la doctrina y por los textos constitucionales para designar a los derechos de las personas frente al Estado que son objeto de la Constitución: los derechos constitucionales.

Si bien había sido ya empleada en el siglo XIX, se remonta principalmente a la Constitución de Weimar (cuya parte II versaba sobre los “Derechos y deberes fundamentales de los alemanes”) y ahora tiende a generalizarse. La utilizan Constituciones tan diversas como la alemana (artículos 1o. y ss.), la de Mozambique (artículos 26 y ss.), la de Angola (artículos 17 y ss.), la española (artículos 10 y ss.) o la de Bulgaria (artículos 25 y ss.), así como la portuguesa (artículos 12 y ss.).

Explican este hecho el enlace directo e inmediato entre Constitución —la ley fundamental— y los derechos que su nombre sugiere, la neutralidad del concepto que expresa, acaso, sobre todo, las insuficiencias de la concepción dieciochesca de los derechos como siendo esencialmente libertades individuales frente al Estado.

El cotejo con otras designaciones, algunas de las cuales todavía son frecuentes, muestra las ventajas del término “derechos fundamentales” y contribuye, al mismo tiempo, a hacer algunas distinciones que es importante resaltar para excluir cualquier equívoco.

2. En el lenguaje empírico tal vez se habla principalmente de los derechos del hombre, o, por influencia anglosajona, de derechos humanos.

Esto no sucede por azar: aunque sea solamente porque de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre se desarrolla el recorrido decisivo en la adquisición jurídica de los derechos fundamentales y porque la expresión traduce bien la idea de derechos del hombre, solamente por ser hombre, son derechos que por eso mismo son comunes a todos los hombres.

Empero, a pesar de la constante referencia a los derechos fundamentales y a los derechos del hombre (y viceversa), en contra de la adopción de este término en derecho constitucional militan tres razones.

La primera consiste en que más allá de cualquier profesión de fe en los derechos del hombre, de lo que nos ocupamos aquí es de derechos asentados en el orden jurídico, y no de los derechos derivados de la naturaleza del hombre y que subsistan independientemente de su negación u olvido. Que el orden jurídico no sea o no deba ser solamente de preceptos positivos no se discute; pero debe ser siempre a través de normas o de principios positivos, así sea de derecho natural positivado —como hay tantos en las Constituciones y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre— que tales derechos deban ser captados y estudiados.

Los derechos fundamentales, o por lo menos los inmediatamente conexos con la dignidad de la persona humana, radican en el derecho natural (o, si se prefiere, en valores éticos superiores o en la conciencia jurídica comunitaria), de tal suerte que deben ser tenidos como límites trascendentes del propio poder constituyente material (originario) y como principios axiológicos fundamentales.<sup>1</sup> No se agotan, sin embargo, en el derecho natural.

La segunda razón resulta de la necesidad, en el plano sistemático del orden jurídico —y, antes que nada, de la Constitución— de considerar a los derechos fundamentales correlacionados con otras figuras subjetivas y objetivas. No se pueden separar de la

<sup>1</sup> Cfr. Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, II, 3a. ed., Coimbra, 1991, pp. 105 y ss.

organización económica, social y cultural ni de la organización política, y ejercen así un importantísimo papel dinamizador, proyectándose fuertemente sobre una y otra —de la misma manera que sufren el influjo de la Constitución económica, de la cultural y de la política.

La tercera razón deriva de la observación. Los derechos fundamentales presentes en la generalidad de las Constituciones del siglo XX —e incluso, en grado bastante menor, en las del siglo XIX— no se reducen a derechos impuestos por el derecho natural. Hay muchos otros: derechos del ciudadano activo, del trabajador, del gobernado, etcétera. Hay derechos conferidos a instituciones, grupos o personas colectivas: derechos de las familias, de las asociaciones, de los sindicatos, de los partidos. Y muchos son derechos creados pura y simplemente por el legislador positivo, en armonía con sus opciones legítimas y con las condicionantes de su respectivo país.

Ya en el derecho internacional, en la medida en que éste no se desinteresa hoy en día de los derechos de las personas, tiende a prevalecer el término “derechos del hombre” —o el término “protección internacional de los derechos del hombre”— en parte porque ahí son más inmediatos los imperativos de la conciencia ética, en parte porque queda así más clara la atinencia de los derechos a los individuos y no a los Estados o a otras entidades internacionales, en parte porque es menor el desarrollo alcanzado.<sup>2</sup>

3. Se encuentran acepciones próximas del término “derechos del hombre” en las expresiones “derechos innatos” (artículo 1o. de la Declaración de Virginia); “derechos naturales” (artículo 2o. de la Declaración de 1789) o “derechos originarios” (artículo 359 del Código Civil portugués de 1867).<sup>3</sup>

Se percibe en ellas una concepción claramente más plegada al jusnaturalismo e individualismo que en la expresión “derechos

2 Véase artículo 7o., número 1, de la Constitución portuguesa de 1976, y posteriormente la de 1982.

3 O derechos primitivos (Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional*, I, Coimbra, 1978, p. 20).

del hombre”, y un ámbito mucho menor de lo que aparece en la mayor parte de las Constituciones del siglo XX.

4. Muy difundida, principalmente en los países anglosajones, es la designación “derechos civiles” —los derechos civiles como derechos de los ciudadanos como derechos contrapuestos a los derechos naturales—. Y uno de los pactos internacionales para la ejecución de la Declaración Universal versa sobre los “Derechos Civiles y Políticos”, al tiempo que otro trata de los “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Sin embargo, independientemente de la confusión que se podría generar con los derechos civiles, o derechos subjetivos propios del derecho civil, destacan dos aspectos.

Por un lado, los derechos civiles, en tanto que derechos del ciudadano, son solamente derechos individuales (o derechos del individuo como ciudadano), mientras que ciertamente hay derechos no individuales, derechos institucionales y derechos del individuo que no son de ciudadano (derechos del hombre, antes que derechos del ciudadano, y derechos del niño, del trabajador, etcétera).

Por otro lado, derechos civiles, tales como aparecen en ese pacto y en otros instrumentos internacionales, corresponden a los derechos, libertades y garantías del título II de la parte I de la Constitución portuguesa; y, por ende, no abarcan sino una parte de los derechos que en la actualidad se elevan a derechos fundamentales.

Es de observarse también que los derechos civiles no se confunden con los derechos cívicos o derechos a prestaciones del Estado (y de la sociedad) derivados de la calidad de ciudadano, de miembro de la comunidad política.

5. Si el origen de los derechos fundamentales se encuentra directamente en las corrientes políticas y jurídicas de los Estados Unidos y de Francia del siglo XVIII, la elaboración dogmática de la categoría comienza en Alemania, a mediados del siglo siguiente, en un ambiente bien diferente.

La teoría de los derechos subjetivos públicos es tanto un ensayo de explicación sistemática de los derechos de las personas

frente a las entidades públicas (y de las propias entidades públicas), adecuada al desarrollo de entonces del derecho en Alemania, como una reacción contra el derecho natural.

Según esta teoría, sólo el Estado tiene una voluntad soberana, y todos los derechos subjetivos públicos fundamentales tienen sustento en la organización estatal.

Pero si bien Gerber considera a esos derechos como un mero reflejo del derecho objetivo y un límite del poder del Estado,<sup>4</sup> ya Jellinek los analiza a partir de un vínculo específico entre el individuo y el Estado, en términos de estatuto.<sup>5</sup>

Así como el concepto y la expresión “derechos del hombre” surgen, o pueden surgir, de un jusracionalismo insatisfactorio, también el concepto y la locución “derechos subjetivos públicos” se reporta a una visión positivista y estatista que los amarra y condiciona. Se diría que ningún valor les subyace, ni sobresa el sentido de autonomía de las personas, y por el contrario, prevalece la idea de soberanía (si bien trabajada jurídicamente).

“Derechos subjetivos públicos” significa derechos subjetivos atribuidos por normas de derecho público, en contraposición a los derechos subjetivos atribuidos por normas de derecho privado. Ahora bien, esta simetría podría estar imbuida de una identidad de naturaleza —cuando a priori nada la justifica— ya que se manifiesta muy heterogénea la estructura de los derechos de las personas garantizados por la Constitución y ya que por lo menos se perfila como dudosa la calificación de algunos como derechos subjetivos.

Por otro lado, su ámbito comprende no solamente situaciones jurídicas activas de las personas frente al Estado, sino situaciones funcionales inherentes a la titularidad de los cargos públicos; comprende situaciones que caben en el derecho administrativo, en el tributario, o en el procesal (derechos de los funcionarios y

4 *Über öffentlichen Recht*, 1852, trad. italiana *Diritto pubblico*, Milán, 1971, pp. 31 y 32.

5 *System der subjektiven öffentlichen Rechts*, 1982, trad. italiana (con prefacio de V. E. Orlando), *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milán, 1912, p. 10.

de los administrados, derechos de los contribuyentes, derechos de las partes en el proceso), e incluye también derechos de las entidades públicas, en tanto que sujetos de relaciones jurídico-administrativas, de relaciones jurídico-financieras o de otras relaciones de derecho público interno.<sup>6</sup>

Todas estas razones desaconsejan, evidentemente, el empleo del término “derechos subjetivos públicos” como sinónimo o en paralelo a “derechos fundamentales”.

## II. DERECHOS FUNDAMENTALES EN SENTIDO FORMAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN SENTIDO MATERIAL

1. La Constitución puede ser entendida tanto en sentido formal como en sentido material. En tanto que estatuto jurídico del Estado representa una doble faz: ya sea la de conjunto de normas constitucionales dotadas de una fuerza jurídica específica, ya la de ordenación del poder y de la comunidad política según cierta idea del derecho, cierto proyecto o cierto conjunto de valores y principios.<sup>7</sup>

Por ende, los derechos constitucionales, los derechos fundamentales, pueden ser también derechos fundamentales en sentido formal y derechos fundamentales en sentido material.

6 Cfr. Santi Romano, “La teoria dei diritti pubblici subbietivi”, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milán, 1897, pp. 111 y ss.; Mayer, Otto, *Le droit administratif allemand*, trad. francesa, París, 1903, pp. 132 y ss.; Caeiro da Mata, *Pessoas morais administrativas*, Coimbra, 1903, pp. 61 y ss.; Rocha Savaia, *Construção jurídica do Estado*, Coimbra, 1912, II, pp. 75 y ss., y “As doutrinas políticas germânica e latina e a teoria da personalidade jurídica do Estado”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. I, núms. 3 y 4, julio-diciembre de 1917, pp. 287 y ss.; Pierandrei, Franco, *I diritti subbietivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Turín, 1940; Alessi, Renato, “La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1953, pp. 307 y ss.; Casetta, Elio, “Diritti pubblici subbiettive”, *Enciclopedia del Diritto*, XII, pp. 791 y ss.; Machete, Rui, “Contencioso administrativo”, *Diccionario Jurídico da Administração Pública*, II, pp. 694 y 695; Velasco, Gustavo de, “Sobre la división del derecho en público y privado”, *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, 1978, pp. 898 y ss.; Novais, Jorge, *Contributo para a teoria do Estado de direito*, Coimbra, 1987, pp. 76 y ss.

7 Véase por todos, Miranda, Jorge, *Manual...*, II, cit., pp. 10 y ss., y autores citados.

2. No es difícil aprender a adoptar el concepto formal de derechos fundamentales. Y toda vez que no parece justificado desprender a priori cualquier precepto de la Constitución formal de la Constitución material —ya que ese precepto, incluso cuando aparentemente no tenga relevancia constitucional, es parte de un todo, y por ello sujeto a interpretación que pueda o deba hacerse en la perspectiva del sistema, y si recibe la influencia de otras disposiciones y principios también debe ser tomado en cuenta para el sentido sistemático que recae sobre otros preceptos y principios— y debe tenerse por derecho fundamental toda posición jurídica subjetiva de las personas en tanto que esté consagrada en la ley fundamental.

Al participar por la vía de la Constitución formal de la propia Constitución material, tal posición jurídica subjetiva queda, por el solo hecho de estar inscrita en la Constitución formal, dotada de la protección que a ésta se asocia, particularmente cuando la garantía de la constitucionalidad es la revisión. Es inconstitucional una ley que la viole y sólo por la revisión (sea cual fuere el sistema de revisión constitucional adoptado) puede ser eliminado o ver modificado su contenido esencial.

O sea que todos los derechos fundamentales en sentido formal son también derechos fundamentales en sentido material. Pero hay derechos fundamentales en sentido material más allá de aquéllos.

I. En este momento se podrán suscitar algunas dudas en torno al concepto de derechos fundamentales en el sentido material, ya que su neutralidad supondría una equivalencia a un positivismo ciego a los valores permanentes de la persona humana, y por la variedad de conceptos que toma en cuenta podría conducir a un relativismo sin ningún sostén seguro.

Admitir que los derechos fundamentales fuesen en cada ordenamiento aquellos derechos que en su Constitución, expresión de cierto y determinado régimen político, definiera como tales, sería lo mismo que admitir la no consagración, la consagración insuficiente o la violación reiterada de derechos, como el derecho a la

vida, la libertad de creencias por la participación en la vida pública solamente porque son de menor importancia o despreciables para un régimen político cualquiera; y la experiencia, tanto de Europa en los años treinta y cuarenta de este siglo como en otros continentes, vendría a demostrar los peligros derivados de esta manera de ver las cosas.

Juzgamos que no son procedentes las dudas y las objeciones, por varios motivos.

En verdad, precisamente porque los derechos fundamentales pueden ser entendidos *prima facie* como derechos inherentes a la propia noción de persona, con los derechos básicos de la persona, como los derechos que constituyen la base jurídica de la vida humana en su nivel actual de dignidad, como las bases principales de la situación jurídica de cada persona,<sup>8</sup> dependen de las filosofías políticas, sociales y económicas y de las circunstancias de cada época y lugar.

No excluimos —muy por el contrario, insistimos— en recurrir al derecho natural, el recurrir al valor y a la dignidad de la persona humana, a los derechos derivados de la naturaleza del hombre o de la naturaleza del derecho. Pero ese recurso no basta para dilucidar la problemática constitucional de los derechos fundamentales, en tanto que el ámbito de estos derechos va mucho más allá de la fundamentación propia del derecho natural. Sea en el siglo XIX, o sea sobre todo en el siglo XX, los derechos tenidos como fundamentales son tan amplios y numerosos que no todos podrían entroncar (o entroncar directamente) con la naturaleza y la dignidad de la persona. Apenas algunos (o el contenido esencial de la mayor parte de ellos) son impuestos por el derecho natural; ciertamente no lo son —por importantes que sean, y lo son— el derecho de antena (artículo 40 de la Constitución portuguesa) o el derecho de acción popular (artículo 52, número 3) o los derechos de las comisiones de los trabajadores (artículo 54, número 5).

8 Castro Mendes, João de, “Direitos, liberdades e garantias. Alguns aspectos gerais”, *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, I, Lisboa, 1977, p. 102.

Además, con el concepto material de los derechos fundamentales no se trata de derechos declarados, establecidos, atribuidos por el legislador constituyente, pura y simplemente; también se trata de los derechos resultantes de la concepción de Constitución dominante, de la idea de derecho, del sentimiento jurídico colectivo (conforme se entiende, teniendo en cuenta que estas expresiones corresponden a corrientes filosófico-jurídicas distintas). Ahora bien, siendo así, sólo muy difícilmente, si no es que imposible, se podrá juzgar que tal concepto, tal idea, o tal sentimiento no se apoya en un mínimo de respeto por la dignidad del hombre concreto. Lo que significa que al final de cuentas se podrá encontrar en la generalidad de los casos, con mayor o menor autenticidad, la proclamación de derechos postulados por el derecho natural para quien se acoja a él y de vocación común para todos los pueblos.

De cualquier forma, cuando, sin embargo, tal concepción, tal idea o tal sentimiento se tradujera en una Constitución material poco favorable a los derechos de las personas, restrictora de ellos o negadora de derechos que en otras partes del mundo o a la luz de una conciencia universal deberían ser reconocidos, lo que está en juego no es el elenco de los derechos fundamentales, en sí, lo que está en juego es la deficiencia de esa Constitución material al ser confrontada con otras, el carácter del régimen político correspondiente, la situación de opresión o de alienación en que viva cierto pueblo. Una noción como la propuesta, lejos de ser indiferente a la realidad, permite someterla a un juicio crítico. El situar a los derechos fundamentales en el contexto de la Constitución material permite percibirlos a la luz de los principios y de los factores de legitimidad de los que dependen.

4. La distinción entre derechos fundamentales en sentido formal y derechos fundamentales en sentido material se remonta a la enmienda IX (de 1791) de la Constitución de los Estados Unidos y se encuentra, expresa o implícita, en diversas Constituciones.

En verdad, se lee en esa enmienda que “la especificación de ciertos derechos por la Constitución no significa que queden ex-

cluidos o desechados otros derechos hasta ahora poseídos por el pueblo”. Y, según el artículo 16, número 1, de la actual Constitución portuguesa, “los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualquier otro que conste en las leyes y en las reglas del derecho internacional”. Esto quiere decir que hay (o puede haber) normas de derecho ordinario, interno e internacional, atributivas de derechos equiparados a los que constan en las normas constitucionales.<sup>9</sup>

Asomándose sobre el texto norteamericano, Kelsen escribe que éste consagra la doctrina de los derechos naturales: los autores de la Constitución habrían querido afirmar la existencia de derechos no expresados en la Constitución ni en el orden positivo. Y, seguidamente, explica, en su gesto de raciocinio característico, que lo que eso significa es que los órganos de ejecución del derecho, especialmente los tribunales, pueden estipular otros derechos, finalmente conferidos de manera indirecta por la Constitución.<sup>10</sup>

Pues bien, puede añadirse que, si indirectamente, la Constitución —tanto la norteamericana como la portuguesa— los prevé, es porque se adhiere a un orden de valores (o ella misma encarna ciertos valores) que superan las disposiciones dependientes de la capacidad o de la voluntad del legislador constituyente; es porque la enumeración constitucional, en vez de restringir, se abre hacia otros derechos ya existentes o no que no queden a la merced del poder político; es porque, a la par de los derechos fundamentales, lo son en sentido material.

### III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA HISTORIA

1. Solamente hay derechos fundamentales cuando el Estado y la persona, la autoridad y la libertad se distinguen, y hasta que en mayor o menor medida se contraponen. Pero por eso mismo no

9 Asimismo, Castro Mendes, *op. cit.*, p. 102; o Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 76 y ss.

10 *General Theory of Law and State*, Nueva York, 1961, pp. 266 y 267.

pueden aprehenderse sino como realidades que se postulan recíprocamente, se condicionan, interfieren una con la otra.

Los fines del Estado, la organización del Estado, el ejercicio del poder, la limitación del poder, son función del modo de encarar a la persona, su libertad, sus necesidades; así como las aspiraciones y las pretensiones individuales, institucionales o colectivas reconocidas, los derechos y deberes de la persona, su posición ante la sociedad o el Estado, son función del sentido que le confiere su autoridad, de las normas que la regulan, de los medios de que dispone.

Esto es lo que resulta con toda nitidez, desde luego, del panorama histórico que haremos brevemente.

2. Son bien conocidas cuatro grandes diferenciaciones de sentido y alcance de los derechos de las personas, las cuales revierten en periodos sucesivos de formación.<sup>11</sup>

La primera consiste —adoptando la expresión célebre de Benjamín Constant—<sup>12</sup> en la distinción entre libertad de los antiguos y libertad de los modernos, en la distinción en la manera de encarar a la persona en la antigüedad y la manera de encararla a partir del cristianismo. Para los antiguos, la libertad es, antes que todo, participación en la vida de la ciudad; para los modernos, es, antes que nada, realización de la vida personal.

11 Sobre la historia de los derechos fundamentales, véase, entre tantos otros, Jellinek, G., *Allgemeine Staatslehre*, trad. castellana, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1954, pp. 307 y ss.; Esmein, A., *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, 7a. ed., París, 1921, pp. 539 y ss.; Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, trad. castellana, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, pp. 182 y ss.; Battaglia, Felice, “Dichiarazione di diritti”, *Enciclopedia del Diritto*, XII, pp. 409 y ss.; Claude, Richard P., “The Classical Model of Human Rights Development”, *Comparative Human Rights*, obra colectiva, Baltimore y Londres, 1976, pp. 6 y ss.; Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, III, Madrid, 1976, pp. 39 y ss.; Pontes de Miranda, *Democracia, liberdade, igualdade*, 2a. ed., São Paulo, 1979, pp. 259 y ss.; Vieira de Andrade, *op. cit.*, pp. 1 y ss. y 43 y ss.; Morange, Jean, *Libertés publiques*, París, 1985, pp. 24 y ss.; Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989, pp. 35 y ss.; Miranda, Jorge, *Manual...*, IV, 2a. ed., Coimbra, 1993, pp. 12 y ss.; Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 6a. ed., Coimbra, 1993, pp. 500 y ss.

12 “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes”, 1815, en *Cours de Politique Constitutionnelle*, IV, París, 1820, pp. 238 y ss.

La segunda se refiere a la *tutela de los derechos propia de la Edad Media y del Estado estamental* y a la *tutela de los derechos propia del Estado moderno*, más particularmente del Estado constitucional. Ahí, derechos (o, más bien, privilegios, inmunidades, regalías) de grupos, corporaciones, de órdenes, de categorías; aquí, derechos comunes, o universales, ligados a una relación inmediata con el Estado, derechos del hombre y del ciudadano (aun cuando sin excluir algunos derechos de categorías particulares).

La tercera contraposición se da entre derechos, libertades y garantías y derechos sociales, y es patente en las grandes divisiones políticas, ideológicas y sociales de los siglos XIX y XX. Si el Estado liberal se manifiesta relativamente homogéneo, ya el Estado social recoge concretizaciones y regímenes completamente diferentes.

La cuarta y última distinción se alcanza con la protección interna y la protección internacional de los derechos del hombre. Hasta hace cerca de cuarenta o cincuenta años los derechos fundamentales, concebidos contra, ante o a través del Estado, solamente podían ser asegurados por éste; ahora también pueden ser asegurados por medio de instancias internacionales.

De donde se desprende el siguiente cuadro:

Libertad de los antiguos	Libertad de los modernos	
1a. fase	Derechos estamentales	Derechos universales
2a. fase	Derechos, libertades y garantías	Derechos libertades y garantías y derechos sociales
3a. fase	Protección interna	
4a. fase	Protección internacional	
5a. fase		

3. Tal como el concepto de Constitución, el concepto de derechos fundamentales surge indisociable de la idea del derecho liberal. De ahí que se vea cargado de las dos características identificadoras del orden liberal: la postura individualista abstracta de (en el decir de Radbruch) un “individuo sin individualidad”; la primacía de la libertad, de la seguridad, y de la propiedad, complementadas por la resistencia a la opresión.

A pesar de que todos los derechos fueran o debieran ser (por coherencia) derechos de todos, algunos (*máxime* el sufragio) son, en el siglo XIX, negados a los ciudadanos que no posean determinados requisitos económicos; otros (v. g. la propiedad) beneficiaban sobre todo a quienes pertenecen a cierta clase, y otros más (el derecho de asociación, en particular de asociación sindical) no son alcanzados sin dificultad.

Contrapuestos a los derechos de libertad, en ese siglo y sobre todo en el siglo XX son reivindicados, y sucesivamente obtenidos, derechos económicos, sociales y culturales: derechos económicos como garantía de la dignidad del trabajo, derechos sociales como garantía de la seguridad en la necesidad, derechos culturales como exigencia de acceso a la educación y a la cultura y, en último término, de transformación de la condición obrera.<sup>13</sup>

4. El tránsito hacia el Estado social vendrá a reducir e incluso a eliminar el cuño clasista que, por razones diferentes, ostentaban antes una u otra categoría de derechos. La transición del gobierno representativo clásico hacia la democracia representativa<sup>14</sup> vendrá a reforzar o a introducir un componente democrático, que tenderá a hacer de la libertad tanto una libertad-autonomía como una libertad-participación (cerrándose así el ciclo correspondiente a la contraposición de Constant).

Por un lado no solamente los derechos económicos, sociales o culturales, o la mayor parte de ellos vienen a interesar a sectores

13 En el siglo XIX hay textos constitucionales precursores a la atribución de estos derechos: la Constitución francesa de 1848 (preámbulo y artículo 23) y en cierto modo, en forma más modesta, la Constitución portuguesa de 1822 (artículos 237, 238 y 240). Y ya desde antes la Constitución francesa de 1793 hablaba de socorros públicos (artículo 21).

14 Véase Miranda, Jorge, *A Constituição de 1976*, Lisboa, 1978, pp. 359 y ss.

crecientes de la sociedad como pasa con los derechos políticos, que son paulatinamente extendidos hasta que se llega al sufragio universal. Por otro lado, el modo como se adquieren, en el régimen político pluralista, algunos de los derechos económicos, sociales y culturales a partir del ejercicio de la libertad sindical, de la formación de partidos, de la huelga y del sufragio, muestra que los derechos de libertad no se agotan en un mero juego de clases dominantes.<sup>15</sup>

5. Se habla a veces de tres generaciones de derechos fundamentales: la de los derechos de libertad; la de los derechos sociales, y la de los nuevos o novísimos derechos, como los derechos ecológicos, los derechos de los pueblos a la autodeterminación y a los recursos naturales, el derecho al desarrollo y el derecho a la paz.<sup>16</sup>

Si bien esta tricotomía es exacta desde un prisma de localización histórica de la aparición de estos o aquellos derechos, en el plano conceptual ya no parece justificarse: el derecho al ambiente —en tanto que derecho, y no en tanto que interés difuso— deviene de los derechos sociales y, en parte incluso, de los propios derechos de libertad, y los derechos de los pueblos no pueden ser de modo alguno confundidos con los derechos fundamentales (aun-

15 Sobre esta evolución, *cfr.*, por ejemplo, Passerin d'Entrèves, *La dottrina dello Stato*, 2a. ed. Turín, 1967, pp. 281 y ss.; Miranda, Jorge, *Contributo para una teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, pp. 70 y ss.; Herman van Impe, "Les droits économiques et sociaux constituent-ils une catégorie spécifique des libertés publiques?", *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués Lasso*, obra colectiva, III, Madrid, 1969, pp. 41 y ss.; ForsthoFF, Ernst, *Der Staat der Industriegesellschaft*, trad. castellana *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, 1975, pp. 249 y ss.; Vital Moreira, *A ordem jurídica do capitalismo*, Coimbra, 1973, pp. 145 y ss.; Bonavides, Paula, *Do Estado liberal ao Estado social*, 4a. ed., Río de Janeiro, 1980, pp. 231 y ss.; Vilas Nogueira, J., "Igualdad jurídica y desigualdad económica en el Estado capitalista: los derechos sociales", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 14, marzo-abril de 1980, pp. 11 y ss.; Marcou, Gérard, "Réflexions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme", *Service Public et Libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, obra colectiva, París, 1981, pp. 635 y ss.; "The Development of Welfare States", *Europe and America*, obra colectiva, ed. por Peter Flora y Arnold J. Heidenheimer, New Brunswick y Londres, 1984; Abendroth, Wolfgang *et al.*, *El Estado social*, trad., Madrid, 1986; Novais, J., *op. cit.*, pp. 213 y ss.

16 *Cfr.* por todos, Pérez Luño, "Las generaciones de derechos humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, sep-oct. de 1991, pp. 203 y ss.

que sea solamente porque en los últimos treinta años ha habido regímenes políticos que los han invocado precisamente para aplastar los derechos fundamentales).

6. Independientemente de las profundas divergencias que se sabe que hoy existen en el campo de los derechos fundamentales, sobresalen algunas tendencias comunes:

- La diversificación del catálogo, mucho más allá de las declaraciones clásicas;
- La acentuación de la dimensión objetiva de los derechos, como principios básicos del orden jurídico, sean ellos cuales fueren;
- La consideración del hombre situado, traducido en la relevancia de los grupos y de las personas colectivas y en la conexión con las garantías institucionales;
- El reconocimiento de un contenido positivo, inclusive en los derechos de libertad;
- La interferencia no solamente del legislador, sino también de la administración en la concretización y la eficacia de los derechos;
- La complejidad de los procesos y de las técnicas de reglamentación;
- La producción de efectos no solamente verticales (frente al Estado), sino también horizontales (con relación a particulares);

El desenvolvimiento de los medios de garantía y su vinculación con los sistemas de fiscalización de la constitucionalidad y de la legalidad.

#### IV. DERECHOS FUNDAMENTALES Y REGÍMENES POLÍTICOS EN EL SIGLO XX

1. La evolución y las vicisitudes de los derechos fundamentales, sea en una línea de ampliación y profundización, sea en una línea de retractación o de obnubilación, acompaña el proceso his-

tórico, las luchas sociales y los contrastes de regímenes políticos<sup>17</sup> tal como sucede con el progreso científico, técnico y económico (que permite satisfacer necesidades cada vez mayores de poblaciones cada vez más urbanizadas).

Del Estado liberal al Estado social de derecho el desarrollo de los derechos fundamentales se hace al interior de las instituciones representativas y procurando de manera bastante variada la armonización entre derechos de libertad y derechos económicos, sociales y culturales. Así sea en el Estado soviético, en el Estado fascista y autoritario de derecho y en muchos de los regímenes de Asia y de África de los años sesenta a ochenta. Si bien con formulaciones semejantes son (para no ir muy lejos) bien distintos esos derechos en la Constitución de Weimar y en la Carta del Lavoro, en la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado y en la Constitución argelina de 1976.

2. Entre muchas síntesis de clasificación posibles de los regímenes políticos actuales en razón de los derechos fundamentales, es de referirse, como ejemplo interesante, la propuesta hecha hace poco tiempo por dos especialistas norteamericanos, Rhoda E. Howard y Jack Donnelly.<sup>18</sup>

Estos autores contraponen los regímenes *individualistas* y los regímenes *comunitarios*, incluyendo en los individualistas los que llaman regímenes *liberales*<sup>19</sup> y de regímenes *mínimos* (o de mínima intervención económico-social del Estado) y en los regímenes comunitarios, a los que designan como regímenes *tradicionales*, regímenes *comunistas*, regímenes *corporativos* y regímenes *desarrollistas*. Habría entonces el siguiente cuadro de *concepciones sociales* de dignidad y de realización de los derechos del hombre:

17 Interpretando aquí régimen político como la expresión u objetivación de una Constitución material, de una idea de derecho, de un proyecto complejo que se pretende proceda de la organización colectiva (del Estado-poder y del Estado-comunidad).

18 "Human Dignity, Human Rights and Political Regimes", *American Political Science Review*, 1986, pp. 801 y ss.

19 En la acepción común en los Estados Unidos, algo diferente de la europea. Cfr. la distinción entre liberalismo pasivo o conservador y liberalismo activo o igualitario de Nino, C. S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1984, pp. 193 y ss.

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

<i>Tipos de régimen</i>	<i>Igualdad o jerarquía</i>	<i>Valoración de la pertenencia (al grupo)</i>	<i>Relevancia de los derechos civiles y políticos</i>	<i>Relevancia de los derechos económicos y sociales</i>
<i>Regímenes individualistas</i>				
Liberal	Igualdad	Moderada	Sin	Sin
Mínimo	Jerarquía	Muy baja	Sin	Sin
<i>Regímenes comunitarios</i>				
Tradicional	Jerarquía	Muy alta	No	En la sustancia apenas
Comunista	Igualdad	Alta	No	En la sustancia apenas
Corporativo	Jerarquía	Variable	No	En la sustancia apenas
Desarrollista	Igualdad	Moderada	No	No (?)  En la sustancia (?)

3. Considerando en especial el principio de la libertad, vale la pena recordar la conocida tricotomía de regímenes liberales, autoritarios y totalitarios. Aunque muchas veces blandida con finalidades de guerra ideológica, se percibe como correcta en sus bases esenciales, y no encontramos denominaciones alternativas más adecuadas para los tres tipos de regímenes.

No se trata tanto, cuantitativamente, del grado de libertad reconocida o dejada a las personas (máximo en los regímenes liberales y mínimo o inexistente en los regímenes totalitarios) como, cualitativamente, de los siguientes factores:

- a) De la libertad, en el sentido de que nadie puede ser obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa si no es por mandato de la ley que vale como principio fundamental del orden jurídico (regímenes liberales), incluso con desviaciones (regímenes autoritarios) o que no vale (regímenes totalitarios);
- b) De que sean garantizadas y promovidas tanto las libertades civiles como las libertades políticas (regímenes liberales); solamente las primeras, siendo negadas u obliteradas las libertades políticas (regímenes autoritarios), o que ni unas ni otras sean admitidas, salvo bajo un intenso régimen de restricción (regímenes totalitarios);
- c) De que el abuso de la libertad o de otros derechos apenas esté sujeto a medidas represivas (regímenes liberales); de que no sea neutro pero tolere ideologías diferentes o respete el derecho a perfilarlas sin quiebra de la primacía de su concepción (regímenes autoritarios); de que el Estado tenga una concepción total de la vida, que pretende imponer a todas las personas (regímenes totalitarios);
- d) De que el Estado acoja una diversidad de intereses, grupos e instituciones en el interior de la sociedad civil (regímenes liberales); de que el ascendiente de las fuerzas políticas dominantes no impida la subsistencia y la relevancia de alguna o de algunas de las instituciones presentes en la sociedad civil (regímenes autoritarios); o de que el Estado o las fuerzas dominantes no consientan a ninguna institución o grupo autónomo fuera de él (regímenes totalitarios);
- e) De que la organización política y social se asiente en una división del poder (regímenes liberales); de la concentración del poder político (regímenes autoritarios), y de la concentración del poder político y social, con la absorción, en su límite, de la sociedad por el Estado (regímenes totalitarios);
- f) De que se admita el derecho de oposición (regímenes liberales) o, de que aun cuando a veces bajo diversas formas no se admita el derecho de oposición (regímenes autoritarios y totalitarios).

Mirando hacia la experiencia conocida, se puede verificar que los regímenes liberales actuales vienen en la continuidad de los regímenes políticos liberales del siglo XIX, porque sobra profunda transformación que éstos sufrieron, yace el plano la fundamentación, yacen los convencionalismos políticos, económicos y sociales; que los regímenes autoritarios tienen paralelas numerosas fotografías de todas las épocas, y que, por el contrario, los regímenes totalitarios constituyen un fenómeno específico de nuestro tiempo, tiró la conjugación de mesianismos ideológicos compartidos de masas, ya no utilización de procesos de dominio de la comunicación social.<sup>20</sup>

4. En los siglos XVIII y XIX diríase que existía solamente una concepción de los derechos fundamentales: la liberal. No obstante las críticas legitimistas, socialistas, católicas —era el liberalismo (entonces, acumuladamente, filosófico, político y económico) el que prevalecía en todas las Constituciones y declaraciones, y, no obstante la pluralidad de escuelas jusnaturalista, positivista, histórica— era al liberalismo al que se relacionaban, de una manera o de otra, las interpretaciones de la libertad individual.

Ya no es así en el siglo XX: no tanto por causa de la desagregación o de la disasociación de las tres vertientes liberales (en especial, porque el liberalismo político deja de fundarse, necesariamente, en el liberalismo filosófico) cuanto porque todas las grandes corrientes religiosas, culturales, filosóficas, ideológicas, políticas se han interesado por los derechos del hombre, y casi todas se han afirmado empeñadas en su promoción y en su realización. El tema de los derechos del hombre dejó de ser, en nuestro siglo, una reivindicación exclusivamente liberal.

20 Cfr. Loewenstein, Karl, *Verfassungslehre*, trad. castellana: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1964, pp. 75 y ss.; Aron, Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, París, 1965; Zippelius, R., *Allgemeine Staatslehre*, trad. portuguesa: *Teoria geral do Estado*, Lisboa, 1971, pp. 135 y ss.; Poulantzas, Nicos, *L'État, le pouvoir et le socialisme*, París, 1978; Gross, Felick, "Toleration and Pluralisme", *Il Politico*, 1985, pp. 181 y ss.; *Traité de science politique*, II. *Les regimes politiques*, obra colectiva, París, 1985, pp. 115 y ss. y 269 y ss.; Mansilla, H. C. F., "La evolución del Estado y la universalidad del totalitarismo. El fenómeno orwelliano en el Tercer Mundo", *Revista de Estudios Políticos*, julio-septiembre de 1987, pp. 191 y ss.

Se asiste, consiguientemente, a un fenómeno de universalización de los derechos del hombre, no sin paralelo con el fenómeno de la universalización de la Constitución, y que como éste se acompaña de la multiplicidad o del carácter plúrvoco de entendimientos (traducida después, tantas veces, en la atribución de sentidos discrepante de las mismas declaraciones y disposiciones). Si se vuelve común a todos los pueblos la creencia en la necesidad y en el valor de los derechos del hombre, el modo como se siente y como se piensa refleja entonces todas las diferencias o divergencias de los presupuestos religiosos, culturales y de civilización, de fundamentaciones filosóficas y de sistematizaciones jurídicas.<sup>21</sup>

La uniformidad de la técnica y la planetarización de los problemas políticos y económicos no determinan, por sí solos, la unidad de las culturas. Se puede anticipar una “civilización de lo universal” también en el campo los derechos del hombre equivalentes al “ideal común a alcanzar”, de que habla la Declaración Universal por lo menos por ahora se perciben como irreductibles las sensibilidades y las valoraciones (con base religiosa o no), que se sustentan en los diversos pueblos respecto de los derechos y deberes del hombre y del Estado.<sup>22</sup>

## V. DERECHOS FUNDAMENTALES Y SISTEMAS CONSTITUCIONALES

1. La relación necesaria entre derechos constitucionales o fundamentales y regímenes políticos puede ser puesta a plena luz a través de una rápida observación comparativa de algunas Consti-

21 Cfr. Henkin, L., “Rights: here and there”, *Columbia Law Review*, 1981, pp. 1582-1583; la obra colectiva *Universalité des droits de l’homme devant un monde pluraliste*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1990; Kriele, Martin, “L’universalità dei diritti dell’uomo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1992, pp. 3 y ss.

22 De allí las críticas a la propia doctrina y la insistencia incluso en un “pasivo de derechos del hombre”, de, por ejemplo, Villey, M., *Le droit et les droits de l’homme*, París, 1983, pp. 10 y ss. y 153 (quien, no obstante, reconoce que los derechos humanos protegen del abuso del gobierno y del arbitrio del “derecho positivo”, p. 14).

tuciones. Pues, por la naturaleza de las cosas, si los derechos presentan un elemento esencial de cualquier sistema constitucional positivo, también, a su vez, el sentido y el alcance que ahí tienen depende de los demás principios estructurantes del sistema y de su efectividad.

Adoptamos los siguientes criterios de comparación:

- a) Las fuentes (formales e instrumentales) de los preceptos que los consignan;
- b) El lugar en la sistematización constitucional;
- c) Las categorías de derechos fundamentales y las distinciones que las propias Constituciones establezcan;
- d) La prescripción de reglas generales sobre derechos fundamentales;
- e) La consagración o no de un principio de tutela jurisdiccional;
- f) El sentido de los límites a los derechos, y
- g) La previsión de deberes fundamentales.

A partir de estos criterios, no será difícil relacionar los derechos fundamentales y los regímenes políticos.

2. Los derechos fundamentales, incluso siendo formalmente constitucionales, pueden surgir en conjunto como los demás institutos o a su margen; pueden ser enunciados y protegidos en normas calificadas de constitucionales, estructuralmente ligadas a las demás normas, o pueden ser enunciados y protegidos en textos autónomos, empero dotados de valor constitucional o incluso supraconstitucional. O sea: los derechos fundamentales pueden constar o no en la Constitución formal nuclear o en la instrumental, o, como se decía el inicio del siglo, pueden revelarse a través de *garantías de derechos o de declaraciones de derechos*.

Casi todas las Constituciones, siguiendo la línea del artículo 16 de la Declaración de 1789, se ocupan de los derechos fundamentales, al lado de las demás materias. Sean cuales fueren los principios en los que se inspiren, los colocan a la par de la organización política o de la económica. Pero existen o han existido

importantísimos ejemplos de declaraciones de derechos, por razones históricas bien determinantes.

Recuérdense los ejemplos de los tres Estados que fueron matrices del constitucionalismo moderno: Inglaterra, desde la *Magna Carta*, la Petición de Derechos de 1628, la Ley de *Habeas Corpus* de 1679, hasta la Declaración de Derechos de 1689; los Estados Unidos, con las primeras diez enmiendas a la Constitución; Francia, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que permanece a lo largo de una sucesión de Constituciones y formas políticas, y con el preámbulo de la Constitución de 1946, rescatado por la Constitución de 1958.

También en otros países, en momentos de lucha revolucionaria o de gran mudanza política y precediendo la estabilización orgánico-constitucional, han sido proclamadas declaraciones o cartas, definidores de los grandes principios y objetivos de los nuevos regímenes y en los que abundan implicaciones en el campo de los derechos fundamentales. Así, la Declaración soviética de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, de 1918; la Carta del Trabajo italiana de 1927; en España, el Fuero del Trabajo y el Fuero de los Españoles, de 1938 y 1945, respectivamente; o la Carta Nacional Argelina de 1976. Cítese también, en otro plano, por ejemplo, la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982.

3. La gran contraposición en lo tocante al lugar de los derechos fundamentales en las Constituciones instrumentales se da entre las Constituciones de Estado de derecho (pertenecan o no a las familias británica, norteamericana y francesa) y las Constituciones marxistas-leninistas y de ciertos países de Asia y de África. Tiene que ver, sobre todo, con su realce y con su posicionamiento frente a la organización económica.

Al paso que las primeras tratan antes y confieren prevalencia a los derechos y libertades, las segundas conceden especial relieve a la estructuración de la economía o de las bases económicas, sociales y políticas del Estado. Al paso que en las primeras los derechos fundamentales se anteponen a la organización económica,

en las segundas es lo contrario o no se justifica la separación. Y se reconocen los presupuestos filosófico-jurídicos o los circunstancialismos de una u otra orientación.

Los respectivos primeros títulos o capítulos se dedican a los derechos fundamentales en las Constituciones mexicana, italiana, alemana, portuguesa, española y holandesa; en la Constitución de la India, después de una parte I sobre la Unión y una parte II sobre la ciudadanía, la parte III se ocupa de los derechos fundamentales; la parte IV, de los principios rectores de la política del Estado, y la parte IV-A, de los deberes fundamentales; en la Constitución griega, después de que en la parte I se han establecido los principios generales del Estado, la parte II versa sobre los derechos individuales y sociales, y en la Constitución brasileña los derechos fundamentales vienen seguidamente de los principios fundamentales (parte I y título II, respectivamente), y lo mismo hacen las recentísimas Constituciones de Santo Tomás Príncipe, de Colombia, de Bulgaria y de Cabo Verde.

De manera diferente, en la Constitución de la República Democrática Alemana, el título I cuidaba solamente de las bases de la sociedad y del Estado socialista, y el título II, de los ciudadanos y de las colectividades en la sociedad socialista, con un capítulo I sobre derechos y deberes fundamentales; en la Constitución de Yugoslavia, era en el título II de la parte segunda —relativa a la organización social— donde se encontraba el estatuto de las libertades, derechos y deberes del hombre y del ciudadano; en la última Constitución soviética, la parte I trataba de las bases del régimen social y de la política de la Unión Soviética, y era en la parte II, relativa al Estado y al individuo, donde, en el capítulo VII, aparecían *los derechos, libertades y deberes fundamentales*. Algo semejante ocurría o todavía ocurre en las Constituciones de Angola y Cuba.

4. Casi todas las Constituciones en vigor provenientes de los siglos XVIII y XIX, como la norteamericana y la noruega, sólo consignan derechos con estructura de derechos de libertades. De modo diferente, casi todas las Constituciones decretadas en el si-

glo XX prevén derechos, libertades y garantías y derechos económicos, sociales y culturales; todo está en saber si distinguen y cómo distinguen ambas categorías.

En las Constituciones de Estado de derecho la precedencia de los derechos sobre la organización económica se hace acompañar de la precedencia de los derechos, libertades y garantías sobre los derechos sociales. En las Constituciones de tipo soviético, así como en algunas de los países del llamado Tercer Mundo, o no se llega a distinguir una categoría de la otra o las libertades aparecen diluidas o subordinadas frente a los derechos sociales.

En Francia, en cuanto que lo esencial de los derechos, libertades y garantías se encuentra en la Declaración de 1789, el meollo de los derechos económicos, sociales y culturales viene en el preámbulo de 1946.

Algunas Constituciones clasifican ellas mismas los derechos fundamentales; la italiana los distribuye por títulos correspondientes a relaciones civiles, ético-sociales, económicas y políticas (artículos 13 y siguientes, 29 y siguientes, 35 y siguientes y 48 y siguientes, respectivamente); la venezolana distingue derechos individuales, derechos sociales, derechos económicos y derechos políticos (artículos 58 y siguientes, 72 y siguientes, 95 y siguientes y 109 y siguientes, respectivamente); la griega habla de derechos individuales y sociales (sin repartirlos por divisiones específicas); la portuguesa, de derechos, libertades y garantías —personales, de participación política y de los trabajadores (artículos 24 y siguientes)— y de derechos económicos, sociales y culturales (artículos 58 y siguientes); la brasileña, de derechos individuales y colectivos (artículo 5), derechos sociales (artículos 6 y siguientes) y de derechos políticos (artículos 14 y siguientes); la colombiana, de derechos fundamentales (artículo 11), derechos sociales, económicos y culturales (artículos 42 y siguientes) y derechos colectivos y del ambiente (artículos 78 y siguientes).

Se diría que otras los colocan bajo la rúbrica de derechos fundamentales casi exclusivamente derechos, libertades y garantías, y relegan los derechos económicos, sociales y culturales a diver-

sas rúbricas (de política económica y social); es el caso de la Constitución de la India (parte II y parte IV), y, en cierta manera, el caso de la Constitución española (capítulos II y III del título I) o, en parte, de la Constitución brasileña (título VIII). A pesar de ello, no se justificaría negar la naturaleza de derechos fundamentales a los derechos económicos, sociales y culturales; solamente se impone extraer las necesarias variantes de la óptica de su tratamiento sistemático.

Ya en la República Federal de Alemania la situación se percibe bien distinta: solamente derechos, libertades y garantías están constitucionalmente consagrados y la expresa calificación del Estado, Estado social (artículo 20) sólo por vía indirecta propicia la formulación de derechos económicos, sociales y culturales (algunos de los cuales, sin embargo, constan en las Constituciones de los *Länder*).

Confróntense también las dos Constituciones que estableciendo los dos tipos de derechos parecen no distinguirlos: la holandesa y la soviética vigente hasta 1991. Aquélla comienza por los derechos, libertades y garantías, aunque, seguidamente, otorgue ciertos derechos sociales (artículos 19 a 23). Por lo que se refiere a la Constitución de la Unión Soviética, después de prescribir que los ciudadanos gozaban plenamente de las libertades y de los derechos sociales, económicos y políticos (artículo 39), trataba en las posiciones inmediatas de los derechos al trabajo, al descanso, a la protección de la salud, a la asistencia material, a la vivienda, a la enseñanza y a la cultura, y solamente en el artículo 47 llegaba a una libertad: la de creación científica, técnica y artística.

Es de registrar, finalmente, que en las Constituciones marxistas-leninistas la casi asimilación de los derechos de libertad a los derechos económicos, sociales y culturales llegaba a que el Estado recibiese la competencia de crear condiciones para su efectividad (así, artículo 28 de la Constitución de la República Democrática Alemana, artículos 39, 2a. parte, y 50 de la Constitución soviética o el artículo 30 de la Constitución angolana).

5. El principio de la igualdad se encuentra en todas las Constituciones modernas. Pero, más allá de eso, algunos procuran referirlo o incluso sistematizar las reglas generales sobre su contenido, a su fuerza jurídica, al ejercicio o a otros aspectos del régimen de los derechos fundamentales: Constituciones alemana federal (artículos 1, 18 y 19), hindú (artículos 13, 14 y 32), venezolana (artículos 43 a 50), griega (artículos 4, 5 y 25), portuguesa (artículos 17 y siguientes), española (artículos 53, 54 y 55), brasileña (artículo 5), colombiana (artículos 85 y 94) o de Cabo Verde (artículos 15 y siguientes).

Naturalmente, el alcance de las reglas ha de ser descubierto en el contexto sistemático de las Constituciones. Si ellas son de por sí de gran importancia, no se disocian de los restantes principios estructuradores de los ordenamientos constitucionales. A pesar de las preocupaciones comunes, pueden, desde luego, no coincidir.

Véanse ciertos preceptos de la Constitución federal alemana: “La dignidad de la persona humana es sagrada. Todos los agentes de la autoridad pública tienen el deber absoluto de respetarla y protegerla” (artículo 1, número 1); “Los derechos fundamentales aquí enunciados constituyen preceptos jurídicos directamente aplicables que vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial” (artículo 1, número 3); “Siempre que la presente Ley Fundamental admita la limitación de un derecho fundamental por ley ordinaria o en la aplicación de la ley ordinaria, ésta deberá ser general” (artículo 19, número 1).

Y compárense con las disposiciones homólogas de la Constitución de la antigua República Democrática Alemana: “El respeto y la protección de la dignidad y de la libertad de la persona son mandatos que se imponen a todos los órganos del Estado, a todas las fuerzas sociales y a todos los ciudadanos” (artículo 19, número 2); “El principio de inviolabilidad del ser humano y de su libertad solamente puede ser restringido en caso de conducta punible o de tratamiento médico; y estas limitaciones deben ser estrictamente definidas por la ley. Los derechos de los ciudadanos sólo pueden ser limitados en la medida en que las disposicio-

nes legales lo permitan y por virtud de motivos imperiosos” (artículo 30, número 2).

Los resultados prácticos no eran, sin embargo, idénticos, como se sabe.

6. Una especificación del criterio anterior es el criterio de la tutela jurisdiccional.

Por regla, en el Estado moderno la forma más idónea de la garantía de los derechos fundamentales y de los derechos en general consiste en la intervención de los tribunales, y algunas Constituciones lo declaran expresamente. Otras, sin embargo, permiten o pueden ser interpretadas como permitiendo que la ley ordinaria no lo prevea en cuanto a ciertas situaciones o en cuanto a ciertos derechos.

Entre varias, se encuentran cláusulas generales de tutela jurisdiccional en las Constituciones de la República Federal de Alemania (artículo 19, número 4), de la India (artículo 32), de Venezuela (artículo 49), de Grecia (artículo 20), de Portugal (artículo 20), de España (artículo 53, número 2), de Holanda (artículo 17), de Brasil (artículo 5, números 69, 70 y 71), de Colombia (artículo 86), de Cabo Verde (artículo 29) y de Eslovenia (artículo 15). Y también las había en las Constituciones de la ex Yugoslavia (artículo 203) y de la ex Unión Soviética (artículo 58, número 2).

7. Los derechos fundamentales están necesariamente sujetos a límites, aun cuando de naturaleza y grado muy diversos. No hay libertades absolutas; ellas aparecen, por lo menos, limitadas por la necesidad de asegurar las libertades de los otros. Lo que sí varía es el sentido de los límites.

La prescripción expresa de una cláusula general de límites a los derechos, es decir, a los derechos, libertades y garantías y, entre todos, a las libertades públicas, frente a las cuales el problema se plantea con la máxima gravedad, puede ser por sí solamente reveladora de una intención de restricción. Pero puede que no exista, y, a pesar de ello, se deduzca idéntico alcance del texto constitucional o de las finalidades del régimen político. Contrariamente, puede haber una cláusula general formulada de tal suer-

te que impida precisamente la subversión de los derechos en la práctica.

Es decisivo saber cuál es la función relativa de los límites y de los derechos de cara a la Constitución: si son los derechos los que se encuentran en función de los límites, o si son los límites los que se encuentran en función de los derechos,<sup>23</sup> y, en definitiva, más que la lectura de los textos cumple a la realidad constitucional demostrar el alcance efectivo en las cláusulas correspondientes, con las consecuencias necesarias en el plano de los regímenes autoritarios y totalitarios en la primera hipótesis, liberales en la segunda.

Hay Constituciones que colocan a los derechos en función de los límites que someten el ejercicio de los derechos, principalmente el ejercicio de las libertades, a fines trascendentes a las personas, sean fines colectivos (la nación, el proletariado, la raza, simplemente los intereses de la sociedad) o los fines de cultura (según la conocida distinción de Radbruch). Otras Constituciones colocan los límites en función de los derechos; esto quiere decir que entienden que la existencia de los límites no se justifica por sí sola, sino que se justifica por la necesidad de asegurar la convivencia de todos los individuos y grupos en una sociedad libre.

Ejemplos de cláusulas funcionalizadoras de los derechos a los límites: “Toda persona, natural o jurídica, es responsable de la seguridad nacional, en los términos de la ley” (artículo 86 de la Constitución brasileña de 1967-1969); “En el ejercicio de sus libertades y de sus derechos los ciudadanos de la República Popular de China no pueden ofender los intereses del Estado, de la sociedad o de la colectividad o las legítimas libertades y derechos de los otros ciudadanos” (artículo 51 de la Constitución china)

Ejemplos de cláusula funcionalizadora de los límites a los derechos: “El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene por límites sino aquellos que aseguran a los otros miem-

23 Sobre el problema en general, véase Vlachos, G., “La structure des droits de l’homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1972, pp. 333 y 347 y ss.

bros de la sociedad el goce de los mismos derechos” (artículo 4, 2a. parte, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano). O el artículo 29, número 2, de la Declaración Universal: “En el ejercicio de estos derechos y en el goce de estas libertades nadie está sujeto sino a las limitaciones establecidas por la ley con vista exclusivamente a promover el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los otros a fin de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar en una sociedad democrática”.

Algunas dificultades suscitan —por prestarse a equívocos— ciertas normas destinadas a reprimir el abuso de ciertos derechos fundamentales y que, por esa vía, implican límites: es el caso del artículo 18 de la Constitución alemana, del artículo 25, número 3, de la Constitución griega y del artículo 55, número 2, de la Constitución española, o, en otros contextos, del artículo 154 de la Constitución brasileña de 1967-1969 y del artículo 73 de la Constitución argelina de 1976.

8. Un último criterio a tomar en cuenta es el de los deberes fundamentales. El derecho comparado muestra que existen dos modalidades de establecimiento de deberes fundamentales. Hay Constituciones que enuncian *ex-professo* deberes fundamentales o que contienen cláusulas generales sobre deberes fundamentales, definiendo su sentido y su régimen. Y hay Constituciones que, no teniendo reglas generales sobre deberes fundamentales, los van atribuyendo o fijando dispersamente.

Pertencen al primer grupo, la Constitución italiana, la hindú, la venezolana, la griega, la colombiana, la de Cabo Verde, así como las antiguas Constituciones de Yugoslavia, de Argelia y de la Unión Soviética. Pertencen al segundo grupo de Constituciones que tratan de los deberes fundamentales respecto de los derechos en particular, entre otras, la Constitución portuguesa, la española y la brasileña.

La Constitución italiana y la griega ligan los derechos fundamentales a los deberes “inderogables de solidaridad social” (artículos 2 y 25, número 4, respectivamente); la de la India dedica toda

una parte a los deberes fundamentales (artículo 51); la venezolana les dedica todo un capítulo (artículos 51 y 57), y la colombiana y la de Cabo Verde, extensos preceptos (artículos 95, 80 a 83, respectivamente). A su vez, la Constitución soviética prescribía en el artículo 59: “El ejercicio de los derechos y de las libertades por los ciudadanos es inseparable del cumplimiento de sus deberes. Los ciudadanos de la URSS tienen el deber de cumplir la Constitución de la URSS y las leyes soviéticas, respetar las reglas de convivencia de la sociedad socialista y ser dignos de la honrosa calidad de ciudadanos de la URSS”.

## RESUMEN

1. Para el autor, los derechos constitucionales corresponden a derechos fundamentales, y percibe esta terminología como más correcta (además de ser la adoptada en algunas de las principales Constituciones del siglo XX).

2. Derechos constitucionales o derechos fundamentales son los derechos de las personas frente al Estado consignados en la Constitución, en la ley fundamental.

Pero como la Constitución puede ser entendida tanto en sentido formal como en sentido material, también los derechos fundamentales pueden revestir esta doble cara: derechos fundamentales en sentido formal son los que constan en la Constitución formal; derechos fundamentales en sentido material, los que derivan de la idea del derecho con la que se identifica la Constitución material y que, en la línea de la 9a. enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, pueden provenir de otras fuentes.

3. La historia de los derechos fundamentales se perfila a partir de cuatro grandes contraposiciones:

- “Libertad de los antiguos” y “Libertad de los modernos”;
- Derechos estamentales y derechos universales;
- Derechos, libertades y garantías y derechos sociales,

— Protección interna y protección internacional.

4. La evolución y las vicisitudes de los derechos fundamentales, sea en una vía de ampliación o de profundización, sea en una vía de retracción o de obnubilación, acompaña al proceso histórico, las luchas sociales y los contrastes de los regímenes políticos liberales o pluralistas, autoritarios y totalitarios del siglo XX, así como el progreso científico, técnico y económico.

No obstante, la universalización de los derechos fundamentales tal como el de la Constitución se rodea, no raramente, de entendimientos plurívocos.

5. La relación necesaria entre derechos constitucionales o fundamentales y el régimen político puede ser puesta a plena luz a través de la observación comparada: pues si los derechos fundamentales representan un elemento esencial de cualquier sistema constitucional positivo, por su giro o sentido y del alcance que obtengan dependen los demás principios estructurantes del sistema y su efectividad.