

LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ASPECTOS DE DERECHO COMPARADO EUROPEO

Pierre Bon

Catedrático de la Universidad de Pau

Director del Instituto de Estudios Jurídicos Ibéricos e Iberoamericanos

1. Toda Constitución democrática debe, en materia de protección de los derechos fundamentales, cumplir una doble función.

En primer lugar, ha de proclamar los derechos de los hombres y ciudadanos a los que concede un valor constitucional. Es decir, que debe formular la lista, el catálogo de derechos y libertades. Dejaremos de lado aquí la cuestión de si dicha proclamación tiene un carácter constitutivo o de mero reconocimiento. El iusnaturalista se inclina a favor de la primera hipótesis; el positivista opta por la segunda. A decir verdad, «el problema es de índole puramente especulativa. Suponiendo, efectivamente, que el reconocimiento legitime prerrogativas que le sean anteriores, parece que los derechos no son ni invocables ni utilizables concretamente en tanto que no están reconocidos. Que el reconocimiento sea o no creador de derechos es, por tanto, algo sin importancia, puesto que es ciertamente la condición inicial para su eficacia y su oponibilidad»¹.

La Constitución debe, en segundo lugar, garantizar los derechos proclamados. Su mera proclamación, su mero reconocimiento, su mera afirmación los deja en estado virtual. Para que se trate de derechos reales y efectivos, y no de derechos formales y virtuales, la Constitución debe definir ciertas reglas jurídicas y poner en pie ciertos mecanismos destinados a garantizar el respeto de los derechos. A la cabeza de estas garantías debe figurar la instauración de una justicia constitucional, porque la protección de los derechos fundamentales no podría quedar suficientemente asegurada si resultara fácil para el legislador contradecirlos. Es la idea de que no podría haber verdadera protección constitucional de los derechos y libertades sin una jurisdicción constitucional encargada de controlar la constitucionalidad de las leyes.

¹ J. Mourgeon. *Les droits de l'homme*, PUF, Que sais-je?, 1978, p. 71.

2. A grandes rasgos, podemos decir que las Constituciones del siglo XIX se atienen, en lo esencial, a la función de proclamación de los derechos y libertades, e ignoran ampliamente la función de garantía.

Por ejemplo, la primera Constitución escrita de Francia, la Constitución del 3 de septiembre de 1791, empieza por la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789, cuyo carácter «declaratorio» o «proclamatorio» es evidente: enumera los grandes principios filosófico-políticos que inspiran el nuevo régimen, así como los derechos reconocidos a los hombres y ciudadanos. En verdad, el título primero de la Constitución se titula «Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución». Pero se limita a afirmar que la Constitución «garantiza» ciertos derechos y libertades, de entre los cuales algunos estaban ya reconocidos por la Declaración, sin verdaderamente tratar la cuestión de las técnicas de garantías.

Esto mismo ocurre, más o menos, con las Constituciones francesas ulteriores².

El credo constitucionalista, unido al dogma de la infalibilidad de la ley, explica bastante esta actitud. La creencia en las Constituciones es tal que se tiene el sentimiento de que basta con que una regla de derecho figure en el texto supremo para que se imponga a todos. Y si eventualmente no es éste el caso, el legislador, protector natural de la Constitución y de los derechos fundamentales, no dejará de intervenir para restablecer la norma fundamental en toda su fuerza.

Evidentemente, la historia demostraría las dosis de idealismo que contienen tales análisis. Ella enseñará, en efecto, que hay más Constituciones transgredidas que Constituciones respetadas, y que el legislador puede ser tanto una amenaza para los derechos fundamentales como el escudo de los derechos y libertades.

3. De ahí la necesidad de no limitarse a la mera proclamación de los derechos y libertades, sino proveer a ésta de técnicas de garantías destinadas a hacer que las disposiciones de la Constitución no queden en letra muerta, e integrando especialmente la posibilidad de censurar las leyes liberticidas.

Esta doble aproximación —proclamar los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, garantizarlos sobre todo gracias a la instauración del juez constitucional— la encontramos, por ejemplo, en ciertas Constituciones europeas del siglo XX, y seguramente no es puro azar el que se trate a menudo de Constituciones de países que en un pasado reciente habían conocido experiencias autoritarias, contra el regreso de las cuales han querido defenderse.

Es así como los excesos del fascismo y nazismo han conducido a los constituyentes italianos y alemanes no sólo a encabezar la Constitución

² Las leyes constitucionales de 1875 no cumplen, por otra parte, ni siquiera la función de proclamación, puesto que no contienen declaraciones de derechos.

italiana de 1947 y la Ley Fundamental alemana de 1949 con sustanciales artículos consagrados a la proclamación de los derechos fundamentales³, sino también a prestar una atención particular a los mecanismos destinados a garantizar la efectividad de estos derechos, en particular con la instauración de los Tribunales Constitucionales.

El hundimiento del régimen de los coroneles en Grecia, del salazarismo en Portugal y del franquismo en España ha tenido las mismas consecuencias⁴.

Se puede citar, además, el caso de Suiza, de Austria y de Francia, aunque estos tres países presenten ciertas especificidades con respecto a los países anteriores. En Suiza, la proclamación de los derechos fundamentales a nivel federal data del siglo xix, ya que la Constitución federal de 1874, todavía en vigor, enumera ciertos derechos, los cuales, por otra parte, se estimaban insuficientemente protegidos por las Constituciones de los cantones; además, la misma Constitución de 1874 insta un Tribunal federal encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes —lo que es revolucionario para la época—, pero su competencia queda limitada a las leyes de los cantones, y no le conciernen las leyes federales —lo que restringe un poco el alcance de la revolución—. En Austria, la proclamación de los derechos y libertades data igualmente del siglo xix. A menudo se cita a propósito de esto la Ley fundamental del Estado sobre los derechos generales de los ciudadanos de 21 de diciembre de 1867, mantenida en vigor, con valor constitucional, por la Constitución de 1920-1929. En cuanto a la instauración de una jurisdicción constitucional, data del siglo xx, pero es muy anterior al conflicto nazi, puesto que es la Constitución de 1920, parcialmente revisada en esta materia en 1929, la que crea el Alto Tribunal Constitucional de Austria. Y cuando el *Anschluss* finaliza y Austria recobra su independencia, se limita a restablecer en vigor la Constitución de 1920-1929, con la salvedad, evidentemente, de ciertas modificaciones y complementos. En cuanto a Francia, su caso es todavía más peculiar. La proclamación de derechos data de los siglos xix y xx, puesto que tanto la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, del 26 de agosto de 1789, como el Preámbulo de la Constitución de 1946 son parte integrante de la actual Constitución de 1958. La garantía de los derechos contra los excesos de la Administración nace igualmente en el siglo xix y se perfecciona en el xx. Pero la garantía de los derechos contra los excesos del legislador es muy reciente, puesto que es posterior incluso a la Constitución de 1958. Bien es verdad que esta última

³ Primera parte de la Constitución italiana, titulada «Derechos y deberes de los ciudadanos», que comprende 42 artículos; título primero de la Ley Fundamental, titulado «Derechos fundamentales», que comprende 19 artículos.

⁴ Cf. la segunda parte de la Constitución griega de 1975, titulada «Derechos individuales y sociales», que comprende 22 artículos; la primera parte de la Constitución portuguesa de 1976, titulada «Derechos y deberes fundamentales», que comprende 68 artículos, y el título primero de la Constitución española de 1978, titulado «De los derechos y deberes fundamentales», que comprende 46 artículos. Cf. también el Tribunal Superior Especial griego y los Tribunales Constitucionales portugués y español.

crea un Consejo Constitucional. Pero la misión que le asigna es la de asegurar que el Parlamento no se sale del papel, más restringido que el del pasado, que le reservan las nuevas instituciones, y no la de garantizar los derechos y libertades proclamados en el Preámbulo contra las intromisiones del legislador. Esto no se hará sino en el marco de una revolución jurisprudencial operada en 1971 por el propio Consejo Constitucional, que se declaró competente para controlar la conformidad de las leyes a los derechos y libertades afirmados por el Preámbulo.

De cualquier modo, más allá de inevitables diferencias, los distintos países europeos que acaban de ser enumerados —y algunos otros⁵— se encuentran en una situación relativamente favorable desde el punto de vista de los derechos fundamentales, ya que en estos países los derechos están a la vez ampliamente proclamados y bastante eficazmente garantizados.

Es por ello posible, a partir de sus experiencias y alrededor de las dos ideas de proclamación y garantías, intentar construir una teoría general de la protección constitucional de los derechos fundamentales en Europa⁶.

⁵ Por ejemplo, Bélgica, que desde 1830 proclama en su Constitución los derechos y libertades generalmente reconocidos en su época y que más adelante se dota de una jurisdicción constitucional, la Corte de Arbitraje. No obstante, la competencia de esta Corte se refiere esencialmente a la resolución de los conflictos de competencia —especialmente espinosos— entre el Estado y sus elementos componentes. En materia de protección de los derechos fundamentales, sólo está habilitada por el momento —y desde 1988— para garantizar el respeto a tres artículos de la Constitución —los artículos 6, 6 bis y 17— que versan esencialmente sobre el principio de igualdad y la libertad de enseñanza. El carácter tan limitado de estas competencias nos ha conducido a excluir a Bélgica del ámbito de este estudio. Acerca del sistema belga de proclamación y garantía de los derechos constitucionales se puede consultar, no obstante, por ejemplo, *Le nouveau droit constitutionnel, Rapports belges au 2.º Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel* (avant-propos de F. Delperee), 1987.

⁶ Las fuentes en francés sobre el tema son reducidas. No podemos citar más que el seminario «Justice constitutionnelle et droits fondamentaux: introduction générale», del presidente, L. Favoreu, tras el Primer curso internacional de justicia constitucional, que se celebró en Aix-en-Provence del 7 al 13 de julio de 1989, seminario del que es deudora la primera parte de este trabajo. Sin embargo, aparte de abundantes publicaciones sobre los derechos y libertades en Francia —ver, por ejemplo, *Droit constitutionnel et droits de l'homme, Rapports français au 2ème Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel*, 1987—, existen algunas fuentes en francés relativas a la teoría general de los derechos fundamentales en uno u otro país extranjero ya citado. Los enumeraremos país por país. *Alemania*: M. Fromont, «Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne», *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, 1977, p. 49; H. G. Rupp, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux: Tribunal constitutionnel fédéral allemand», *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* (sous la direction de L. Favoreu), 1982, p. 241; C. Starck, «La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux», *RDP*, 1983, p. 1263. *Austria*: T. Ohlinger, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux: Cour constitutionnelle autrichienne», *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, cit., p. 345. *España*: P. Bon, «Les droits et libertés en Espagne: éléments pour une théorie générale», *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, 1991, p. 35. *Grecia*: A. Manitakis, «La définition constitutionnelle des droits et libertés en droit grec», *Rapport au 2ème Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel*,

I. PROCLAMAR

Las Constituciones europeas comienzan, en general, con una «declaración-programa» que invoca los grandes principios que fundan la filosofía política del Estado, particularmente en el campo de los derechos humanos. De esta manera, «Italia es una República democrática basada en el trabajo»⁷, que «reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales donde desenvuelve su personalidad»⁸. Del mismo modo, «el pueblo alemán reconoce... los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo»⁹. En Grecia, «el respeto y la protección del valor humano constituyen la obligación primordial del Estado»¹⁰. «Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular»¹¹, mientras que «la República portuguesa es un Estado de derecho democrático... basado en el respeto y la garantía de la efectividad de los derechos y libertades fundamentales»¹². En cuanto a España, se trata de «un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»¹³, y «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»¹⁴.

multigrafiado. Italia: G. Zagrebelsky, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux: Cour constitutionnelle italienne», *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, cit., p. 303; C. Almirante, «Les protections et garanties constitutionnelles des droits et libertés (Italie)», *Rapport au 2ème Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel*, multigrafiado. Portugal: J. Miranda, «Introduction a l'étude des droits fondamentaux», *La justice constitutionnelle au Portugal*, 1989, p. 161; J. Casalta Nabais, «Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel», *La justice constitutionnelle au Portugal*, cit., p. 211; J. Casalta Nabais, «Les droits fondamentaux au Portugal», *Etudes franco-portugaises de droit constitutionnel*, aún no publicado. Suiza: J.-F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Tomo II, 1967, p. 624, y Suplemento 1967-1982, p. 201; J.-F. Aubert, «Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal Fédéral suisse - Essai de synthèse», *Mélanges Werner Kagi*, 1979, p. 1; A. Auer, «Les droits fondamentaux et leur protection», *Pouvoirs*, n.º 43, 1987, p. 87; J.-P. Muller, *Elements pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, 1983. Evidentemente, la bibliografía en italiano, alemán, español o portugués es considerable. No la citaremos, aunque haya sido a menudo utilizada.

⁷ Artículo primero CI.

⁸ Artículo 2 CI.

⁹ Artículo 1.2 de la LF, que afirma, por otro lado, en los artículos 20.1 y 28.1, que «la República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social» o «un Estado de derecho republicano, democrático y social». Cf. A. Bleckmann, «L'Etat de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne», *Pouvoirs*, n.º 22, 1982, p. 5.

¹⁰ Artículo 2.2 CG.

¹¹ Artículo 1 CP.

¹² Artículo 2 CP.

¹³ Artículo 1.1 CE.

¹⁴ Artículo 10.1 CE.

Pero estas Constituciones añaden, a continuación de las «declaraciones-programas», las «declaraciones-catálogos» que enumeran de forma detallada los derechos reconocidos. Estos catálogos suscitan algunas interrogaciones, a veces relacionadas entre sí: ¿se trata de un catálogo extenso o de un catálogo restrictivo, de un catálogo cerrado o de un catálogo abierto, de un catálogo nacional o de un catálogo internacional, de un catálogo homogéneo o de un catálogo heterogéneo, de un catálogo igualitario o de un catálogo jerarquizado?

A) ¿CATÁLOGO EXTENSO O CATÁLOGO RESTRICTIVO?

La historia de los derechos y libertades es la del enriquecimiento de su contenido. Los derechos que pueden ser calificados como derechos de primera generación corresponden a los derechos y libertades clásicos de carácter individual: igualdad, libertad de credo y de conciencia, libertad de expresión, libertad de circulación, inviolabilidad del domicilio, derecho de propiedad, seguridad... Los derechos llamados de segunda generación corresponden a los derechos y libertades clásicos de carácter colectivo, derecho de reunión, derecho de asociación, derecho sindical, derecho de huelga... Por derechos de tercera generación se entienden los derechos económicos, sociales y culturales, que no son ya «derechos de...», sino «derechos a...», es decir, derechos de prestación: derecho al trabajo, derecho a la salud, derecho a llevar una vida familiar normal, derecho a una vivienda digna, derecho a la educación, derecho al ocio... Por último, en la actualidad aparecen los que se pueden llamar derechos de cuarta generación, ligados a los progresos de la ciencia, como, por ejemplo, el derecho a la no manipulación genética.

¿Encontramos en todas las Constituciones europeas el reflejo de tal enriquecimiento? La respuesta es matizable y, evidentemente, está en función, en parte, de la edad de la Constitución, en la medida en que los derechos de primera generación son derechos de la primera mitad del siglo XIX; los derechos de segunda generación, de la segunda mitad del siglo XIX; los derechos de tercera generación, derechos de la primera mitad del siglo XX, y los derechos de cuarta generación, derechos de la segunda mitad del siglo XX. A grandes rasgos, se pueden distinguir dos grandes grupos de Constituciones, a pesar de que haya, en el seno de cada uno de estos grupos, bastantes matizaciones.

1. Algunas Constituciones no proclaman más que los derechos de primera y de segunda generación —de manera más o menos exhaustiva, por cierto— e ignoran los derechos económicos, sociales y culturales.

El primer ejemplo es claramente el de la Constitución suiza. Al ser de 1874, no garantizaba entonces más que ciertos derechos y libertades clásicos. La lista ha sido, por supuesto, completada desde entonces. «Hoy en día, la Constitución garantiza expresamente una buena decena

de derechos y libertades, entre los que destacan el principio de igualdad, la libertad religiosa, la libertad económica, la libertad de prensa, el derecho de asociación, la propiedad»¹⁵. Pero se trata solamente de derechos de primera y de segunda generación y, aun así, no figuran todos los derechos que se pueden clasificar bajo estas dos rúbricas. Es este «carácter lagunoso e incompleto de la enumeración constitucional de los derechos fundamentales el que constituye uno de los motivos que llevaron al Parlamento federal a iniciar formalmente, el 4 de junio de 1987, tras veinte años de estudios y discusiones, el procedimiento de revisión total de la Constitución federal»¹⁶.

El segundo ejemplo es el de la Constitución austríaca. Data de 1920-1929, pero en materia de derechos fundamentales hace referencia a textos más antiguos. Efectivamente, tras los trabajos contiguos de 1919-1920, las cuestiones relativas a los derechos fundamentales formaron «parte de las cuestiones más discutidas entre los partidos políticos, a causa de sus implicaciones ideológicas. Ya que un acuerdo sobre una nueva codificación no era posible, se decidió al final dejar en vigor la carta de los derechos fundamentales de la Constitución monárquica, a saber, la ley fundamental del Estado sobre los derechos generales de los ciudadanos de 21 de diciembre de 1867 —*Staatsgrundgesetz-StGG*—. Técnicamente, se hizo por medio de un artículo de la B-VG —art. 149 de la *Bundesverfassungsgesetz* (Constitución federal)—, que clasificó esta ley como una ley constitucional de la federación. De la misma manera, se conservaron otras leyes de la época de la monarquía y de la fundación de la República»¹⁷. El resultado es que los derechos reconocidos son exclusivamente derechos de primera generación. Bien es verdad que ciertas disposiciones particulares relativas a los derechos fundamentales han sido, efectivamente, insertadas en el propio texto de la Constitución, pero ello no modifica la naturaleza de los derechos proclamados, al tratarse del principio de igualdad y del derecho a ser juzgado por el juez natural. Por otro lado, si, como veremos, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950 tiene en Austria valor de derecho constitucional federal directamente aplicable, éste no concierne a los derechos económicos y sociales, mientras que el Pacto Internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales de 1966, así como la Carta Social Europea de 1961, que proclaman ambos derechos de tercera generación, no tienen valor de norma constitucional. Finalmente, el propio Tribunal Constitucional mantiene una de las concepciones más clásicas de los derechos fundamentales: ve en ellos simplemente unos derechos subjetivos reconocidos a los ciudadanos con el fin de protegerles de las intromisiones del Estado; se niega a ver en ellos elementos objetivos del ordenamiento jurídico, que impondrían al Estado devolver prestaciones positivas¹⁸.

¹⁵ A. Auer, art. cit., p. 88.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ T. Ohlinger, art. cit., p. 347.

¹⁸ Sentencia *Universitäts-organisationsgesetz-VfSLg* 8136/1977.

El tercer ejemplo —y estaríamos tentados de decir el más sobresaliente— es el de la Ley Fundamental alemana. Así como el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 y la Constitución italiana de 1947 integran los derechos económicos y sociales entre los derechos proclamados¹⁹, la Ley Fundamental de 1949 no reconoce ningún derecho de carácter social. Esta reserva viene del hecho de que el constituyente quería asegurar a cualquier precio la efectividad de los derechos fundamentales; ello implicaba la puesta en marcha de mecanismos de control jurisdiccional adecuados²⁰; ahora bien, estimó que la naturaleza de los derechos de tercera generación no era compatible con tales mecanismos. No obstante, la perspectiva social no está totalmente ausente del derecho constitucional alemán. En primer lugar, el juez constitucional se entrega a una interpretación «social» de los derechos fundamentales clásicos. A diferencia del Tribunal Constitucional austríaco, el Tribunal de Karlsruhe estima que los derechos fundamentales enumerados en el título primero de la Ley Fundamental no son solamente derechos subjetivos que defiendan a los ciudadanos contra las intervenciones del Estado, sino también derechos objetivos de los que pueden derivarse derechos de prestación positiva. En segundo lugar, porque, en los términos del artículo 20.1 de la Ley Fundamental, la RFA es un Estado social; «este principio de Estado social —*Sozialstaatsprinzip*— está revestido, en tanto que principio constitucional, de un carácter obligatorio, y habilita al legislador y al poder ejecutivo para asumir tareas correspondientes a la naturaleza del Estado social —previsión social, garantía de medios de subsistencia, mantenimiento de la paz social, reglamentación en materia de protección del trabajo, reglamentación relativa al tiempo de trabajo— sin que resulte, de la delegación general prevista por él, unos derechos del individuo a reclamar tal intervención del Estado»²¹.

2. En cambio, otras Constituciones afirman los derechos de primera y de segunda generación y los derechos económicos, sociales y culturales de tercera generación.

De esta manera, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, tras haber afirmado solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la Declaración de derechos de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, proclama, además, como particularmente necesarios para nuestros tiempos, ciertos principios políticos, económicos y sociales. También, dentro de los cuatro títulos —relaciones civiles, relaciones ético-sociales, relaciones económicas y relaciones políticas— que componen la parte consagrada a los «Derechos y deberes de los ciudada-

¹⁹ Integración, a decir verdad, más bien simbólica en el caso francés, ya que el Comité constitucional, creado por el artículo 91 de la Constitución, no es competente para controlar la conformidad de las leyes al Preámbulo sobre la base del artículo 93.

²⁰ C. Starck, art. cit., p. 1264.

²¹ H. G. Rupp, art. cit., p. 245.

nos», la Constitución italiana de 1947 proclama derechos de primera y de segunda generación —por ejemplo, en el título primero— y derechos de tercera generación —por ejemplo, en el título tercero—. El título de la segunda parte de la Constitución griega de 1975 es revelador de una idéntica aproximación, puesto que hace referencia a los «Derechos individuales y sociales». La estructura de la primera parte de la Constitución portuguesa de 1976, titulada «Derechos y deberes fundamentales», va en el mismo sentido: después de un título primero consagrado a los principios generales, el título segundo detalla, bajo la rúbrica «Derechos, libertades y garantías», los derechos y libertades clásicos, mientras que el título tercero está consagrado a los «Derechos y deberes económicos, sociales y culturales». Las mismas divisiones encontramos en el título primero de la Constitución española de 1978, titulado «De los derechos y deberes fundamentales», cuyo capítulo segundo enumera los «Derechos y libertades» clásicos, y el capítulo tercero, los «Principios rectores de la política social y económica».

Mención particular debe hacerse, por otra parte, a propósito de los derechos económicos y sociales, a las Constituciones portuguesa y española, que parecen ser especialmente completas en la materia. No sólo proclaman derechos sociales que encontramos en otras Constituciones, como, por ejemplo, el derecho al trabajo o a la protección del medio ambiente, mencionados por la Constitución griega, sino que afirman también derechos sociales que no se encuentran en ninguna otra, como, por ejemplo, los derechos específicamente reconocidos a los jóvenes, minusválidos, tercera edad y consumidores²². Como ha escrito un autor español, hay sin duda aquí un «revanchismo constitucional», es decir, una voluntad —comprensible y loable— de reacción en contra de los hábitos de los regímenes anteriores, pero también a lo mejor una «inflación constituyente», es decir, una tendencia a calificar como derecho lo que a veces no es más que un objetivo de la política social y económica.

B) ¿CATÁLOGO CERRADO O CATÁLOGO ABIERTO?

La cuestión que se plantea aquí es saber si los derechos constitucionales son exclusivamente los derechos expresamente enumerados por la Constitución —en cuyo caso el catálogo de derechos puede ser considerado como cerrado— o si pueden existir otros derechos constitucionales distintos de los mencionados en la Constitución —en cuyo caso el catálogo puede ser considerado como abierto—. Aquí también nos encontramos con una gran variedad de situaciones.

²² Respectivamente, artículos 70.1 CP y 48 CE, artículos 71 CP y 49 CE, artículos 72 CP y 50 CE, artículos 60 CP y 51 CE.

1. Algunos países se han dotado de catálogos abiertos, bien porque la Constitución lo prevé explícitamente, bien porque el juez constitucional se ha declarado competente para extraer derechos fundamentales no enumerados de modo expreso por la Constitución.

Encontramos en ciertas Constituciones la afirmación explícita según la cual la lista de los derechos fundamentales establecida por la Constitución es una «lista abierta». El ejemplo más antiguo es el de la novena enmienda a la Constitución americana —17 de septiembre de 1787—, según la cual «la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será interpretada como negación o restricción de otros derechos conservados por el pueblo». La historia constitucional española ofrece un ejemplo del mismo tipo con el artículo 29 de la Constitución monárquica del 1 de junio de 1869, que disponía: «la enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquier otro no consignado expresamente». Pero es, sin duda, la Constitución portuguesa la que contiene la fórmula más significativa, ya que su artículo 16.1 está redactado de la siguiente manera: «los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y normas aplicables del derecho internacional»²³. Así, podemos decir que junto a los derechos constitucionales existen derechos legales y derechos internacionales. El artículo 17 de la Constitución precisa, de cualquier modo, que el régimen protector de los derechos, libertades y garantías que ésta define²⁴ se aplica no sólo a los derechos enumerados en el título de la Constitución que les está consagrado, sino también a los derechos fundamentales de naturaleza análoga, lo que se entiende dirigido a los derechos, libertades y garantías que se encuentran en otras partes de la Constitución —derechos constitucionales análogos—, en las leyes —derechos legales análogos— y en el derecho internacional —derechos internacionales análogos²⁵—. No parece que, por el momento, el juez constitucional portugués haya tenido ocasión de hacer actuar este principio de la «lista abierta» para crear un nuevo derecho constitucional²⁶. Pero la técnica podría incluso facilitar la emergencia de los derechos de cuarta generación, como, por ejemplo, el derecho a la no manipulación genética²⁷.

²³ Acerca de este artículo, cf. H. Mota, «Le principe de la "liste ouverte" en matière de droits fondamentaux», *La justice constitutionnelle au Portugal*, cit., p. 177.

²⁴ Cf. *infra*, II.

²⁵ J. Casalta Nabais, art. cit., p. 217.

²⁶ H. Mota, art. cit., p. 183.

²⁷ Podríamos estar tentados de evocar aquí igualmente la fórmula contenida en el Preámbulo de la Constitución de 1946 —al que reenvía el Preámbulo de la Constitución de 1958—, según el cual el pueblo francés reafirma solemnemente «los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República». En la medida en que los mencionados principios no están enumerados, ¿no hay aquí una cláusula abierta del mismo tipo que la cláusula del artículo 16.1 de la Constitución portuguesa? La respuesta nos parece parcialmente negativa. En efecto, porque el pueblo francés «reafirma» los principios en cuestión, es que se trata de principios reconocidos por las leyes de las pasadas Repúblicas. La lista de estos principios está ya establecida, aunque el juez

En otros países no existe una disposición constitucional que estipule expresamente que el catálogo de los derechos constitucionales está abierto, pero el juez constitucional se declara competente para extraer derechos fundamentales que no están explícitamente formulados en la Constitución. A veces se apoya para hacerlo en una disposición general de la Constitución que interpreta de manera constructiva. Por ejemplo, hemos indicado ya que, según el artículo 2 de la Constitución italiana, «la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre». Se ha planteado entonces la duda de si los derechos en cuestión son exclusivamente los derechos enumerados en la primera parte de la Constitución, consagrada a los «Derechos y deberes de los ciudadanos», o si «este artículo posee una fuerza que atrae a la órbita constitucional situaciones que no han sido previstas por la Constitución, pero que, sin embargo, parecen dignas de protección en tanto derechos fundamentales»²⁸. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parezca bastante incierta en la materia, podemos citar algunos casos en los que parece haberse, efectivamente, utilizado el artículo 2 para extraer derechos nuevos como el derecho a la dignidad, al honor, a la responsabilidad, a la intimidad, a la discreción y a la buena reputación o el derecho a rectificar las falsas noticias transmitidas por los medios de comunicación²⁹. Otro ejemplo: de la fórmula del artículo 28.1 de la Ley Fundamental, según la cual la RFA es un «Estado de derecho», el Tribunal Constitucional ha deducido el principio del respeto de la confianza de los administrados hacia el Estado —*Vertrauensschutz*—³⁰ o el principio del *fair trial* o, también, el principio *nulla poena sine culpa*³¹. Incluso a veces el papel constructivo del juez constitucional es todavía más patente, ya que no toma apoyo en ninguna fórmula constitucional. Como resalta T. Ohlinger³², teniendo en cuenta el carácter disperso de los derechos proclamados en la Constitución federal, «el Tribunal federal suizo define en gran medida él mismo lo que quiere proteger como derechos constitucionales. Derechos fundamentales centrales como la libertad individual, la libertad de opinión, el derecho a ser escuchado y la prohibición de la arbitrariedad no figuran en el texto de la Constitución federal suiza, pero son reconocidos por el Tribunal federal como derechos constitucionales no escritos. En este ámbito, el Tribunal no interpreta la Constitución, sino que la perfecciona, ya que considera

constitucional no haya tenido todavía la ocasión de resolver sobre la materia. Se trata, por tanto, de alguna manera, de derechos del pasado —sin que este calificativo tenga, por supuesto, nada de peyorativo—. A la inversa, la técnica portuguesa de la «lista abierta» puede concernir a derechos nuevos, es decir, derechos del futuro.

²⁸ G. Zagrebelsky, art. cit., p. 307.

²⁹ G. Zagrebelsky, art. cit., pp. 309 y ss. Ver, igualmente, M.-C. Ponthoreau, «L'article 2 de la Constitution italienne et la concrétisation de droits non-écrits», *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1989, p. 97.

³⁰ M. Fromont, «Le juge constitutionnel», *Pouvoirs*, n.º 22, 1982, p. 46.

³¹ A. Bleckmann, art. cit., p. 10.

³² T. Ohlinger, art. cit., pp. 345-346. En el mismo sentido, J.-F. Aubert, *op. cit.*, p. 631, y A. Auer, art. cit., p. 88.

que dicho perfeccionamiento es el deber de todo Tribunal Constitucional. Justifica su actitud por el hecho de que su función consiste en garantizar los fundamentos del Estado de derecho, democrático y federal». Aparecen entonces unas libertades no escritas³³.

2. Sin embargo, no hay nada así en otros países donde el catálogo de derechos es rigurosamente cerrado.

El caso más característico es el de Austria. La Constitución no contiene ninguna cláusula abierta, y el juez constitucional se niega en absoluto a realizar cualquier interpretación constructiva de la Constitución. «Aun en el caso de que el propio Tribunal Constitucional considere expresamente la ausencia de una norma constitucional como un defecto, transmite la tarea de remediar esta "laguna" al legislador constitucional y no se declara competente para sustituirle»³⁴. En estas condiciones, se valora la importancia que ha tenido para Austria la incorporación del Convenio Europeo de los Derechos Humanos al derecho constitucional federal.

C) ¿CATÁLOGO NACIONAL O CATÁLOGO INTERNACIONAL?

Los países europeos han ratificado múltiples convenciones internacionales relativas a los derechos humanos; por ejemplo, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966; el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961. Verdaderamente, el derecho internacional de los derechos humanos es a menudo un derecho mínimo. Las Constituciones democráticas van, en la mayor parte de las ocasiones, más lejos en la protección de los derechos fundamentales. Pero no siempre es así.

1. De este modo, en Suiza y en Austria, el hecho de que el catálogo nacional de los derechos humanos esté completado por un catálogo internacional tiene una importancia práctica considerable, teniendo en cuenta el carácter disperso e incompleto de la enumeración constitucional de los derechos fundamentales.

Así, desde que el Convenio europeo de los derechos humanos se convirtió, en Suiza, en una fuente directa de los derechos fundamentales, no sólo ha confirmado ciertos derechos que habían sido extraídos por el Tribunal federal —las libertades no escritas evocadas anteriormente—, sino que, además, ha contribuido a la aparición de nuevos derechos, hasta el punto de que ejerce «una profunda influencia en la

³³ M. Rossinelli, *Les libertés non écrites*, 1987.

³⁴ T. Ohlinger, art. cit., p. 346.

garantía de las libertades en Suiza: los particulares la invocan con frecuencia, y obligan así a las autoridades a tener en cuenta regularmente la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal europeo de derechos humanos. Hasta el punto de que lo que parecía una conquista..., a saber, que Suiza... respeta el *standard* mínimo de los derechos fundamentales que el Convenio europeo de los derechos humanos impone a los países parte, debe, a partir de ahora, ser un hecho»³⁵.

El Convenio tiene la misma capital importancia en Austria. En este país tiene, por otra parte, valor de derecho constitucional federal directamente aplicable, lo que ha provocado un profundo replanteamiento del ordenamiento jurídico austríaco. Este es también el caso de sus cinco últimos protocolos adicionales. Sin embargo, ciertos tratados internacionales relativos a los derechos humanos, aun estando ratificados por Austria, han visto subordinada su entrada en vigor a la promulgación de leyes federales que condicionan su aplicación: éste es el caso, por ejemplo, de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, que ha tenido rango de ley constitucional federal no directamente aplicable hasta que ha sido promulgada una ley federal para decidir sobre su ejecución. Finalmente, si Austria se ha adherido al Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales y a la Carta social europea, estos tratados internacionales no han sido elevados al rango de derecho constitucional federal y son, además, *non-self executing*. De ello resulta que no son nunca aplicados por el Tribunal Constitucional, lo que bien confirma la anterior constatación según la cual el catálogo austríaco de los derechos fundamentales ignora los derechos de tercera generación³⁶.

2. Sin embargo, en los demás países el catálogo internacional tiene menos importancia en la medida en que estamos ante catálogos nacionales a menudo sustanciales. Pero ¿qué pasa si, por casualidad, el catálogo nacional no contiene un derecho proclamado en un catálogo internacional o de un derecho determinado da una interpretación más restrictiva que la contemplada en el catálogo internacional?

La respuesta a esta cuestión depende, en primer lugar, de la posición de las normas internacionales dentro de la jerarquía de las distintas normas jurídicas nacionales. Evidentemente, no se trata aquí de analizar en detalle una problemática tan amplia. Nos contentaremos con algunas indicaciones muy generales³⁷. En Francia las cosas están más claras, porque el artículo 55 de la Constitución dispone que «los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, salvo reserva,

³⁵ A. Auer, art. cit., pp. 88-89.

³⁶ Para todas estas cuestiones, cf. T. Ohlinger, art. cit., pp. 348-350.

³⁷ Para más detalles, ver, por ejemplo, L. Favoreu, «La protection juridictionnelle des droits de l'homme (au niveau interne et international)», *Rapport général au 2ème Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel*, poligrafiado.

para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte»³⁸. Se da el mismo caso en Grecia³⁹. En Italia y Alemania, los tratados tienen en principio el mismo rango que las leyes⁴⁰. Finalmente, en Portugal y España, la Constitución afirma que las convenciones internacionales forman parte del ordenamiento jurídico interno⁴¹, pero no precisa en qué rango se sitúan. La mayoría de la doctrina parece inclinarse por un rango superior al de las leyes. En cuanto a la jurisprudencia constitucional, parece indecisa⁴².

Por otro lado, las Constituciones portuguesa y española contienen disposiciones que tratan específicamente de las relaciones entre las disposiciones nacionales e internacionales relativas a los derechos y libertades. El artículo 16.2 de la Constitución portuguesa dispone que las disposiciones constitucionales y legales relativas a los derechos fundamentales deberán ser interpretadas y aplicadas conforme a la Declaración universal de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española va todavía más lejos al precisar que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce serán interpretadas conforme no solamente a la Declaración universal de los derechos humanos, sino también a los tratados y convenios internacionales que traten de las mismas materias ratificados por España. Esta disposición, que evidentemente no tiene sentido más que si las disposiciones internacionales son más favorables que las disposiciones nacionales, ha llevado al juez español, y en particular al juez constitucional, a tener en cuenta, además de la letra del Convenio europeo, la interpretación que de ello hace el Tribunal europeo de los derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 24 de la Constitución española, que trata del derecho de toda persona a obtener la tutela efectiva de los jueces, es interpretado a la luz del artículo 6 del Convenio europeo, que establece una regla del mismo orden, y también de la jurisprudencia del Tribunal europeo⁴³. Todo ello sitúa el catálogo nacional de los derechos humanos bajo influencia internacional.

³⁸ Es de resaltar que el Consejo Constitucional se niega a controlar la conformidad de las leyes a las convenios internacionales. Este control está asegurado por el juez ordinario, se trate del orden jurisdiccional (desde 1975) o del orden administrativo (desde 1989).

³⁹ Cf. el artículo 28.1 de la Constitución griega, según el cual «los principios generalmente admitidos del derecho internacional, así como las convenciones internacionales... son parte integrante del derecho interno griego y son superiores a toda disposición contraria de la ley».

⁴⁰ L. Favoreu, Informe cit., pp. 16-21.

⁴¹ Artículo 8.2 CP y artículo 96.1 CE.

⁴² Acerca de la posición tradicional del Tribunal Constitucional portugués, cf. P. Bon, «Présentation générale», *La justice constitutionnelle au Portugal*, cit., pp. 69-70, posición modificada en 1989 por la nueva redacción de la ley que regula su organización, funcionamiento y procedimiento (J. Miranda, «Chronique Portugal», *Annuaire international de justice constitutionnelle 1989*, p. 620). Sobre la posición del Tribunal Constitucional español, cf. P. Bon, «Les droits et libertés en Espagne», art. cit., p. 52.

⁴³ Ver, por ejemplo, la Sentencia 24/81, de 14 de julio de 1981.

D) ¿CATÁLOGO HOMOGÉNEO O CATÁLOGO HETEROGÉNEO?

1. Es lógico que el catálogo de derechos sea más homogéneo si procede de una única fuente, como, por ejemplo, la voluntad de una asamblea constituyente. Es cierto que ésta puede estar compuesta por tendencias contrarias entre sí, pero se llega generalmente a un cierto consenso susceptible de dar una unidad a los derechos fundamentales. Por ejemplo, parece claro «que los artículos de la Ley Fundamental constituyen un conjunto de reglas perfectamente homogéneas en su inspiración»⁴⁴. Del mismo modo, hay una cierta homogeneidad en el catálogo de derechos constitucionales griego, portugués y español, en la medida en que reflejan la ideología del constituyente en cuestión, el constituyente griego de 1975, el constituyente portugués de 1976⁴⁵ y el constituyente español de 1978.

2. Sin embargo, en otras hipótesis, el catálogo de derechos fundamentales puede presentar ciertos riesgos de heterogeneidad.

Este es, en primer lugar, el caso de Austria. Hemos subrayado ya el carácter particularmente heterogéneo de su catálogo de derechos. Tiene primeramente fuentes internas de distintas épocas: las leyes sobre la protección de la libertad individual y del domicilio de 1862, la Ley Fundamental del Estado sobre los derechos generales de los ciudadanos de 21 de diciembre de 1867, la resolución de la Asamblea nacional provisional de 30 de octubre de 1918 proclamando la supresión de la censura y el restablecimiento total de las libertades de asociación y de reunión, y las disposiciones de la Constitución de 1920-1929 propiamente dichas, que proclaman, por ejemplo, el principio de igualdad y el derecho a ser juzgado por el juez natural. Hay después fuentes internacionales también de épocas distintas: el capítulo V de la III parte del Tratado de Saint-Germain de 1919, consagrado a los derechos de las minorías; las disposiciones del Tratado de Estado de Viena de 1955, relativas a la protección de las minorías lingüísticas, y, sobre todo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y cinco de sus protocolos adicionales. Evidentemente, «esta coexistencia de numerosas fuentes de una edad diferente y de origen diferente provoca difíciles problemas de interpretación»⁴⁶.

De la misma manera, la doctrina subraya a veces el carácter heterogéneo del catálogo de derechos constitucionales en Francia y los

⁴⁴ M. Fromont, «Rapport de synthèse», *Le contrôle de la constitutionnalité en France et en République fédérale d'Allemagne*, p. 218.

⁴⁵ Ciertamente, con el matiz de que el catálogo portugués de los derechos fundamentales establecido en 1976 fue modificado por la Ley constitucional 1/89, de 8 de julio de 1989, que da sobre todo a los derechos económicos y sociales una versión menos próxima a los ideales de la Revolución de los Claveles y más conforme a las realidades comunes a los países de la Comunidad Europea.

⁴⁶ T. Ohlinger, art. cit., p. 350.

riesgos de contradicción que de ello pueden derivarse⁴⁷. Tenemos, en primer lugar, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que es el triunfo del individualismo liberal. Después, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, precisando que entendemos por principio fundamental reconocido por las leyes de la República «un principio esencial, sentado por el legislador republicano, referido al ejercicio de los derechos y libertades y que ha sido aplicado con una continuidad suficiente en la legislación anterior a la Constitución de 27 de octubre de 1946»⁴⁸. Tenemos, en tercer lugar, los principios políticos, económicos y sociales, especialmente necesarios en nuestros tiempos, enumerados por el Preámbulo de la Constitución de 1946. Finalmente, están las disposiciones relativas a los derechos y libertades que se encuentran en el mismo cuerpo de la Constitución de 1958, como, por ejemplo, el derecho a crear libremente partidos y agrupaciones políticas⁴⁹ o la libertad personal salvaguardada por la autoridad judicial⁵⁰. Por otro lado, la diversidad ha llevado a la doctrina a preguntarse si todas las fuentes de los derechos y libertades tienen el mismo valor, y si no habría lugar a introducir una jerarquía en el seno del catálogo de derechos fundamentales.

E) ¿CATÁLOGO IGUALITARIO O CATÁLOGO JERARQUIZADO?

La idea según la cual el catálogo de derechos puede ser un catálogo jerarquizado ha sido, efectivamente, adelantada a menudo en Francia en razón del carácter heterogéneo de los derechos y libertades constitucionales. Ya que éstos fueron proclamados en épocas diferentes y son portadores de ideologías diferentes —basta, por ejemplo, con oponer al individualismo liberal de 1789 la toma de conciencia en 1946 de las realidades de un orden colectivo económico y social—, es posible que existan ciertas contradicciones entre los derechos proclamados —hemos evocado, por ejemplo, la posible contradicción entre el artículo 17 de la Declaración de 1789, que afirma que la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, y el principio especialmente necesario para nuestros tiempos proclamado en el 9.º apartado del Preámbulo de la Constitución de 1946, según el cual «todo bien, toda empresa, cuya explotación tenga o adquiera caracteres de servicio público nacional o de monopolio de hecho debe convertirse en propiedad de la colectividad»—. A partir de ahí, ¿no hay lugar para hacer prevalecer tal derecho sobre el otro —por ejemplo, el artículo de la Declaración de 1789 sobre el principio del Preámbulo de 1946— bajo el argumento de que este último, según los propios términos del Preámbulo de 1958, no hace

⁴⁷ Cf., por ejemplo, M. Fromont, Informe de síntesis cit., p. 218.

⁴⁸ B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel-principes directeurs*, ed. STH, París, 1988, p. 200.

⁴⁹ Artículo 4 CF.

⁵⁰ Artículo 66 CF.

más que «confirmar» o «completar» la Declaración, por ejemplo el principio del Preámbulo sobre el artículo de la Declaración, bajo el argumento de que el Preámbulo es el texto más reciente? Sin embargo, la doctrina más autorizada se inclina por negarlo, destacando que los dos textos tienen una misma autoridad por el hecho de haber sido confirmados simultáneamente tras el referéndum constituyente del 28 de septiembre de 1958, de tal manera que, «en caso de conflicto, habrá interpretación de reglas, no clasificación jerárquica entre ellas»⁵¹. La acotación es válida con mayor motivo para los catálogos de derechos y libertades que son homogéneos.

Esto no quiere decir en ningún caso que todos los derechos estén exactamente en el mismo plano. Al contrario, existe uno, incluso dos factores de diversificación en la materia.

1. En primer lugar, las Constituciones no proclaman todos los derechos de la misma manera. Pensemos, por ejemplo, en el caso de la Ley Fundamental alemana. Cuatro situaciones diferentes pueden ser tomadas en cuenta⁵². Primera, ciertos derechos son proclamados y la Ley Fundamental precisa que no pueden ser limitados más que por ley, pero no determina el contenido de estas restricciones⁵³. Segunda, otros derechos son proclamados, pero se precisa que están limitados por las disposiciones de las leyes generales⁵⁴. Tercera, el límite a un determinado derecho puede resultar de la referencia expresa a otro derecho⁵⁵. Finalmente, ciertos derechos están reconocidos sin que la Constitución evoque uno u otro límite posible⁵⁶. En verdad, esto no quiere decir que los derechos de esta última categoría no sean susceptibles de limitaciones, ya que se pueden tomar en consideración los límites que se derivan de la protección de los demás derechos fundamentales. Pero ello no impide que esta diversidad de formulaciones tenga, inevitablemente, una cierta incidencia en la respectiva fuerza de los derechos constitucionales. Por lo tanto, según que un derecho sea proclamado de forma absoluta o con reservas, según que sean estas reservas extensas o no lo sean, se proyecta lo que se ha dado en llamar una «jerarquía material de los derechos y las libertades»⁵⁷.

⁵¹ G. Vedel, «La place de la Déclaration dans le bloc de la constitutionnalité», en *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, pp. 35 y ss. Sobre el problema en su conjunto, cf. P. Terneyre, «La hiérarchie des droits fondamentaux en France», *Etudes franco-portugaises de droit constitutionnel*, cit.

⁵² C. Starck, art. cit., p. 1267.

⁵³ Artículo 2.2: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física; la libertad de la persona es inviolable. Los límites a estos derechos sólo podrán ser en virtud de una ley.»

⁵⁴ Artículo 5.2: las libertades de expresión y de información «tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales».

⁵⁵ Artículo 5.2: las libertades de expresión y de información están limitadas por «el derecho al honor personal».

⁵⁶ Artículo 5.3: «arte y ciencia, investigación y enseñanza son libres».

⁵⁷ F. Gazier, M. Gentot y B. Genevois, «La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel», *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n.º 40, 1988, p. 181.

2. En segundo lugar, ciertas Constituciones garantizan los derechos de manera diferente, independientemente incluso de la manera en que son proclamados. En efecto, tanto la Constitución portuguesa como la española clasifican los derechos y libertades, estén o no formulados de manera absoluta, en varias categorías según la intensidad de los mecanismos de protección puestos en práctica para asegurar su respeto, mecanismos que pueden ser tanto reglas de competencia como de procedimiento o de fondo.

Es así como la primera parte de la Constitución portuguesa, tras haber enumerado en el título primero ciertos principios que valen para todos los derechos⁵⁸, clasifica los derechos y deberes fundamentales en dos categorías: están, en primer lugar, los derechos, libertades y garantías enumerados en el título segundo, que se benefician de las técnicas de garantía reforzadas definidas especialmente en los artículos 18, 19 y 21; después, los derechos y deberes económicos, sociales y culturales enumerados en el Título III, que no se benefician de las técnicas mencionadas en los artículos ya citados; la primera categoría corresponde, a grandes rasgos, a los derechos de primera y de segunda generación; la segunda categoría corresponde, más o menos, a los derechos de tercera generación.

El sistema establecido por el Título primero de la Constitución española es todavía más complejo, ya que distingue no sólo dos, sino tres categorías de derechos dentro de los derechos y deberes fundamentales. En primer lugar, están los derechos que se benefician de unas garantías más extensas, incluidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución⁵⁹. Después, encontramos los derechos de segundo orden, enumerados en los artículos 30 a 38⁶⁰. Finalmente, están los derechos que se benefician de garantías atenuadas, contenidos en el capítulo tercero —arts. 39 a 52—, titulado «De los principios rectores de la política social y económica». Sin pretender parecen demasiado exhaustivos, podemos decir que los derechos de primer orden son derechos de primera y segunda generación, los de tercer orden son derechos de tercera generación, y los de segundo orden lo son tanto de primera y segunda⁶¹ como de tercera generación⁶².

⁵⁸ Principios que se encuentran en los artículos que van del 12 al 15, 20 y 23, y que se refieren, por ejemplo, al derecho de los ciudadanos a acceder a los tribunales para la defensa de sus intereses legítimos.

⁵⁹ Entre otros, la igualdad, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, la libertad ideológica, religiosa y de culto, la libertad individual y la seguridad, el derecho al honor, la libertad de circulación, la libertad de expresión y de información, el derecho de reunión, el derecho de asociación, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, la irretroactividad de las leyes penales, el derecho a la educación, el derecho de sindicación y el derecho de petición...

⁶⁰ Entre otros, el derecho a defender España, el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, el derecho de fundación, el derecho al trabajo, el derecho a las negociaciones colectivas laborales, la libertad de empresa.

⁶¹ Por ejemplo, el derecho de propiedad.

⁶² Por ejemplo, el derecho al trabajo.

Pero, entonces, ¿cuáles son las garantías susceptibles precisamente de asegurar la efectividad de todos o parte de los derechos y libertades? Esta es la cuestión que hay que abordar ahora, ya que las Constituciones europeas no se conforman con proclamar los derechos constitucionales, sino que, además, les añaden unas garantías con el fin de asegurar su respeto.

II. GARANTIZAR

Para asegurar la efectividad de los derechos proclamados, las Constituciones europeas utilizan todo un conjunto de técnicas. Evocaremos aquí las principales, distinguiendo entre las garantías jurídicas y las garantías jurisdiccionales. Las garantías jurídicas son el resultado de una serie de reglas de competencia, de procedimiento y de fondo que deben funcionar en cuanto están en juego los derechos constitucionales. Pero es cierto que no sirven de nada si no son respetadas. De ahí la necesidad de duplicar las garantías jurídicas con garantías jurisdiccionales, es decir, la posibilidad de pedir tanto al juez ordinario como al juez constitucional que aseguren el respeto de las reglas invocadas anteriormente⁶³.

A) LAS GARANTÍAS JURÍDICAS

A nuestro juicio, son cuatro: en primer lugar, las disposiciones relativas a los derechos y libertades son normas jurídicas dotadas de fuerza coactiva; en segundo lugar, únicamente la ley puede reglamentar o limitar su ejercicio; en tercer lugar, los límites están ellos mismos limitados; en último lugar, las reglas de suspensión o de revisión de los derechos constitucionales son rígidas.

1. *La fuerza coactiva*

La discusión acerca del carácter jurídico de las disposiciones que enumeran los derechos y libertades fue, como sabemos, especialmente importante en Francia hasta 1971, que quedó zanjada por el Consejo Constitucional. Tres tesis eran hasta entonces mantenidas: aquella que sostenía que no son normas jurídicas, sino principios de filosofía políti-

⁶³ Evidentemente, este aspecto interno de las garantías se desdobra de un aspecto internacional que mencionaremos a título indicativo, y que tiene una mayor efectividad en el marco del Consejo de Europa, si tenemos en cuenta los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos fundamentales previstos en el Convenio europeo de derechos humanos. Ver, por ejemplo, F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1989.

ca, tanto en razón de su propia naturaleza como del lugar ocupado en el texto constitucional —no figuran en el mismo cuerpo de la Constitución, es decir, en el articulado, sino simplemente en el Preámbulo—; aquella según la cual las disposiciones relativas a los derechos fundamentales son normas jurídicas como las demás y tienen los mismos efectos coactivos; finalmente, aquella según la cual algunas de estas disposiciones —las más precisas— tenían un valor jurídico, mientras que las otras —las menos precisas— carecían de tal valor. Ha habido que esperar al desarrollo de la jurisprudencia del Consejo Constitucional para que triunfara la segunda tesis.

En los demás países, un debate como éste no se ha desarrollado con la misma amplitud. En Italia, Alemania, Grecia, Portugal y España, las disposiciones relativas a los derechos y libertades figuran en el mismo cuerpo de la Constitución. Además, en algunos de estos países, un artículo de la Constitución precisa explícitamente que tienen un valor coactivo. El artículo 1.3 de la Ley Fundamental dispone que «los derechos fundamentales enunciados más adelante vinculan al poder legislativo, poder ejecutivo y al poder judicial como derecho directamente aplicable». En los términos del artículo 18.1 de la Constitución portuguesa, «las disposiciones constitucionales relativas a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a todas las entidades, públicas o privadas». En cuanto al artículo 9.1 de la Constitución española, determina que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», mientras que el artículo 53.1 indica que «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título —derechos y libertades de primer y segundo orden— vinculan a todos los poderes públicos». Y aun cuando no haya en la Constitución ninguna disposición analizando de forma explícita la fuerza coactiva de los derechos fundamentales, nadie parece dudar de que estén provistos de ella. Por ejemplo, T. Ohlinger escribe que «la Constitución austríaca no contiene ninguna declaración comparable a la del artículo 1.3 de la Ley Fundamental estableciendo la obligación para los poderes públicos de respetar los derechos fundamentales. Pero es innegable que los derechos fundamentales constituyen un principio de derecho directamente aplicable, principio que tiene una fuerza obligatoria tanto para el poder legislativo como para el poder ejecutivo»⁶⁴.

Sin embargo, dos cuestiones deben ser planteadas.

Primera cuestión: ¿los derechos económicos y sociales se benefician de la misma fuerza coactiva que los derechos y libertades clásicos? Evidentemente, la cuestión no se plantea ni en Alemania ni en Austria, donde los derechos constitucionales proclamados son exclusivamente derechos de primera y segunda generación. No obstante, se plantea en los demás países, donde parece haber tenido a veces respuestas matizadas.

⁶⁴ T. Ohlinger, art. cit., p. 354.

El profesor Zagrebelsky⁶⁵ indica, por ejemplo, que, durante los debates constituyentes italianos, ciertos diputados quisieron que los derechos sociales no figurasen en el propio cuerpo de la Constitución, sino simplemente en un Preámbulo destinado a mostrar que, a diferencia de los demás derechos, no se trataba de fuentes directas de derechos subjetivos susceptibles de controles jurisdiccionales, sino simplemente de disposiciones con carácter «programático». La Asamblea constituyente se negó de tal modo que la Constitución de 1947 no ha hecho ninguna distinción entre los efectos de los derechos y libertades clásicos y los de los derechos sociales. Desde entonces, «aunque existe una diferencia indiscutible entre los derechos sociales y otras categorías de derechos, la experiencia acumulada de los siguientes años ha demostrado claramente que los derechos sociales no tienen exclusivamente un valor político o ideológico, sino también jurídico, en tanto que criterio interpretativo del sistema y de las cláusulas generales, y como reglas que determinan la inconstitucionalidad de las leyes que les son claramente contrarias. Pero más allá de estos efectos sistemáticos, pueden valer también como verdaderos derechos»⁶⁶.

Sin embargo, las Constituciones portuguesa y española diferencian claramente los efectos de los derechos y libertades clásicos de los relativos a los derechos sociales. En efecto, solamente los derechos de primera y segunda generación son directamente aplicables, mientras que los de tercera lo son tan sólo si la ley les ha dado un contenido real. De esta manera, el artículo 18.1 de la Constitución portuguesa no plantea la regla de la aplicabilidad directa más que acerca de los «derechos, libertades y garantías» del título segundo, y excluye de esta acción a los derechos y deberes económicos del título tercero, teniendo el Estado tan sólo que promover la «efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales a través de la transformación y de la modernización de las estructuras económicas y sociales»⁶⁷. En cuanto al artículo 53.3 de la Constitución española, dispone que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Para concretar, podemos pensar en varios ejemplos. El artículo 30.2 de la Constitución de 1978 está redactado de esta manera: «la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia...». No habiendo sido promulgada la ley en cuestión hasta 1986, se planteó el problema del estatuto de la objeción de conciencia entre 1978 y 1986. En la medida en que el derecho a la objeción de conciencia no forma parte de los derechos sociales o, por retomar la fórmula española, «de

⁶⁵ G. Zagrebelsky, art. cit., p. 321.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Artículo 9.d) CP.

los principios rectores de la política social y económica», es directamente aplicable no obstante la ausencia de ley. En consecuencia, el Tribunal español ha estimado conveniente dotarlo al menos de un contenido mínimo, suspendiendo la incorporación de todos los que se pretendían objetores⁶⁸. Sin embargo, si se hubiese tratado de un derecho de tercera generación, su efectividad hubiese estado subordinada a una *interpositio legislatoris*.

Evidentemente, esta ausencia de aplicación directa no quiere decir que los derechos económicos y sociales estén, tanto en Portugal como en España, totalmente desprovistos de fuerza jurídica, incluso de fuerza coactiva. Cuando interviene una ley que los concreta debe, lógicamente, bajo pena de ser declarada inconstitucional por la jurisdicción constitucional, respetar el contenido del derecho tal y como está precisado en la Constitución. Por otra parte, si una determinada ley ha dado a uno de estos derechos un contenido concreto, parece posible sostener que no puede ser pura y simplemente derogado por el legislador. Por lo menos, así es como puede ser interpretada una sentencia del Tribunal Constitucional portugués de la que la doctrina ha deducido un principio llamado estabilidad de la concreción legal de los derechos sociales⁶⁹. Por último, en Portugal existe también un mecanismo susceptible de forzar al legislador a concretar los derechos sociales proclamados por la Constitución, que demuestra perfectamente que tienen valor jurídico, como es la técnica de la inconstitucionalidad por omisión⁷⁰.

Segunda cuestión: ¿quién está sometido a la fuerza coactiva de los derechos y libertades?

Una primera respuesta cabe concebir: los poderes públicos. En su concepción tradicional, los derechos y libertades son, en primer lugar, derechos subjetivos reconocidos a los individuos, que actúan en sus relaciones con los poderes públicos. Es lo que a veces llamamos la concepción vertical de los derechos y libertades. De ello resulta que su fuerza coactiva concierne en primera instancia a los poderes públicos. Es por lo que, como ya hemos indicado, el artículo 1.3 de la Ley Fundamental alemana precisa que «los derechos fundamentales... vinculan al poder legislativo, al poder ejecutivo y al poder judicial»; el

⁶⁸ Sentencia 15/82, de 23 de abril, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1985, crónica de P. Bon y F. Moderne, p. 380.

⁶⁹ Sentencia 39/84, de 11 de abril. Cf., a propósito, J. Casalta Nabais, art. cit., pp. 242-243.

⁷⁰ En aplicación del artículo 283 de la Constitución, el Tribunal Constitucional puede, efectivamente, estar facultado, por el Presidente de la República o el Procurador de Justicia —*Ombudsman*—, para apreciar y comprobar «el no acatamiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer ejecutorias las normas constitucionales». Si «comprueba la existencia de un caso de inconstitucionalidad por omisión, debe ponerlo en conocimiento del órgano legislativo competente». Hasta ahora, el Tribunal Constitucional no ha conocido más que excepcionalmente de recursos de este tipo. Sin embargo, parece que la mera amenaza de una interposición haya incitado a menudo al legislador a actuar. Acerca de la técnica de inconstitucionalidad por omisión, ver, en francés, P. Bon, «Présentation générale», *La justice constitutionnelle au Portugal*, p. 148.

artículo 18.1 de la Constitución portuguesa, que las disposiciones constitucionales relativas a los derechos, libertades y garantías vinculan a todas las entidades públicas, y el artículo 53.1 de la Constitución española, que los derechos y libertades vinculan a todos los poderes públicos.

Pero no podemos olvidar que, en la sociedad contemporánea, los derechos humanos están amenazados por el comportamiento de los demás hombres tanto como por la acción de los poderes públicos. Se plantea a partir de ahí la cuestión de si la fuerza coactiva de los derechos y libertades actúa también en las relaciones entre los particulares, es decir, si los derechos constitucionales tienen, junto a su dimensión vertical, una dimensión horizontal. La respuesta, sin duda, es positiva. Sin entrar aquí en el detalle de esta cuestión específica⁷¹, destacaremos que el Tribunal Constitucional alemán ha adoptado parcialmente la teoría doctrinal de la *Drittwirkung der Grundrechte*⁷², y en ello le han seguido el Tribunal Constitucional italiano⁷³, el Tribunal Constitucional portugués⁷⁴ y el Tribunal Constitucional español⁷⁵. Es verdad que, en estos dos últimos casos, la Constitución parecía empujar a tal actitud, ya que el artículo 18.1 de la Constitución portuguesa especifica que las disposiciones constitucionales relativas a los derechos, libertades y garantías vinculan a todas las entidades, sean públicas o privadas, mientras que el artículo 9.1 de la Constitución española subraya que tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Sin embargo, en Austria, los derechos fundamentales parecen estar concebidos exclusivamente como una protección contra el Estado y no parecen tener efectos en las relaciones entre los particulares⁷⁶. El caso de Suiza es el mismo⁷⁷.

2. La reserva de ley

Por precisa que sea una Constitución, evidentemente, no puede fijar todas las reglas relativas a los derechos y libertades. Estas deben ser desarrolladas por normas infraconstitucionales que reglamenten, ante todo, el ejercicio de los derechos y libertades clásicos y concreten los derechos sociales. Además, sucede con frecuencia que las disposiciones constitucionales abren paso a posibles limitaciones que conviene preci-

⁷¹ Ver, por ejemplo, «La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées», René Cassin *Amicorum discipulorumque Liber*, Volume III, y en particular, acerca del enfoque francés del problema, la contribución de J. Rivero.

⁷² Literalmente, efecto sobre terceros de los derechos fundamentales. Sobre esta teoría y acerca de la posición de la jurisdicción constitucional alemana, cf. M. Fromont, «Les droits fondamentaux...», art. cit., p. 55; C. Starck, art. cit., p. 1282.

⁷³ G. Zagrebelsky, art. cit., p. 322.

⁷⁴ J. Casalta Nabais, art. cit., p. 223.

⁷⁵ P. Bon, art. cit., p. 42.

⁷⁶ T. Ohlinger, art. cit., pp. 351 y 358.

⁷⁷ J.-F. Aubert, *op. cit.*, p. 628.

sar. La tradición democrática quiere que estas normas de desarrollo sean leyes. Es lo que se llama la reserva de ley —*gesetzesvorbehalt*.

Por supuesto, esto es así antes que nada en las Constituciones que no mencionan al poder reglamentario autónomo, sino exclusivamente un poder legislativo prolongado, llegado el caso, por reglamentos de ejecución de las leyes: la materia de los derechos y libertades entra en el marco de competencia del legislador. Numerosos son los reenvíos que hacen las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales a la intervención del legislador. Por ejemplo, según el artículo 2.2 de la Ley Fundamental, las restricciones al derecho a la vida y a la inviolabilidad de la persona no pueden hacerse más que por ley; según el artículo 4.1, las disposiciones que detallan el derecho a la objeción de conciencia son materia de ley; según el artículo 6.5, la ley debe asegurar a los hijos naturales los mismos derechos que a los hijos legítimos; según el artículo 8.2, el derecho de reunión al aire libre únicamente puede restringirse por ley... Ocurre también que ciertas Constituciones contienen expresamente una cláusula general de competencia del legislador en materia de desarrollo o de limitación de los derechos fundamentales. Por ejemplo, el artículo 53.1 de la Constitución española dispone que «sólo una ley... podrá reglamentar el ejercicio» de los derechos y libertades de primer y segundo orden, mientras que, en los términos de su artículo 53.3, son «leyes» las que desarrollarán los principios rectores de la política social y económica, es decir, los derechos de tercer orden. Y, aunque una cláusula de competencia como ésta no figure formalmente en la Constitución, se presume que está.

La reserva de ley opera igualmente en los países en los que, al lado del poder legislativo, existe un poder reglamentario autónomo sin base legal. La materia de los derechos y libertades entra dentro de la competencia legislativa. De esta manera, en Francia, en aplicación del artículo 34 de la Constitución, sólo el legislador está habilitado para fijar las reglas que conciernen a «los derechos cívicos y las garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas».

Queda por saber si esta reserva de ley es una reserva de ley ordinaria o una reserva de ley orgánica, si se trata de una reserva absoluta o de una reserva relativa y si se trata de leyes del Estado central o de sus partes integrantes.

Primera cuestión: ¿se trata de una reserva de ley ordinaria o de una reserva de ley orgánica? A decir verdad, la cuestión sólo afecta a ciertos países. En efecto, la categoría de leyes orgánicas, es decir, de leyes sometidas a unas condiciones de procedimiento y de mayoría más rígidas que las leyes ordinarias, no parece existir, por ejemplo, ni en Alemania ni en Italia. Sin embargo, la técnica existe en Francia, Portugal⁷⁸ y España. ¿Es susceptible de afectar a los derechos fundamenta-

⁷⁸ Desde la revisión constitucional de 8 de julio de 1989.

les? La respuesta es negativa en Francia, ya que no se exige ley orgánica en materia de derechos y libertades, sino simplemente en materia de organización de los poderes públicos. Parcialmente positiva en Portugal, porque el artículo 169.2 exige ley orgánica en dos ámbitos de los cuales uno concierne directamente a la materia de los derechos y libertades, puesto que se trata de las leyes relativas al estado de sitio y al estado de urgencia⁷⁹. Finalmente, en España, la técnica de ley orgánica afecta en gran medida a la materia de los derechos constitucionales. En efecto, en los términos del artículo 81.1 de la Constitución española, son leyes orgánicas las relativas «al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional entiende con esto no el conjunto de los derechos constitucionales proclamados por la Constitución, sino solamente los derechos de primer orden invocados anteriormente⁸⁰. Evidentemente, esta reserva de ley orgánica constituye un elemento más de garantía de los derechos fundamentales.

Segunda cuestión: ¿se trata de una reserva absoluta o de una reserva relativa? Si se trata de una reserva absoluta, quiere decir que el acto legislativo que reglamenta o limita los derechos fundamentales es obligatoriamente una ley votada por el Parlamento. Si se trata de una reserva relativa, quiere decir que ese acto puede ser un acto con fuerza legislativa emanado del ejecutivo, lo que corrobora sobre todo la hipótesis según la cual el legislativo habilita al ejecutivo para dictar actos con fuerza de ley⁸¹. En otras palabras, y para ceñirnos a esta única hipótesis⁸², unos decretos-leyes —en sentido francés del término— ¿pueden intervenir en materia de derechos y libertades? La respuesta sólo puede ser negativa, al tratarse de derechos y libertades protegidos por la reserva de ley orgánica. La noción misma de ley orgánica, que implica, como hemos dicho, un procedimiento parlamentario y unos requisitos de mayoría más rígidos que las reglas de derecho común, parece que de por sí se imponga la intervención sistemática del Parla-

⁷⁹ Cf. *infra*, apartado 4. En cuanto al otro ámbito afectado por la exigencia de ley orgánica, sólo indirectamente está relacionado con los derechos y libertades, puesto que se trata de las modalidades de elección de los órganos de representación.

⁸⁰ Sentencia 10/83, de 5 de agosto; Sentencia 160/87, de 27 de octubre, *Annuaire international de justice constitutionnelle 1987*, crónica de P. Bon, F. Moderne y P. Cruz Villalón, p. 534.

⁸¹ Aplicando, por ejemplo, el artículo 76 de la Constitución italiana, el artículo 38 de la Constitución francesa, los artículos 168 y 172 de la Constitución portuguesa y el artículo 82 de la Constitución española.

⁸² Pero en realidad hay más. Por ejemplo, en Italia y en España el ejecutivo puede, en casos de extraordinaria y urgente necesidad, dictar disposiciones que son normalmente competencia del legislador sin que medie habilitación legislativa alguna. Se plantea entonces la cuestión de si estas medidas pueden tener por objeto los derechos y libertades. Así, en Portugal, el poder legislativo está sencillamente repartido entre Parlamento y ejecutivo y, aunque la materia de los derechos, libertades y garantías entre dentro del ámbito de competencia del Parlamento, algunos aspectos de los derechos y deberes económicos, sociales y culturales son competencia legislativa del ejecutivo.

mento⁸³, posición confirmada, a veces expresamente, por las reglas constitucionales⁸⁴. Cuando la reserva de ley orgánica no se produce, la respuesta es mucho más abierta. Normalmente, los decretos-leyes pueden intervenir en materia de derechos y libertades⁸⁵, a menos que la Constitución disponga otra cosa⁸⁶.

Ultima cuestión: ¿las leyes que desarrollan o limitan los derechos y libertades son siempre leyes del Estado central o pueden ser leyes de sus partes integrantes? La cuestión solamente tiene sentido en los Estados federales o regionales, donde encontramos, por lo demás, respuestas extremadamente variadas, ya que todo depende, lógicamente, de las reglas de reparto de competencias entre el Estado central y sus partes integrantes. Pongamos el ejemplo de la libertad de radio y televisión. En la RFA, aparte de la reserva competencial de la Federación en materia de relaciones internacionales⁸⁷, que le permite emitir para el extranjero, y de su competencia en materia de correos y telecomunicaciones⁸⁸, que le permite repartir las frecuencias y gestionar las estaciones de emisión, son los *Länder* los que, basándose en el artículo 70.1 de la Ley Fundamental, son competentes en la materia. En consecuencia, el derecho de la radio y de la televisión está ampliamente regulado por leyes de los Estados federados. En España, la competencia del Estado es más extensa, porque el artículo 149.1.27.^a de la Constitución dispone que el Estado tiene la competencia exclusiva para dictar las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social. No obstante, reserva la facultad de desarrollo y de ejecución a las Comunidades Autónomas. El resultado es que la materia está regulada tanto por leyes del Estado como por leyes de las Comunidades Autónomas⁸⁹.

⁸³ Cf., por ejemplo, la decisión n.º 81-134 del Consejo Constitucional francés.

⁸⁴ Cf. el artículo 82.1 de la Constitución española, que prohíbe toda delegación de competencias del legislativo al gobierno que estén dentro de la competencia del legislador orgánico.

⁸⁵ Nos parece que es el caso de Francia para todos los derechos y libertades y, en España, para los de segundo y tercer orden, ya que los derechos y libertades de primer orden están cubiertos por la reserva de ley orgánica.

⁸⁶ Por ejemplo, el artículo 168.1.b) de la Constitución portuguesa ordena de manera general la materia de «derechos, libertades y garantías» dentro de la competencia relativa de la Asamblea de la República, es decir, en una competencia que puede ser delegada al ejecutivo. Pero el artículo 167 precisa que son de la competencia absoluta de la Asamblea de la República, es decir, de una competencia que no puede ser delegada, por ejemplo, las materias siguientes que conciernen a los derechos constitucionales: asociaciones y partidos políticos, las bases del sistema de enseñanza, las restricciones a los derechos constitucionales de los militares y de los agentes de los cuerpos militarizados.

⁸⁷ Artículo 73.1. LF.

⁸⁸ Artículo 73.27 LF.

⁸⁹ Cf. P. Bon, «Le Tribunal constitutionnel espagnol et la liberté d'information», *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1987, p. 260, especialmente pp. 292 y ss.

3. La limitación de los límites

Como subraya, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, «no existen derechos ilimitados, todo derecho tiene unos límites»⁹⁰, bien porque esos límites se derivan expresamente de la Constitución, bien porque no se fundamentan en la Constitución más que de forma mediata e indirecta, puesto que están justificados por la necesidad de proteger no solamente otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos⁹¹.

No obstante, estos límites no pueden ser, ellos mismos, ilimitados, porque entonces estaríamos ante la desaparición del derecho en cuestión. Esta es la polémica clásica de la limitación de los límites, abordada explícitamente por ciertas Constituciones y a la que los jueces están continuamente enfrentados. Enumeraremos a continuación los límites principales que se encuentran en las Constituciones europeas y en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales.

El primero de estos límites ha sido ya abordado en el apartado anterior. Consiste en la regla de competencia según la cual sólo la ley puede limitar los derechos constitucionales. No insistiremos más.

El segundo límite es la regla de fondo según la cual las disposiciones —legislativas— que limitan los derechos constitucionales no deben, en cualquier caso, atentar a su contenido esencial. La fórmula se encuentra expresamente en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental, según el cual «en ningún caso se pueden prever límites de modo que la libertad en cuestión pierda su esencia». La encontramos también en el artículo 18.3 de la Constitución portuguesa⁹² y en el artículo 53.1 de la Constitución española⁹³. Aun en el caso en que el texto constitucional no diga nada sobre la materia, no es raro que el juez constitucional extraiga por vía jurisprudencial una regla similar. Por ejemplo, en Italia, G. Zagrebelsky⁹⁴ subraya que «el Tribunal Constitucional ha demostrado a veces la existencia de un “contenido esencial” del derecho protegido por la Constitución». El caso de Suiza es el mismo⁹⁵. Nos falta por definir lo que conviene entender por «contenido esencial» de un derecho constitucional que, frecuentemente, es fuente de grandes dificultades⁹⁶.

Tercer límite: la regla según la cual las restricciones a los derechos

⁹⁰ Sentencia 2/82, de 29 de enero.

⁹¹ Sentencia 11/81, de 8 de abril.

⁹² «Las leyes restrictivas de los derechos, libertades y garantías... no podrán... reducir la extensión y el alcance del contenido esencial de las disposiciones constitucionales.»

⁹³ «Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.»

⁹⁴ G. Zagrebelsky, art. cit., p. 305.

⁹⁵ J.-F. Aubert, *op. cit.*, Supplément 1967-1982, p. 209.

⁹⁶ Ver, por ejemplo, el razonamiento postulado por el Tribunal Constitucional español —e inspirado, al parecer, en la jurisprudencia alemana— en su Sentencia 11/1981, de 8 de abril, sobre el derecho de huelga.

constitucionales deben ser necesarias y proporcionales, necesarias porque sólo ellas permiten alcanzar los objetivos deseados, no siendo esto posible recurriendo a restricciones más importantes; proporcionales porque las restricciones a los derechos constitucionales no deben ser, en intensidad, desproporcionadas respecto de las ventajas de las que la colectividad se beneficia. La Constitución portuguesa hace referencia explícita al imperativo de necesidad en los siguientes términos⁹⁷: «las restricciones deberán limitarse a lo que es necesario para salvaguardar otros derechos e intereses protegidos por la Constitución». Encontramos también el imperativo de necesidad en la jurisprudencia de un bien número de Tribunales Constitucionales; por ejemplo, en la del Consejo Constitucional francés⁹⁸. En cuanto al imperativo de proporcionalidad, aunque no parece figurar, en términos generales, en ninguna Constitución europea, ha sido puesto de relieve por ciertos Tribunales Constitucionales. El primero, cronológicamente, parece ser el Tribunal Constitucional alemán, que ha estimado que el principio del Estado de derecho proclamado en el artículo 20.3 de la Ley Fundamental asignaba el reconocimiento de valor constitucional al principio de proporcionalidad —*Grundsatz der verhältnismässigkeit*— de los medios a los objetivos perseguidos⁹⁹. Es el mismo caso, por ejemplo, del Tribunal federal suizo¹⁰⁰ y del Tribunal Constitucional portugués¹⁰¹.

Finalmente, existen en algunas Constituciones límites particulares. Daremos varios ejemplos. Verbigracia, el artículo 19.1 de la Ley Fundamental impone a la ley que restrinja un derecho fundamental «que tenga carácter general y que no limite sólo un caso particular. Además, debe especificar el derecho fundamental en cuestión y citar el artículo correspondiente». De la misma manera, el artículo 18.3 de la Constitución portuguesa sienta como regla que «las leyes restrictivas de los derechos, libertades y garantías habrán de revestir carácter general y abstracto», y añade que no pueden tener «efectos retroactivos». Pero la disposición más original, por no encontrarse, al parecer, en ningún otro texto constitucional, es el artículo 18.2 de esta misma Constitución, según el cual «la ley sólo podrá restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución»¹⁰².

⁹⁷ Artículo 18.2 CP.

⁹⁸ Cf., por ejemplo, la decisión 84-181 DC, de 10 y 11 de octubre de 1984, en la que queda dicho que «si le está permitido al legislador, al organizar el ejercicio de una libertad pública..., adoptar para el futuro, si lo estima necesario, reglas más rigurosas de las que estaban anteriormente en vigor, no puede, tratándose de situaciones existentes referidas a una libertad pública, replanteárselo más que bajo dos hipótesis: una...; otra, que el replanteamiento fuera realmente necesario para asegurar el objetivo constitucional perseguido.

⁹⁹ A. Bleckmann, art. cit., p. 11; H. G. Rupp, art. cit., p. 246; C. Starck, art. cit., p. 1269.

¹⁰⁰ J.-F. Aubert, *op. cit.*, Supplément 1967-1982, p. 209; A. Auer, art. cit., p. 97.

¹⁰¹ J. Casalta Nabais, art. cit., p. 237.

¹⁰² En la medida en que la Constitución portuguesa raramente prevé dichas restricciones, el Tribunal Constitucional portugués ha tenido que utilizar ciertos artificios para paliar la (relativa) ausencia de disposiciones constitucionales, autorizando restricciones a los derechos fundamentales. Cf. J. Casalta Nabais, art. cit., p. 225.

4. *La rigidez de las reglas de suspensión y revisión*

Es conocida la problemática contradictoria de los tiempos de crisis. Por un lado, es necesario dar a los poderes públicos mayores medios para luchar contra los «enemigos de la libertad», lo que no se puede hacer, en la mayoría de las ocasiones, más que restringiendo la propia libertad. Por otro lado, es en períodos de crisis cuando los derechos y libertades deberían estar más protegidos por ser los más amenazados. Consecuentemente, los tiempos de crisis provocan inevitablemente una cierta suspensión de los derechos y libertades que las Constituciones deben autorizar, pero, en sentido inverso, las mismas Constituciones deben sentar unas reglas de suspensión lo suficientemente rígidas para no poner en peligro la filosofía del Estado de Derecho. Esto es así, por ejemplo, en España, donde un capítulo de la Constitución, titulado «De la suspensión de los derechos y libertades», se esfuerza por constitucionalizar al máximo el derecho de los tiempos de crisis a fin de limitar, en lo posible, los riesgos de desviación. Distingue, por ejemplo, el estado de excepción, que puede ser declarado por decreto, y el estado de sitio, declarado por el Congreso de los Diputados, e indica con mucha precisión, en uno y otro caso, cuáles son los —únicos— derechos constitucionales que pueden ser suspendidos. Al contrario, el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958, lejos de fijar reglas tan rígidas, permite en tiempos de crisis al Presidente de la República tomar «las medidas exigidas por las circunstancias...».

En cuanto a las reglas de revisión constitucional, son particularmente rígidas cuando conciernen a los derechos constitucionales. Por ejemplo, el artículo 168 de la Constitución española prevé un procedimiento especial cuando la revisión afecta a los derechos y libertades de primer orden: el principio de revisión debe ser adoptado por las Cortes mediante aprobación por mayoría de dos tercios en cada Cámara; las Cortes son entonces inmediatamente disueltas; las Cámaras elegidas deben ratificar la decisión de revisión y proceder al examen de la reforma constitucional, que una y otra deberán aprobar por mayoría de dos tercios. Incluso las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y libertades pueden ser parcial o totalmente no susceptibles de revisión. Es así como el artículo 110 de la Constitución griega se refiere a ciertas disposiciones de la Constitución relativas a los derechos individuales y sociales que no pueden ser sometidas a revisión¹⁰³. En Alemania y Portugal, las disposiciones constitucionales son aún más rigurosas: el artículo 79.1 de la Ley Fundamental declara inaceptable cualquier revisión de la Constitución que afecte a los principios enunciados en los artículos 1 a 20, es decir, los principios relativos a los derechos fundamentales, mientras que el artículo 290 de la Constitución portuguesa incluye entre los límites materiales de la revisión «los

¹⁰³ Artículos 4.1, 4 y 7, artículos 5.1 y 3 y artículo 13.1

derechos, libertades y garantías de los ciudadanos» y «los derechos de los trabajadores, de las comisiones de los trabajadores y de las asociaciones sindicales».

B) LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Evidentemente, las distintas garantías jurídicas que acaban de ser enumeradas y que pretenden asegurar la efectividad de los derechos y libertades sólo alcanzan este fin cuando son ellas mismas respetadas. Esto conlleva que vayan unidas a unas garantías jurisdiccionales, es decir, que el juez pueda impedir a los poderes públicos ir contra ellas. Desde este punto de vista, cuatro garantías merecen ser invocadas: en primer lugar, toda persona tiene derecho a la protección efectiva del juez en defensa de sus intereses legítimos, se refieran o no a la protección de los derechos fundamentales; en segundo lugar, cuando está en cuestión la protección de los derechos fundamentales, unas reglas específicas permiten actuar ante el juez ordinario; en tercer lugar, también en caso de ataque a los derechos constitucionales, puede ser acertado dar a la víctima de esta agresión un derecho de acceso a la jurisdicción constitucional; finalmente, otras vías de acceso a la jurisdicción constitucional deben permitir igualmente proteger los derechos constitucionales.

1. *El derecho a la tutela judicial efectiva*

En los términos del artículo 24.1 de la Constitución italiana, «está reconocido para todos el derecho a acudir a la justicia para la tutela de sus propios derechos y legítimos intereses». Según el artículo 19.4 de la Ley Fundamental alemana, «toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. El recurso a la jurisdicción ordinaria será siempre posible salvo disposición contraria que prevea otra competencia jurisdiccional». El artículo 20.1 de la Constitución griega dispone que «cualquiera tiene el derecho a obtener de los tribunales una tutela legal y a exponer ante ellos sus apreciaciones en lo concerniente a sus derechos e intereses, tal y como dispone la ley». En cuanto al artículo 24 de la Constitución española, está así redactado: «1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de un letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia...»

Se podrían multiplicar los ejemplos. La mayoría de las Constituciones modernas proclaman el derecho de cada persona a la protección efectiva de los jueces en defensa de sus intereses legítimos, derecho particularmente rico en cuanto a su contenido y su naturaleza.

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es doble. Comprende primeramente un derecho de acceso al juez, es decir, el derecho de los demandantes a hallar un juez susceptible de conocer de su acción, lo que postula que ningún acto pueda escapar al control jurisdiccional¹⁰⁴. En segundo lugar, integra el derecho a que el proceso abierto se desarrolle en el respeto de ciertas reglas que garanticen la tutela judicial efectiva: respeto al principio contradictorio, derecho a la asistencia de un abogado, derecho a un proceso público...

En cuanto a la naturaleza del derecho a la tutela judicial efectiva, es igualmente doble. En primer lugar, se trata de una garantía institucional decisiva de todos los derechos constitucionales, ya que permite a toda persona que se encuentre perjudicada en sus derechos e intereses legítimos presentar una demanda ante el juez con el fin de obtener su protección. Pero, en segundo lugar, es un derecho constitucional por sí mismo, de manera que se plantea el problema de su propia garantía. Garantía, primero, contra las amenazas exógenas; por ejemplo, una ley que excluya todo recurso jurisdiccional contra cierta categoría de actos o que atente contra el carácter contradictorio del procedimiento. Garantía, además, contra las amenazas endógenas; por ejemplo, una jurisprudencia que decide que cierta categoría de actos no es susceptible de recurso o un juicio concreto que se ha desarrollado violando el principio contradictorio. Es el control de las normas¹⁰⁵ y, sobre todo, el control de la constitucionalidad de las leyes lo que constituye, evidentemente, una garantía contra las amenazas exógenas. En cuanto a la garantía contra las amenazas endógenas, la encontramos en la regla del doble grado de jurisdicción, es decir, en la posibilidad reconocida al juez supremo del orden jurisdiccional al que se acude de controlar la manera en la que los jueces inferiores de su orden hacen su labor. Pero dicho juez supremo puede él mismo atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva, bien no sancionando los comportamientos de las jurisdicciones inferiores contrarias al derecho,

¹⁰⁴ Sin embargo, sabemos que no siempre es así. Por ejemplo, en Francia, teorías como la relativa a las medidas de orden interior, la de los actos parlamentarios o la de los actos de gobierno pueden hacer fracasar el derecho de acceso al juez, aun cuando los derechos constitucionales estén en juego: cuando un militar es puesto bajo arresto mayor, estamos ante una medida privativa de libertad que no es susceptible de control contencioso, porque el juez la ve como una medida de orden interior; cuando el Presidente de la Asamblea Nacional, aplicando el artículo 73 del Reglamento de la Asamblea, adopta una censura contra un diputado excluyéndolo temporalmente del Palacio de la Asamblea, se trata de un acto parlamentario que escapa al control del juez; cuando el Presidente de la República, aplicando los poderes de crisis que posee en virtud del artículo 16 de la Constitución, lleva de cinco a quince días la duración de la detención preventiva, asume un acto de gobierno de total inmunidad contenciosa.

¹⁰⁵ Cf. *infra*, el apartado 4.

bien estando directamente en el origen de tales comportamientos¹⁰⁶. De ahí la idea, puesta en práctica en algunos países¹⁰⁷, de permitir apelar al juez constitucional a toda persona que no haya podido obtener la protección del juez ordinario en la defensa de sus derechos fundamentales.

2. *Las reglas especiales ante el juez ordinario*

No es raro que las Constituciones prevean unas reglas particulares para uno u otro derecho determinado en lo referido a la intervención del juez ordinario. Por ejemplo, en materia de seguridad personal, el artículo 31 de la Constitución portuguesa prevé que toda persona que haya sido objeto de arresto o detención ilegal podrá formular ante el juez ordinario una petición de *habeas corpus*, teniendo el juez que resolver esa demanda en un plazo de ocho días y en audiencia contradictoria. No viene al caso aquí estudiar tales reglas porque no son, propiamente hablando, elementos de la teoría general de los derechos fundamentales, sino simplemente elementos del régimen jurídico de uno u otro derecho, de su garantía institucional.

Sin embargo, cuando se trata de reglas comunes a algunos derechos fundamentales, sí estamos ante un elemento de su teoría general que es necesario examinar.

Este es el caso de las reglas planteadas por el artículo 53.2 de la Constitución española, que no nos parece que tengan equivalente alguno en las demás Constituciones europeas. Dicho artículo dispone, efectivamente, que cualquier persona podrá recabar la tutela de los derechos y libertades de primer orden ante el juez ordinario utilizando un procedimiento especial basado en los principios de «preferencia y sumariedad». La ley —orgánica— que debería desarrollar tal procedimiento no ha sido todavía dictada. Pero, con carácter transitorio —se trata, sin embargo, de algo transitorio que perdura—, se vienen aplicando las disposiciones de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, ley que permite la puesta en práctica de unos procedimientos jurisdiccionales particulares que difieren unos de otros según el tipo de contencioso.

Por ejemplo, si el litigio entra dentro de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, los artículos 6 a 10 de la ley prevén unos mecanismos específicos que derogan muy sensiblemente las reglas habituales del derecho administrativo. En primer lugar, mientras que, en el contencioso-administrativo ordinario, un recurso jurisdiccional no puede ser interpuesto más que después de un recurso

¹⁰⁶ Por ejemplo, la teoría francesa de las medidas de orden interior, ya citada, tiene su origen en el Consejo de Estado, es decir, la jurisdicción suprema del orden administrativo.

¹⁰⁷ Cf. *infra*, el apartado 3.

administrativo, lo que puede suponer demora, nada de ello ocurre cuando lo que está en juego es un derecho fundamental: el recurso jurisdiccional puede ser ejercido directamente. En segundo lugar, mientras que en principio los recursos jurisdiccionales contra actos administrativos no tienen efectos suspensivos, esta regla no se aplica cuando un derecho de primer rango está en juego: es automáticamente desechada —es decir, que el recurso jurisdiccional deja en suspenso de plano la aplicación del acto administrativo— cuando el acto atacado es una sanción pecuniaria puesta en aplicación de la ley de orden público y, en los demás casos, por decisión del juez, teniendo en cuenta que éste tiene la obligación de declarar la suspensión en la ejecución a menos que comprometa gravemente el interés general. En tercer lugar, la ley acorta algunos plazos en el procedimiento, con el fin de acelerar las diligencias y la sentencia en los recursos que declara de carácter urgente.

3. *El acceso de los particulares a la jurisdicción constitucional*

De la misma manera que cuando los derechos fundamentales están en cuestión existen reglas especiales que guían la intervención del juez ordinario, puede estar previsto también, en beneficio de quienes resultan perjudicados en sus derechos constitucionales, una posibilidad de acceso a la jurisdicción constitucional.

Este es, en primer lugar, el caso de Suiza, con el recurso de derecho público —*staatsrechtliche Beschwerde*¹⁰⁸—, establecido por el artículo 113 de la Constitución federal de 1874. En lo que concierne a los derechos fundamentales protegidos por el recurso de derecho público, la Constitución se limita a invocar los «derechos constitucionales». Es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha precisado lo que había que entender en este sentido. Se trata, sobre todo, del principio de igualdad, de los derechos individuales reconocidos por la Constitución federal y las Constituciones cantonales, de ciertas garantías institucionales como el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la propiedad privada y el derecho al juez natural, y de ciertas garantías políticas como el ejercicio de los derechos políticos cantonales. En cuanto a los actos susceptibles de ser controlados, se trata exclusivamente de los actos legislativos y administrativos cantonales, lo que excluye en particular, como ya hemos indicado, las leyes federales. Las reglas de procedimiento son complejas y varían según los derechos constitucionales en cuestión: unas veces el recurso de derecho público puede ejercerse directamente cuando está en cuestión, por ejemplo, la libertad de residencia o el derecho al juez natural, mientras que otras

¹⁰⁸ J.-F. Aubert, *op. cit.*, Tome II, p. 499; A. Auer, *art. cit.*, pp. 90-91; P. Saladin, «L'accès direct à la protection: Suisse», *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux-Nouveau bilan 1981-1991*, de próxima aparición.

requiere el agotamiento de las vías de derecho ordinarias; en unas ocasiones puede ser ejercido sin límite de plazo —en el caso de los derechos juzgados imprescriptibles por el Tribunal Constitucional, como, por ejemplo, la libertad de residencia o la libertad individual—, mientras que otras debe ser ejercido en un plazo de treinta días a partir de la publicación del acto atacado. Los efectos de la decisión tomada por el Tribunal pueden ser tajantes, ya que si estima que hay inconstitucionalidad anula el acto incriminado con efectos *erga omnes*.

En Austria, la otra cara del recurso de derecho público es el recurso constitucional —*Verfassungsbeschwerde*¹⁰⁹—, previsto en el artículo 144.1 de la Constitución en los siguientes términos: «El Tribunal Constitucional conoce de los recursos contra las decisiones de las autoridades administrativas, incluyendo las decisiones de las Cámaras administrativas independientes, en la medida en que el recurrente pretenda que dicha decisión vulnera un derecho que le es garantizado por la ley constitucional o que sus derechos son violados por la aplicación de un decreto ilegal, de una ley inconstitucional o de un tratado no conforme a Derecho.» Por tanto, este recurso actúa en cuanto está en cuestión un derecho garantizado por la Constitución, es decir, uno de los derechos subjetivos civiles o políticos proclamados por ella. Sólo permite atacar directamente las decisiones —*Bescheid*— de las autoridades administrativas, y se entiende que son de modo exclusivo las medidas y actos administrativos individuales. Pero puede ser también que estos comportamientos o actos administrativos individuales que violan los derechos constitucionales sean simplemente medidas de aplicación de una norma reglamentaria, de una ley o incluso de un tratado internacional. En tal hipótesis, el Tribunal Constitucional puede, llegado el caso, abrir en su contra un procedimiento de control de las normas¹¹⁰. El recurso constitucional es entablado por la propia persona que alega ser víctima de la violación de sus derechos constitucionales. Ha de haber agotado las vías administrativas de recurso. Si el Tribunal estima que un derecho constitucional ha sido efectivamente violado, anula el acto administrativo individual atacado. Por otro lado, desde 1975 y sobre la base del artículo 140.1 *in fine* de la Constitución, los individuos pueden plantear directamente un recurso contra una ley si esta última les vulnera de modo directo derechos protegidos constitucionalmente, pero con la condición de «haberse convertido en oponible sin intervención de una decisión judicial o sin la adopción de una decisión administrativa». De todas maneras, este recurso está sometido a unas condiciones

¹⁰⁹ F. Ermacora, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux-Cour Constitutionnelle autrichienne», *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, cit., p. 192; L. Adamovich, «L'accès direct à la protection: Autriche», *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux-Nouveau bilan 1981-1991*, cit.; S. Peyrou, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Tesis, Pau, 1991.

¹¹⁰ Cf. *infra*, apartado 4.

muy estrictas de admisibilidad¹¹¹ que limitan singularmente su interposición.

Desde la reforma constitucional de 21 de enero de 1969, que constitucionalizó el sistema implantado por la Ley de 12 de marzo de 1951 del Tribunal Constitucional federal alemán, existe igualmente un recurso constitucional ante el Tribunal Constitucional alemán¹¹². Puede ser interpuesto por cualquiera que se sienta perjudicado en uno de sus derechos fundamentales proclamados por el artículo primero de la Ley Fundamental o en uno de los derechos garantizados por el artículo 20.4 —derecho de resistencia—, el artículo 38 —derecho de sufragio—, el artículo 101 —derecho a un juez ordinario—, el artículo 103 —derecho a ser oído ante los tribunales según el procedimiento legal— y el artículo 104 —libertad individual—. La fuente de la violación es entendida de manera comprensiva, ya que se trata de todo acto jurídico, comportamiento material o carencia imputable al poder público, lo que quiere decir, entre otras cosas, que un recurso constitucional puede ser interpuesto contra una ley, un acto administrativo o una decisión judicial. La parte, que debe ser el propio perjudicado en sus derechos de forma directa y actual, debe haber agotado las vías ordinarias, si existen¹¹³. Si el Tribunal Constitucional estima el recurso bien fundado, tiene incluso la posibilidad de anular la decisión impugnada, lo que puede llevarle a declarar la nulidad de la ley¹¹⁴.

Finalmente, existe en España un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional¹¹⁵ según los artículos 53.2 y 161.1.b) de la Constitución. Se refiere sólo a la protección de los derechos de primer orden, a los que hay que añadir el derecho a la objeción de conciencia, reconocido en el artículo 30 de la Constitución. En los términos de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, puede ser interpuesto por quien se sienta perjudicado en uno de los derechos referidos por un acto sin fuerza de ley emanado de las asambleas parlamentarias —art. 42—, por un acto jurídico o material emanado de la Administración —art. 43— o por una decisión judicial —art. 44—. Es decir, que la ley orgánica excluye que el recurso de amparo pueda ser presentado directamente contra una ley. De todas maneras, el artícu-

¹¹¹ Especialmente el hecho de que la ley le sea aplicada sin intervención de una decisión judicial o sin la adopción de una decisión administrativa.

¹¹² J.-C. Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, 1982, p. 105; D. Katzenstein, «L'accès direct à la protection: Allemagne», *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux-Nouveau bilan 1981-1991*, cit.

¹¹³ Este no es el caso, por ejemplo, si la violación de los derechos constitucionales aparece por primera vez en una sentencia dictada por el juez ordinario de la última instancia o si el demandante se estima directamente perjudicado en sus derechos por la propia ley.

¹¹⁴ Artículo 95 de la ley relativa al Tribunal Constitucional federal-Bundesverfassungsgerichtsgesetz.

¹¹⁵ P. Bon, F. Moderne e Y. Rodríguez, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Economica, 1984, pp. 107 y 211; F. Rubio Llorente, «L'accès direct à la protection: Espagne», *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux-Nouveau bilan 1981-1991*, cit.

lo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé el supuesto siguiente: si la Sala del Tribunal Constitucional —que es competente en materia de amparo— estima que el acto aplicado lesiona los derechos constitucionales porque ha sido dictado en aplicación de una ley inconstitucional, puede iniciar ante el Pleno del Tribunal Constitucional —que es competente en materia de control de constitucionalidad de las leyes— un procedimiento de control de las normas que atañen a la ley en cuestión. Por otro lado, el Tribunal Constitucional admite que, a raíz de un recurso de amparo presentado, por ejemplo, contra una decisión judicial, el demandante sostenga que la ley aplicada por el juez es inconstitucional¹¹⁶. El recurrente no puede acudir a la jurisdicción constitucional más que después de haber agotado las vías de derecho ordinarias, cuando existan. El Tribunal Constitucional, si otorga el amparo, es decir, si considera que ha habido violación de derechos constitucionales, puede declarar la nulidad de la decisión, acto o resolución atacada que ha impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales.

Sin duda alguna, existen entre el recurso de derecho público suizo, los recursos constitucionales austríaco y alemán y el recurso de amparo constitucional español diferencias sustanciales. Por ejemplo, hemos visto que, en Austria, el recurso constitucional concierne esencialmente a los actos administrativos individuales. A la inversa, en Alemania, el recurso constitucional tiene un campo de aplicación mucho más amplio, ya que puede tener por objeto los actos administrativos individuales y reglamentarios, las leyes y decisiones judiciales.

Sin embargo, a pesar de las diferencias, existen entre estas técnicas puntos comunes indiscutibles.

En primer lugar, se trata de una vía de derecho especializada en la protección de los derechos y libertades. No interviene más que en caso de que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución estén amenazados. Sólo está abierta a los que sean susceptibles de ser amenazados en sus derechos y libertades. Se trata esencialmente de individuos, e incluso eventualmente personas morales, cuando está en cuestión un derecho que les concierne¹¹⁷.

En segundo lugar, se trata de una vía adicional en la protección de los derechos y libertades. Efectivamente, hemos visto que la jurisdicción constitucional sólo puede ser invocada, en la mayoría de los casos, tras haber agotado las vías de derecho ordinarias, es decir, después del recurso al juez ordinario. Es la idea de que el juez ordinario es el protector natural de los derechos y libertades. En estas condiciones, podemos preguntarnos cuál es el interés de una intervención de un juez adicional, el juez constitucional. La pregunta parece estar tanto más fundada cuanto que en todos los países estudiados, con la excepción de

¹¹⁶ Sentencias 41/81, de 18 de diciembre; 14/82, de 21 de abril, y 6/86, de 21 de enero.

¹¹⁷ Por ejemplo, el derecho de propiedad.

Francia, cuando el juez ordinario duda de la constitucionalidad de una ley que tiene que aplicar en el proceso en el que interviene, porque, por ejemplo, estima que la ley viola los derechos constitucionales, tiene, como veremos, el derecho a suspender la resolución y a plantear a la jurisdicción constitucional la cuestión de constitucionalidad de la ley¹¹⁸. La justificación de la intervención de la jurisdicción constitucional reside, sin embargo, en la *preferred position* de los derechos fundamentales. Ya que todos los países democráticos afirman solemnemente su adhesión a los derechos fundamentales, ya que éstos constituyen el fundamento mismo del orden jurídico-político de los Estados en cuestión, ciertos países han creído oportuno instaurar una vía de derecho adicional cuando los derechos fundamentales están en cuestión: el recurso directo a quien es el intérprete superior y el guardián supremo de la Constitución, el juez constitucional.

Pero, lógicamente, esto no excluye que los decretos fundamentales puedan estar igualmente protegidos con eficacia por las demás vías de acceso a la jurisdicción constitucional.

4. *Las otras vías de acceso a la jurisdicción constitucional*

Si el recurso de derecho público, el recurso constitucional o el recurso de amparo tienen como función principal y permanente proteger los derechos fundamentales, otros campos de competencia del juez constitucional pueden permitir protegerlos de manera episódica y derivada. Se trata de los procedimientos de control de las normas. Su función principal y permanente es la de salvaguardar la supremacía de la Constitución en el conjunto de las disposiciones y no solamente en las relativas a los derechos y libertades. Pero cuando está en cuestión una disposición relativa a los derechos fundamentales, estos procedimientos pueden permitir asegurar muy eficazmente la protección.

No es éste el lugar para describir con todo detalle estos procedimientos en la medida en que, teniendo en cuenta lo que acabamos de decir, son mucho más elementos de la teoría general de la garantía de la Constitución que elementos de la teoría general de los derechos fundamentales.

Nos limitaremos, en consecuencia, a dos datos.

Para empezar, estos procedimientos de control de las normas pueden ser procedimientos de control abstracto, con una autoridad pública habilitada, fuera de todo litigio preexistente ante un juez, para poner *directamente en juego la constitucionalidad de una norma, y especialmente de una ley, ante un juez constitucional.*

Si se trata de un control *a priori*, como en Francia, es decir, de un control de la norma aún no promulgada, la técnica tiene la ventaja de su simplicidad, ya que esquivada los delicados problemas que plantea la

¹¹⁸ Incluso, como en Portugal, de resolver él mismo la constitucionalidad de la ley.

anulación por la jurisdicción constitucional de una ley ya aplicada. Pero tiene el inconveniente de impedir todo control de las leyes promulgadas antes de la instauración del control *a priori*¹¹⁹ o las que, aun siendo posteriores a dicha instauración, no han sido planteadas ante el juez constitucional¹²⁰, traba definitiva ya que, como veremos, en Francia no hay ningún procedimiento de control preciso de las normas¹²¹. Sin embargo, dichas leyes pueden perfectamente atentar a los derechos fundamentales.

Si se trata de un control *a posteriori*, como en Austria, Alemania, Portugal¹²² o España¹²³, en general permite asegurar el control de constitucionalidad de todas las leyes que formen parte del derecho positivo¹²⁴.

En que el control sea *a priori* o *a posteriori*, una cuestión tiene una importancia determinante: saber qué autoridades están legitimadas para promover el recurso. Son generalmente autoridades políticas: Presidente de la República, Primer Ministro, Gobierno, Presidentes de las asambleas parlamentarias, un cierto número de parlamentarios, órganos dirigentes de los Estados federados o de las regiones dotadas de autonomía política. Dentro de la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales, la iniciativa de un número de parlamentarios puede ser decisiva, ya que puede ser un medio dado a la minoría para llevar ante el juez constitucional leyes votadas por la mayoría. En Austria y en Alemania, el listón ha sido fijado particularmente alto, ya que sólo un tercio del Consejo Nacional —Austria— o del *Bundestag* —Alemania— pueden acudir al Tribunal Constitucional. El resultado es que solamente dos partidos pueden en estos dos países, dada su representación parlamentaria, acceder a la jurisdicción constitucional, el Partido Populista y el Partido Socialista en Austria, el Partido Cristianodemócrata y el Partido Socialdemócrata en Alemania. En España, cincuenta diputados o cincuenta senadores pueden acudir ante el Tribunal Constitucional, lo que corresponde más o menos, teniendo en

¹¹⁹ 1958 en el caso francés.

¹²⁰ Sin embargo, el Consejo Constitucional ha aportado un medio de enmendar esta cuestión, admitiendo que cuando era llamado a pronunciarse acerca de una ley aún no promulgada que modificaba, completaba o afectaba a una ley ya promulgada, podía controlar la constitucionalidad de esta última: decisión n.º 85-187 DC, de 25 de enero de 1985; decisión n.º 89-256, de 25 de julio de 1989.

¹²¹ De ahí la idea, lanzada sobre todo en 1989 por el Presidente de la República y por el Ministro de Justicia, de instaurar este control determinado, al menos cuando estén en cuestión los derechos y libertades.

¹²² Que tiene igualmente un procedimiento de control abstracto *a priori*.

¹²³ Existe igualmente un control abstracto *a posteriori* en Italia, pero sólo se refiere a las relaciones entre el Estado y las regiones, de manera que es muy ajeno a la problemática de los derechos fundamentales.

¹²⁴ Con la especificidad —discutible— en España de que el control abstracto *a posteriori* sólo puede iniciarse en un plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley o de la disposición normativa con fuerza de ley. Al contrario, en Austria, Alemania y Portugal, no hay ningún plazo para el recurso, es decir, que el control abstracto *a posteriori* es perpetuo.

cuenta la composición de las Cámaras, a la séptima parte de los miembros de la Cámara Baja y a la sexta parte de la Cámara Alta. En Francia, la iniciativa está abierta a sesenta diputados o senadores, más o menos a la décima parte de la Cámara Baja y a la sexta parte de la Cámara Alta. La situación más favorable a los derechos de la minoría es, por lo tanto, la situación portuguesa, ya que la iniciativa corresponde a la décima parte de los miembros de la Asamblea de la República. Por otra parte, en Portugal y en España, el derecho a iniciar un procedimiento de control abstracto de las normas le está igualmente reconocido al *Ombudsman*, Procurador de Justicia en Portugal, Defensor del Pueblo en España. Y si este último acude muy de vez en cuando a la jurisdicción constitucional, no es el caso del Procurador de Justicia portugués, que es la autoridad legitimada más activa¹²⁵. Esta diferencia de comportamiento se justifica fácilmente. En la medida en que los ciudadanos portugueses no disponen de un derecho de recurso directo ante la jurisdicción constitucional para la defensa de sus derechos fundamentales, es muy frecuente que recurran al Procurador de Justicia y que éste, tras instruir el sumario, acuda a la jurisdicción constitucional. En otros términos, la intervención del Procurador de Justicia ante el juez constitucional es, al parecer, un sustituto eficaz, al no existir el recurso directo de los ciudadanos, sustituto que es menos necesario en España teniendo en cuenta la existencia del recurso de amparo.

Al lado del control abstracto de las normas conviene mencionar, en segundo lugar, su control concreto, es decir, la posibilidad reconocida al juez ordinario, cuando tiene que aplicar en un juicio una norma de cuya constitucionalidad tenga dudas —por ejemplo, una ley—, de suspender la resolución sobre el juicio y plantear la cuestión ante el juez constitucional. Tal sistema no existe en Francia. Sí existe, en cambio, en Austria, Italia, Alemania y España. En cuanto a Portugal, su caso es muy particular desde este punto de vista¹²⁶, en la medida en que todos los tribunales tienen derecho a controlar la constitucionalidad de las leyes en los procesos en los que son competentes. No obstante, la parte de su sentencia que toma partido acerca de la constitucionalidad de la norma puede ser deferida al Tribunal Constitucional. Y este derecho de intervención está reconocido especialmente a los individuos, que, por otro lado, no se abstienen de ejercerlo¹²⁷.

Conviene finalmente subrayar que, en principio, las declaraciones de inconstitucionalidad dictadas tanto en materia de control abstracto como en materia de control concreto tienen autoridad absoluta de cosa

¹²⁵ Cf. P. Bon, «Présentation générale», *La justice constitutionnelle au Portugal*, op. cit., pp. 83-84 y 86.

¹²⁶ P. Bon, «Présentation générale», cit., p. 124.

¹²⁷ Sin embargo, el acceso de los individuos a la jurisdicción constitucional no está limitado a la defensa de los derechos y libertades, sino que concierne a toda queja de inconstitucionalidad. Es sencillamente una de las características del control concreto de las normas portugués. Por ello no ha sido aludido en el punto anterior. Para una comparación entre el control concreto portugués y el recurso constitucional alemán o el recurso de amparo español, cf. J. Casalta Nabais, art. cit., pp. 215-216.

juzgada y provocan la anulación *erga omnes* de la disposición denunciada¹²⁸, que puede ser una ley o un acto con fuerza de ley.

En estas condiciones, comprendemos que se trata de mecanismos que pueden fácilmente contribuir a la defensa de los derechos fundamentales. Sin duda alguna, en Austria, Alemania o España, la garantía de los derechos y libertades está ampliamente asegurada gracias al recurso constitucional o el recurso de amparo, teniendo un papel menos importante el control abstracto *a posteriori* o el control concreto —aunque no menospreciable— en la materia. A la inversa, la garantía de los derechos fundamentales está, en el ámbito de la justicia constitucional, asegurada en Francia, esencialmente por medio del control abstracto *a priori*, y en Italia, y en Portugal, por medio del control concreto. Aunque, después de todo, ¡poco importan los mecanismos desde el momento en que existe una garantía efectiva!

(Traducción de Marina CUETO APARICIO.)

¹²⁸ Con la reserva hecha del control concreto portugués.