

CONTENIDO

ESTUDIO INTRODUCTORIO DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Miguel CARBONELL

I. Introducción	11
II. La universalización de los derechos . . .	13
III. La especificación de los derechos	17
IV. ¿Qué garantías para los derechos funda- mentales?	20
V. La jurisdicción constitucional y los dere- chos	26
VI. Conclusión	29

ESTUDIO INTRODUCTORIO DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Miguel CARBONELL*

I. INTRODUCCIÓN

Giancarlo Rolla es un destacado profesor de la Universidad de Siena, Italia. Desde el *Istituto di Diritto Costituzionale Comparato* de esa Universidad ha conformado un grupo de estudio que se ubica dentro de la vanguardia europea en el estudio del derecho público comparado. Es además autor de una abundante bibliografía en temas de derecho constitucional, particularmente en lo referido a la distribución territorial de funciones (los modelos federalistas o regionalistas) dentro de los Estados compuestos,

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

a las formas de ejercer la jurisdicción constitucional y a los derechos fundamentales.¹

En las páginas que siguen el lector podrá encontrar justamente dos luminosos ensayos dedicados a las últimas áreas temáticas mencionadas: los derechos humanos y la justicia constitucional.

Son dos ensayos que se encuentran íntimamente relacionados; no solamente por una necesidad metodológica (en el sentido de que la forma más evolucionada de protección de los derechos fundamentales es la jurisdicción constitucional), sino porque el autor, en realidad, conforma una especie de diálogo entre ambos. El referido al papel de la justicia constitucional es la continuación del primero, que toca lo relativo a los derechos fundamentales.

Los dos trabajos de Rolla plantean y vienen a sintetizar un número tan amplio de cuestiones que sería del todo imposible intentar resumirlas en las pocas páginas que debe tener un simple estudio introductorio. Se puede, sin embargo, intentar resaltar algunos de los temas que trata el autor a fin de situarlos dentro de la discusión teórica y práctica que sobre los mismos hemos tenido (o no hemos tenido, pues muchos aspectos no han sido aborda-

1 Rolla es autor también de un amplio *Manuale di diritto pubblico* (Turín, Giappichelli editore, 2000), que constituye un valioso instrumento para la docencia.

dos por la doctrina y la jurisprudencia nacionales) en México. A eso se dedican las páginas que siguen.

II. LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Rolla comienza analizando las grandes tendencias contemporáneas en materia de derechos fundamentales. La primera de esas tendencias es la universalización de los derechos. Es, como se apunta, una tendencia, no una realidad consolidada. La universalización de los derechos ha tropezado históricamente con una serie impresionante de resistencias. En México lo sabemos bien, pues en no pocas ocasiones se ha esgrimido la teoría de la soberanía nacional para no dar cuenta de violaciones impresionantes a los derechos. Todavía al día de hoy no se alcanza a comprender por todos la necesidad y oportunidad de que México participe en los mecanismos jurisdiccionales de carácter supranacional encargados de proteger derechos humanos.

La universalización de los derechos supone tomar en serio y llevar a la práctica la conocida frase de “todos los derechos para todos”. Obviamente, como se apuntaba, este proceso evolutivo en la

“edad de los derechos”² se topa con una serie importante de obstáculos (“contratendencias” los llama nuestro autor en su texto). Rolla refiere, como lo han hecho también Habermas, Ferrajoli y otros importantes autores, la (contra)tendencia que convierte en la realidad a los derechos humanos (universales en el discurso) en derechos de los ciudadanos. La ciudadanía es, como ha escrito el propio Ferrajoli, el último *status* normativo de discriminación, diferenciación y privilegio en el campo de los derechos.³ Esta (contra)tendencia impacta directamente en el tema, bien conocido en México, de la protección de los derechos de los inmigrantes.

La presión migratoria sobre los países desarrollados es una realidad contemporánea frente a la que la teoría de los derechos no puede cerrar los ojos. Hasta el momento, la reacción de muchos Estados frente a la inmigración se ha traducido en políticas represivas y persecutorias, fundadas en la negación como sujetos de los derechos de los inmigrantes; esa persecución “está escribiendo y parece destinada a escribir en los próximos decenios

2 La “edad de los derechos” es justamente el título de un importante libro de Norberto Bobbio sobre el tema: *L’Età dei diritti*, 3a. ed., Turín, Einaudi, 1997.

3 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 119.

las páginas más luctuosas de la historia civil y política de los países occidentales”.⁴

Otra (contra)tendencia importante de la universalización de los derechos, que apunta Rolla en su ensayo y que se conecta con el tema de la inmigración, es “la presencia de formas de relativismo cultural en determinadas áreas geográficas”. Las civilizaciones orientales e islámicas no aceptan en igual medida el valor de la dignidad y la libertad de las personas. Los ejemplos normativos concretos del rechazo a la “visión occidental” de los derechos son citados por Rolla en su trabajo. Lo peor de todo es que, en palabras del autor, “la reivindicación del relativismo cultural en el ámbito de los derechos fundamentales se ha realizado para justificar institutos del todo incompatibles con el valor de la persona, como la esclavitud, las torturas, la discriminación racial o la subordinación por razones de sexo”.

Los países occidentales, sin embargo, no siempre han estado muy preocupados por estos hechos, pues con frecuencia han establecido pactos y convenios comerciales con países que violaban impunemente derechos fundamentales de sus habitantes.

4 Zolo, Danilo, “La strategia della cittadinanza”, en Zolo, Danilo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità. Diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 42.

La respuesta de los países democráticos frente al relativismo cultural, pese a todo, no es fácil. No se pueden dejar pasar violaciones intolerables a los derechos sólo porque los afectados viven en un país extranjero; pero la solución tampoco es arrojar bombas e invadir países (como tanto le gusta hacer, utilizando como excusa los derechos humanos, a los Estados Unidos).

Curiosamente, las identidades nacionales que —supuestamente— se tratan de proteger con el relativismo cultural no se encuentran amenazadas por la efectiva universalización de los derechos fundamentales, sino por la presencia de otros nacionalismos más fuertes y agresivos, como se encarga de resaltar con agudeza Rolla. La historia parece corroborarlo. Las teorías del nacionalismo, además, no han dado cuenta de cómo se pueden defender los nacionalismos minoritarios que se encuentran al interior de un Estado-nacional.⁵ Al parecer, la mejor fórmula de convivencia de los contemporáneos Estados multiculturales pasa por la construcción de un piso mínimo compartido de derechos,

5 Al respecto véase Kymlicka, Will y Straehle, Christine, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías*, trad. de Karla Pérez Portilla y Neus Torbisco, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, y Kymlicka, Will, *Politics in the Vernacular*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

que ponga a salvo a las minorías (a todas, incluso a la minoría irreductible que es el disidente individual⁶) frente a las decisiones de las mayorías, delimitando lo que Ernesto Garzón Valdés ha llamado el “coto vedado” o lo que Ferrajoli denomina “la esfera de lo no decidible”.⁷

III. LA ESPECIFICACIÓN DE LOS DERECHOS

Otra tendencia contemporánea de los derechos es la que resulta del proceso de “especificación” de los mismos, la cual se puede dar tanto con respecto a los contenidos como en relación a los sujetos.⁸ La especificación, como ha indicado Bobbio, supone el paso de la persona considerada en abstracto a la persona pensada en concreto, en sus dis-

6 Flores D’Arcais, Paolo, *El individuo libertario*, Barcelona, Seix Barral, 2001.

7 Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia” en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993; Garzón Valdés, Ernesto, “Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural” en su libro *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, México, Paidós-UNAM, 2000; Ferrajoli, Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

8 Peces Barba, Gregorio *et al.*, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, Carlos III-BOE, 1995, pp. 180 y ss.

tintos roles sociales y en sus diferentes etapas biológicas.⁹ Rolla lo describe con las siguientes palabras

en el constitucionalismo contemporáneo el hombre y la mujer son considerados en su calidad de personas históricamente determinadas, inmersos en la sociedad, personas concretas, consideradas en su existencia histórica y material, portadoras de múltiples necesidades y expectativas.

Se comienza a hablar, como consecuencia de esa especificación en el orden de los sujetos, de los derechos de los trabajadores, de las mujeres, de los migrantes, de los indígenas, de los niños, de las personas de la tercera edad, de los consumidores, de las minorías sexuales, etcétera. En el campo de los contenidos, hoy en día por ejemplo no se regula solamente la inviolabilidad del domicilio, sino que existe ya un derecho más específico a la intimidad, a la protección de la vida privada frente a los medios de comunicación. De la misma forma, ya no es suficiente contar con la genérica libertad de expresión; hoy esa libertad supone también derechos que garanticen el pluralismo informativo y la posibilidad misma de hacerse oír en el espacio público. Y así por el estilo. Como lo apunta Rolla,

9 *Op. cit.*, nota 2, pp. 62 y 68, entre otras.

“los elencos de los derechos de la persona tienden a ser cada vez más articulados y minuciosos”.

La especificación de los derechos, hace notar nuestro autor, es más importante en los textos constitucionales que se adoptan sobre la base de una ruptura político-institucional derivada de la caída de algún régimen autoritario. Es decir, cuando una sociedad se reconstruye luego de una experiencia autoritaria, suele apuntar con mayor énfasis y detalle los derechos fundamentales en sus normas básicas. Este es un punto que merece ser recuperado y meditado en México. En efecto, el país está dejando atrás un régimen autoritario, pero no se ha dado una nueva Constitución (y ni siquiera es seguro que existan las condiciones institucionales e incluso teóricas para hacerlo¹⁰), ni ha avanzado tanto como sería deseable en la modernización y puesta al día de su catálogo constitucional de derechos fundamentales.¹¹

Desde luego, ni la universalización ni la especificación de los derechos se pueden dar, si se quie-

10 Carpizo, Jorge, “México: ¿hacia una nueva Constitución?”, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

11 Carbonell, Miguel, “Un sistema moderno de derechos. Propuestas para reformar la Constitución mexicana”, *Documento de trabajo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero de 2002.

re que no sean pura retórica constitucional, en el vacío; tendrán éxito en la medida en que sean procesos que se acompañen y se inserten en contextos normativos que tengan otros tantos dispositivos institucionales definidores del paradigma del Estado de derecho. Entre esos dispositivos Rolla menciona la rigidez constitucional, el principio de legalidad, la justicia constitucional, la reserva de ley y la separación de poderes. Los derechos tendrán una mejor “atmósfera” en aquellos Estados que hayan *constitucionalizado* su ordenamiento jurídico, lo que supone llevar a la práctica varias de las condiciones que enumera Rolla.¹²

IV. ¿QUÉ GARANTÍAS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Otra cuestión de primera importancia que aborda el autor en su primer ensayo es la relativa a la “garantía” de los derechos. Los ciudadanos saben que los derechos han sido, sobre todo en América Latina, estrategias discursivas de los gobernantes dirigidas a disimular todo tipo de latrocinios y atropellos. En

12 Para el concepto de “constitucionalización del ordenamiento jurídico” véase Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 153 y ss.

México, por ejemplo, a partir de los años setenta el Estado se tuvo que enfrentar a la imposibilidad de seguir suministrando condiciones de bienestar generalizado (concretamente en materia de derechos sociales) a la población, pero empezó a incluir en el texto de la Constitución grandes enunciados retóricos para sustituir con el discurso constitucional lo que no podía ofrecer en la realidad;¹³ al final fue una estrategia que no le dio un buen resultado, pero prolongó durante varios años la caída del régimen autoritario.

Rolla apunta una cuestión que es muy cierta: los derechos son tales si pueden ser garantizados, si son —en última instancia— justiciables. Esa es una visión que, partiendo de esquemas kelsenianos, da cuenta de una realidad palmaria: la inutilidad de las fórmulas constitucionales que no tienen medios de protección para el caso de ser violadas. Pero junto a esa visión otro autor importante, Luigi Ferrajoli, ha sostenido la necesidad de distinguir entre los derechos y sus garantías.

Esta distinción permite, según Ferrajoli, que la ciencia jurídica no se limite a constatar la inutilidad de un derecho no justiciable, sino que se convierta en una palanca de denuncia del incumplimiento de

13 Al respecto, Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa, ITAM, 2001.

los poderes públicos que no han establecido o bien las correspondientes obligaciones para los sujetos a los que se dirigen los derechos (lo que Ferrajoli llama *garantías primarias*), o los remedios procesales para el caso de que esos sujetos no den cumplimiento a tales obligaciones (las llamadas por el mismo autor *garantías secundarias*);¹⁴ la ausencia de ambos tipos de garantías da lugar a *lagunas primarias* o *lagunas secundarias*, respectivamente.

La tarea actual de la ciencia jurídica iría más en el sentido de denunciar la existencia de esas lagunas que en el de negar el carácter de derechos fundamentales a las posiciones subjetivas recogidas en los textos constitucionales pero no garantizadas por ningún mecanismo de tutela.

Las garantías jurisdiccionales de los derechos, para ser efectivas, han de proyectarse al menos sobre un triple ámbito de actuación: a) sobre todos los poderes públicos (incluyendo desde luego al poder legislativo) y sobre todos los poderes privados¹⁵ (lo que desata la controversia sobre los efectos ho-

14 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 3, pp. 61 y 62.

15 Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, trad. de Miguel Carbonell, en varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 99 y ss.

rizontales de los derechos fundamentales¹⁶); b) sobre todos los derechos, con independencia de que se trate de derechos de libertad o de derechos sociales;¹⁷ y c) hacia los espacios internacionales, de modo que los tribunales supranacionales puedan obligar también a los Estados a proteger los derechos de sus habitantes o a reparar las violaciones que ya hayan ocurrido.

El terreno internacional tiene una doble influencia positiva en el tema de los derechos; por un lado, suministra las posibilidades para ir construyendo un constitucionalismo global que haga realidad las aspiraciones universalistas de los derechos; por otro, ha permitido la construcción de una serie de códigos lingüísticos y operativos que circulan entre los países para ir formando un *nuevo derecho común de los derechos humanos*.

16 Un buen panorama sobre el tema se encuentra en Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales en tre particulares*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000.

17 Sobre las formas de protección de los derechos sociales, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 139 y ss.

Por eso tiene razón Rolla cuando escribe que

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

Se trata, en alguno de sus aspectos, de utilizar el derecho comparado (nacional e internacional) como un nuevo método de interpretación constitucional.¹⁸ No son pocos los países que recogen disposiciones constitucionales expresas para dar un rango supremo a documentos internacionales de derechos humanos; quizá el ejemplo más representativo, como indica nuestro autor, sea el artículo 75.22 de la Constitución argentina.¹⁹ A la Constitución mexicana de 1917 le haría falta incluir un precepto como ese.

18 Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 162 y ss.

19 Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 2000, pp. 163 y ss.

Los tribunales constitucionales de muchos países se han acostumbrado a utilizar principios presentes en el ordenamiento y en la teoría internacionales, como la cláusula *pro homine* o el principio garantista, de acuerdo con el cual, escribe Rolla, “ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permita con mayor efectividad ‘dar desarrollo a la eficacia jurídica’ de un determinado derecho”.

Hacia el final de su primer ensayo, Rolla defiende la necesidad de contar en los textos constitucionales con cláusulas abiertas, que permitan lograr una síntesis adecuada entre las disposiciones de las cartas magnas y los valores contemporáneos, es decir, que puedan conciliar el derecho y la historia.²⁰ Las “constituciones abiertas” permiten, además de la conciliación entre el derecho y la historia, formas de control jurisdiccional más amplias,²¹ por ejemplo recabando derechos de manera implícita o asegurando mayor capacidad abarcadora para los enun-

20 Sobre este punto, Zagrebelsky, Gustavo, “Storia e costituzione”, en Zagrebelsky, Gustavo *et al.* (comps.), *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996.

21 La discusión sobre las ventajas de las “Constituciones procedimentales” frente a las “Constituciones de detalle” es estudiada por Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 247 y ss.

ciados generales (como el principio de igualdad, por ejemplo). Obviamente, la apertura constitucional no puede ser indiscriminada; no puede llegar, por ejemplo, a desdibujar el contenido esencial de los derechos o a dejar sin definir la forma de gobierno o las vías de solución de los conflictos al interior del Estado.

V. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS

El segundo ensayo que compone este libro es una continuación, como ya se apuntaba al principio, del primero. Se trata de trasladar varias de las cuestiones generales que dibuja Rolla sobre los derechos fundamentales al ámbito de su protección por los tribunales y cortes constitucionales. No faltan en este ensayo sugerencias y aportaciones de gran interés para México, puesto que nuestra jurisdicción constitucional apenas está comenzando a intentar construir esquemas interpretativos novedosos para la protección de los derechos (aunque seguimos a años luz, no solamente de las jurisdicciones más avanzadas en la materia como la estadounidense o la alemana, sino incluso de nuestros países vecinos de América Latina como Costa Rica, Colombia, Argentina o Guatemala).

El carácter “contramayoritario” de la jurisdicción constitucional asegura la protección de las minorías frente a las mayorías, protegiendo de esa forma la libertad individual, pero garantizando también el pluralismo social y político.²²

Rolla realiza en su texto diversas clasificaciones sobre la forma en que funcionan las jurisdicciones constitucionales contemporáneas; así por ejemplo, habla de instrumentos de garantía *general* o *sectorial*, ya sea que se trate de mecanismos que tutelan todos los derechos o solamente una parte de ellos (es el caso del *habeas corpus*, destinado a proteger fundamentalmente la libertad de las personas frente a detenciones arbitrarias o frente a incomunicaciones). Desde el punto de vista de los sujetos involucrados se puede hablar de instrumentos que operan solamente frente a poderes públicos o de instrumentos que se pueden hacer valer también frente a particu-

22 Una discusión sobre los problemas y dificultades de ese carácter contramayoritario de la justicia constitucional puede verse en Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996. Para enmarcar el debate teórico sobre el tema deben consultarse dos obras clásicas: Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., New Haven-Londres, Yale University Press, 1986 y Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de Magdalena Holguín, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre editores, 1997.

lares (por ejemplo el recurso de amparo tal como está contemplado en la Ley de Amparo de Costa Rica).

Más adelante el autor señala la función cívica que cumplen los jueces constitucionales, cuya tarea sirve también como una forma de “educación para la democracia”. El analista constitucional que trabaja en México no puede dejar de preguntarse si esto se aplica a nuestra Suprema Corte; la respuesta, desilusionante sin duda alguna, es que no: la función cívica y educativa que los jueces constitucionales tienen en muchos países (que es particularmente importante en tiempos de transición democrática²³) es un dato que no parece asomarse en ninguna de las sentencias de nuestro máximo tribunal.

Rolla asume una posición realista muy atinada cuando señala las diferencias que se dan en la tutela de los derechos en un Estado con una democracia consolidada y otro que apenas se encuentre en fase de transición democrática. Mientras que en el pri-

23 Rolla lo describe en los siguientes términos: “En particular, es importante el papel de los jueces constitucionales en las fases de transición, cuando sobre las cenizas de un ordenamiento totalitario se instauran nuevas constituciones inspiradas en los valores del Estado democrático de derecho: los jueces constitucionales ejercen un papel determinante en la modernización y en la democratización del ordenamiento jurídico, contribuyendo a afirmar los nuevos valores constitucionales”.

mer caso los jueces se enfrentan con problemas de tutela de derechos normalmente relacionados con el desarrollo cultural, el progreso científico y tecnológico, y el carácter multicultural de las sociedades, en el segundo conocen de cuestiones relacionadas con torturas, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias, derecho a un juicio justo, etcétera. La diferencia no es menor y condiciona por completo la agenda de protección de los derechos. En términos generales se comprende que no es lo mismo dictar sentencias contra empresas de países desarrollados que contra grupos de delincuencia organizada o de carácter mafioso que funcionan al amparo de los poderes públicos. Las posibilidades de llevar a cabo una interpretación “extensiva” de las normas aplicables dependerá en ocasiones de las amenazas que penden sobre la vida y/o familia del juez, o del “estímulo procesal” que haya recibido ese mismo juez en forma de soborno.

VI. CONCLUSIÓN

Los textos de Giancarlo Rolla que el lector encontrará a continuación contienen una riqueza de planteamientos mucho más amplia de que lo que se ha podido apenas dibujar en las páginas anteriores. El estilo claro y directo del autor ayuda no-

tablemente a su buena comprensión. Las lecciones que los textos arrojan para el presente y el futuro del incipiente Estado constitucional mexicano son múltiples y deberán ser ponderadas con detenimiento tanto por los teóricos como por los operadores jurídicos prácticos.

No quisiera terminar sin agradecer el apoyo del autor y de la profesora Eleonora Ceccherini, también de la Universidad de Siena, para que la presente publicación se llevara a cabo con el sello de la UNAM. Para el Instituto de Investigaciones Jurídicas es un honor tener en su catálogo de publicaciones a autores tan importantes como Giancarlo Rolla.