

Derechos “fundamentales”: consideraciones sobre la elaboración del concepto y su implicación positiva en el contexto del constitucionalismo contemporáneo

1. INTRODUCCIÓN: UN ACERCAMIENTO POSITIVO Y RELATIVO A LOS DERECHOS

Afrontar en pocas páginas, con intención de exhaustividad, la formidable temática de los derechos “fundamentales” (bien sea simplemente limitada a los lineamientos indicados en el título de este contributo) se revela, más que arduo, imposible: el argumento en efecto es de derecho constitucional, pero naturalmente no le son extraños –muy por el contrario– el derecho internacional, el derecho comunitario (en los ordenamientos de la Unión Europea), ni el derecho administrativo. No son tampoco menos relevantes las implicaciones del derecho del trabajo y del derecho civil. Además, si bien no es cierto que todo el derecho (objetivo) se demuestra en los derechos (subjetivos), los derechos en realidad influyen en gran medida la entera fenomenología jurídica. No sólo (y sobre todo): el presupuesto para cada razonamiento *jurídico* en materia de derechos es la elaboración de adecuados presupuestos filosóficos, de doctrina política, de teoría general (del derecho). Resulta entonces más remunerativo focalizar sólo algunos aspectos de la compleja cuestión.

Desde el punto de vista metodológico, es preliminar a cualquier reflexión una selec-

ción de campo acerca de la perspectiva de la investigación. Quien trabaja en la óptica de un ordenamiento ideal, que es aquel natural (bien sea en base religiosa o laica), da a la palabra “derecho” un significado diferente a aquel atribuido por quien, en cambio, asume como objeto de análisis los ordenamientos positivos y las normas que los componen (además de los principios que inspiran las normas: los cuales, si bien codificados, y –a menudo pero no siempre– expresados en aquellas que en el lenguaje jurídico italiano son llamadas “disposiciones”, es decir en los textos jurídicos de los cuales con la actividad interpretativa se obtienen las “normas”, exactamente en cuanto denominados “principios” y no “normas” con características propias que los diferencian de estas últimas, no siendo susceptibles de determinar comportamientos en manera suficiente para la acción).

Convencidos de no poseer (y de no deber ofrecer) soluciones válidas ni definitivas para todos, de nuestra parte afrontaremos el tema desde una perspectiva positiva (y relativa): en primer lugar, distinguiendo los derechos (subjetivos) atribuidos por cualquiera de los derechos ideales conferidos por normas de ordenamientos jurídicos positivos; en segundo lugar, manifestando empíricamente que en estos últimos –fue-

ra de (importantes) elementos comunes ofrecidos por la circulación de modelos de organización de las experiencias jurídicas: los ciclos del constitucionalismo, por ejemplo— aparecen claras diferencias, bien sea en el análisis diacrónico y en el sincrónico.

Si, en efecto, existe una materia en la cual las pretensiones de universalidad y criterio absoluto han demostrado ser infundadas, fuera de las consideraciones de la retórica iusnaturalística y de las reivindicaciones eurocentristas desde la Declaración de 1789 en adelante, ésta es verdaderamente la materia de los derechos. Confirma la historia, en efecto, que los derechos inmutables y eternos consagrados en los textos constitucionales, en sus preámbulos, y justamente en las Declaraciones, han sido objeto de continuas revisiones y actualizaciones.

Ha cambiado el elemento subjetivo de los derechos: basta pensar que los Padres Fundadores norteamericanos, aunque imbuidos de las visiones universalistas, usaron en el texto constitucional las palabras *those bound to service, other persons* y fórmulas análogas, para referirse a los esclavos, a los cuales evidentemente el *Bill of Rights*, existente en el estado de naturaleza y por tanto no inicialmente constitucionalizado, no podía aplicarse; o bien, en otros contextos, no sólo a la progresiva atribución de los derechos “políticos” siempre a un mayor número de sujetos, pero también a las interpretaciones extensivas de los derechos “civiles” a sujetos que, lejos de configurarse solamente como “contribuyentes”, como en algún caso ocurría al inicio (por ejemplo para el derecho a examinar los actos comunales en Francia y en Italia), han estado reconocidos después a todos los ciudadanos, más adelante —en Europa— a los ciudadanos de los estados pertenecientes a la Unión Europea, y en muchos casos a “to-

dos”¹. Al fenómeno ha contribuido de forma predominante no sólo el surgimiento de nuevas sensibilidades en la sociedad civil de cada uno de los estados, sino también la transposición de las mismas en documentos elaborados a nivel continental o mundial, que han disminuido las diferencias en la convicción de que algunos derechos pertenecen a la persona solamente por su condición de ser humano.

Que eso sea imputable a (no compartido, a nuestro juicio) los acercamientos iusnaturalísticos al tema, poco importa; lo que cuenta es que el asunto siempre ha estado en la dirección de una visión positiva de los derechos reputados “humanos”, con todo lo que se consigue en orden a la prescripción imperativa de las disposiciones que tales derechos codifican².

Por otra parte, la relatividad y la disposición al cambio se ha manifestado con consecuencias análogas en relación al aspecto objetivo de los derechos. A los escasos derechos enunciados en los textos más antiguos, se le han ido agregando otros: aquellos «particularmente necesarios a nuestro tiempo» de los cuales razonaba el preámbulo de la Constitución francesa de 1946, así como los llamados “nuevos derechos” o los derechos de la tercera o cuarta generación. Los descubrimientos científicos han puesto en crisis las viejas enunciaciones, haciendo necesario reelaborar filosofías, antiguas certezas han estado amenazadas. Al mismo tiempo, ha cambiado también la axiología de los derechos. La propiedad, que las Cartas de un tiempo escribían en el catálogo de los derechos a la par de la vida y de la libertad, aparece ahora en un segundo plano; qué no decir del derecho a portar armas, si bien fruto de influencias del iluminismo (más que de exigencias prácticas), constitucionalizado en el *Bill of Rights* del 1791 en la segunda enmienda de la

Constitución de los Estados Unidos de América. Por el contrario, en sede de *test* de equilibrio hoy las cortes constitucionales acentúan otros “valores”, a menudo diferentes de aquellos defendidos en principio, y el constante desarrollo de la sociedad (y de la ciencia) no contribuye a mantener por períodos más o menos duraderos la jerarquía que se establece cada vez.

La pretensión de universalidad de los derechos debe ser por lo tanto criticada, por ser fruto de visiones antihistóricas y contradictorias de la práctica cotidiana en ordenamientos como el italiano, el colombiano, el peruano, así como en el de tantos otros. Muy por el contrario, los derechos –viejos y nuevos– son fruto de concesiones sociales y políticas en un momento histórico determinado y se constituyen en tales sólo en cuanto aparecen codificados en un ordenamiento jurídico (incluido el internacional) o en más ordenamientos vinculados por convenciones internacionales. Al inicio, los derechos no son otra cosa que su opuesto, su negación; como por ejemplo en los ordenamientos italiano, colombiano o peruano (pero no como sucede actualmente en el sistema holandés y pueda ser que más adelante en el de otros países), donde se podría llegar a reconocer, desde una perspectiva laica, como la base de cada derecho: aquel de disponer de la propia vida, y de tener una “buena muerte” (la eutanasia). Esto naturalmente no significa para nosotros repudiar bases culturales comunes, y no poner de manifiesto una firme repulsión por cada forma de aniquilamiento de la dignidad de la persona: lo que sin embargo pertenece a la filosofía (no solo kantiana), a la sociología, a la ética y a la moral de cada uno, mientras todavía no hace parte del mundo del derecho³.

En conclusión: el universalismo eurocéntrico es obligado hoy a hacer las cuentas con

una realidad presente a todos los niveles: el encuentro entre derechos individuales llamados humanos y derechos “colectivos” de identidad, o en otras palabras de grupo (por razones étnicas, lingüísticas, sexuales, etc.) demuestra una vez más los graves límites de cada visión absoluta de los derechos. El respeto (por parte de una comunidad más amplia) de los derechos de una comunidad menor comporta en efecto, a menudo, la supresión, la reducción o la falta de consideración de derechos individuales de los miembros del grupo minoritario. Reconocer el derecho a la cultura de la comunidad indiana o *inuit* obliga por ejemplo al legislador y a los jueces canadienses a admitir que la mujer perteneciente a uno de estos grupos desarrolla un rol diverso de aquel ya reconocido en las “cartas” occidentales y consagrado en la misma *Charter* del 1983⁴; no de manera diferente, admitir en Italia o en cualquier otro país europeo un derecho comunitario y cultural de una sociedad parcial (por ejemplo, los institutos privados islámicos en algunas comunidades de inmigrantes en los países europeos) tiene una consecuencia: renunciar a imponer autoritariamente visiones difusas y aceptadas por el resto de la colectividad (por ejemplo: el instituto de la potestad de los padres en lugar de la patria potestad). No diversamente, en América Latina análogos problemas se manifiestan en relación con los derechos de las comunidades indígenas.

2. APROXIMACIÓN SEMÁNTICA A LOS DERECHOS

El modo menos traumático, si bien no ideológico, de aproximarse al tema de los derechos fundamentales es dilucidar las connotaciones positivas favorables que tal expresión revela. No sólo el sustantivo

“derecho”, sino también el adjetivo “fundamental” esconden, en efecto, frecuentemente juicios de valor, no conformes con una investigación jurídica, al igual que otras calificaciones que a menudo se le agregan tales como: “naturales”, “humanos”, “de la tercera generación” (o “de la cuarta”: estas últimas enunciaciones sugieren la idea de la novedad, del dinamismo, y son por lo tanto portadoras de sensaciones favorables). Se nota después que, en algunos contextos lingüísticos, la palabra “derechos” es en ocasiones fungible con otros parámetros llenos de connotaciones positivas (“libertad”), y algunas veces, como en los lenguajes y metalenguajes del derecho constitucional italiano o hispánico, los dos términos figuran inescindibles, sin que sea clarificado el sentido o significado, en el cual los dos fragmentos lingüísticos son utilizados⁵.

“Derecho” en sentido subjetivo, en primer lugar, «se ha cargado en la historia de la cultura de una fuerza emotiva favorable e intensa», de la cual es testimonio la lucha por la traducción en derechos “positivos” de las distintas reivindicaciones de aquellos percibidos como derechos “naturales”⁶. Desde una perspectiva positiva, “derecho” designa sólo una relación entre elementos subjetivos y condiciones de comportamiento de una parte y una norma o conjunto de normas por la otra⁷. Los derechos no son entonces *res incorporales quae tangi non possunt*, como en Gaio y después en Justiniano; ni ficciones, como en Bentham e incluso en Kelsen, o palabras del lenguaje mágico, como (a veces) en la escuela de los juristas escandinavos⁸. Según B. Windscheid, no son efectivamente nada existente, mientras la afirmación o la vicisitud de un derecho «manifiestan que han llegado a concreta actuación los tipos, en los cuales estaba ligada la prescripción propia del ordenamiento jurídico»⁹.

Sobre el adjetivo “naturales” que acompaña al sustantivo “derechos” no es el caso emplear muchas palabras, y siendo difícil agregar algo nuevo a los mares de tinta que se han derramado sobre el particular, específicamente en relación con la matriz filosófica que conlleva: la cual es incluso la misma que sugiere a los *conditores legum* de usar en su lugar la calificación de “humanos” o “del hombre”, como en la Declaración de 1789 (ausente en los precedentes documentos ingleses del siglo xvii, como también en aquellos norteamericanos de 1700), pero también y sobre todo en la Declaración universal de 1945 y en las sucesivas. Viene sólo señalado, antes que nada, como las ideas de universalidad sobre las cuales se basó, fueron inicialmente obstaculizadas también por quien, como Benedetto Croce, se inspiraba en doctrinas idealistas, y denunciaba el riesgo de dictar fórmulas vacías y arbitrarias, a causa de reconciliar visiones lejanas como la liberal y aquella autoritaria y totalitaria; que además con la institución de tribunales en grado de asegurar una parcial efectividad de los derechos en cuestión ha demostrado la posibilidad de salir de la esfera meramente proclamativa y retórica¹⁰. Así las cosas, la adopción de cartas específicas desde el punto de vista subjetivo (las declaraciones de los derechos de las mujeres, o de los niños) o territorial (los derechos “humanos” de los pueblos de Afrecha) hace resaltar la insanable incoherencia de otorgar a la misma área semántica –la de los derechos “humanos”– situaciones jurídicas de las cuales son titulares grupos individuales de acuerdo con sus propias características sexuales, étnicas, lingüísticas, geográficas o de identidad.

La elaboración de nuevas subcategorías protegidas (o susceptibles de protección) ha llevado a la doctrina jurídica a utilizar en su metalenguaje nuevas calificaciones para

designar situaciones primero no protegidas. Partiendo de la consideración de que los derechos “clásicos” o “burgueses” (adjetivo, este último, con connotación “negativa”) eran seguidos con sucesivos ciclos del constitucionalismo aquellos “sociales”, por lo demás “de prestación” (Weimar en primer lugar), se hizo necesario para fines clasificatorios atribuir un nuevo *nomen* a los derechos sean estos individuales o colectivos, sean de libertad o de autonomía o de crédito (pero no de dominio) elaborados en los últimos decenios. Las clasificaciones, de todos modos nunca estables en la esfera de las ciencias jurídicas¹¹, no están con este fin todavía consolidadas: sea porque ninguna ha presentado una autoridad tal para ser comúnmente aceptada, sea porque la materia está en continua evolución.

El predicado “fundamental” asumido como calificativo de tales derechos comparte con los otros, a los cuales hasta ahora se ha hecho referencia, una connotación positiva. Los derechos “fundamentales” no habían sido objeto, hasta ahora, de rigurosas investigaciones teóricas (diversamente de los otros), y su contenido semántico debería ser por lo tanto delimitado sobre la base del uso que de ellos se hace, sea en el lenguaje de los textos normativos –en particular las constituciones– o en el metalenguaje de los constitucionalistas. En esta sede, por otra parte, nos limitaremos a tomar en consideración el primer tipo de lenguaje. Más allá de una perspectiva estructural, la investigación para su definición se desenvuelve en una dimensión funcional, es decir, según los intereses que estos derechos tutelan.

La investigación del uso (según el celebre slogan del último Wittgenstein: “no busques la referencia, busca el uso, y sólo si el uso es referenciable, busca la referencia”) no puede más que ser conducida se-

gún los criterios de la ciencia comparada, que sirve de enlace entre el análisis teórico y el dogmático. La misma ofrece en efecto los instrumentos para buscar (y tal vez encontrar) un núcleo semántico común del tema en cuestión, o eventualmente para denunciar la ausencia de un significado largamente aceptado, fuera del empleo del término en cada uno de los ordenamientos.

3. METODOLOGÍA

La investigación comparada conducida con corte analítico debe hacer las cuentas con cada uno de los problemas lingüísticos, conexos a la dificultad de las traducciones jurídicas¹².

En los textos donde la raíz del adjetivo “fundamental” es común, como por ejemplo en las constituciones redactadas en lengua neolatina, se puede tranquilamente partir de la premisa que con este se designan “cosas” *lato sensu* correspondientes. De otra parte, también en otros idiomas –como el inglés– son extraños los riesgos de malentendidos con otras calificaciones de los derechos (por ejemplo: “humanos”). Continúan a pesar de todo algunas dificultades: tales como la Parte II de la Constitución albanesa titulada en la versión en inglés “The Fundamental Human Rights and Freedoms”, donde la construcción lingüística no deja entender claramente si el adjetivo “Fundamental” se refiere solo a los derechos o también a las libertades.

Una última precisión: no siempre una situación jurídica subjetiva viene indicada con un sustantivo, al cual le corresponde un preciso *nomen iuris* (derecho, poder, facultad, etc.) acompañado eventualmente de una calificación (cívico, político, humano, social, fundamental, etc.). A veces, en efecto, la aceptación de que un sujeto tenga un

derecho viene determinada a través de enlaces entre fragmentos de normas; a menudo, las fórmulas utilizadas son del tipo «ninguno puede ser despojado del juez que le ha sido asignado por ley», o similar; más todavía: en ocasiones viene utilizada la *definente basilare* de “derecho”, es decir “deber” como donde está escrito que «es deber del Estado asegurar una instrucción adecuada a todos los ciudadanos». En estos casos, le compete a la doctrina y a la jurisprudencia calificar las situaciones protegidas como “derechos”, individuar—donde sea necesario— las correspondientes situaciones jurídicas desfavorables (deberes, obligaciones) estableciendo si el “derecho” en cuestión está adscrito a una particular tipología y deduciendo las consecuencias en el ámbito de protección y tutela, de eficacia más o menos inmediata, etcétera. Son de gran ayuda, naturalmente, las *rubricae legis* bajo las cuales determinadas situaciones son mejor catalogadas; porque si bien raramente se remite en los textos constitucionales o legislativos a una calificación de un determinado derecho individual como “fundamental” (o otro), son verdaderamente las referencias a categorías generales hechas por las secciones de las partes, de los títulos, de los capítulos, en las cuales un texto se descompone y que contribuyen en la labor de clasificación.

Superadas estas dificultades, y analizados los textos donde se hace referencia (expresa) a “derechos fundamentales”, la pregunta: ¿qué significan las palabras “derechos fundamentales?” tendrá respuestas diferentes en cada ordenamiento. A veces, esta fórmula esconde un intento meramente ideológico de los *padres fundadores*, que para enfatizar el rol de los derechos pudieron calificar como “fundamentales” todos los derechos y en general todas las situaciones jurídicas subjetivas; en otras cir-

cunstancias, puede ser que las constituciones operen una definición estipulativa nominal, otorgándole consecuencias jurídicas a la calificación operada, para la cual se establece que algunos derechos son definidos como “fundamentales”, y otros no. Por otra parte pueden existir alusiones lingüísticas difícilmente perceptibles, por ejemplo si algunos derechos son definidos como “fundamentales” (“*fondamentale*”, “*fundamental*”) y otros como “básicos” (“*basilari*”, “*basic*”): situación que en ciertos idiomas no presenta ninguna diferencia de sentido, en otros sí, y en otros, en cambio, la distinción es meramente estipulativa, encaminada a otorgar consecuencias diferentes a cada una de las distintas cualificaciones. Finalmente, como se había dicho, ningún derecho o interés podría ser designado con un adjetivo correspondiente en español a “fundamental”, en italiano “*fondamentale*”, en inglés “*fundamental*”, etc.

La búsqueda de un significado común, así como de sus diferencias, representa precisamente el fin de este breve escrito, que partiendo de los primeros textos clásicos que han utilizado esta tipología clasificatoria intenta profundizar en qué medida ha sido utilizada (en otras palabras: cuánto ha circulado el “modelo”) y, sobre todo, a *cuáles* derechos se les ha atribuido la calificación en cuestión, en relación con los sujetos que tienen la titularidad, con el bien tutelado y con la índole más o menos aplicativa.

4. UN ANÁLISIS EMPÍRICO DE LOS DERECHOS “FUNDAMENTALES” EN LAS CONSTITUCIONES CONTEMPORÁNEAS

La investigación realizada sobre un adecuado número de constituciones pertenecientes a varios ciclos del cons-

titucionalismo –desde las más antiguas a las más recientes– y a varias regiones del mundo (en modo especial de Europa y América) ofrece rápidamente una indicación importante: las palabras “derechos fundamentales” no vienen utilizadas en los modelos históricos ni en los textos más antiguos, mientras representan, si no una constante, por lo menos una presencia recurrente en las constituciones del segundo período de postguerra mundial y más aún en aquellas de reciente revisión (en América latina) o reescritas *ex novo* después de la caída del muro de Berlín (en Europa centro-oriental y en la ex URSS).

De derechos fundamentales no se habla, por ejemplo, ni en la Constitución norteamericana de 1787 ni en el *Bill of Rights* de 1791. Si bien la Constitución belga de 1831 tampoco hace ninguna alusión sobre el particular, sin embargo es objeto de una profunda revisión que se prolonga a años recientes (hasta 1993), refiriéndose, sin ser del todo diferente a la primera, a derechos y libertades (frecuentemente tratados en modo indistinto, como en los artículos 11, 19 o 21, donde la palabra “derecho” es utilizada en lugar de “poder”), recurriendo a la categoría doctrinal de los derechos políticos (artículo 8, inciso 2, donde se delega a la ley definir cuales son) o a la de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 23). También las constituciones de Dinamarca (1849) y de Luxemburgo (1868) hacen referencia a derechos y libertades, enunciados sin ninguna denominación en el primer caso, y bajo el Título II “De los Luxemburgueses y de sus derechos” en el segundo.

Entre los documentos más recientes que no utilizan la locución en cuestión aparecen las Constituciones austriaca (1920), italiana (1948), francesa (1958: sin olvidar que en cuanto se refiere a derechos ésta

remite en el preámbulo a la Constitución de 1946 y a la Declaración de 1789). Así como la Constitución chilena (1980), ecuatoriana (1998) y venezolana (1999). Y en los textos más recientes de los países de Europa del Este, como por ejemplo la Constitución de Eslovenia (1991), Lituania, Macedonia y Yugoslavia (1992), Rusia (1993), Bielorusia (1994), Ucrania (1996) y Polonia (1997).

Al contrario, algunos antiguos textos objeto de reciente revisión como las cartas holandesa, finlandesa y sueca, introducen partes dedicadas específicamente a los derechos fundamentales (ver respectivamente Capítulo I Constitución de Holanda, Capítulo II Constitución de Finlandia y Capítulo II Constitución de Suecia).

Se deduce que la utilización de la categoría de los derechos fundamentales es una invención relativamente reciente, que en algunos países toma el lugar de la de derechos humanos consagrada en textos precedentes, y en otros hace referencia solamente a “derechos” o “derechos y libertades”, tal como se ha observado anteriormente. Esto sin embargo, nada nos dice acerca de su contenido, por lo cual conviene analizar detenidamente los textos en los cuales se hace particular énfasis a esta expresión.

Tomando en consideración las constituciones que en cualquier medida han asumido el papel de “modelo” para los textos más recientes, una sección dedicada a los derechos fundamentales se encuentra en el *Grundgesetz* alemán (Capítulo I, además de otras referencias), en la Constitución portuguesa (Parte I) y en la española (Título I).

En los tres textos citados, la inserción de una situación jurídica protegida en una determinada sección viene acompañada con la individualización de los derechos excluidos de tal “etiqueta” y con la asignación de consecuencias jurídicas bien precisas.

En el ordenamiento alemán, por ejemplo, el derecho de resistencia es contemplado en el artículo 20 inciso 4, fuera del capítulo dedicado a los derechos fundamentales (del artículo 1 al 18). Una expresa referencia a los derechos “fundamentales” se encuentra en el artículo 23, donde se individualizan ciertos límites a la adhesión a la Unión Europea: entre otros, la condición de que ésta se empeñe en asegurar una tutela de los «derechos fundamentales sustancialmente equiparables a aquellos contemplados en la (presente) Ley Fundamental». La consecuencia es que el ordenamiento comunitario puede no contemplar el derecho de resistencia, sin que eso pueda ser adoptado como obstáculo de naturaleza interna para la permanencia de Alemania en la Unión Europea. Así mismo el artículo 93.4a enuncia que el *Verfassungsbeschwerde* puede tener por objeto «uno de los [...] derechos fundamentales» o uno de los derechos contemplados en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104 (los cuales –se confirma– no vienen reputados como “fundamentales”).

En Portugal, la Parte I –titulada de los “derechos y deberes fundamentales”– recibe una importante integración en su artículo 16, en el sentido que los derechos (pero no los deberes) fundamentales contemplados en la Constitución «no excluyen cualquier otro derecho previsto en la ley y en las normas del derecho internacional». Se nota por otra parte que algunos derechos, así como ocurre en Alemania, son disciplinados fuera de la Parte I, como por ejemplo el derecho de acceso a los actos administrativos y en general a la información en cuanto respecta a la pública administración (artículo 268). Las consecuencias más significativas, de todos modos, no son conexas a la calificación de “fundamentales” atribuida a ciertos derechos, sino más bien a

la pertenencia de tales a la categoría de los “derechos, libertades y garantías de los ciudadanos”: en otras palabras, los derechos incluidos bajo el Título II (“Derechos, libertades y garantías”), y en particular en el Capítulo I (“Derechos, libertades y garantías personales”) representan un límite a la revisión constitucional (ejemplo: artículo 288.1d), junto a los derechos reconocidos a los trabajadores (Capítulo III). Una interpretación rigurosamente literal traería sin embargo la paradójica consecuencia de que no constituirían límite a la revisión constitucional los “principios generales” enunciados en otras distintas fuentes, por no ser objeto de reenvío normativo expreso (Capítulo I).

Por último, en España, es el Título I el que enuncia los derechos y los deberes fundamentales, mientras la Sección I del Capítulo II se titula “de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”; la Sección II está dedicada a los derechos y deberes de los ciudadanos (sin el adjetivo “fundamental”, dejando por lo tanto surgir una precisa elección axiológica, privada además de consecuencias relevantes en el plano jurídico); el Capítulo IV se refiere a las garantías de las “libertades” (pero no “públicas”) y de los “derechos fundamentales”, y a su turno el Capítulo siguiente habla “de la suspensión de los derechos y de las libertades”. No es fácil aclarar el complicado sistema delineado en el texto de 1978, pero el adecuado rigor en el *drafting* empleado por las Cortes constituyentes –que para evitar equivocaciones no habían escatimado remisiones puntuales a específicos artículos o a determinadas secciones– no pone fin a muchas dudas sobre las correspondientes consecuencias derivadas de una situación protegida por una u otra categoría: así, a los fines del *recurso de amparo*, el artículo 161 hace expresa remi-

sión al artículo 53.2, el cual a su vez asegura la tutela de las libertades reconocidas en el artículo 14 y en la Sección I del Capítulo II frente a los tribunales ordinarios con un procedimiento *preferente y sumario*. A su vez el procedimiento de revisión total de la Constitución se aplicará en los casos en que se incorporen en el Título preliminar, el Capítulo II Sección I del Título I o el Título II. Lo anterior confirma que la calificación de “fundamental” no es esencial puesto que la misma protección es conferida también a otras situaciones jurídicas reconocidas en la Constitución.

En cambio, constituciones más recientes, como son la de Bolivia (1967), la de Colombia (1991) y la del Perú (1993) en América Latina, y las de Bulgaria y Rumania (1991), Estonia (1992), Moldavia (1994), Hungría (1997) y Letonia (1998) en Europa del Este, hacen un reconocimiento específico a la categoría de “Derechos fundamentales”, bajo la cual se recogen derechos de impronta liberal clásica como la vida, la libertad, la igualdad, la integridad.

Tal situación no plantea mayores conflictos en el plano lingüístico, pues todos los textos en mayor o menor grado reconocen como fundamentales aquellos que podremos llamar derechos liberales. El problema es sin lugar a dudas de contenido y se vislumbra claramente en los textos constitucionales de Europa del Este, donde bajo la misma categoría se involucran además derechos sociales, económicos y culturales; así mismo, podemos ver cómo la atribución de diferentes consecuencias –por ejemplo en materia de revisión constitucional– no se limita solamente a la categoría de los “derechos fundamentales”. Confirmándose, entonces, que tal denominación no tiene ninguna relevancia, en la medida que en el mismo contenedor se reconocen indistintamente derechos y libertades públicas, sin consecuencias significativas en el plano jurídico.

Una posible explicación de tal clasificación se fundamenta en la importancia que en los últimos tiempos ha tomado la tutela del interés legítimo frente a la mera protección de los derechos subjetivos –propiedad, libertad, igualdad, etc.–, la cual impone a los ordenamientos constitucionales modernos el reconocimiento de “fundamentales” para una amplia gama de situaciones jurídicas (derechos colectivos e intereses difusos), dependiendo en últimas del criterio del juez constitucional. Tal solución pone de manifiesto nuevamente la inutilidad de la diferenciación, en la medida que resulta más coherente y práctico referirnos simplemente a “derechos” o a “intereses legítimos” dado que todos al final pueden, según el caso específico, asumir la calidad de “fundamentales” y en última instancia las consecuencias jurídicas no son derivadas de tal calidad.

Muy por el contrario, en los ordenamientos constitucionales de América Latina, tal categorización se presenta de forma más precisa; tanto es así que los derechos llamados “fundamentales” vienen recogidos en un capítulo específico y separados de aquellos de contenido social, económico y cultural (artículo 7 de la Constitución boliviana; Título II, Capítulo I de la Constitución colombiana y Título I, Capítulo I de la Constitución peruana). Sin embargo, la asignación de consecuencias jurídicas precisas para la categoría de los derechos “fundamentales” parece ser suficientemente relevante sólo en el ordenamiento constitucional colombiano, donde la acción de tutela aparece como mecanismo de protección de los “derechos fundamentales” (artículo 86). La diferenciación, por lo tanto, no es realmente determinante en el plano epistemológico, sino que se justifica solamente en la medida en que se presenta como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos.

Ahora bien, el único soporte que parecería justificar la clasificación de los derechos en “fundamentales” hace referencia a la especial protección, de la cual deberían gozar por parte del Estado, en la medida en que por su condición de inalienables representen la capacidad de imponer un compromiso permanente en la promoción y difusión de la justicia social.

Sin embargo, fuera de las consideraciones sociológicas que pueden acompañar la jurisprudencia constitucional en cada ordenamiento jurídico, debemos ser lo suficientemente rigurosos en nuestro análisis comparado, para concluir que para la obtención de una determinada consecuencia jurídica no resulta relevante la asignación de la categoría de “fundamental”.

La impresión es, entonces, la de estar en presencia de una categoría solamente estipulativa, organizada a veces con fines de lógica interna de algún texto constitucional, encaminada a la individualización de específicas garantías atinentes a la suspensión, a la tutela frente a los órganos de justicia constitucional, a los procedimientos de revisión, etc., mientras en otros casos aparece como un intento ideológico debido a la importancia que se le asigna a la palabra “fundamental”. La categoría se desvanece aún más, según como se ha confirmado del análisis de los contenidos de los derechos reputados “fundamentales”, en las constituciones que contemplan específicamente esta clasificación.

Surge una nueva pregunta, sobre la cual ya se han hecho algunas consideraciones: ¿existe un denominador común para tal asignación o bien las decisiones sobre qué derechos merecen el calificativo de fundamentales son dejadas al arbitrio bien sea del legislador o del Tribunal Constitucional?

En primer lugar, se debe tener en cuenta que los derechos –llámense “humanos”,

“fundamentales”, “básicos” o simplemente “derechos” – forman una unidad, pues son interdependientes, integrales y con la pretensión de ser universales, de suerte que no es admisible que se desconozcan unos derechos con el pretexto de salvaguardar otros. Esta posición se fundamenta en la idea de que para proteger verdaderamente la dignidad humana es necesario que la persona no sólo tenga órbitas de acción que se encuentren libres de interferencia ajena, como lo quería la filosofía liberal, sino que además es menester que el individuo tenga posibilidades de participación en los destinos colectivos de la sociedad de la cual hace parte, conforme a las aspiraciones de la filosofía democrática, y también que se le aseguren unas mínimas condiciones materiales de existencia, según los postulados de las filosofías políticas de orientación social.

Sin embargo, parece no existir ningún parámetro para involucrar ciertos derechos bajo la denominación de “fundamentales”, según los resultados del análisis comparado de las diferentes constituciones que poseen un título específico como contenedor de tales derechos, se puede notar cómo en líneas generales éstas incorporan la vida, la propiedad privada, la integridad personal y familiar, la libertad (de conciencia, de cultos, de expresión, de información, etc.), la igualdad, la educación, el trabajo, la paz, entre otros, derechos que a todas luces podríamos calificar también como “humanos”, así como lo hace la Constitución de Bosnia en el artículo II, parágrafo 3º, o simplemente como “derechos” sin agregarle ningún adjetivo calificativo, siguiendo la fórmula adoptada por la Constitución italiana.

Así las cosas, podemos decir que bajo la categoría de “fundamentales” se involucran aquellos derechos que son inherentes a la persona humana, pero en todo caso, según

el criterio del constituyente; pues aunque en términos generales se reconocen aquellos derechos que la doctrina ha denominado como de la primera generación, cada ordenamiento constitucional aumenta o disminuye el número de intereses protegidos de acuerdo a criterios particulares.

Entre los derechos que no se presentan de manera uniforme en las diferentes constituciones podemos anotar los siguientes: el derecho a la salud, que no es reconocido como tal en las constituciones de Colombia y Perú, y que en cambio sí pertenece a esta categoría de acuerdo con lo estipulado en las de Bulgaria, Estonia, Letonia, Moldavia, Rumania, Hungría y Bolivia. También la libertad de creación literaria y artística es derecho fundamental en las Constituciones de Perú y Moldavia, mientras las demás ni siquiera lo mencionan (Bolivia, Colombia, Bulgaria, Estonia, Letonia, Rumania, Hungría).

Se presentan a su vez derechos “fundamentales” que podríamos llamar específicos en cada uno de los distintos ordenamientos, como es el caso del derecho a la propiedad y a la herencia de la Constitución peruana (artículo 2, numeral 16); el reconocimiento de la igualdad de la mujer en la Constitución de Hungría (artículo 67); el derecho a la remuneración y a las vacaciones de la Constitución de Letonia (artículo 107) y la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en el ordenamiento colombiano (artículo 17).

5. CONCLUSIONES

Como se ha podido observar, los derechos fundamentales son pues una unidad compleja, donde se involucran derechos de libertad, provenientes de la tradición li-

beral, derechos de participación, que son desarrollo de la filosofía democrática, y derechos sociales prestacionales, que corresponden a la influencia de las corrientes de orientación social y socialista.

La determinación de la categoría de “fundamentales” de algunos derechos no corresponde, en efecto, a un análisis semántico de contenidos, sino que por el contrario pretende obedecer a las necesidades de la sociedad en un momento histórico. Tales exigencias sociales se canalizan en los procesos constituyentes de formación de las normas y en gran medida surgen de la actividad de las cortes constitucionales, las cuales por vía jurisprudencial se encargan de reconocer, defender y proteger la integridad y la supremacía de la Constitución.

Es imprescindible anotar cómo el reconocimiento de estos derechos bajo la categoría de “fundamentales” no excluye por lo tanto la presencia de otros derechos garantizados en el ámbito constitucional fundados en la dignidad del hombre y en los principios del Estado social y democrático de derecho.

Si en el lenguaje del derecho, aquel de las constituciones, de las leyes, de las decisiones judiciales, la categoría tiene una naturaleza explicativa, en el metalenguaje de los juristas, de los sociólogos y de los filósofos del derecho y también en el lenguaje común, en cambio, asume un carácter connotativo.

Por lo demás, la clasificación se justifica solamente en la medida en que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Conforman lo

que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí. En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas: el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; el Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales.

LUCIO PEGORARO

Profesor Ordinario de Derecho Público Comparado
Universidad de Bolonia

JHOANA DELGADO GAITÁN

Becaria de la Universidad Externado de Colombia
en la Facultad de Derecho de la Universidad
de Bolonia

Los párrafos 1 a 3 son de Lucio Pegoraro.

Los párrafos 4 y 5 son de Jhoana Delgado Gaitán.

1. Ver en tal sentido la interpretación de la Corte Constitucional italiana de las disposiciones que, según la explícita intención del constituyente, diferenciaban las situaciones jurídicas de que eran titulares sólo los italianos, puestos en una posición más ventajosa, respecto a los demás.

2. Ver en este sentido las brillantes páginas de U. SCARPELLI. *Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiotica*. En: S. CAPRIOLI-F. TREGGIARI (compiladores). *Diritti umani e civiltà giuridica*. Perugia: Pliniana, 1992, pp. 39 ss.

3. Ver en general los eficaces pasajes en los cuales J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence determined* (1832), London: Library of Ideas, 1954, p. 184 ss., afirma decididamente, en crítica a la confusión entre derecho y moral existente en los *Commentaries* de W. Blackstone, que «La existencia de la ley es una cosa; su mérito o desmérito es

otra: que sea más o menos conforme a un determinado criterio, es otra diferente».

4. Ver G. OTIS. *Le libertà*. En: J. FROMONT *et al.* *L'ordinamento costituzionale del Canada*. Torino: Giappichelli, 1997, pp. 203 ss.

5. Salvo considerar las segundas en términos de “facultad” (“*faculties*”), H. L. A. HART. “Are there any Natural Rights?”. *The Philosophical Review*, LXIV, N° 2 (1955), traducción italiana *Esistono diritti naturali?*, en *Id.*, *Contributi all'analisi del diritto*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 89; sobre el tema ver también A. ROSS. *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons, 1958, traducción italiana *Diritto e giustizia*. Torino: Einaudi, 1965, pp. 160 ss.

6. U. SCARPELLI. *Op. cit.*, pp. 40 ss.

7. H. L. A. HART. “Definition and Theory in Jurisprudence”. *The Law Quarterly Review* (1954); traducción italiana *Definizione e teoria nella giurisprudenza*, en *Id.*, *Contributi all'analisi del diritto, Cit.*, pp. 37 ss.; una traducción española se encuentra en G. R. RUBEN CARRIÓ (compiladores). *Derecho y moral*. Buenos Aires: De Palma, 1962.

8. Ver a propósito A. ROSS. *Op. cit.*, pp. 168 ss.

9. *Cfr.* nuevamente U. SCARPELLI. *Op. cit.*, pp. 32 ss.

10. *Cfr.* a propósito A. CASSESE. “I diritti umani: tendenze recenti della comunità internazionale”. En: S. CAPRIOLI y F. TREGGIARI (compiladores). *Op. cit.*, p. 53.

11. Ver L. PEGORARO. “Forme di governo, definizioni, classificazioni”. En: L. PEGORARO y A. RINELLA (compiladores). *Semipresidenzialismi*. Padova: Cedam, 1997, pp. 3 ss.

12. Sobre el particular, *cfr.* entre muchos —además de los manuales, en particular H. C. GUTTERIDGE. *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*. Paris, 1953, pp. 153 ss.; y R. SACCO. *Introduzione al diritto comparato*. Torino, 1992, pp. 27 ss. —G. HÉRAUD. “Pour un droit linguistique comparé”. *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1971, p. 309 ss.; F. TERRÉ. “Brèves notes sur les problèmes de la traduction juridique”, *ivi*, 1986, p. 347 ss.; M. BEAUPRÉ, I. KITAMURA, G. R. DE GROOT, J. H. HERBOTS y R. SACCO. “La traduction juridique”. *Le Cahiers de Droit*, XXVIII (Québec-Montréal), 1987, pp. 733 ss.