

El papel de la Justicia Constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo

Giancarlo Rolla

1. El alcance particular de la justicia y del proceso constitucional

El control de constitucionalidad de las leyes ha supuesto, en el siglo pasado, una importante y esencial evolución del principio de legalidad. Se puede incluso sostener que constituye su corolario natural, desde el momento que pone fin a una línea evolutiva que partiendo de la crítica al Estado Absoluto, donde los poderes del soberano eran considerados *legibus soluti* (legislación suprema y libre), se ha logrado llegar a la regla según la cual los comportamientos de todos los poderes públicos deben basarse sobre una norma jurídica previa. Consecuentemente, el principio de legalidad, inicialmente entendido específicamente vinculado con las relaciones entre ley y actividad administrativa, representa un límite para el mismo legislador, en el sentido de que las leyes y los actos dotados de fuerza de ley deben resultar conformes o de cualquier forma compatibles con las disposiciones constitucionales.

La paradoja propia del control constitucional consiste en el hecho de que este instituto perfecciona los principios propios del Estado liberal de derecho y, simultáneamente, determina la superación de los mismos. De hecho, si por un lado representa un desarrollo del principio de legalidad (propio del Estado liberal de derecho); del otro, impone superar el principio (propio del constitucionalismo liberal) que asignaba al Parlamento, considerado expresión de la voluntad general, una discrecionalidad absoluta respecto a los contenidos de las opciones legislativas, es decir, aquel que colocaba a la ley en el vértice del sistema de las fuentes del derecho.

A pesar de ello, un sustancial salto cualitativo en el sistema ha tenido lugar en cuanto el control de constitucionalidad se ha desarrollado, dando vida a experiencias reales y propias de justicia constitucional. Y la novedad puede ser mejor apreciada si se considera que la justicia constitucional se diferencia fundamentalmente del control de constitucionalidad por tres características:

- a) El control se realiza por un órgano externo al procedimiento legislativo, provisto de unos requisitos de imparcialidad y de profesionalidad muy marcados;
- b) tiene lugar sobre la base de un procedimiento que presenta los caracteres típicos de un proceso;
- c) se concluye con una decisión adoptada utilizando las técnicas propias del método jurídico.

Estamos, en otras palabras, ante un «juez» que decide las cuestiones al final de un proceso. Se está en presencia, sobre todo, de un proceso de derecho objetivo, dirigido a afirmar la legalidad, que se desarrolla en el interés supremo y en nombre de la constitucionalidad de la ley: el objetivo principal es favorecer la coherencia del sistema jurídico, no sólo eliminando las posibles antinomias internas del ordenamiento -constituidas por la presencia de normas legales en contradicción con las de rango constitucional-, sino también, asumiendo una función de interpretación auténtica del significado de las disposiciones constitucionales o de unificación de las tesis jurisprudenciales de acuerdo al significado de las normas primarias.

Tres elementos subrayan la especialidad del proceso ante la Corte constitucional.

Si bien en el proceso constitucional se tiende a privilegiar el interés del ordenamiento respecto al de las partes sería, sin embargo, incorrecto negar que detrás de la objetividad del juicio se esconde también la voluntad de tutelar los derechos concretos lesionados por el uso incorrecto por parte del legislador respecto de la discrecionalidad política. Por otro lado, la tutela del ordenamiento y la tutela de las diferentes posiciones subjetivas no son mutuamente excluyentes sino que presentan dos aspectos complementarios, en caso de que se considere que el ordenamiento es siempre más objetivo y justo, cuanto más grande, intensa y directa es la defensa de los derechos.

En segundo lugar, el proceso constitucional -a diferencia de otros procesos de naturaleza jurisdiccional- se caracteriza por una significativa elasticidad de las reglas procesales. No tanto porque falten normas significativas sobre el proceso constitucional, sino porque el juez constitucional disfruta de una notable elasticidad en materia de interpretación y de aplicación de las reglas procesales.

En virtud de tal discrecionalidad, puede innovar el propio comportamiento respecto a la *praxis* precedente, así como derogar la normativa vigente con la finalidad de obtener de la mejor forma posible el resultado institucional perseguido, consistente en la plena actuación de los valores constitucionales: en otras palabras, diversos caracteres de la disciplina procesal se someten a la apreciación prudente del Tribunal Constitucional.

En tercer lugar, el juez constitucional -aparte de ser un juez, en el sentido de que aplica la norma (constitucional) a una cuestión específica y concreta (representada por una cuestión de constitucionalidad)- realiza una función eminentemente interpretativa, debiendo individualizar entre los muchos posibles significados normativos aquel más adecuado y coherente con las disposiciones constitucionales y con otras disposiciones de ley. Obviamente, al realizar dicha operación, el juez constitucional se debe atener a una regla de *self restraint* ya que, si él es el intérprete privilegiado de las disposiciones con rango constitucional, no se puede olvidar que la interpretación de las normas de ley pertenece a la autonomía de los jueces y, en particular, en la competencia nomofilática propia de la Corte Suprema.

No obstante, es evidente que la actividad del juez constitucional consiste en *incredible power* de poder decir la última palabra en materia de interpretación de Constitución. Y, sobre todo, esta «última palabra» tiene un valor sustancialmente vinculante para los operadores del derecho. Semejante característica del juicio de Constitucionalidad atribuye a las decisiones de los Tribunales Constitucionales un alcance particular, bien diverso de las sentencias de los otros jueces: la de producir efectos similares a los de las fuentes del derecho.

De este modo el Tribunal Constitucional no es sólo juez, sino también creador de normas jurídicas. Este resultado se ha conseguido conjugando dos caracteres fundamentales y típicos de las decisiones constitucionales: por una parte, su naturaleza de cosa juzgada con eficacia *erga omnes*; y por otra parte, la adopción de una gama tipológica de

decisiones en las que la declaración de inconstitucionalidad permite la introducción en el ordenamiento de nuevas normas extraíbles de la misma disposición.

2. Las objeciones fundamentales a la puesta en marcha de la justicia constitucional

Estas características de la justicia constitucional hacen comprensible -aunque no justifican- las numerosas críticas y la perplejidad que han acompañado -en el tiempo y en los diversos ordenamientos- a la difusión de la justicia constitucional.

La evolución y la consolidación de los sistemas de justicia constitucional no han tenido lugar de modo lineal; no estaba asegurado el consenso de la doctrina, de los otros poderes y del cuerpo social. Tanto el establecimiento de órganos de justicia constitucional como la ampliación de su radio de acción a campos tradicionalmente reservados a otros órganos del vértice del Estado, han sido acompañados de polémicas y de consideraciones críticas; tampoco han faltado iniciativas por parte de las fuerzas políticas, dirigidas a limitar sus poderes o bien a condicionar sus orientaciones jurisprudenciales.

Al igual que un volcán que luego fases de calma vuelve periódicamente a la actividad, la polémica en torno a la temida injerencia de los jueces constitucionales en las opciones políticas del Parlamento o del Gobierno se reproduce cíclicamente, como si un fino, pero ininterrumpido ligamen, comunicase las críticas de los últimos años con los ataques dirigidos, en los inicios del siglo, a la Corte Suprema de los Estados Unidos, acusada de oponerse a la realización de los objetivos fundamentales de la Constitución, aplicando una especie de «darwinismo jurídico».

Tal constatación -que alcanza a las diversas experiencias- pone en evidencia que la posición de las Cortes Constitucionales es la más delicada en el ámbito del «paralelogramo de las fuerzas políticas», en el sentido de que las relaciones entre justicia constitucional y poder político representan un punto delicado, pero común a todos los ordenamientos contemporáneos que han introducido formas de control de la legitimidad constitucional de las leyes.

La posibilidad de enfrentamientos es, en nuestra opinión, connatural a la misma decisión de introducir en el ordenamiento un órgano

supremo, expresamente habilitado, de un lado, para juzgar la constitucionalidad de las leyes y, del otro, para garantizar la distribución de las competencias y la articulación de los poderes establecidos por la Carta Constitucional. La posibilidad de enfrentamientos es connatural a la opción de oponer un «contrapoder» jurídico a la actividad política del legislador, de prever una mediación jurisdiccional para resolver conflictos de competencia entre los poderes políticos.

No por casualidad, las objeciones fundamentales a la puesta en marcha de la justicia constitucional reclamaban la atención sobre los graves límites que vendrían impuestos a la discrecionalidad del legislador y de los otros órganos políticos; discutían la oportunidad de atribuir a un órgano con características jurisdiccionales, esto es, no electivo ni representativo, el poder de instaurar un «proceso al legislador».

No han faltado -en el pasado- voces dirigidas a deslegitimar la posibilidad misma de someter a control las decisiones del Parlamento, en la presunción de que la centralidad de las Asambleas electivas, expresión directa de la soberanía popular, representa un valor político absoluto, que no admite ninguna derogación del principio de la omnipotencia de la ley.

Los opositores a la introducción de sistemas de justicia constitucional subrayan también el riesgo de introducir un freno conservador a la actividad innovadora del Parlamento. Una confianza optimista en la bondad de las opciones legislativas y en la naturaleza reformadora del Parlamento, inducía a considerar un obstáculo a la modernización del sistema, todo límite impuesto desde fuera a la discrecionalidad legislativa. Atribuir a un órgano no representativo la tarea de censurar la actividad normativa del Parlamento, bloqueando decisiones políticas fundamentales asumidas por los representantes directos del cuerpo electoral, equivalía -a juicio de algunos autores- a devaluar el mismo principio de la soberanía popular.

Sin embargo, la experiencia ha desmentido, por lo general, tales temores; la creación de sistemas de justicia constitucional ha generado efectos beneficiosos en una medida muy superior a las lamentadas y temidas distorsiones institucionales. Tampoco faltan argumentaciones capaces de superar las observaciones críticas antes examinadas.

A las preocupaciones de orden político se puede replicar diciendo que la justicia constitucional no representa en absoluto un freno a la renovación legislativa y a la acción reformadora del Parlamento. La jus-

ticia constitucional, desde el momento que ha resquebrajado el dogma de la omnipotencia de la ley reconduciendo dentro de los límites del principio de legalidad también a los actos normativos primarios de los supremos órganos del Estado, no ha pretendido limitar el principio democrático de la soberanía popular, sino el criterio absolutista de la omnipotencia de la mayoría parlamentaria.

En los sistemas contemporáneos, complejos y proteiformes, la ley no puede ser considerada expresión homogénea y unitaria de la voluntad popular o del interés nacional. En una sociedad con muchas clases, la contraposición radical de los intereses y su aglutinación en grupos de presión o de tutela corporativa, han incidido sobre la naturaleza y sobre la calidad de la producción normativa de las Asambleas electivas; la ley tiende cada vez más a transformarse de acto de elección a resultado de una compleja mediación, de expresión de una exigencia general a momento de tutela de intereses sectoriales o de un determinado grupo social.

En este contexto resultaría, por consiguiente, fácil desmontar el objeto de la crítica, hasta incluso sostener que precisamente la ausencia de un moderno y funcional sistema de justicia constitucional puede constituir un peligro para el pleno desarrollo del principio de la soberanía popular: puesto que éste, por una parte, también contempla el reconocimiento de los derechos constitucionales de las oposiciones contra los abusos de las mayorías políticas.

Una contribución fundamental al establecimiento de sistemas de justicia constitucional proviene, finalmente, de la propia experiencia, que ha demostrado concretamente que la existencia de Tribunales Constitucionales, lejos de alterar la vida de las instituciones, desarrolla una positiva acción de racionalización y de consolidación del ordenamiento. En este sentido, no se puede afirmar que la ya dilatada experiencia de los Tribunales Constitucionales haya demostrarlo en la práctica que esta institución venga a distorsionar el sistema, sino muy al contrario, ha venido a corroborar su operatividad dentro del mismo, brindando un nuevo soporte de legitimidad en el ejercicio del poder, a las fuerzas sociales que lo ejercen.

Donde existe una madura experiencia de justicia constitucional, la presencia de Tribunales Constitucionales no se pone ya en discusión: la atención se dirige, en todo caso, sobre la exigencia de corregir aspectos singulares del procedimiento o bien de introducir innovaciones en las compe-

tencias y en la composición del órgano. La discusión, en otras palabras, no versa sobre la esencia del control de constitucionalidad, sino sobre los concretos modos de funcionamiento; las hipótesis de reforma tienen por objeto perfiles bien delimitados. Sobre todo es útil puntualizar que dichas hipótesis aspiran, preferentemente, a acentuar los caracteres de autonomía y profesionalidad de los Tribunales Constitucionales y a mejorar los aspectos jurisdiccionales de los procedimientos, más que a limitar su autonomía en las relaciones con el poder político.

3. La expansión y consolidación de la justicia constitucional

Es evidente que las polémicas y divergencias -aún siendo intensas y argumentadas- no han conseguido, por lo general, efectos destructores. Si se excluye (en Europa) el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española, cuya aportación a la tutela de las disposiciones constitucionales fue un fracaso a causa de la composición inadecuada y de la excesiva politización de su conducta, la experiencia enseña que los momentos de crisis han sido superados positivamente, constituyendo, a veces, la premisa para determinar mejor la posición del juez constitucional en el ordenamiento.

De hecho, es indudable que la experiencia del constitucionalismo contemporáneo registra una significativa difusión de la justicia constitucional. Un desarrollo que -sobre todo en estos últimos años- ha afectado de forma homogénea a los más diversos ordenamientos jurídicos, haciendo de los Tribunales Constitucionales -junto a la figura del Defensor del Pueblo- la institución más divulgada en las Constituciones vigentes.

La expansión de la justicia constitucional ha alcanzado a la totalidad de los países de Europa; esta tendencia alcanza, además, a ordenamientos pertenecientes a tradiciones jurídicas muy diversas, como los Estados surgidos de las antiguas colonias británicas. Al mismo tiempo, alguna apertura, no obstante sea tímida, al control de constitucionalidad de las leyes parece enterearse también en el interior del sistema anglosajón, el cual -como es notorio- aparece todavía anclado en torno al dogma de la soberanía popular.

Los países del área geográfica de América Latina se caracterizan por la notable difusión de controles sobre las leyes, fundamentalmente por

efecto de la difusión y consolidación de regímenes políticos democráticos. Además, experiencias significativas se van afirmando también, con éxitos interesantes, en el interior de la que ha sido llamada la «familia jurídica socialista».

4. Las razones por las que los Tribunales han adquirido gran relevancia en los modernos sistemas constitucionales

Ante esta constatación, es oportuno preguntarse sobre los posibles motivos de la consolidación y desarrollo de la justicia constitucional en el constitucionalismo contemporáneo.

Aunque si bien las razones pueden ser múltiples y reconducibles a la especificidad de los diversos contextos históricos y jurídicos, a mi juicio es posible agruparlas en torno tres argumentaciones principales.

En primer lugar, cuando se nos pregunta sobre las razones por las cuales los Tribunales han adquirido gran relevancia en los modernos sistemas constitucionales y en los diversos regímenes políticos, en nuestra opinión, no se puede dejar de considerar que las atribuciones de los Tribunales Constitucionales parecen constituir la consagración y el enriquecimiento de algunos principios fundamentales que caracterizan la forma del Estado contemporáneo, definible en términos de Estado social, democrático y de derecho.

Del Estado liberal de derecho la justicia constitucional valora el principio de legalidad, en virtud del cual todos los actos de las autoridades constituidas deben encontrar su fundamento en una norma legal previa que no pueden contravenir. En efecto, la justicia constitucional extiende el alcance de este principio a la misma actividad legislativa, así como a amplios sectores del área estrictamente política, de las relaciones entre los máximos órganos del Estado, convirtiendo en justiciable, a través de la competencia para juzgar los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, la repartición del supremo poder estatal entre una pluralidad de órganos diversos, entre ellos recíprocamente equiparados e independientes, en la que se suele hacer consistir uno de los postulados de la democracia liberal.

En segundo lugar, el juicio de constitucionalidad realiza también una función de garantía característica del moderno Estado democrático: en favor de los derechos fundamentales de los individuos contra los abusos

del legislador, en beneficio de las minorías y de las oposiciones políticas contra las decisiones arbitrarias de la mayoría parlamentaria y del gobierno. Si quisiéramos sintetizar el concepto con una expresión, se podría afirmar que los Tribunales Constitucionales no limitan la autonomía del poder político, pero contribuyen a frenar el absolutismo de las mayorías gubernamentales: de acuerdo con la sabia consideración de que para interpretar el texto de una Constitución democrática es más prudente y oportuno proceder desde el punto de vista de la minoría.

Por último, es oportuno evidenciar que los sistemas vigentes de justicia constitucional aportan al Estado social el cometido de regular, a través de una delicada obra de mediación, la pluralidad de los intereses constitucionalmente tutelados. Una de las múltiples funciones que los vigentes ordenamientos parecen querer asignar a las Cortes Constitucionales se conecta con una concepción de la Constitución como pacto, como manifestación contractual de las diversas fuerzas que participan en el proceso constituyente, como común acuerdo en torno a algunos valores, principios o reglas fundamentales de comportamiento.

La presencia en el texto constitucional de un complejo de valores comunes, enfatiza el cometido del Tribunal Constitucional como garante del pacto constituyente y como tutor de su vigencia. Su acción, asumiendo una naturaleza arbitral, intenta solucionar los conflictos utilizando como parámetro de referencia los contenidos normativos expresados en el pacto por las fuerzas que han dado vida al proceso constituyente.

El carácter arbitral del control de constitucionalidad se hace evidente si consideramos que a menudo el juez constitucional, debiendo decidir sobre la conformidad a la Constitución de una ley o de un acto con fuerza de ley, no solamente debe hacer una mera valoración de coherencia entre una norma constitucional y una disposición de ley, sino realizar un equilibrio entre las diversas disposiciones constitucionales: por ejemplo, entre derechos sociales y económicos, entre derechos de libertad de la persona y derechos colectivos,

Por otra parte, las Constituciones no albergan únicamente un conjunto de normas, sino que contienen además la afirmación, de principios y valores que unifican una comunidad social. Por eso, el deber actual del juez constitucional consiste en ser un dinámico artífice de la integración social dentro del Estado y un garante de la unidad sustancial del ordenamiento.

5. El juez constitucional como juez de la libertad. Técnicas de defensa directa de los derechos fundamentales de la persona

Antes que nada, se debe tener en cuenta que la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales de la persona garantizados por las cartas constitucionales: por lo tanto, constitucionalismo y justicia constitucional constituyen hoy un binomio indivisible.

Se admite de forma general que, para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, se acuda a crear sistemas eficaces de garantía sustancial; como también se admite normalmente que los derechos de la persona se asocien a la actividad de los jueces constitucionales, considerando que los derechos de la persona sean efectivamente tales -es decir, verdaderos y propios derechos, normas objetivas de rango supremo- si su tutela constituye un límite, no sólo para la autoridad administrativa y judicial, sino también para el legislador.

Por otra parte, no se debe olvidar que en muchos ordenamientos la actividad de los Tribunales Constitucionales se caracteriza precisamente por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona, como ha subrayado eficazmente un autor italiano (Cappelletti) definiendo al juez constitucional como el juez de la libertad; además, las decisiones principales de los tribunales constitucionales han constituido una piedra angular en la evolución del Estado de derecho y de la costumbre.

Según las palabras de un ex Presidente emérito de la Corte Constitucional italiana (Livio Paladin) «en todos los ordenamientos que se caracterizan por una Constitución rígida y extensa [...], sucede que los derechos se garantizan por vía jurisdiccional frente a cualquier tipo de violación de los mismos. Es sobre todo por este motivo, por lo que en muchos Estados funcionan Cortes o Tribunales Constitucionales».

No muy diferentes, por otro lado, son los conceptos contenidos en la Declaración de Antigua sobre la justicia constitucional (Guatemala 1992) al considerar que «la existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales».

Se comparte de forma generalizada la conclusión de que la garantía constituye parte esencial, condición indispensable para la existencia de

un derecho; que no se puede hablar de derechos si las posiciones subjetivas de la persona no se encuentran protegidas eficazmente. Generalmente se admite que, para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, se acuda a crear sistemas eficaces de garantía sustancial.

La mencionada conexión entre reconocimiento de un derecho y tutela jurisdiccional por parte de un Tribunal Constitucional, induce a situar en la tutela judicial el elemento principal que distingue los derechos de la persona como categoría y -por el contrario- a utilizar la ausencia de una efectiva justiciabilidad como el parámetro que sirve para diferenciar los derechos fundamentales de aquéllos que no pueden ser considerados como tales.

En nuestra opinión se puede sostener que una tutela orgánica de los derechos reconocidos y garantizados necesita de la justicia constitucional, que se confirma como el principal tribunal de los derechos y de las libertades. Como lo demuestra, por una parte, la evolución concreta de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales en Europa y en Norteamérica y, por otra, la gran difusión que esta institución ha tenido en las nuevas cartas constitucionales de Europa oriental, de Centroamérica, Sudamérica y de África, en conexión con la codificación de amplios catálogos de derechos de la persona.

A la luz de estas consideraciones puede ser útil clasificar los diversos sistemas de justicia constitucional en base a las técnicas y modalidades previstas para garantizar los derechos fundamentales. En este caso, es oportuno abandonar la tradicional clasificación entre sistemas difusos y concentrados, distinguiendo entre un modelo que se propone principalmente depurar los vicios de la ley y garantizar el equilibrio entre los poderes, y un modelo orientado directamente hacia la defensa de los derechos.

En el primer caso, son relevantes sobre todo las competencias de los Tribunales Constitucionales en materia de control de constitucionalidad de la ley y en temas de conflictos entre los poderes del Estado. En el segundo, por el contrario, es fundamental la previsión de recursos directos contra todos los actos de los poderes públicos -y, en algún caso, también de los particulares-. En este último supuesto, el deber principal de los sistemas de justicia constitucional es defender al individuo por la posición de inferioridad en que se encuentra frente a los poderes públicos, y no una defensa objetiva de la Constitución.

Precisamente, por las razones que hemos apuntado, se están difundiendo ampliamente los procedimientos constitucionales dirigidos a asegurar una tutela directa de los derechos de la persona, permitiendo que el ciudadano que sienta conculcado alguno de sus derechos constitucionalmente garantizados pueda recurrir incluso al juez constitucional. Por esta razón es de gran interés para el estudioso europeo el conocimiento y profundización en la experiencia de los Tribunales Constitucionales de América Latina. De hecho, si por un lado el acceso directo a la justicia constitucional en Europa no es muy difuso (está previsto únicamente por los Tribunales Constitucionales Alemán, Austríaco y Español), por otro lado, dicha forma de tutela ha tenido un desarrollo particular en los ordenamientos constitucionales iberoamericanos.

Más allá de la terminología que se utiliza de forma variada -*habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de segurança*, *amparo*, *acción de tutela*- dichas instituciones de garantía constitucional de los derechos pueden ser clasificadas desde un doble punto de vista.

a) Si se parte de la naturaleza de los derechos justiciables ante el Tribunal Constitucional, se puede distinguir entre instrumentos de garantía general o sectorial.

La experiencia más extendida y significativa del segundo tipo, la constituye la institución del *habeas corpus*, que consiente impugnar cualquier determinación arbitraria e ilegal de los poderes públicos susceptible de incidir en la libertad personal, así como en las libertades de circulación y estancia. Estos instrumentos de garantía resultan limitados por el hecho de que, por un lado tutelan al ciudadano frente a las agresiones a sus derechos procedentes de los poderes públicos, pero no de otros poderes privados; mientras que, por otro lado, limitan la garantía a los derechos históricos de la persona -esencialmente de libertad personal y de movimiento-.

Se puede considerar que este tipo de instrumentos permite la difusión de la institución del amparo constitucional y refuerza el nivel de tutela de los ciudadanos, con el objetivo de tutelar a éstos frente a cualquier tipo de lesión de los derechos fundamentales protegidos por las constituciones.

b) En otros casos, las instituciones de tutela jurisdiccional se toman en consideración sobre la base de los sujetos, accionándose el recurso en las relaciones entre éstos. Se pueden distinguir, fundamentalmente en-

tre ordenamientos que admiten el recurso sólo en las relaciones entre los poderes públicos y ordenamientos que permiten recurrir también contra los particulares.

En el primer supuesto, las constituciones han optado por formulaciones genéricas, admitiendo los recursos en todos los casos en que la presunta violación provenga de los poderes públicos. En España, según el Art. 41º de la Ley Orgánica N° 2/1979 del Tribunal Constitucional, el recurso de amparo protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional.

Formulaciones similares se encuentran también en la Ley de Procedimientos Constitucionales en El Salvador (Art. 12º), en la Constitución de Panamá (Art. 50º), en la Constitución de Bolivia (Art. 120º) y en la Ley de Amparo de Guatemala (Art. 9º).

Los ordenamientos que admiten el recurso contra actos de los particulares que lesionan derechos garantizados constitucionalmente, introducen, en general, límites concretos. Por ejemplo, la Ley de Amparo de Costa Rica admite el recurso de amparo contra particulares cuando confluyen cuatro hipótesis: a) el privado actúa o debe actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas; b) cuando el particular se encuentra en una situación de poder respecto del recurrente; c) cuando el particular se encuentra, por razones de hecho, en una clara situación de poder; d) cuando los remedios jurisdiccionales ordinarios resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales.

Podemos traer a colación otros ejemplos significativos: en Argentina, el recurso de *habeas data* puede elevarse contra particulares destinados a promover informes, y los susceptibles de generar información. En Brasil, el *mandado de segurança* se puede accionar sólo en el caso de particulares que ejerzan funciones públicas; en Guatemala el amparo puede presentarse contra las entidades en las que se debe ingresar por mandato legal y otras reconocidas por la ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes.

Mientras, en Colombia, la ley enuncia taxativamente los casos en los que procede la acción de tutela contra particulares, concretándose en los casos de: a) ejercicio de cualquier servicio o función pública; b) organi-

zación privada contra la cual el solicitante tiene una relación de subordinación o indefensión; c) contra aquel que viole o amenace violar la prohibición a la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; d) cuando se trata de un medio de comunicación al que se pida la rectificación de informaciones inexactas o erróneas no rectificadas o rectificadas de manera indebida; e) para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión.

6. El papel de la justicia constitucional en la difusión y generalización de los derechos fundamentales de la persona

La relación entre justicia constitucional y derechos fundamentales de la persona se puede afrontar analizando también, el papel que ejercen los Tribunales Constitucionales en la difusión, generalización y en la implementación de los derechos reconocidos y tutelados como fundamentales.

Ello es así porque cuando un juez constitucional decide sobre un recurso evalúa -en verdad- un caso particular, es decir, asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero, al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente, esto es, orienta los comportamientos futuros tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios y el legislador. En cierto sentido, puede afirmarse que el derecho vivo está constituido, no tanto por las disposiciones abstractas codificadas en los catálogos de las Cartas constitucionales, como por las normas concretas derivadas de la interpretación y de la aplicación concreta que los jueces constitucionales han establecido de dichas disposiciones.

Y en esta operación interpretativa es importante que la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales tenga en cuenta fundamentalmente los valores constitucionales -tal y como son percibidos por el cuerpo social- por encima de la lógica interna del proceso de decisión política. Como se ha afirmado recientemente (Alexy) el riesgo del paternalismo constitucional puede ser conjurado, en primer lugar, si la jurisdicción constitucional está mucho más próxima a los ideales discursivos que al proceso político conducente a la ley.

Con todo, la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales en materia de tutela de los derechos fundamentales desarrolla una impor-

tante función también respecto de los ciudadanos y del cuerpo social de un país: contribuyendo a promover en la realidad cotidiana y en las relaciones sociales, el espíritu de los principios democráticos y de libertad consagrados en el texto constitucional.

En otras palabras, los jueces constitucionales -sobre todo en los sistemas de reciente democratización- desarrollan una importante acción cívica y didáctica.

En primer lugar, los jueces constitucionales cumplen una función cívica, de educación para la democracia: puede ser correcto hablar del papel didáctico de los Tribunales Constitucionales, consistente en su capacidad de instaurar la cultura de los derechos fundamentales, de hacer perceptible ante la opinión pública el significado y el valor de las disposiciones constitucionales en materia de derechos.

Los derechos fundamentales de la persona no encuentran su fundamento en la naturaleza o en el Estado, sino en la *polis*, a través del pacto constitucional que se instaura entre los ciudadanos y entre éstos y sus representantes. No cabe duda de que los Tribunales constitucionales, en virtud de la autoridad que se deriva de su posición constitucional, contribuyen de forma determinante al reforzamiento de la conciencia social, por lo que respecta a la importancia esencial de los derechos de cara a la existencia del Estado Democrático de Derecho.

En muchos ordenamientos, el juez constitucional está considerado por la opinión pública como el principal defensor de la Constitución y de los derechos en ella recogidos. Ello permite comprender la autoridad y el prestigio que los tribunales constitucionales han alcanzado.

Más allá de su papel educativo, los tribunales constitucionales cumplen una función de tipo informativo, considerando que su jurisprudencia en materia de derechos fundamentales constituye un espejo emblemático de la realidad social, de sus contradicciones y de sus transformaciones. Las decisiones más relevantes al respecto se pueden comparar con las escenas del pintoresco teatro del mundo contemporáneo, donde toma cuerpo la lucha cotidiana por la vida, por la dignidad, por la libertad humana.

De hecho, el examen de los *leading cases* permite comprender, por un lado, la evolución democrática de los sistemas constitucionales y, por otro, las profundas disparidades existentes entre los ordenamientos que también invocan formalmente a la tradición del constitucionalismo.

Se pueden, por ejemplo, confrontar las cuestiones que afrontan los jueces constitucionales en los países con una democracia madura

-fundamentalmente en los países con problemas de tutela de la persona provocados por el desarrollo cultural, el progreso científico y tecnológico, y el carácter multicultural de la sociedad- con las decisiones de los Tribunales Constitucionales en ordenamientos con una democracia inestable -donde se discute sobre el derecho a la vida, derecho a una sepultura, derecho a un juicio justo. El *right to die*, al que se ha enfrentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU., se contraponen emblemáticamente con el derecho a la vida tutelado en diversos juicios en América Latina.

Es especialmente importante el papel de los jueces constitucionales en las fases de transición, cuando sobre las cenizas de un ordenamiento totalitario se instauran nuevas Constituciones inspiradas en los valores del Estado democrático de derecho: los jueces constitucionales ejercen un papel determinante en la modernización y en la democratización del ordenamiento jurídico, contribuyendo a afirmar los nuevos valores constitucionales. Sobre todo en los ordenamientos en los que se reconoce la competencia de los Tribunales Constitucionales también respecto a las leyes y a la normativa anterior a la entrada en vigor de la Constitución: de este modo, se subraya con mayor evidencia el valor de «ruptura» que la nueva Constitución trata de marcar frente al régimen precedente.

Diversos jueces constitucionales han podido depurar el ordenamiento al derogar las disposiciones preconstitucionales incompatibles, recurriendo -sobre todo cuando estaban en juego derechos fundamentales de la persona- a la noción de inconstitucionalidad sobrevenida.

En la República Federal Alemana, cabe destacar el Art. 123° de la Constitución, según el cual las leyes anteriores a la primera reunión del Bundestag permanecen en vigor siempre que no sean incompatibles con la Ley Fundamental. En Italia, el juez constitucional admitió, desde su primera sentencia en 1956, su propia competencia para controlar las leyes anteriores a la Constitución, declarando su ilegitimidad constitucional. Igualmente, en España el Tribunal Constitucional ha afirmado que el contraste entre norma constitucional y ley ordinaria preconstitucional, determina la inconstitucionalidad sobrevenida de esta última, invalidándola; también ha consentido que el juez ordinario pueda inaplicar las normas preconstitucionales que entran en contradicción con la Constitución, sin necesidad de elevar la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Con estas decisiones, los Tribunales Constitucionales han convertido en vitales los principios constitucionales y las normas en materia de derechos fundamentales, difundiendo su conocimiento a todo el cuerpo social. Además han supuesto un estímulo desde el momento en que no sólo renuevan el ordenamiento jurídico, eliminando las disposiciones contrarias a la Constitución, sino que también convierten en ilegítimos los actos de los poderes públicos que lesionan los nuevos principios en materia de derechos fundamentales, aunque se basen en leyes anteriores todavía vigentes.

De este modo, los Tribunales Constitucionales pueden asegurar los derechos fundamentales y depurar también el sistema de normas anticonstitucionales.

7. La implementación del principio personalista por parte de la jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional contribuye también a concretar el principio personalista, favoreciendo una lectura evolutiva de las disposiciones constitucionales en materia de derechos del ser humano. El proceso de especificación de los derechos fundamentales que parece caracterizar las más recientes Constituciones -que se distinguen por un amplio y analítico catálogo de posiciones subjetivas garantizadas como derechos fundamentales- se muestra útil, pero necesita también de la intervención y de la interpretación de los Tribunales Constitucionales.

Como es sabido, la interpretación judicial permite distinguir el ámbito semántico y lingüístico de una disposición, del ámbito normativo: en efecto, este último es el resultante de la interpretación de una determinada disposición que se afirma en la práctica jurisprudencial. De tal manera, las interpretaciones concretas de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales por parte de los Tribunales Constitucionales, permiten asegurar una constante síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos: es decir, entre derecho e historia.

Los instrumentos que los jueces constitucionales tienen a su disposición para desarrollar un papel propulsivo en la interpretación de los derechos fundamentales de la persona, son múltiples. A mi entender, son merecedores de interés fundamentalmente cuatro.

A) En primer lugar, es relevante la función específica que los Tribunales Constitucionales desarrollan para atemperar la tutela de diversos derechos, susceptibles de entrar en conflicto.

A este propósito, la actividad de los Tribunales constitucionales es decisiva al hacer que la afirmación de un derecho no suponga una negación o una excesiva disminución de otro derecho, merecedor también de tutela constitucional.

Dicha situación es posible ya que la noción de persona tutelada, hoy en día, es bastante diferente en las Constituciones, de la noción del «ciudadano» de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Los ordenamientos constitucionales democráticos sitúan en el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales no al individuo aislado, sino a la persona considerada en su proyección social. Dicho de otro modo, se asiste a la transición de una visión atomista a una visión social del ser humano.

Esta proyección particular del principio personalista obliga, antes que nada, a los jueces constitucionales a poner en correlación los derechos ligados al principio de libertad con los ligados al principio de igualdad, o también -como se suele afirmar de forma más sintética- derechos civiles y derechos sociales. Por un lado, individualismo, librecambismo, igualdad formal; por otro lado, solidaridad, promoción social e igualdad material.

Equilibrio difícil de conseguir siempre que las orientaciones prevalentes tiendan a diferenciar las dos tipologías de derechos (derechos de libertad, derechos económico-sociales) y a introducir una especie de jerarquía implícita, sobre la base de la apreciación de que los derechos sociales -a diferencia de los de libertad, considerados como fundamentales e inviolables- están condicionados, es decir, dependen de la cantidad de recursos disponibles, y de que su efectividad esté en función del presupuesto del Estado.

B) En segundo lugar, merece subrayar que la necesidad de afirmar el principio personalista, tal y como se entiende en la fórmula del Estado social y democrático, obliga a los Tribunales Constitucionales -en la resolución de los casos específicos- a reafirmar una lectura evolucionada del principio de igualdad, evitando que la garantía de la igualdad entre las personas y la prohibición de discriminación irracional terminen por no reconocer las múltiples diversidades, individuales y colectivas, en las que se articula la sociedad contemporánea. Dicho de otro modo, el prin-

principio de igualdad, analizado en conexión con las disposiciones que reconocen el derecho, al libre desarrollo de la propia personalidad e identidad, no excluye, sino que presupone, la tutela de las múltiples diferencias que caracterizan la sociedad: desde la sexual a la étnica, desde la cultural a la lingüística. En el seno del principio clásico de igualdad se oculta la posibilidad del derecho al reconocimiento de las diferencias, su existencia parte de un grupo social más amplio que posee una destacada individualidad.

En particular en las modernas sociedades multiétnicas y multiculturales, resulta crucial el problema de cómo asegurar un equilibrio entre los derechos universales de la persona y los derechos relacionados con la diversidad cultural de los diversos grupos étnicos.

En algún caso es la propia Constitución la que indica el criterio para resolver el eventual conflicto entre los derechos generales de la persona y los derechos de los grupos étnicos; en otras ocasiones, la posible contradicción entre las normas específicas relativas a los derechos de los grupos étnicos y a los derechos reconocidos como generales por la Constitución, es asumida directamente por el legislador, proporcionando una reformulación de la normativa primaria. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la mediación entre las distintas exigencias es competencia de los jueces constitucionales, quienes, cada vez con mayor frecuencia, tienen que sentenciar sobre cuestiones que suponen una mediación difícil entre derechos generales de la persona y derechos culturales propios de grupos específicos.

C) En tercer lugar, los derechos tradicionales relacionados con la tutela de la libertad de la persona deben actualizarse y adaptarse al desarrollo de la investigación científica y de la tecnología, con la impresionante aceleración de las innovaciones en este campo. En los albores del nuevo milenio, la libertad de la persona debe enfrentarse a los peligrosos desafíos que comportan los nuevos fenómenos que, además de constituir un indudable factor de modernización y un estímulo para el progreso, representan simultáneamente un peligro potencial para el libre desarrollo de la persona.

Pensemos, por ejemplo, en los muchos interrogantes que abren algunas líneas de investigación (las manipulaciones genéticas, las intervenciones en ingeniería biológica, las operaciones de cambio de sexo, las nuevas técnicas de fecundación artificial) en lo relativo al respeto del ser humano, incluida su identidad. Igualmente se pueden considerar los

nuevos perfiles del derecho a la confidencialidad y a la identidad personal; inducidos por un lado por el desarrollo de la tecnología y, por otro, por la evolución social de las costumbres.

D) Finalmente, la intervención creativa de los Tribunales Constitucionales en materia de derechos fundamentales es favorecida por la particular estructura de algunos textos constitucionales: en especial, por la presencia de cláusulas generales específicas que las constituciones habitualmente poseen para la codificación de los derechos concretos, y que permiten una ampliación e implementación de las posiciones jurídicas tuteladas en virtud de una interpretación evolutiva y constructiva de los diferentes derechos fundamentales de la persona.

Entre las cláusulas de este tipo se pueden enumerar, por ejemplo, el artículo 2° de la Constitución italiana («la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea individualmente considerado, ya sea en la formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad»), el artículo 2° de la Constitución alemana («todos tienen derecho a desarrollar libremente su propia personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país»).

Del mismo modo, existen numerosas cláusulas de apertura genérica al reconocimiento de futuros derechos no enumerados en su momento, cláusulas que se remiten a la conocida fórmula de la Constitución de los Estados Unidos según la cual, la enumeración de determinados derechos no debe interpretarse como negación o restricción de otros. Dichas cláusulas confían al juez la tarea de interpretar el sentir social del momento, teniendo presente un conjunto de derechos controvertidos en cuanto a su subsistencia o alcance objetivo. Es el caso del artículo 44° de la Constitución de Guatemala («los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes al ser humano»).

Otras disposiciones constitucionales, a su vez, prevén una apertura general del ordenamiento nacional a los tratados internacionales (como el Art. 5° de la Constitución de Bulgaria o el Art. 116° de la Constitución de Albania de 1998), o bien limitan dicha apertura internacional al ámbito de los derechos de la persona (como el Art. 11° de la Constitución eslovaca, el Art. 17° de la Constitución rusa y el Art. 7° de la Constitución de Somalia de 1960).

Dichas cláusulas constituyen y representan la base constitucional para la interpretación evolutiva y dinámica de las posiciones subjetivas expre-

samente reconocidas y garantizadas por las Constituciones, las cláusulas generales permiten considerar como fundamentales no sólo los derechos reconocidos de forma explícita por la Constitución, sino también aquellos que se pueden extraer de forma implícita, instrumental y transversal, siempre que sean reconducibles al principio personalista.