

# DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIÓN

Jaime Ordóñez

Las presentes notas tienen un objetivo muy simple: bosquejar una crítica -dentro de las nuevas tendencias de organización del poder nacional y supra-nacional- a las tradicionales formas de tutela y protección de los derechos fundamentales o humanos. Especular sobre su agotamiento. En sentido muy general, plantean la hipótesis de que, dentro del acelerado proceso de disolución y de transformación de la estructura del Estado-Nación en diversas latitudes, los tradicionales mecanismos constitucionales de protección de los derechos humanos están en crisis y de que, en consecuencia, nuevas formas paralelas de tutela deberán articularse en el futuro, las cuales poseen potestad de control en los nuevos ámbitos de organización del poder que, silenciosamente y sorprendentemente, empiezan a emerger en nuestro mundo, cambiando totalmente la cara de la organización del poder en el planeta.

Tal especulación no es, por lo demás, gratuita: derechos humanos o fundamentales y Estado-Nación fueron conceptos íntimamente ligados por espacio de los últimos dos siglos. El Estado representativo y republicano -que tiene sus raíces en las revoluciones francesa y norteamericana- nacería y se desarrollaría en forma paralela a la evolución de los derechos civiles y derechos humanos. Más aún, en sentido estricto su nacimiento y evolución es recíproco y consustancial: como se sabe, el republicanismo y el moderno Estado de Derecho son el triunfo de los derechos del hombre y de la evolución de valores de la sociedad civil sobre las formas verticales del poder. De tal suerte, desde hace un siglo y medio al menos, los derechos del hombre fueron considerados como *derechos dentro de un Estado*, a tal punto que la enunciación constitucional de tales derechos ha sido considerada como su más acabado mecanismo de protección.

Dentro de un contexto así, el Estado se constituyó históricamente en el principal agente violador o, en sentido inverso, en el ente tutelador típico de los diversos tipos de derechos fundamentales. La esencia misma de los derechos humanos (deber de no intervención del Estado, en unos casos; deber de intervención mediante políticas programáticas, en los otros casos) hizo clara esta estrechísima relación entre el mundo de lo estatal y la protección de los derechos fundamentales.

¿Qué importancia tendrán las actuales constituciones estatales dentro del nuevo sistema de organización del poder mundial? Con seguridad, mucho menos que en el pasado. Cada día es más evidente que el Estado-Nación como forma de organización del poder (en el sentido weberiano del término) es progresivamente menos el referente fáctico, jurídico y político de las diversas instancias de interrelación económica en la sociedad mundial.<sup>1</sup>

Una nueva constelación de actores aparece en el escenario de las relaciones interestatales (e, incluso, intraestatales) como sujetos plenos de atributos en el complejo juego del poder y las negociaciones de intercambio internacionales, regionales y locales. Es Estado-Nación, durante cuatro o cinco siglos protagonista indiscutido del ejercicio del poder (prácticamente desde la instalación del Renacimiento hasta nuestros días), está siendo sustituido por mega-Estados, entidades macro-regionales o, bien, en otros casos, difuminándose en una diáspora plural de varios centros de poder político y cultural, resultante de la insurgencia de los viejos nacionalismos desenterrados con el fin de la guerra fría.

Este complejo panorama de macro-Estados (Comunidad Europea, NAFTA) y micro-Estados (las antiguas repúblicas yugoeslavas o soviéticas, el progresivo fortalecimiento de las autonomías dentro de España y otros países tanto de Europa Occidental como de la antigua Europa del Este) hacen evidente que el viejo modelo de Estado-Nación empieza a perder validez

como punto de referencia del control del poder político y económico.<sup>2</sup>

Asimismo, y como consecuencia de ello, se empieza a generar una pérdida de potestad de lo *normativo-estatal*, lo cual impacta directamente el ámbito del derecho público, del derecho administrativo, las negociaciones de los distintos agentes sociales que mantuvieron al Estado -aparato como contraparte natural de la negociación política y económica y -en términos aún más generales- empezará a impactar la base misma de la normativa institucional e ideológica del Estado: su fundamento constitucional.

¿Cuál es el margen de acción que tiene hoy día el Estado-aparato, esto es, ¿qué autonomía, potestad de imperio, toma de decisiones y negociaciones en ámbitos como programas sociales, políticas públicas, negociaciones inter e intranacionales, esto es, las funciones centralizadas que, dentro de la noción weberiana del Estado -por asumir un paradigma generalmente aceptado- que sirvió como base para caracterizar esta forma de organización del poder? Probablemente, un margen mucho más reducido que en el pasado.

En materia de derechos fundamentales, áreas sensibles y básicas como el *derecho a la vida*, *derecho de asociación*, *derecho de reunión*, etc., ciertamente seguirán regidas por el fuero constitucional. Esto será válido, tanto para el caso de los supuestos de violación como para las medidas garantizadoras: es muy posible que algún tiempo aún la estructura del Estado central (bien en su ámbito judicial por medio de la Corte de Constitucionalidad o su símil nacional, bien en el ámbito ejecutivo por medio de las acciones administrativas, públicas o policiales dirigidas a garantizar el ámbito de esos derechos) seguirá siendo la instancia natural de control y protección de esas garantías básicas.

Ahora bien, independientemente de si el referente constitucional del control judicial (la Corte de

Constitucionalidad, en la actual tradición francesa o española contemporánea) será o no en el futuro el ámbito natural para dirimir los conflictos resultantes de la violación de estos derechos, lo cierto es que las instancias administrativas de su protección sufren una notoria tendencia hacia la descentralización, la cual se irá agudizando con el paso de los años.<sup>3</sup>

Por otra parte, la adopción generalizada de instrumentos internacionales por la mayoría de los países de la comunidad de naciones, genera un progresivo aumento de las tendencias a una regulación supranacional que, si bien resulta ratificada por cada país en virtud de la previsión constitucional interna en materia de ratificación de Tratados e Instrumentos Internacionales, en la práctica esto no es más que un tecnicismo que encubre una realidad absolutamente evidente en materia de derechos básicos y derechos humanos fundamentales: *las instancias sustantivas y prácticas de la ética de los derechos humanos fundamentales* cada día suponen más un corpus ético global, que trasciende las formulaciones particularistas y que, incluso, en su ámbito de control, encuentra como una de sus referencias básicas y obligadas la opinión pública internacional.

Asimismo, el control y responsabilidad en la ejecución de los derechos fundamentales de carácter colectivo (desarrollados por la doctrina en los últimos años como derechos económicos, sociales y culturales) empiezan a trascender el ámbito de lo estatal, a partir de dos circunstancias:

- a. Por un lado, como resultado de las evidentes tendencias a la transnacionalización y regionalización, no sólo de los mercados sino, además, y lo cual es más incidente, de las fuentes formales de decisión económica internacional. Nos encontramos en una época que fácilmente podríamos llamar como la de la *multilateralidad de las fuentes formales de poder*<sup>4</sup>, lo cual, inevitablemente, supondría un traslado de la esfera de la juridicidad fundante (el ámbito de lo constitucional), como la de juridicidad derivada y procedimental.

Los efectos de estas tendencias son previsibles: en materia de los programas públicos y sociales (y de los derechos básicos colectivos implícitos en su ejecución) la intervención y definición de pautas de la comunidad internacional, vía las multilaterales bancarias, vía las agencias del sistema de Naciones Unidas, será cada día más creciente y augura ya una definitiva restricción de los términos de autonomía del Estado-gobierno. Las políticas, por ejemplo, sobre educación y salud (políticas públicas referidas siempre a un valor incluido prácticamente en todas las constituciones modernas de América Latina como derecho fundamental colectivo) son, en la actualidad, codefinidas por los gobiernos nacionales e instancias de negociación económica internacional (como sucede actualmente en América Latina), por no mencionar el caso de la Comunidad Europea, donde una gran cantidad de cuotas de decisión y regulación de derechos colectivos fundamentales han sido cedidas expresamente a la esfera regional de poder.

- b. Asimismo, nos encontramos con una creciente proliferación de instrumentos internacionales de control de derechos fundamentales como parte del impresionante desarrollo que, en los últimos años, ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos. En el caso de América Latina, el impacto de la hoy casi general ratificación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, de la Convención Internacional de los Derechos de la Infancia y de otros instrumentos correlativos, ha generado una supra-legislación que ha obligado, en algunos casos, a la reforma constitucional en materia de derechos básicos o, bien, a cambios fundamentales en los criterios de interpretación. Un ejemplo típico fue la revisión que el Poder Ejecutivo de la República Argentina se vio obligado hacer hace algún tiempo, con motivo de las declaraciones presidenciales tendientes a la posible reinstauración de la pena de muerte, revisión motivada por las exigencias del Pacto de San José, a la sazón ya aprobado por Argentina, e instrumento que expresamente prohíbe tal sanción.

Tradicionalmente, se consideraron derechos fundamentales básicamente a aquellos enunciados en la Constitución Política de un país.<sup>5</sup> En tal sentido, constituirían un elemento esencial del ordenamiento objetivo de comunidad nacional puesto que establecían un marco de convivencia humana y pacífica que se encuentra y debe estar plasmada en un Estado de Derecho, tal y como inicialmente se estableció y, posteriormente, en un Estado social y democrático de derecho. De tal forma, los derechos fundamentales servirían de fundamento, como su denominación lo indica, a otros derechos más particulares o derivados.<sup>6</sup>

Dentro de este criterio de formalización jurídica de los Derechos Humanos Fundamentales, se consideraron como tales aquéllos que han sido incorporados a las Constituciones de los Estados como principios básicos de organización del régimen político del que se trate, es decir, los constitucionalmente enunciados o los dotados de amplias garantías de textos constitucionales aunque no tengan total desarrollo en el ámbito legislativo.<sup>7</sup> En sentido lato, pues, constituye el orden jurídico que a través del Estado se debe de acatar y proteger, el cual debe de incluir tanto derechos individuales como derechos comunitarios. Se consideró que esa protección era un deber tanto del Estado, el cual debería dictar normas para lograr su cometido, obligación extensiva a los individuos de una sociedad, los cuales deberían obligatoriamente observar tal normativa.

Al lado de normar la comunidad que debe de regir entre los individuos de una sociedad y de sentar las bases sobre las cuales un Estado se va a desarrollar, estos derechos también desempeñarían un ámbito subjetivo en el cual normarían directamente a los individuos y le garantizarían cierto status jurídico y ciertas libertades que, por ser inherentes a la condición de seres humanos, no podrían ser jamás evadidas.<sup>8</sup>

Así, el constitucionalismo moderno haría hincapié en dos direcciones que tomarían los derechos fundamentales: por un lado, en la connotación subjetiva que garantizaría la libertad individual y defendería aspectos sociales y colectivos de

subjetividad, y por otro lado, un ámbito objetivo en el cual se ve la dimensión institucional desde la cual hay contenido funcionalizado, en el sentido de que se busca, básicamente, conseguir fines y valores constitucionales.<sup>9</sup> Dentro de este contexto, los Derechos Humanos se convertirían en derechos fundamentales a los que todo hombre debería tener acceso, en virtud de su calidad de seres humanos, y que toda sociedad, además, deberá garantizar.<sup>10</sup>

La fundamentación de los derechos fundamentales encontraría varias explicaciones: la primera de ellas es la explicación historicista según la cual éstos se fundarían en necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de una sociedad, esto es, observarían el concepto de los derechos humanos fundamentales a través de la historia de la humanidad como proceso de autoconciencia donde la esencia del hombre se ve como concepto unitario y abstracto; otra forma de fundamentación constituyó aquella que los vería como derechos naturales en la cual tanto el orden jurídico natural, como los derechos naturales de él deducidos son expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para todos los hombres. Por último, está la fundamentación ética axiológica o valorativa, en torno a exigencias imprescindibles derivadas de la idea de dignidad humana. Aquí, estos derechos aparecerían como derechos morales, exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el mero hecho de ser hombres.<sup>11</sup>

La existencia de la comunidad nacional establecería limitaciones y perfiles a los derechos fundamentales, que son exigidas por el interés general de acuerdo con el sentido colectivista y las exigencias del régimen político bajo el cual se desarrolla un Estado. De tal forma, se afirmarían que el ejercicio de estos derechos no es ilimitado y podría ser restringido en defensa de la dignidad, la seguridad, la libertad o la simple convivencia social, aunque estas restricciones, para que no resultasen arbitrariedades del poder político, deberían ser reguladas jurídicamente.<sup>12</sup>

Los derechos fundamentales solían estar garantizados no sólo por la Constitución y el Orden Jurídico positivo, sino que, también, solían poseer tutela reforzada por medio de otros instrumentos que tienden a garantizar su desenvolvimiento: serían inherentes a todo ser humano. Es por ello que el Derecho, la sociedad y el poder político deberían de garantizarlos sin ningún tipo de discriminación. Serían fundamentales por estar ligados con la idea de dignidad humana y porque le establecen condiciones para llevar a cabo su desarrollo.

El desarrollo de la idea de la responsabilidad estatal como protección de los derechos fundamentales fue creciente durante las distintas doctrinas del siglo XX. Así, para Castan Tobeñas la nota característica del Derecho Constitucional era la fijación de garantías constitucionales y procesales que completaran la declaración de los derechos del hombre y promoviesen su efectividad. Dichas garantías sirven para lograr la efectividad y la plena realización de lo que se reconoce y valora en la literalidad normativa como digno de protección jurídica.<sup>13</sup>

Pero la labor del Estado no se limitaría solamente a la labor de tutelar estos derechos fundamentales dentro de su normativa jurídica, para que los mismos fuesen efectivos. Según Norberto Bobbio, sería necesario que se diese la “*función promocional del derecho*” donde, a través de medidas positivas, se buscaría promover condiciones para que igualdad y libertad fueran efectivos, remover obstáculos que impidiesen plenitud en cuanto al ejercicio de esos derechos y facilitarían la participación de los ciudadanos en la vida política, económica y cultural de un país.<sup>14</sup>

De tal suerte, las garantías fundamentales constitucionales serían aquellas formas de tutela de derechos fundamentales del hombre frente a la amenaza del Estado o de particularidades; remedios procesales que tutelan la vigencia de dichos derechos dentro de un ordenamiento jurídico. Para Cappeletti, por su lado, serían la jurisdicción constitucional de la libertad.<sup>15</sup>

Costa Rica, por tomar un ejemplo a mano del autor, sería un ejemplo típico de este fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales. Tanto por vía de la Constitución Política, como de la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Costa Rica ha buscado maneras de protección constitucional de los derechos fundamentales, constituyéndose precisamente esto último en el objetivo básico de la función constitucional mediante el desarrollo, además de las acciones de inconstitucionalidad, de la implementación de los recursos de *habeas corpus* y de amparo.

Dichos recursos corresponden directamente a los diferentes tipos de garantías que buscan salvaguardar los derechos fundamentales que están consagrados en la mayoría de las constituciones modernas: así, podrá hablarse de que existe una garantía en sentido estricto como lo es la acción de inconstitucionalidad y de garantías en sentido estrictísimo, como lo son el *habeas corpus* y el amparo.

Por esta razón, el artículo 2, inciso a) de la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica establece que a la jurisdicción constitucional le corresponde garantizar, mediante los recursos anteriormente mencionados, los derechos y libertades que han sido consagrados por la Constitución, así como los derechos humanos que se encuentran contemplados en los instrumentos internacionales. De tal forma, pareciera que han sido incorporados todos los posibles derechos que una persona posee, dentro de estos dos tipos de ordenamientos (constitucional e internacional). Sin embargo, es importante notar que, dentro de dicho ordenamiento, no se encuentran contemplados otros tipos de derechos que sí lo están en la legislación común, tal es el caso de los derechos de la personalidad. De tal forma, vemos como una ley relativamente nueva (Ley N° 7135 de 11 de octubre de 1989, de Costa Rica) aparece incompleta al no prever total garantía a todos los derechos fundamentales.

Pareciera entonces que, en distintas hipótesis, las garantías existentes no son suficientes y que tampoco llenan las

necesidades de tutela de los derechos fundamentales. Ante este vacío, será necesario, entonces, establecer nuevas formas de tutela que contemplen las distintas gamas de los derechos fundamentales, aunque ello implicase un control adicional al constitucional.

Existen nuevas tendencias en relación con las garantías que se pretenden implantar en una comunidad como tutela a los derechos fundamentales, de tal forma se ha dado un afianzamiento de derechos individuales clásicos hacia Estados que no los tutelaban; se han dado límites a los derechos individuales clásicos en beneficio de la Comunidad; ha acontecido la incorporación de nuevos derechos de índole económico social y, finalmente, ha operado el reconocimiento internacional de ambos tipos de derechos.<sup>16</sup>

Aún y cuando existen ciertas garantías que se encuentran consagradas constitucionalmente, como las que mencionamos anteriormente, existen otros medios de tutela y salvaguarda de los derechos fundamentales. Un ejemplo típico es el control político o parlamentario que en muchos países ejerce la figura del *Ombudsman*. Esta figura se encarga de velar para que las actividades que lleva a cabo el Estado en su función pública no violen los derechos fundamentales de los individuos.

En otra perspectiva, el sistema más completo y perfecto para asegurar los derechos fundamentales es el judicial mediante el cual se garantiza objetividad, imparcialidad y preparación del organismo judicial encargado de control. En este sistema se constituye un tribunal especial, expresamente constitucional que se encarga de ejercer esa función y que tiene a su cargo la defensa de la libertad y de los derechos humanos; es aquí donde podemos ver una secuela del principio de legalidad del Estado derecho de la observancia del derecho objetivo por todos y en especial de los órganos estatales. Al ser la Constitución una ley positiva, fundamental y primaria, por ello deberá incluirse obligatoriamente dentro de los principios del control de legalidad.<sup>17</sup>