

La codificación de los derechos en las nuevas Constituciones★★

Sumario: I.- UNA NUEVA FASE DEL CONSTITUCIONALISMO. II.- LOS ELEMENTOS COMPARATIVOS. III.- LA CIRCULACIÓN DE LOS MODELOS. IV.- LOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DE LAS NUEVAS CONSTITUCIONES. 1.- Las Declaraciones de derechos. 2.- El proceso de especificación de los derechos. 3.- Los nuevos derechos. V.- LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES PARA LA TUTELA DE DERECHOS. 1.- Los procedimientos de revisión. 2. Las omisiones legislativas. 3. La apertura del ordenamiento interno al internacional.

I. UNA NUEVA FASE DEL CONSTITUCIONALISMO

La segunda mitad de nuestro siglo representa un período de significativa relevancia para el constitucionalismo, en parte debido a algunos hechos históricos que incidieron profundamente sobre los ordenamientos de numerosos países. Entre ellos podríamos enumerar: el final de la Segunda Guerra Mundial, que obligó a reconstruir las estructuras institucionales de forma opuesta a las del período precedente; la decadencia del fenómeno colonial, que devolvió la autodeterminación a numerosas naciones; la caída de los regímenes comunistas y la consiguiente disolución de diversos Estados.

Esta panorámica representa, indudablemente, una simplificación respecto al carácter poliédrico de la evolución de las instituciones en los diferentes países, que pueden quedar al margen de esta mera simplificación histórico-constitucional. En efecto, resultará de interés para los constitucionalistas el proceso de la *patriation* de la Constitución canadiense de 1982, o las vicisitudes que

* Profesora de la Universidad de Siena

★★ El presente trabajo, reproduce el texto de la exposición presentada por la profesora Ceccherini en un Seminario organizado por el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, en el mes de mayo de 2000.

El Consejo de la Revista desea agradecer expresa y públicamente a los profesores Aragón Reyes y Solozábal Echavarría, catedráticos de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, su desinteresada colaboración al autorizar la presente publicación.

La traducción ha correspondido a Almudena Marazuela Bermejo, Letrada-Directora de Análisis y Documentación de la Asamblea de Madrid y Secretaria de la Revista.

rodearon al acto de la promulgación de la Constitución de Sudáfrica de 1996, tanto por sus contenidos como por el proceso constituyente, aun cuando ambas escapan del encuadre teórico apuntado con anterioridad.

Partiendo de estas premisas de orden general, queda empíricamente demostrado que en la última treintena se ha asistido a una fase del constitucionalismo particularmente interesante y plagada de sugerencias, configurada por la promulgación de un amplio número de textos constitucionales, en punto a introducir nuevos escenarios y a singularizar ciertas tendencias. Un dato cuantitativo tal vez pueda hacer comprender mejor la relevancia del fenómeno: la organización de Naciones Unidas cuenta con 185 miembros, de los cuales 29, esto es, el 15 por ciento, se han asociado después de 1990, dado que resulta evidente que la adhesión a la ONU no comporta de forma automática la promulgación de una nueva Constitución, surge, pues, un dato sobre el que reflexionar, sobre todo, si se analiza el elenco de nuevos miembros¹.

La intensa fase de producción de textos constitucionales ha afectado a amplias áreas de territorio que pueden agruparse con arreglo a características geográficas, culturales e históricas comunes, baste citar los países latino-americanos, las naciones africanas o los estados surgidos a raíz de la caída del bloque soviético.

El intento de realizar una comparación entre las tres áreas presenta, sin duda, ciertas dificultades ínsitas en cualquier examen comparativo que pretenda abarcar países tan diversos entre sí. Además, surgen conspicuas diferencias en el seno de los propios Estados que tampoco podrían ser adscritas a un bloque o grupo y este elemento de la diversidad interna no podría dejarse a un lado considerando la inmensidad geográfica a que nos referimos. En este sentido, basta con llamar la atención sobre la extensión territorial que caracteriza el continente centro y sudamericano; de Norte a Sur, entre Ciudad de Méjico y Buenos Aires hay 8.000 km. y de Oeste a Este, desde Lima a Río de

¹ Andorra (1993), Armenia (1992), Azerbayán (1992), Bosnia-Herzegovina (1992), Croacia (1992), República Checa (1993), República de Corea (1991), República Democrática de Corea (1991), Eritrea (1993), Estonia (1991), Georgia (1992), Kazakhstán (1992), Kirguizia, (1992), Letonia (1991), Liechtenstein (1990), Lituania (1991), República de Macedonia, (1993), Islas Marshall (1991), Estados Federales de la Micronesia (1991), Moldavia (1992), Principado de Mónaco (1993), Namibia (1990), Palau (1994), San Marino (1992), República de Eslovaquia (1993), Eslovenia (1992), Tadzikistán (1992), Turkmenistán (1992), Uzbekistán (1992), Los datos se recogen de F. Venter, *Constitution Making and the Legitimacy of the Constitution*, en A. Jyränki, *National Constitutions in the Era of Integration*, La Haya-Londres-Boston, 1999, pág. 14, nota 15. Nuevamente, con el fin de limitar el análisis a las constituciones de los países del antiguo bloque comunista, puede observarse que Hungría ha promulgado una nueva Constitución el 24 de agosto de 1990, Bulgaria el 12 de julio de 1991, Rumanía el 21 de noviembre de 1991, Turkmenistán el 18 de mayo de 1992, Estonia el 28 de junio de 1992, Eslovaquia el 3 de septiembre de 1992, Polonia el 17 de octubre de 1992, Lituania el 28 de octubre de 1992, Uzbekistán el 8 de diciembre de 1992, la República Checa el 16 de diciembre de 1992, Kazakhstán el 28 de enero de 1993 y más tarde el 30 de agosto de 1995, Kirguizia el 5 de mayo de 1993, Rusia el 12 de diciembre de 1993, Bielorrusia el 15 de marzo de 1994, Moldavia el 29 de julio de 1994, Tadzikistán el 6 de noviembre de 1994 y Armenia el 5 de julio de 1995: V. S. Vereshchetin, *New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law*, en *European Journal International Law*, 7, 1996, pág. 31.

Janeiro hay 3.200 km. De igual manera, en relación con la composición de la población los Estados son muy diferentes entre sí: en Guatemala, Ecuador, Perú y Bolivia hay un predominio de la población india; en Méjico, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Colombia, Venezuela, Chile y Paraguay la mayor parte de la población es mestiza o criolla; en Panamá, Cuba y la República Dominicana hay un número significativo de población negra mezclada con criollos; en tanto en Argentina, Uruguay y Costa Rica son en su mayor parte de origen europeo².

Análogas consideraciones pueden hacerse para los países de la antigua Unión Soviética y las naciones del Pacto de Varsovia, en los que, tras la disolución de los regímenes comunistas, se aprecia la presencia de minorías étni-

² Acerca de este fenómeno, *cf.* la siguiente tabla elaborada por el Instituto Indigenista Interamericano y por R. Jordán Pandor, extraído de la obra: J. E. R. Ordóñez Cifuentes, *Constitución y derechos étnicos en Méjico*, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Derechos en la actualidad, Méjico*, 1994, págs. 20 y ss.

POBLACIÓN INDÍGENA EN EL CONTINENTE AMERICANO
(calculada en millones)

Población indígena presente en más del 40%	Países	Población nacional	Población indígena	%
	Bolivia	6.9	4.9	71.00
	Guatemala	8.0	5.3	66.00
	Perú	20.0	9.3	47.00
	Ecuador	9.5	4.1	43.00
<i>Población indígena presente entre 5% y 20%</i>	Belize	0.15	0.029	19.00
	Honduras	4.8	0.7	15.00
	Méjico	85.0	12.0	14.00
	Chile	12.0	1.0	8.00
	El Salvador	5.5	0.4	7.00
	Guyana	0.8	0.045	6.00
	Panamá	2.2	0.140	6.00
	Surinam	0.5	0.030	6.00
	Nicaragua	3.5	0.160	5.00
<i>Población indígena presente entre el 1% y el 4%</i>	Guyana Francesa	0.1	0.004	4.00
	Paraguay	3.5	0.100	3.00
	Colombia	30.0	0.6	2.00
	Venezuela	18.0	0.4	2.00
	Jamaica	2.4	0.048	2.00
	Puerto Rico	3.6	0.072	2.00
	Trinidad y Tobago	0.010	0.0002	2.00
	República Dominicana	0.082	0.002	2.00
	Costa Rica	2.7	0.035	1.00
	Guadalupe	0.36	0.004	1.00
	Barbados	0.28	0.003	1.00
	Bahamas	0.25	0.003	1.00
	Martinica	0.010	0.001	1.00
	Antigua y Barbados	0.075	0.001	1.00
	Argentina	30.0	0.350	1.00
<i>Población indígena presente entre el 0,01% y el 0,9%</i>	Brasil	140.000	0.3	0.20
	Uruguay	2.5	0.0004	0.016

cas y lingüísticas «reducidas» en el seno de Estados, convertidos en independientes que reclaman su reconocimiento o, sin más, la garantía de su propia existencia. Por ejemplo, en Estonia la minoría rusa sufre gravosas discriminaciones, o en Rumania y Eslovaquia, en las que subsiste el problema de la tutela de la minoría húngara; en alguna ocasión el fenómeno ha tenido consecuencias lacerantes y particularmente cruentas, como en el caso de los acontecimientos acaecidos en la ex-Yugoslavia³. Por el contrario, existen Estados en los que los grupos étnicos no representan porcentajes relevantes como en Polonia o Hungría⁴.

De modo todavía más evidente se manifiestan las diferencias en el continente africano, en el que las peculiaridades culturales, lingüísticas e históricas se presentan de manera muy intensa. *In primis*, en el continente existe una fractura cultural entre el Norte de África y el África subsahariana. El primero está fuertemente caracterizado por la influencia islámica, en tanto el resto del continente debe su especificidad a la multiplicidad de los grupos étnicos y culturales sobre los cuales es difícil operar una *reductio ad unum*, aspecto ratificado también por la pluralidad lingüística del territorio⁵.

Además, proceder a una exégesis de los textos constitucionales de reciente promulgación conduce a la comparación entre ordenamientos pertenecientes a familias jurídicas diferentes. Con el ánimo de circunscribir nuestra afirmación a los dos grandes sistemas, en el ámbito interno de cada área hay países pertenecientes al *civil law* y al *common law*, junto a otros modelos de ordenamientos denominados mixtos, es el caso, por ejemplo, de Sudáfrica o de Israel.

Sin embargo, aún en el ámbito de cada bloque y con arreglo a una visión más amplia, surgen aspectos comunes. Por ejemplo, en los países iberoamericanos, los elementos coagulantes pueden centrarse en la experiencia común de la colonización española, la difusión de la religión católica y la lengua. En

³ Sobre la composición de la población en Yugoslavia, *vid.* la siguiente tabla recogida en la obra de S. L. Wooward, 1995, pág. 32.

Grupos nacionales	1961	1971	1981	1991
Total (millones)	18.594.291	20.522.97	222.427.585	23.528.230
Serbios	42.0%	39.7%	36.3%	36.2%
Croatas	23.1%	22.1%	19.8%	19.7%
Musulmanes	5.2%	8.4%	8.9%	0.0%
Albaneses	5.0%	6.4%	7.7%	9.3%
Eslovenos	8.5%	8.2%	7.8%	7.5%
Macedonios	5.6%	5.8%	6.0%	5.8%
Montenegrinos	2.8%	2.5%	2.6%	2.3%
Yugoslavos	1.7%	1.3%	5.4%	3.0%
Otros	6.1%	5.6%	5.5%	6.2%

⁴ I. Pogany, *Constitution Making or Constitutional Transformation in Post-Communist Societies*, en R. Bellamy, D. Castiglione, *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Oxford, 1996, pág. 179.

⁵ R. Sacco, *Il diritto africano*, Turín, 1995, págs. 49 y ss.

los países africanos y asiáticos, el elemento común puede estar representado por el pasado colonial, mientras en los países ex-soviéticos es la ideología comunista la que constituye el sustrato común.

Como conclusión, pues, por encima de una coincidencia cronológica mayor o menor respecto al momento en que nacen las constituciones, es posible hallar algunos elementos comunes que pueden inducir a hablar de una renovada fase del constitucionalismo, cuyos caracteres peculiares pueden adscribirse a todos estos países. En efecto, mas allá de las características comunes nucleares de cada bloque, es necesario verificar si pueden generalizar las áreas geográficas individualizadas, induciendo a la afirmación de la existencia de una nueva o diversa fase del constitucionalismo. Una fase ulterior del análisis debería poner en evidencia cuáles son los elementos reseñados y distintivos de este neoconstitucionalismo que pueden haber condicionado la elaboración de los textos constitucionales, y que pueden ponerse, si no en contraste, al menos sí en una línea discontinua respecto a los elaborados a la luz de los principios del constitucionalismo liberal y del Estado democrático-pluralista.

II. LOS ELEMENTOS COMPARATIVOS: LA AUSENCIA DE TRADICIONES LIBERALES

Ahora bien, sin olvidar las innumerables diferencias caracterizadoras de este cuantioso número de países, subsisten elementos comunes, que han condicionado la redacción definitiva de los respectivos textos constitucionales que influyen en la Constitución viviente.

Un dato acerca del cual es necesario reflexionar es que subsiste una correlación precisa entre el número de nuevas Constituciones y los países que recientemente han afrontado un proceso de democratización. No obstante, el dato cuantitativo no será del todo coincidente desde el momento en que algunos países de tradiciones democráticas consolidadas pueden haber previsto revisiones constitucionales más o menos significativas (en ocasiones, incluso, tan particularmente profundas como para difuminar la diferencia entre poder constituyente y poder de reforma)⁶, y aún cuando es cierto que recien-

⁶ A título de mero ejemplo, puede citarse el caso de Canadá, que en 1982 ha disuelto todos sus vínculos con la madre patria y ha reunido entre los textos constitucionales la Declaración de los Derechos y de la Libertad. *Vid.* sobre la evolución institucional canadiense: N. Olivetti Rason, L. Pegoraro, *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Turín, 1997; J. Y. Morin, J. Woehrling, *Les Constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montreal, 1994; P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, 1992; F. Lanchester, *La «patriation» della Costituzione canadese: verso un nuovo federalismo?*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1983, págs. 337 y ss.; T. Groppi, *La partecipazione degli Stati membri alla revisione delle Costituzioni: dai modelli alla prassi*, en T. GROPPi, *Principio di autonomia e riforma dello Stato*, Turín, 1998, págs. 123 y ss; permítasenos la remisión a E. Ceccherini, *La Carta dei diritti e delle libertà del 1982: un difficile equilibrio fra il riconoscimento di diritti universali e salvaguardia delle competenze provinciali*, en G. Rolla (Dir.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada fra universalità e specificità culturali*, Milán, 2000, págs. 41 y ss. Entre los países democráticos que han emprendido una labor de reforma constitucional, como por ejemplo Suiza, que más allá de proceder a la mera reforma de la parte relativa a la atribución de compe-

temente el gran número de codificaciones constitucionales coincide con el paso de situaciones de atenuación de las libertades de los ciudadanos a la confirmación de las reglas democráticas.

En esencia, la adopción de una Constitución, allá donde fuera concebida como pacto consensual entre los ciudadanos, integrada por una parte relativa a la organización de los poderes y de un *Bill o Rights*, está determinantemente ligada a la instauración de formas de gobierno democráticas. Estas últimas son consideradas como regímenes políticos constituidos por «normas y procedimientos que resultan de un acuerdo comprometido por la resolución pacífica de los conflictos entre los actores sociales, políticamente relevantes, y los otros actores institucionales presentes en el área política»⁷.

La escisión de esta mínima definición de democracia permite afirmar que la casi totalidad de los países pertenecientes a los tres bloques analizados está desprovista de una tradición democrático-liberal a la que hacer referencia. Baste pensar que únicamente Costa Rica, Uruguay y Chile, en el continente centro y sudamericano pueden ser consideradas naciones con una historia democrática; tampoco puede olvidarse que este último país ha visto en tiempos recientes un paréntesis de tipo dictatorial particularmente cruento con el golpe de estado de 1973, prolongado hasta 1990; así como que Uruguay también permaneció bajo el yugo de una dictadura militar desde 1973 hasta 1984⁸.

En el antiguo bloque soviético sólo Checoslovaquia y los territorios de Alemania Oriental pueden haber conocido formas de democracia parlamentaria. Por el contrario, Polonia, pese a haber adoptado en 1921 una Constitución liberal, en 1926 sucumbe a un golpe de estado militar⁹. En Hungría se suceden entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial al menos tres regímenes, todos ellos calificados como antidemocráticos¹⁰. Similares experiencias se verifican en Bulgaria, Rumania y Yugoslavia, o en los territorios de la antigua

tencias entre el Estado y los Cantones ha introducido un catálogo de derechos fundamentales, en este sentido, *cf.* M. Patrono, *I diritti dell'uomo nel paese d'Europa*, Pádua, 2000; A. Reposo, *Saggio introduttivo sulla nuova Costituzione svizzera*, en *Diritto e Società*, 1999, págs. 609 y ss.; G. Franciosi, *Revisione della Costituzione svizzera e forma di Stato*, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999, págs. 837 y ss. Existe igualmente otro ejemplo en la revisión constitucional de Bélgica de 1993, que sanciona la recepción de la forma de Estado federal, *cf.* F. Delperee (Dir.), *L'ordinamento federale belga*, en A. Pace (Dir.), *Quale dei tanti federalismi?*, Pádua, 1997; AA.VV. *Les réformes institutionnelles de 1993: vers un fédéralisme achevé?*, Bruselas, 1994; M. Leroy, *De la Belgique unitaire à l'Etat fédéral*, Bruselas, 1996; M. Uyttendaele, *Regards sur un Système institutionnel paradoxal*, Bruselas, 1997.

⁷ L. Morlino, *Democrazie*, en G. Pasquino (Dir.), *Manuale di scienza della politica*, Bolonia, 1986, pág. 88, en este ensayo se ilustra la dificultad ínsita en la tentativa de definir y mezclar la democracia.

⁸ G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bolonia, 1998, págs. 90 y ss.

⁹ I. Pogany, *Constitution Making*, cit., 158. Aún es preciso citar el hecho de que Polonia el 3 de mayo de 1791 adoptó una Constitución escrita que representa el segundo ejemplo en Europa después de la francesa, A. E. D. Howard, *Costituzioni e diritti nell'Europa centro-orientale*, en T. Bonazzi, M. Dunne, *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bolonia, 1994, pág. 259.

¹⁰ Después de la Primera Guerra Mundial se sucederán un gobierno revolucionario encabezado por Bela Kun, después por Gyula Peidl y, finalmente, un gobierno represivo del Almirante Horthy. Hubo un paréntesis democrático circunscrito en el tiempo y nada consistente, de hecho, bajo la guía de Bethlen se redujo el electorado pasivo en algunas áreas y se abolió el voto secreto, I. Pogany, *Constitution Making*, cit.

Unión Soviética¹¹. La propia Rusia, entonces imperio zarista, sólo conoce la institución parlamentaria de la *Duma* desde 1905 a 1917. Las Repúblicas bálticas perdieron su soberanía en 1940, Bielorrusia no ha sido nunca independiente, Ucrania tuvo una independencia nominal bajo la tutela polaca hasta 1920; Croacia y Eslovenia no se constituirían como Estados hasta 1991, al igual que Macedonia y Bosnia.

La situación en África presenta características análogas, bien por razones históricas, bien a causa de la dominación colonial a la que se vincula¹². No obstante, el fin del colonialismo no coincide en su totalidad con la progresiva consolidación de los métodos democráticos; por el contrario, el modo primordial de adquisición del poder es la fuerza. Algunos datos pueden ilustrar cuantitativamente el fenómeno; sólo en 1974, se calcula que cada Estado africano había aprobado una media de tres constituciones y los cambios eran, por lo general, debidos a un evento político ajeno al ordenamiento; al margen de todo ello, en el África subsahariana, el poder político permanece en manos de los militares¹³.

La ausencia de esta tradición cultural a la que hacemos referencia es, además, la causa de la dificultad de la consolidación de las reglas democráticas mínimas, incluso frente a textos constitucionales que desde el punto de vista técnico y en su redacción resultan ser avanzados. Para retratar la situación pueden tomarse las palabras del *Human Rights Watch* que, en 1995, en referencia a la situación latinoamericana, reconocía: «la persistencia de violaciones macroscópicas y sistemáticas de los derechos humanos en países con democracias institucionalizadas»¹⁴. Por consiguiente, se asiste a una quiebra entre los textos constitucionales y los comportamientos y actitudes de los ciudadanos y, sobre todo, de las instituciones¹⁵; de esta manera, lo que adquiere mayor importancia y valor en el ordenamiento no es tanto la norma, como el elemento fáctico que perdu-

¹¹ G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, cit. 102.

¹² La ocupación colonial del continente tiene su origen de forma débil a finales del siglo XVI para después encontrar su culmen sobre todo en el *Ottocento*, así la realidad que los europeos se encuentran de frente tiene su parangón en la de la Europa del siglo XIV: existencia de la esclavitud, poder detentado por clanes hegemónicos, división social en castas, y contraposiciones raciales; contra esta situación la influencia de las potencias coloniales despliega una escasa oposición, limitándose a la ocupación del territorio o al control de la economía del país, considerando, en todo caso, la absoluta superioridad de su cultura respecto a la del país colonizado. Como consecuencia de ello, se positivizaron en las colonias algunas normas relativas a las discriminaciones sobre los derechos de los autóctonos, los trabajos forzados, la prioridad del poder militar sobre el civil y el predominio del poder político sobre el judicial.

¹³ R. Sacco, *Il diritto africano*, cit., págs. 180, 184 y ss.

¹⁴ Cita extraída de E. L. Cleary, *The Struggle for Human Rights in Latin America*, Westport, 1997, pág. 62. Los episodios que ponen en evidencia los peligros de desviaciones autoritarias en países de reciente democratización son múltiples y afectan a la pluralidad de los países. La existencia de fuertes tensiones, en efecto, ha podido verificarse en Eslovaquia, independiente desde 1993, donde se registran episodios de violencia en las confrontaciones con los componentes de la posición, probablemente organizadas por los servicios de seguridad, I. Pogany, *Constitution Making*, cit., págs. 168 y ss.

¹⁵ I. Pogany, *Constitution Making*, cit., 159; M. Carducci, *Transizioni e «parallelismi»*, en M. Carducci (Dir.), *Il costituzionalismo «parallelo» delle nuove democrazie*, Milán, 1999, págs. 3 y ss., que afirma que «la relación entre hecho y norma constitucional no desemboca en ningún tipo de cualificación que permita una previsión certera».

ra mas allá de lo que ha sido positivado. El tránsito de formas de gobierno autoritarias a otras democráticas no se produce de forma clara y precisa, sino que tiene lugar a través de fases más o menos dilatadas en el tiempo, progresivamente finalizadas al instaurarse la democracia.

A la luz de estas consideraciones, no resulta arriesgado afirmar, respecto a la totalidad de países pertenecientes a las áreas geográficas referidas, que estamos en presencia de una efectiva consolidación de las reglas democráticas. Es evidente que los países del África subsahariana son los que permanecen más expuestos al recrudecimiento de la violencia, y que los Estados de América Latina siguen siendo vulnerables a tentaciones golpistas. Subsiste una cierta confusión en relación con ciertas experiencias acaecidas en los países del centro y este europeo, si bien la brevedad de su experiencia democrática no permite efectuar afirmaciones apodícticas¹⁶.

Ahora bien, a pesar de que la mayor parte de los países que podríamos enumerar se encuentran entre los de reciente democratización y, pese a que entre sus tradiciones no puedan adscribirse las que fueron forjadas en los orígenes del constitucionalismo; sin embargo, es cierto que la casi totalidad de estos ordenamientos, en el momento de la promulgación de nuevos textos constitucionales, han optado por la plena acogida de los elementos esenciales del constitucionalismo, considerándolos como vía obligada. De hecho, se asiste a un fenómeno de expansión de los elementos cardinales del constitucionalismo como la reserva de ley, la separación de poderes, la tutela de los derechos fundamentales o la justicia constitucional, aun cuando en la práctica sus tradiciones se sitúan muy lejos del constitucionalismo clásico. Así, puede percibirse en la experiencia comparada una tendencia a la universalización de los derechos fundamentales y la consiguiente acogida en las constituciones de un catálogo de derechos y de los instrumentos previstos para su tutela, aunque esta tendencia a la codificación no pertenece a las tradiciones culturales de cada uno de los países¹⁷.

¹⁶ A. Luciani, *Dal «federalismo» sovietico ai nuovi nazionalismi: sviluppi dei sistemi politici negli Stati dell' ex-URSS*, en *Il Politico*, 1999, 17 ss.; K. Dawisha, B. Parrot (Dir.), *The End of Empire? The Transformation of the USSR in Comparative Perspectives*, Armon-Nueva York, 1997; J. J. Linz, A. Stepan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation*, Baltimore-Londres, 1996.

¹⁷ Sobre el fenómeno, G. Rolla, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, en *Quaderni costituzionali*, 1997, págs. 419 y ss. Es necesario subrayar en este momento, aun no siendo objeto de la presente contribución, que la tendencia a la universalización de los derechos fundamentales de alguna manera se contrasta en ciertas áreas geográficas y culturales del mundo que se contraponen y rechazan, de forma manifiesta, los principios dogmáticos del constitucionalismo occidental, en particular el mundo islámico y el oriental, y sobre todo chino. En este sentido, *vid.* G. Rolla, *Le prospettive dei diritti della persona*, cit., págs. 422 y ss.; A. Mayer, *Islam and Human Rights. Traditions and Politics*, Londres, 1995; R. Afshari, *An Essay on islamic Cultural Relativism in the Discourse of Human Rights*, en *Human Rights Quarterly*, 2, 1994, págs. 235 y ss.; A. Pacini (Dir.), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Turín, 1998, en los que se informa sobre algunas posiciones de autores islámicos respecto a la difícil relación entre la sharia y los derechos del hombre; M. Monshipouri, *The Muslim World Half a Century after the Universal Declaration of Human Rights: Progress and Obstacles*, en *Netherlands Quarterly Human Rights*, 16, 3, 1998, págs. 287 y ss.; sobre la experiencia asiática, M. C. Davis, *Constitutionalism and Political Culture: The Debate over Human Rights and Asian Values*, en *Harvard Human Rights Journal*, 11, 1998, págs. 109 y ss., en

La anterior observación conduce a la evidencia de dos aspectos: el primero afecta al fenómeno de la quiebra del contenido temático de los derechos del hombre, que encuentra su acogida en realidades diversas y que se confirma de forma progresiva a través de una marcha imparable por conquistar espacios en las diversas constituciones; el segundo induce a reflejar qué suerte puede correr la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que, si bien se encuentran positivadas, no pertenecen al *idem sentire* ni de los individuos ni de las instituciones.

La astenia de las tradiciones democráticas induce a plantear la cuestión de si todo ello no acaba por incidir sobre la efectividad y vigencia de las propias constituciones. El riesgo que pende como amenaza es que los textos constitucionales no representen una tabla de valores compartidos sobre los que se funda de la unidad de un pueblo, sino que se limitan a ser meras declaraciones de principios. Tal consideración condiciona la efectividad y el carácter preceptivo de las normas codificadas y contribuye a explicar el fenómeno por el cual las constituciones, sobre todo en el área africana y sudamericana, no se encuentran en condiciones para oponerse a las tentativas autoritarias con el ánimo de superarlas, o se sujetan a profundos cambios siendo, por tanto, muy frecuente el fenómeno de tener que recurrir al poder constituyente.

Como se ha apuntado con anterioridad, el tránsito de formas dictatoriales a regímenes democráticos se estatuye con la adopción de nuevos textos constitucionales; este paso se considera necesario para la palingenesia de la integra nación, aunque su efectividad se muestre particularmente como poco incisiva. Resulta, en este sentido, emblemático el caso brasileño, que se ve en la necesidad de adoptar la Constitución a causa de su aprobación, aun cuando su aplicación no es inmediata, creándose así una situación de «Derecho constitucional provisorio»¹⁸. La situación persiste desde el momento en que, en ejecución del mandato constitucional, numerosas leyes deben ser aún adoptadas lo que determina la falta de tutela de algunos derechos específicamente previstos. De modo particular, son los derechos económicos y sociales los que más se resienten de la inactividad del Legislador.

Algunos fenómenos testimonian el deterioro del concepto de Constitución en los textos recientemente promulgados como *Grundnorm*, como norma fundadora de la totalidad del ordenamiento, fruto de un pacto entre los asociados y dotada de carácter preceptivo: las Constituciones heterodirectas y

la que puede leerse la declaración del embajador chino, Liu Huaqiu, hecha en la Conferencia de Viena relativa a los derechos humanos de 1993 y que evidencia una posición de rechazo por parte de la doctrina occidental: «*The concept of human rights is a product of historical development. It is closely associated with specific social, political and economic conditions and the specific history, culture and values of a particular country. Different historical development stages have different human rights requirements (...) Thus one should not and can not think the human rights standard and model of certain countries as the only proper ones and demand all other countries to comply with them (...)*».

¹⁸ C. Fernandes Campilongo, *Brasile: una situazione di «governo parallelo»*, en M. Carducci (Dir.), *Il costituzionalismo «parallelo»*, cit., pág. 164.

la presencia de cláusulas derogatorias y suspensivas previstas en algunos textos constitucionales.

1. Las Constituciones heterodirectas

En la tradición jurídica, el poder constituyente, libre en sus propios fines y procedimientos, es el artífice de la carta constitucional de cualquier país. En esta fase plagada de cambios para el constitucionalismo, se asiste a un nuevo fenómeno: el poder constituyente guiado o asistido¹⁹ para el que los Estados extranjeros realizan o coadyuvan a la preparación de los textos constitucionales que más tarde entrarán en vigor en los ordenamientos, al menos formalmente, independientes.

En el pasado sobrevinieron algunos ejemplos en tal sentido, baste con recordar la experiencia constituyente de la Ley Fundamental alemana, o las vicisitudes relativas a la promulgación de la Constitución japonesa. Todavía, en esta última fase histórica, el fenómeno ha adquirido características más acentuadas. No se trata de un proceso análogo al puesto de manifiesto relativo a la circulación de los modelos jurídicos o bien a la apertura del propio ordenamiento a la normativa internacional; el fenómeno se presenta con características cualitativamente distintas: un Estado, en el tránsito hacia su soberanía, no está legitimado para ejercitar el poder constituyente del que abdica o al que somete al beneplácito de potencias extranjeras. No se trata ya de un fenómeno de influencia cultural por parte de otros Estados o de autolimitación de la soberanía estatal en favor del ordenamiento internacional, sino de una actuación exógena, que abre no pocas incertidumbres respecto a la titularidad del poder constituyente.

La consolidación de esta nueva forma de poder constituyente hace emerger dos aspectos que en virtud de la prevalencia de uno u otro pueden inducir a la formulación de un juicio positivo o negativo del fenómeno. El primer elemento que puede observarse es que los procesos de globalización —ahora ya no sólo económica— tienden a modificar de nuevo el concepto de Estadonación, de modo que los ordenamientos son objeto de presiones por parte de la comunidad internacional más o menos conspicuas y los confines territoriales no están ya en condiciones de alejar influencias heterogéneas.

El segundo elemento —más propio de la cuestión objeto de debate— introduce la duda de si lo antes reseñado no comporta la abdicación del Estado a su propio proceso constituyente; lo que, hasta el momento, se consideraba como cualitativo y caracterizador para los Estados. La renuncia a un debate que profundice sobre un aspecto relevante el orden constitucional como pueda ser el relativo al *Bill of Rights*, podrá tener repercusiones sobre las definiciones de los principios de la convivencia civil. Todo esto puede determinar ciertas consecuencias respecto al grado de adhesión de los ciudadanos al

¹⁹ G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, cit., pág. 164.

texto constitucional como tabla de valores compartidos, sobre todo si el país ha emprendido recientemente el proceso de democratización.

La experiencia comparada ofrece algunos ejemplos de Constituciones «octroyée»: Namibia (1982-1990), Camboya (1989-1993), Bosnia-Herzegovina (1991-1995), y, en cierta medida, Albania.

En 1978, un acuerdo logrado por el Grupo de trabajo constituido por los Estados Unidos, Canadá, Francia, Gran Bretaña, la República Federal de Alemania, Sudáfrica y la oposición local de Namibia adoptado posteriormente como Resolución número 435, de 29 de septiembre de 1978, disponía la forma de atribuirse por el nuevo Estado. En este documento se especificaban los principios constitucionales, entre los que no faltaba la alusión a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que habría debido acogerse en el nuevo texto constitucional, y que ulteriormente se incorporaría en la Resolución número 632, de 16 de febrero de 1989, denominada «Plan para la transición». En el mismo año, se convocó la Asamblea Constituyente que trabajaba bajo la coordinación y el control de un grupo específico encargado de la asistencia al proceso la transición (UNTAG), sus trabajos concluyeron con la Constitución de 1990, en la que se recalcaron los principios que anidaron en la primera resolución de las Naciones Unidas²⁰.

Asimismo, por lo que concierne a Camboya, concluido el conflicto armado, emanó una Resolución del Consejo de Seguridad, la número 718, de 31 de octubre de 1991, en la que se contienen de igual manera los principios en los que se inspiraría la redacción de la nueva Constitución, y en la que se subrayaba la exigencia del respeto a los derechos humanos, aludiendo bien a la Declaración Universal, bien a otros instrumentos. La Asamblea constituyente, que trabaja también bajo la tutela de una autoridad transitoria de las Naciones Unidas (UNTAG), aprueba la Constitución en 1993, si bien recibiendo parcialmente ciertas indicaciones relativas a la tutela de los derechos fundamentales. Sin embargo, el hecho de la promulgación de la Constitución no impidió que la situación de Camboya se tornara, de manera repentina, violenta²¹.

Más recientemente encontramos el ejemplo de Bosnia-Herzegovina, cuya Carta fundamental se representa por el Anexo IV de los Acuerdos de Paz para Bosnia-Herzegovina, negociados en Dayton (Ohio) entre el 1 y el 21 de noviembre de 1995 y firmados en París el 14 de diciembre del mismo año, fecha que coincide con la entrada en vigor de la nueva Constitución. Los acuerdos internacionales dispusieron la proclamación del Estado Federal constituido por dos Entes territoriales: la Federación de Bosnia-Herzegovina y la República de Srpska; lo realmente novedoso es que el texto constitucional es el producto resultante de la negociación internacional entre las grandes potencias. El Anexo no preveía tan siquiera la obligación de someter el texto a la

²⁰ F. Venter, *Constitution Making*, cit., 16; G. De Vergottini, *Le Transizioni costituzionali*, cit., págs. 164 y ss.; P. Szaz, *Creating the Namibian Constitution*, en *Verfassung Recht Übersee*, 1994, págs. 346 y ss.

²¹ G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, cit., 165; M. Gaillard, *Démocratie cambodgienne: la Constitution du 24 septembre 1993*, París, 1994.

ratificación por parte de las asambleas legislativas o a un referéndum, de este modo, la nueva Constitución está desprovista de toda legitimidad democrática y su resistencia a las fuerzas disgregadoras dependerá, en buena medida, de su capacidad para mostrarse como un fuerte tejido conectivo para las etnias presentes en el territorio: serbios, croatas y musulmanes²².

Si bien de forma menos relevante respecto a los países anteriormente citados, también es posible adscribir dentro de esta tipología a la reciente Constitución de Albania (adoptada por el Parlamento el 21 de octubre de 1998 y aprobada mediante referéndum popular el 22 de noviembre del mismo año), para cuya redacción ha desarrollado un papel significativo y preponderante la Comisión para la Democracia a través del Derecho denominada «Comisión de Venecia» (por el lugar en el que tuvo su sede), dado que, en varias ocasiones y mediante diversas modalidades, «revisara» desde el punto de vista técnico el texto del proyecto elaborado por la Comisión Constitucional albanesa²³.

Aparece en esencia un problema de legitimidad de las Constituciones heterodirectas, cuya experiencia ofrece resultados diversos; de hecho, parece haber fracasado en Camboya, en tanto en Bosnia-Herzegovina parece problemático. En líneas generales, la sensación que se tiene es que la mayor probabilidad de éxito parece encontrarse allá donde los organismos internacionales permanecen sobre el territorio como vigilantes del respeto de los acuerdos, sin embargo, en su ausencia ese respeto parece tener un éxito incierto²⁴.

2. Las cláusulas derogatorias y suspensivas

Algunos textos constitucionales preveían expresamente los procedimientos a través de los cuales algunos órganos del Estado pueden derogar normas constitucionales. Se trata, por consiguiente, de un proceso por el cual es la propia Constitución la que se impone «autolimitaciones».

Las referidas cláusulas de *override* tienden a atenuar un principio cardinal del constitucionalismo moderno: el de la supremacía de la Constitución frente a las fuentes subordinadas y el subsiguiente control de constitucionalidad de éstos últimos.

Pretendiendo trazar una línea imaginaria, las referidas cláusulas se sitúan en el extremo opuesto al que ocuparían las normas que prevén la absoluta inmutabilidad de algunas normas constitucionales, prefigurando así su cambio, sólo

²² S. Yee, *The New Constitution of Bosnia and Herzegovina*, en *European Journal of International Law*, 1996, págs. 176 y ss.; J. Sloan, *The Dayton Peace Agreement: Human Rights and their Implementarion*, *ibidem*, págs. 207 y ss.; B. Sierpinski, en *La Constitution de Bosnie-Herzégovine: un texte à la croisée du droit interne et du droit international*, en *Revue de la Recherche Juridique*, 1997, pág. 1053; M. S. Gemalmaz, *Constitution, ombuds person and human rights chamber in «Bosnia-Herzegovina»*, en *Netherlands Quaterly Human Rights*, 3, 1999, págs. 277 y ss.

²³ M. Ganino, *La Costituzione albanese del 1998: alla ricerca dell'Europa*, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999, pág. 29.

²⁴ G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, cit., 167.

en presencia y mediante la proclamación del poder constituyente o de revisión. Lo esporádico o la frecuencia del empleo de este recurso determinan su grado de peligrosidad en relación con las garantías de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos.

Las derogaciones constitucionales pueden ser generales o sectoriales y afectar al texto constitucional por entero, o bien sólo a una parte circunscrita. Por lo demás, pueden ser provisorias o permanentes y, en este último caso, someterán el íntegro sistema constitucional a una fuerte tensión, en cuanto tendrían eficacia sobre el ordenamiento normas *contra constitutionem* y sustraídas del control constitucional.

Respecto a la generalidad o a la particularidad de las cláusulas derogatorias podríamos enumerar en el primer caso, el ejemplo del artículo 145 de la Constitución rumana de 1991, que dispone qué preceptos de leyes declaradas inconstitucionales pueden, como fuere, formar parte del ordenamiento nacional si son nuevamente aprobados por las 2/3 partes de los Diputados. En sentido análogo se configura la experiencia de la Constitución de Portugal de 1976, cuyos artículos 278 y 279 disciplinan la posibilidad de que el Parlamento por una mayoría de 2/3 pueda superar una ley a cuya aprobación el Tribunal Constitucional se hubiera opuesto con carácter preventivo.

En estos dos ejemplos, no hay límites en lo que al contenido para las derogaciones constitucionales se refiere, pudiendo desplegarse sobre todo objeto y demandando únicamente al órgano legislativo la instauración del procedimiento para ello. Las referencias textuales son parcas, aun cuando la Constitución portuguesa introduce un ulterior elemento de garantía, atribuyendo la discrecionalidad al Presidente de la República sobre su promulgación o sobre el acto declarado inconstitucional.

En lo que respecta, por el contrario, a las cláusulas derogatorias sectoriales, esto es, las que pueden desplegarse sólo sobre algunas partes de la Constitución, destacan las experiencias de Canadá y de Jamaica. El elemento que contribuye a crear ulteriores incertidumbres, respecto a este instituto es que las derogaciones pueden tener efectos propios sobre las partes relativas al catálogo de los derechos.

En Canadá el artículo 33 de la Declaración de Derechos y de las Libertades de 1982 introduce la *clause nonobstant* o *notwithstanding*, por la cual el Parlamento federal o las Asambleas legislativas provinciales pueden votar una ley en contraposición con lo dispuesto por el artículo 2 y los artículos 7 a 15 de la Carta concernientes a algunos derechos fundamentales de la persona²⁵. El ejercicio del poder derogatorio debe ser expreso en el contenido de la ley y no podría quedar implícito con base en la mera incompatibilidad entre las normas legislativas y el texto constitucional, además, la derogación tiene una

²⁵ En particular, el artículo 2 concierne a la libertad de expresión, de conciencia, de asociación y reunión pacífica; los artículos 7 a 15 contemplan el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, el derecho a la protección contra las persecuciones, a un proceso justo, la ausencia de crueldad de las puciones, y el principio de igualdad.

validez de cinco años, transcurridos los cuales, el Parlamento o la Asamblea legislativa federal pueden poner fin al procedimiento²⁶.

De manera análoga, el artículo 50 de la Constitución jamaicana de 1962 prevé que con la mayoría de los 2/3 de sus miembros el Parlamento puede aprobar una ley de derogación de los derechos de los ciudadanos establecidos en los artículos 13 a 26.

Es evidente que la admisión del poder derogatorio reduce la competencia del órgano constitucional como juez de garantía de los derechos en cuanto que, a través de este procedimiento, quedaría superado el control de constitucionalidad.

Las razones que pueden haber inducido a los constituyentes a prever derogaciones constitucionales puede ser el querer salvaguardar el principio de la supremacía parlamentaria, limitando el principio de la rigidez constitucional y, consecuentemente, el del control de la constitucionalidad. A simple vista puede apreciarse que, tanto Jamaica como Canadá, son antiguas colonias británicas y, por ello, tributarias del sistema del *common law*, en el que se atribuye un papel primario al Parlamento. De forma análoga, en Rumania el uso de la *override clause* puede adscribirse a las profundas influencias vinculadas al período socialista en el que no existía un órgano de justicia constitucional, ubicándose las instituciones representativas de los trabajadores en el vértice del ordenamiento.

A mayor abundamiento, algunas especificidades históricas de los países han contribuido a la justificación de estas disposiciones: en Canadá, el proceso de *patriation* de la Constitución y la consiguiente introducción de una Carta y de los derechos y de las libertades y el principio de la rigidez constitucional han encontrado una fuerte oposición por parte de las provincias, temerosas de perder su propia especificidad. Con la finalidad de superar el *impasse* el Gobierno federal ha tenido que realizar ciertas concesiones reconociendo a las comunidades territoriales la oportunidad de poder oponerse a legislaciones excesivamente homogeneizantes²⁷.

La otra cara de la moneda relativa a la nueva dimensión que confiere el carácter preceptivo de las normas constitucionales es la presencia constante de fórmulas limitadoras de las disposiciones constitucionales, por las que con cláusulas garantizadoras como puedan ser las de orden público, seguridad o defensa se prevé la suspensión de las garantías constitucionales en materia de derechos²⁸. Constituyen un ejemplo las posibilidades previstas en numerosas Constituciones respecto al procedimiento para la declaración del estado de

²⁶ Acerca del alcance de la *override clause* en Canada, G. Gerbasi, *La clausola nonobstant quale strumento per la tutela dei valori delle comunità provinciali*, en G. Rolla (Dir.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali*, cit., págs. 135 y ss.; C. Chacón Piqueras, *La descentralización territorial en el campo de la protección de los derechos: la fórmula canadiense de cláusula «no obstante»*, trabajo presentado en el X Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional, Alicante, 1999.

²⁷ En este sentido, permítasenos la remisión a E. Ceccherini, *La Carta dei diritti e delle libertà*, cit., págs. 54 y ss.

²⁸ G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, cit., pág. 147.

emergencia. En este sentido, los textos si bien se mantienen desde el punto de vista formal a la postre, por lo general, terminan por limitarse los poderes de las Cámaras y de los órganos jurisdiccionales, así como los derechos positivos y el papel de la oposición.

Podría decirse que lo que acabamos de describir constituye un clásico, sobre todo para el caso de las constituciones iberoamericanas, tanto como para hablar de «dictadura constitucional en América Latina»²⁹, porque serían los propios preceptos del texto constitucional los que trazan el camino para la implantación de los regímenes autoritarios o de las formas de Estado de naturaleza autocrática³⁰. Estos preceptos representan una constante en la historia de los países centro y sudamericanos, pese a ello, un buen número de las recientes Constituciones han heredado estas disposiciones de textos precedentes teniendo bien presentes los peligros ínsitos en esta opción³¹. La Constitución de Brasil de 1946 preveía la instauración de un período de emergencia, de igual forma a como disponen los artículos 34 a 36 de la actual Constitución. La República del Salvador en el artículo 29 de su Carta Magna prevé en algunos supuestos la suspensión de algunas de las garantías de los ciudadanos, entre las que se encuentran la libertad de expresión, de asociación o la libertad personal en caso de emergencia y confía a los tribunales militares plenos poderes, de igual forma a como ya disponía el artículo 144 de la Constitución de 1950. Asimismo, las Constituciones africanas proponen cláusulas suspensivas de los derechos, ejercitables a través de la ley pero sin que las Cartas indiquen los principios vinculantes o limitadores ante la hipótesis de declaración del estado de emergencia³².

La Constitución de Georgia de 1995 prohíbe por un lado la tortura [art. 18.4.º, c.)], en tanto, por otra, confiere al Presidente la facultad de remover las garantías constitucionales de los derechos fundamentales de las personas en los períodos de emergencia. De igual modo, la Constitución nigeriana de 1979 preveía que los derechos y las libertades pudieran ser objeto de restricción en interés de la defensa, de la seguridad pública, de la salud pública o de la moral pública. Una ley general podía, durante los períodos de emergencia, derogar las disposiciones de los artículos 30 y 32 de la Constitución, que afectaban al derecho a la vida y a la libertad personal³³. Disposiciones análogas se contienen en las Constituciones de Corea del Sur de 1972 y 1980, así como en la de Filipinas de 1973³⁴.

La declaración del estado de emergencia presenta en la tradición constitucional europea algunos antecedentes inmediatos ilustrativos, en particular, el artículo 16 de la Constitución francesa y el artículo 19 de la Constitución ale-

²⁹ H. Gross Espiell, *El predominio del Poder Ejecutivo en latinoamérica*, Méjico, 1977, pág. 12.

³⁰ G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, cit., pág. 90.

³¹ G. De Vergottini, (Dir.) *Costituzione ed amergenza en America Latina*, Turín, 1997.

³² V. Piergigli, *Tendenze evolutive e tensioni aperte nei Bill of Rights delle Costituzioni africane alle soglie del terzo millennio*, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999, págs. 142 y ss.

³³ S. Montinari, *Nigeria: questione etnica e soluzioni costituzionali*, en M. Carducci (Dir.), *Il costituzionalismo «parallelo»*, cit., pág. 102.

³⁴ G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, cit., pág. 93 y ss.

mana³⁵, que han ejercido una notable influencia. En los países de la Europa central y oriental, en los que resulta evidente la influencia del modelo constitucional *gaullista*, puede destacarse el artículo 101 de la Constitución croata, que atribuye al Presidente de la República el poder para promulgar decretos en situaciones de emergencia, así como, aunque de forma más difusa, el artículo 8 de la Constitución eslovena³⁶. En análoga dirección, se mueve la experiencia constitucional de Rusia en la que, además de tener un texto en el que está prevista la facultad del Presidente para declarar el estado de emergencia o de guerra (art. 88), por medio de la interpretación jurisprudencial es posible que el Presidente promulgue decretos presidenciales de suspensión de las libertades constitucionales en los casos en los que fuera necesaria la adopción de medidas para la defensa de la soberanía de la Federación Rusa, su independencia, además de la seguridad o de la integridad del Estado³⁷.

III. LA CIRCULACIÓN DE LOS MODELOS

Los Estados de reciente democratización son, en buena parte, tributarios de los modelos constitucionales occidentales ya consolidados. La circulación de los modelos culturales es un fenómeno notorio en el ámbito constitucionalista; en el pasado fueron las guerras de conquista el principal vehículo para la consolidación de modelos institucionales en países diversos al de su origen, mientras en la actualidad el fenómeno persiste vinculado a las ampliaciones de los mercados y a las experiencias de integración supranacional.

Se asiste, por consiguiente, a una contaminación entre los modelos constitucionales que ocasiona variables difícilmente adscribibles a un único arquetipo, a pesar de que es posible aislar algunas tendencias generales. La relevancia en la redacción de los textos constitucionales de elementos exógenos

³⁵ Sobre los poderes del Presidente en caso de emergencia en la República de Weimar, véase asimismo: S. Ceccanti, *Un modello storico di «semipresidenzialismo»: la Germania di Weimar*, en L. Pegoraro, A. Rinella (Dir.), *Semipresidenzialismi*, Pádua, 1997, pág. 274. El artículo 48 de la Constitución de Weimar disciplinaba el estado de emergencia y preveía que el Jefe del Estado pudiese «adoptar las medidas necesarias para lograr el restablecimiento del orden y la seguridad pública, cuando estos fueran vulnerados o amenazados de forma relevante, y si fuese necesario, intervenir con la fuerza armada», pudiendo también «suspender en todo o en parte la eficacia de los derechos fundamentales» establecidos en una serie de artículos mencionados en el texto.

³⁶ A. Rinella, *I «semipresidenzialismi» dell'Europa centro-orientale*, en L. Pegoraro, A. Rinella (Dir.), *Semipresidenzialismi*, cit., págs. 229 y ss.

³⁷ En este sentido se expresa la Corte Constitucional rusa mediante el Decreto de 31 de julio de 1995 sobre el caso checheno. El órgano de justicia fue llamado para verificar la constitucionalidad de tres Decretos del Presidente y un Decreto del Gobierno dictado para autorizar las actividades de los militares en Chechenia pero sin la previa declaración del Estado de emergencia sometido a la aprobación de la Cámara Alta. La Corte, rechazando la hipótesis de violación de la Constitución, retoma el fundamento constitucional de los poderes del Presidente en los artículos 71.1; 78.c), 4; 82; 87.c), 1, y 90.c), 3 dirigidos a la defensa de la Federación con el único límite del respeto del principio de separación de poderes. Sobre la cuestión, M. Ganino, *Oltre il semipresidenzialismo: il modello della Russia «post-sovietica»*, en L. Pegoraro, A. Rinella (Dir.), *Semipresidenzialismi*, cit., págs. 190 y ss.

representa un elemento fundamental para estas nuevas experiencias, en cuanto pueden importar instituciones y órganos cuya funcionalidad se pone de manifiesto por su larga vigencia. Históricamente el fenómeno es diverso a la situación que se creara el día inmediato al del fin de la II Guerra Mundial, en la que la transformación social, económica y cultural había determinado condiciones absolutamente incomparables con las que precedieron al conflicto, los nuevos constituyentes debían afrontar y resolver un nuevo problema sin poder basarse en experiencias ya consolidadas en el tiempo, aunque teóricamente estuviesen meditadas. En este sentido, los reclamos a la codificación y a la tutela de los derechos sociales fue inmediata. Tras la II Guerra Mundial la consolidación del Estado social es absoluta, aun cuando se tratara de un ordenamiento que había de construirse por completo y, aunque las experiencias de la Constitución de Weimar de 1919 y de la Constitución de la República española de 1931 no pudieran servir como arquetipos, dadas su breve duración temporal y, sobre todo, su ineficacia para contrastar los elementos disgregadores de las formas democráticas.

Los nuevos textos constitucionales, por el contrario, tienen la oportunidad de recibir instituciones que se crearon en los años siguientes a la adopción de las Constituciones de la Segunda Guerra Mundial, de forma que se pueden «injertar», sobre este sustrato normativo consolidado, posteriores soluciones de tipo constitucional a problemáticas surgidas en los últimos decenios y que habían sido ignoradas, no pudiendo recogerse de otro modo en las Constituciones clásicas. En este mismo sentido, el ámbito de los derechos de la persona se ha visto especialmente sometido a ciertas tensiones y a una progresiva redefinición de las clasificaciones tradicionales.

La influencia de la tradición cultural occidental en los países de reciente democratización es, en todo caso, intensa y puede verificarse empíricamente mediante un examen de los textos.

A título de mero ejemplo, la Ley Fundamental alemana parece haber servido de modelo a la Constitución polaca de 1997 en lo referente a algunos artículos sobre la dignidad humana, y, de forma parcial, a la Constitución de la República de Corea de 1988 en los preceptos reguladores de los partidos políticos, la tutela de la propiedad y la dignidad humana³⁸.

En los países africanos y asiáticos que se liberan de la influencia colonial extranjera se adoptan los modelos constitucionales de las antiguas potencias dominadoras, por su parte, en un primer momento en el período sucesivo a la independencia algunos países acogieron el modelo socialista³⁹. A menudo en los prolegómenos de la concesión de la independencia en África, las naciones

³⁸ Cfr. artículo 31, párrafo 3 y artículo 19 párrafo 2 de la Ley Fundamental alemana con al artículo 31, párrafo 3 de la Constitución polaca; Cfr. el artículo 8 (partidos políticos), artículo 10 (dignidad de la persona), artículo 23 (tutela de la propiedad) de la Constitución coreana; J. Kokott, *From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization - with Special Referencia to the German Basic Law*, en C. Starck (Dir.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy. A Comparative Analysis*, Baden-Baden, 1999, pág. 76.

³⁹ G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, cit., pág. 129; R. Sacco, *Il diritto africano*, cit., pág. 143.

europas condicionaron de forma notable la Constitución del nuevo Estado independiente, bien haciendo promulgar directamente el texto por los órganos de la metrópoli, bien presentando a las asambleas constituyentes un proyecto. En ambos casos, como es evidente, el proceso constituyente no se había producido en virtud de un profundo debate entre los diversos componentes de la realidad social y política de aquellos países⁴⁰. La causa de ello no sería otra que la de que las naciones coloniales vincularon las concesiones de la independencia a la aceptación de constituciones liberales por parte de los Estados africanos. Sin embargo, este hecho no fue contemplado de forma dramática por las propias elites autóctonas dominantes, en cuanto que ellas mismas habían tomado los principios del constitucionalismo liberal como armas para el reforzamiento de los propios países de la influencia colonial⁴¹. De este modo, la codificación de un catálogo de derechos deviene en elemento esencial de las nuevas constituciones, incluso en los países pertenecientes a la influencia colonial del Reino Unido, tradicionalmente reacio a la formalización de *Bill of Rights* en constituciones rígidas y obsequioso del principio de la supremacía parlamentaria.

También los países de la Europa centro-oriental sufrieron una penetrante influencia de los modelos constitucionales europeos. Algunos elementos inducen a afirmar lo reseñado:

- La forma de gobierno por la que predominantemente se inclinan es la parlamentaria y, también allá donde se opta por la forma de gobierno presidencial, se mira más a la experiencia de la V República Francesa que a la Norteamericana.
- Respecto a la cuestión de la justicia constitucional, las Constituciones han optado —en la mayor parte de los casos— por un órgano especial similar bien al Tribunal Constitucional alemán, bien al *Conseil Constitutionnel* francés, antes que por un órgano de última instancia análogo a la *Supreme Court*.

La razón de esta predilección por los modelos europeos puede ser debida también a la vecindad geográfica pero, sobre todo, a razones económicas. La disolución del imperio soviético ha comportado, además, la desaparición de cualquier vínculo económico y comercial entre estos países, los cuales en la actualidad se encuentran en la necesidad de ofrecerse como socios económicos siendo sus interlocutores primordiales los países del viejo continente y la Unión Europea. La acogida de sistemas jurídicos similares puede, con toda seguridad, acelerar este proceso de aproximación. Además, no hay que infravalorar la atracción cultural que Europa ejerce sobre los juristas e intelectuales del antiguo bloque soviético⁴².

⁴⁰ R. Sacco, *Il diritto africano*, cit., pág. 160.

⁴¹ S. Montinari, *Nigeria: questione etnica*, cit., nota 20.

⁴² A. E. D. Howard, *Costituzioni e diritti*, cit., págs. 262 y ss. Sobre la circulación de los modelos europeos a los países de Europa oriental, A. Rinella, *I «semipresidenzialismi»*, cit., págs. 219 y ss y 248 y ss.

Mucho más difícil parece la hipótesis de que la Constitución estadounidense vaya a servir como modelo para las constituciones del antiguo bloque soviético, por cuanto es generalizada la opinión de que el texto constitucional de ultramar es fruto de la cultura liberal radicada en las tradiciones de constitucionalismo británico y configurada por la particular experiencia histórica americana⁴³. Todo esto convierte en difícilmente reproducible y exportable el modelo de la Constitución americana, pese a lo que sucediera con las constituciones latinoamericanas de la época de Bolívar que la reclamaran, al igual que en tiempos más recientes para los problemas de Filipinas y de Liberia⁴⁴.

De igual manera, el modelo de la Constitución española de 1978 ha jugado un papel determinante en la redacción de algunas Constituciones de la Europa del Este. La reproducción de las decisiones del constituyente español derivan, en cierto modo, de la «juventud» del texto ibérico que ha abordado nuevas cuestiones respecto a las constituciones clásicas de la segunda posguerra. Además, los países del antiguo bloque soviético han observado la pacífica transición del régimen autoritario al democrático que se produjo en España. La influencia de la Constitución española se ha admitido de modo expreso, por ejemplo, por parte de los constituyentes rumanos; de igual manera, las Constituciones de Croacia, Macedonia o Bulgaria son tributarias del modelo español en lo referente a los órganos de gobierno del Poder Judicial. La cuestión del texto de 1978 que mayor eco ha tenido sobre las nuevas constituciones ha sido el del modelo de la organización territorial del Estado, con la que se ha intentado configurar la diversidad de los componentes en la unidad; sobre la protección constitucional ofrecida a sectores de la sociedad hasta entonces ignorados en los textos constitucionales; o en la tutela de los denominados derechos de tercera generación.

En lo que se refiere al primer aspecto es el llamado federalismo asimétrico, la forma de Estado que permite atribuir a los estados una autonomía diversa según la especificidad de cada entidad territorial, ha encontrado su realización en España y, por ejemplo, la Federación de Rusia ha pretendido reproducirla⁴⁵.

En lo que concierne al segundo aspecto, son sobre todo las constituciones ibéricas y las de América Latina, las que incluyen derechos económicos y sociales en favor de nuevas categorías de ciudadanos. Por ejemplo, el artículo 49 de la Constitución española, que garantiza la protección y un trato especial a las personas discapacitadas física y psíquicamente, ha sido literalmente transcrito en el artículo 57 de la Constitución de Croacia, en el artículo 35 de la Constitución macedonia, en el artículo 38 de la Constitución eslovaca y en el artículo 52 de la Constitución eslovena. Otro aspecto importado es el relativo a las políticas juveniles, concernientes a la formación, la oportunidad de

⁴³ Sobre el problema de la peculiaridad de la experiencia y de la historia constitucional americana, G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, Roma-Bari, 1999, *passim*.

⁴⁴ A. E. D. Howard, *Costituzioni e diritti*, cit., págs. 263 y ss.

⁴⁵ L. López Guerra, *The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe*, en *Cardozo Law Review*, 19, 199 págs. 1947 y ss.

empleo y el ocio (*vid.* el artículo 48 de la Constitución española) que encuentra preceptos paralelos en los artículos 62 a 64 de la Constitución croata, en el artículo 45.5 de la Constitución rumana (que lo reproduce literalmente) y en el artículo 16 de la Constitución de Hungría⁴⁶.

IV. LOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DE LAS NUEVAS CONSTITUCIONES

1. Las Declaraciones de derechos

La Edad moderna reconoció derechos esenciales y fundamentales del hombre; ello se debe a una progresiva afirmación de la libertad y de los derechos en sentido diacrónico: primero, en la forma de derogación o en los privilegios circunscritos a determinados grupos de personas, para, más tarde, extenderse a un mayor número de sujetos hasta coincidir con todos los individuos pertenecientes a un Estado o a quienes en él residen.

Esta extensión es sancionada por algunos documentos a nivel histórico, como la Carta Magna de 1225, en la que el rey Enrique III concede a los barones y a los condes el privilegio de ser juzgados sólo por sus pares, a los eclesiásticos ser sometidos a la monarquía solo en lo concerniente a los feudos laicos, a los comerciantes la libertad de comercio y a los campesinos el no someterse a las *corvées* o prestaciones particularmente onerosas si no se debían a costumbres. Las libertades pertenecían a sujetos que integran determinadas castas; lo señalado, sin embargo, permitió que se encauzara el arbitrio del soberano. Desde el siglo XIII en adelante se confirma la tendencia de ampliación de las libertades de los individuos, la propia Inglaterra se ve implicada y de esta manera se promulga en 1297 la *Carta Confirmationis Regis Edwardi I* de 1297, el *Statutum de Tallagio non Concedendo* del mismo año. La *Petition of Rights* de 1628, el *Bill of Rights* de 1689 hasta el *Act of Settlement* de 1701. Todos estos documentos confirman la tendencia a ampliar las libertades y los derechos de los ciudadanos, teniendo como origen y legitimación las costumbres del reino. Sucesivamente será la experiencia americana la que vendrá a confirmar el empuje universalizante de los derechos con la Declaración de Independencia de 1776, que proclama: «Nosotros venimos a reconocer como incontestables y evidentes las siguientes verdades: que todos los hombres han sido creados iguales, que han sido dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables, que entre estos derechos se encuentran, en primer lugar, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Que para asegurar el goce de estos derechos los hombres han instituido entre ellos los gobiernos cuya autoridad emana del consenso de los gobernados. Que siempre que una forma de gobierno cualquiera se convierta en destructora de estos fines para los que fue establecida, el Pueblo tiene derecho de reformarla o a abolirla, e instituir un

⁴⁶ L. López Guerra, *The Application of the Spanish Model...*, cit., págs. 1948 y ss..

nuevo gobierno, estableciendo sus fundamentos sobre esos principios y organizando sus poderes en la forma que le parezca la más apropiada para procurarles la seguridad y la felicidad». La transcripción literal no es particularmente extensa, pero pone de manifiesto, al menos, dos elementos significativos: el reconocimiento de la centralidad de los derechos del hombre y la consiguiente capacidad condicionante de la organización de los poderes del Estado. Los derechos no sólo asumen un papel primario, sino que, es más, son el fundamento de la legitimidad del ordenamiento estatal. De forma inmediata algunas colonias, por entonces ya independientes, entre los años de 1776 a 1783, promulgaron Constituciones que contenían como novedad un *Bill of Rights*⁴⁷. El año de 1789 será el de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, con su carga revolucionaria que, tras las guerras napoleónicas, tendrá una profunda repercusión. Como confirmación del efecto expansivo de la temática de los derechos y de su irresistible ascenso respecto a su codificación, interviene en 1791 la Constitución estadounidense que incorpora una carta de derechos federales, subrayando la carga universalizante de los derechos puesta en peligro por la especificidad de cada uno de los Estados miembros.

Las codificaciones de los derechos, tanto del viejo como del nuevo continente, tendrán una amplia difusión y caracterizarán los ordenamientos constitucionales del ochocientos, del que constituyen un ejemplo la Constitución de Cádiz de 1812 y la Constitución belga de 1830, como del novecientos. Entre ellas destaca la Constitución de Weimar de 1919, que en su segunda parte presenta una Declaración de derechos que no se limita a disponer sobre los límites a la intervención del Estado, sino que introduce una serie de derechos que afectan a la vida económica y que, por consiguiente, imponen a la organización estatal una obligación de hacer. El ciudadano no se considera como individuo sino encuadrado en una dimensión social y asociativa, que determina que el ejercicio de los derechos económicos debe encontrar un trámite y un vínculo. El artículo 151 de la Constitución de Weimar, de hecho, reza: «La organización de la vida económica debe corresponderse con los principios fundamentales de la justicia con el fin de garantizar a todos una existencia del hombre digna. En estos límites está el garantizar la libertad económica del individuo.» Es la afirmación de los derechos sociales que tienen un carácter instrumental a la constitución de una democracia sustancial «capaz de integrar y suplir dentro de los justos límites la sola democracia política»⁴⁸. Además, los constituyentes alemanes

⁴⁷ La más importante y también la primera es la Declaración de los Derechos de Virginia adoptada en Williamsburgh, entre el 6 de mayo y el 29 de junio de 1776, sirvió de modelo también para otros Estados como Pennsylvania de 28 de septiembre de 1776; Maryland, de 11 de noviembre de 1776; Carolina del Norte, de 18 de diciembre de 1776; Vermont, de 8 de julio de 1777, Massachusetts, de 2 de marzo de 1780; o New Hampshire, de 31 de octubre de 1783 —entrando en vigor el 2 de junio de 1784—. Una muy genérica Declaración de los Derechos se encuentra en la Constitución de Connecticut de 1776, mientras no existe en las Constituciones de New Jersey, de Carolina del Sur y de Georgia, también se omiten las referencias a los derechos de libertad. Para los textos véase. F. BATTAGLIA, *Le carte dei diritti*, Reggio Calabria, 3.^a edición, págs. 44 y ss.

⁴⁸ G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, cit., pág. 84.

no van más allá de la mera fase declarativa de estos derechos, atribuyendo su carácter programático y no imperativo.

Si bien la quiebra de la Constitución de Weimar precede la afirmación del Tercer Reich y la deflagración de la Segunda Guerra Mundial, su influencia ha alcanzado dimensiones particularmente significativas. En las postrimerías del conflicto, en efecto, cada nación hubo de proceder a promulgar nuevos textos constitucionales, en buena medida tributarios de la ideología *weimariana* y de la doctrina alemana. Esta fase del constitucionalismo occidental se caracteriza por la presencia de cartas fundamentales en las que el catálogo de los derechos es *condicio sine qua non* para la definición misma de la existencia de una Constitución y los derechos sociales han encontrado plena confirmación y reconocimiento, su tutela es, por ello, exigible por los ciudadanos en sus relaciones con el Estado.

La constitucionalización de los derechos se extiende también allende las áreas de cultura occidentales para afirmarse allá donde el clima cultural parece mas impermeable a las teorías del constitucionalismo y a la democracia pluralista. La referencia se hace, sobre todo, a las áreas geográficas asiáticas y africanas, en las que tras el fin del dominio colonial se encuentran que han de optar por las tradiciones constitucionales occidentales sobrevenidas a través de la dominación y el restablecimiento o la salvaguardia de las tradiciones de sus antepasados, muy frecuentemente en conflicto con los principios del constitucionalismo clásico.

Además el imparable avance de la codificación de los derechos se propaga a áreas geográficas, cuya tradición jurídica tributaria del *common law* se ha mostrado siempre reacia a proceder a la constitucionalización de una carta de derechos, o en los ámbitos en los que, sólo en un momento posterior la cuestión de los derechos, se ha considerado como un elemento esencial. No pueden huir de las vicisitudes concomitantes que afectan a los países del área de la *Commonwealth*, que no contemplan en sus propios textos constitucionales cartas de derechos, o el intento de inclusión de un *Bill of Rights* entre los Tratados Constitutivos de la Unión Europea.

El proceso de positivización de los derechos ha tenido lugar en Canadá donde, con anterioridad a 1982, no se había constitucionalizado una Carta de los Derechos⁴⁹. En efecto, el *ex-dominion* británico abandona el esquema clá-

⁴⁹ Acerca de las vicisitudes relativas a la promulgación de la Carta de los derechos y las libertades, permítasenos la remisión a E. Ceccherini, *La Carta dei diritti e delle libertà del 1982*, cit., págs. 41 y ss.; B. Dickson, *The Democratic Character of the Charter of Rights*, en F. L. Morton (Dir.), *Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, Calgary, págs. 464 y ss. R. Sharpe, *La Costituzione canadese dei diritti e delle libertà*, en *Quaderni Costituzionali*, 1992, págs. 364 y ss.; D. Beatty, *The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments*, en *Modern Law Review*, 1997, págs. 481 y ss.; T. G. Ison, *A Constitutional Bill of Rights — The Canadian Experience*, *ibidem*, págs. 499 y ss. C. Chacón Piqueras, *La Carta de derechos y libertades canadiense: un camino hacia la diversidad provincial*, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 16, 1996, págs. 134 y ss.; A. Ruiz-Robledo, *Los derechos fundamentales en el federalismo canadiense*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 49, 1997, págs. 215 y ss.; sobre la *patriation* canadiense. F. Lanchester, *La «patriation» della Costituzione canadese: verso un nuovo federalismo?*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1983, págs. 337 y ss.; A. Reposo, *Sul «rimpatrio» dell' «amending power» nell'ordinamento costituzionale*

sico del ochocientos que confinaba a las cartas constitucionales a ser meras definiciones de las relaciones entre los poderes del Estado, para adquirir también el esquema relativo a los derechos. El éxito de la *patriation*, conduce a dos textos diferenciados: la *Constitution Act* y la Carta de los Derechos y de las Libertades. El significado político de la Carta va más allá de la simple introducción en el ordenamiento de un catálogo de derechos, pero representa el instrumento a través del cual una pluralidad de individuos, divididos por la lengua, cultura, o la pertenencia al territorio pueda devenir en una única comunidad de ciudadanos. La promulgación de la carta simboliza, así, la codificación de los valores supremos que deberían de haber sido adoptados por todos los canadienses y representa, después de aproximadamente un siglo desde la formación del Estado canadiense, la positivización de los principios sobre los que se funda la identidad nacional⁵⁰.

Ulteriores vestigios del proceso de codificación de los derechos son perceptibles también en el proceso que ha conducido a la incorporación del Reino Unido a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales a través de la *Human Rights Act*. El Legislador británico ha atribuido, pues, una posición jerárquica superior al *Act* respecto a las normas internas primarias o secundarias, minando, así, las tradiciones jurídicas consolidadas en el Reino Unido, en el que no subsiste una *judicial review*⁵¹.

canadese, en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1984, págs. 41 y ss.; N. Olivetti Rason, 1982-1992: come non si modifica la Costituzione, en *Quaderni Costituzionali*, 2, 1993, págs. 325 y ss.; T. Groppi, La partecipazione degli Stati membri, cit., págs. 153 y ss.

⁵⁰ G. Rolla, La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese, en *Quaderni Costituzionali*, 1996, págs. 205 y ss.

⁵¹ G. F. Ferrari, La Convenzione europea e la sua «incorporation» nel Regno Unito, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999, págs. 125 y ss.; P. Leyland, *Human Rights Act 1998: riportare i diritti a casa?*, en *Quaderni Costituzionali*, 1, 2000, págs. 83 y ss.; A. Clapham, *The European Convention on Human Rights in the British Courts: Problems Associated with the Incorporation of the International Human Rights*, en P. Alston (Dir.), *Promoting Human Rights Through Bills of Rights*, Oxford, 1999, págs. 95 y ss.; N. Bamforth *The Application of the Human rights Act 1998 to public authorities and private bodies*, en *Cambridge Law Journal*, 1, 1999, págs. 159 y ss.; I. Leigh, L. Lustgarten, *Making Rights Real: The Courts Remedies and the Human Rights Act*, ivi, 3, 1999, págs. 509 y ss.; S. Greer, *A Guide to the Human Rights Act 1998*, en *European Law Review*, 1, 1999, págs. 1 y ss.; D. Kinley, *Parliamentary Scrutiny of Human Rights: A Duty Neglected*, en *ibidem*, págs. 158 y ss.; N. Bamforth, *Parliamentary Sovereignty and the human Rights Act 1998*, en *Public Law*, 1998, págs. 572 y ss.; Lester of Hernehill, U.K. *Acceptance of the Strasbourg jurisdiction: What Really Went on in Whitehall in 1965*, *ibidem*, págs. 137 y ss.; Irvine of Lairg, *The Development of Human Rights in Britain under an incorporated Convention on Human Rights*, *ibidem*, págs. 221 y ss.; B. Dickson, *Human rights and the European Convention: the effects of the Convention on the United Kingdom and Ireland*, Londres, 1997; S.B. Markesinis, *The impact of the Human Rights Bill on English Law*, Nueva York, 1998; M. J. Beloff, H. Mountfield, *Unconventional Behaviour? Judicial Uses of the European Convention in England and Wales*, en *European Human Rights Law Review*, 1996, pág. 467; T. H. Byngnam, *The European Convention on Human Rights: Time to incorporate*, en *Law Quarterly Review* 1993, págs. 390 y ss.; N. Grief, *The Domestic Impact of European Convention on Human Rights as Mediated Through Community Law*, en *Public Law*, 1991, págs. 555 y ss.; F. Klug, K. Stamer, *Incorporation through the Back Door*, ivi, 1997, págs. 232 y ss.; A. Lester, *Fundamental Rights: The United Kingdom isolated?*, ivi, 1984; Lord Browne-Wilkinson, *The Infiltration of a Bill of Rights*, ivi, 1992, págs. 397 y ss.; R. Penner, *The Canadian Experience with the Charter of Rights: Are there Lessons for the United Kingdom?*, en *Public Law*, 1996, págs. 104 y ss.; F. Rosa, *Lo Human Rights Act e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali*, *comunicación presentada en el Convenio de Pontignano: Le nuove tendenze dei diritti fondamentali*, 14-15 de abril de 2000.

Y así, en este sentido, vale la pena mencionar el intento de contitucionalización del *Bill of Rights* de Nueva Zelanda⁵² de 1990 y el debate sobre la introducción de un catálogo de derechos en Australia⁵³.

Y esta tendencia a la positivización afecta también a la Unión Europea y su pretensión de elaborar una Carta de Derechos Europea. También en este caso, en un primer momento el Tratado Constitutivo de la CEE se había limitado a disponer la competencia de cada institución y en general las de la organización. Y aún en el contexto de la ampliación de las competencias de la Unión y su consolidación, los Estados miembros han advertido la necesidad de elaborar un catálogo de derechos, con los que flanquear las normas relativas a la organización. En esta última fase de la historia de la Unión Europea, parece apreciarse de forma intensa, la exigencia de los Estados miembros de dotarse de un *Bill of Rights* europeo. Las razones que han inducido a adherirse a *standards* exclusivamente económicos así como a parámetros relativos a los derechos pueden ser múltiples. De forma inmediata se percibe el hecho de que estamos asistiendo a la ampliación de las competencias de la Unión, más urgente es la exigencia de tutelar la esfera de los derechos de los individuos frente a la actividad de la Unión⁵⁴.

⁵² Piénsese, asimismo, en el ejemplo del *Bill of Rights* neozelandés de 1990, P. A. Joseph, *The New Zealand Bill of Rights Experience*, en P. Alston (Dir.), *Promoting Human Rights*, cit., págs. 283 y ss.; A. S. Butler, *The Bill of Rights Debate: Why the New Zealand Bill of Rights Act 1990 is a Bad Model for Britain*, en *Oxford Journal Legal Studies*, 17, 1997, págs. 323 y ss.; A. Butler, G. Scoffoni, *Le système néo-zélandais et la protection des libertés (Sur la difficile conciliation entre constitutionnalisme et common law britannique)*, en *Revue fran. dr. const.*, 37, 1999, págs. 49 y ss.; M. Taggart, *Tugging on Superman's Cape: Lessons from Experience with the New Zealand Bill of Rights Act*, en *Public Law*, 1998, págs. 266 y ss.; J. A. Smillie, «Fundamental» Rights, *Parliamentary Supremacy and the New Zealand Court of Appeal*, en *Law Quarterly Review*, 111, 1995, págs. 209 y ss.

⁵³ G. Scoffoni, M. Detmold, *Justice constitutionnelle et protection des droits fondamentaux en Australie*, en *Revue française de droit constitutionnel*, 29, 1997, págs. 3 y ss.; K. Ewing, *New Constitutional Constraints in Australia*, en *Public Law*, 1993, págs. 256 y ss.; B. Galligan, *Australia's Rejection of a Bill of Rights*, en *Journal of Commonwealth Comparative Politics*, 1990, págs. 344 y ss.; ID., *Parliamentary Responsible Government and the Protection of Rights in Public Law Review*, 4, 1993, págs. 100 y ss.; H. Lee, *Reforming the Australian Constitution: The Frozen Continent Refuses to Thaw*, en *Public Law*, 1988, págs. 535 y ss.; ID., *The Australian High Court and Implied Fundamental Guarantees*, en *Public Law*, 1993, págs. 606 y ss.

⁵⁴ En relación con esta materia la doctrina es extensa, entre las aportaciones citamos: A. Pizzorusso, *Il rapporto del Comitato Simitis*, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999, pág. 556; E. M. Meehan, *European Integration and Citizen's Rights: A Comparative Perspective*, en *Publius*, 26, 1996, págs. 99 y ss.; R. Gosálbo Bono, *Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho comunitario y el Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1, 1997, págs. 29 y ss.; C. Rodríguez Iglesias, A. Valle Gálvez, *El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales*, *ivi*, 2, 1997, págs. 329 y ss.; M. Ruffert, *Rights and Remedies in European Community: A Comparative View*, en *Common Market Law Review*, 34, 1997, págs. 307 y ss.; A. G. Toth, *The European Union and Human Rights: The Way Forward*, *ivi*, 34, 3, 1997, págs. 491 y ss.; P. Wachsmann, *Les droits de l'homme*, en *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 1997, págs. 883 y ss.; P. Neussl, *European Citizenship and Human Rights an Interactive European Concept*, en *Legal Issues of European Integration*, 2, 1997 págs. 47 y ss.; N. Rowe, V. Schlette, *The protection of Human Rights in Europe after the eleventh Protocol to the ECHR*, en *European Law Review*, 1998, págs. 3 y ss.; J. Astola Madariaga, *Los principios generales del Derecho comunitario y la garantía de los derechos fundamentales*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 52, 1998, págs. 79 y ss.; M. C. Baruffi, *Alla ricerca della tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario*, en *Diritto Pubblico*

2. El proceso de especificación de los derechos

Del análisis de los textos de las Constituciones más recientes se coligen algunas características diferenciadoras respecto de las de promulgación más antigua. *In primis*, es evidente que el proceso de especificación de los derechos manifestado por la doctrina⁵⁵, que no se limita a la sola positivización de las situaciones jurídicas subjetivas, sino que estas se especifican y concretan, mediante una profunda analítica.

Con el ánimo de limitarnos a una constatación *epidérmica*, se evidencia que las denominadas nuevas constituciones —sobre todo las de los países de reciente democratización— presentan textos extensos, en especial en la parte relativa a los derechos (desde la Constitución argentina de 1994 que ha incorporado, respecto a la Constitución de 1853, nuevos derechos, a la Constitución albanesa de 1998). El catálogo de los derechos ha tomado cuerpo y de ello no se colige que se tutele un mayor número de derechos respecto a las Constituciones más antiguas, sino que la codificación es simplemente más exhaustiva, dejando menor espacio para la intervención respecto a la legislación y a la labor hermenéutica propia de la jurisprudencia. Es el constituyente el que se hace cargo de individualizar las situaciones jurídicas subjetivas a tutelar, determinando de este modo la hipertrofia del texto constitucional, sobre todo si se compara con la sustantividad de algunas constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

No resulta fácil interpretar las razones por las cuales las Constituciones más recientes tienden a la «hipertextualidad». Un aspecto que podría contribuir a ofrecer una explicación es el relativo a su pasado: habiendo sufrido períodos más o menos extensos de suspensión de las libertades fundamentales, la codificación de un buen número de tipos de *rights* y de *civil liberties* podría ser una reacción frente a otros períodos de atenuación de las garantías de las situaciones jurídicas subjetivas. En este sentido, los ciudadanos estimarían que en el texto subsisten las garantías de los derechos intangibles.

La Constitución es considerada, de este modo, como una utopía, esto es, un espacio en el que pueden hacer vivir sueños y aspiraciones y que representa un momento de quiebra respecto al ordenamiento precedente⁵⁶. En África, por ejemplo, donde los golpes de estado se producen con una cierta frecuencia, es bastante común que los nuevos detentadores del poder redacten una nueva Constitución, lo que puede vincularse al objetivo de institucionalizar el propio poder y de darle una legitimidad, o bien al de proclamar

Comparato ed Europeo, 1999, págs. 1008 y ss.; A. Gardino Carli, *La «svolta» del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo ed una recente vicenda: il caso Contrada v. Italia*, *ibidem*, págs. 1036 y ss.; G. Telese, *La codificazione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario: verso una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, trabajo presentado en el Convegno di Pontignano: *Le nuove tendenze dei diritti fondamentali*, 14-15 abril de 2000.

⁵⁵ G. Peces Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milán, 1993, págs. 138 y ss.; G. Rolla, *Le prospettive dei diritti*, cit., págs. 418 y ss.

⁵⁶ G. De Vergottini, *Le pranzioni costituzionali*, cit., pág. 162

—mediante un documento *ad hoc*— la adhesión de las fuerzas al poder de una ideología⁵⁷. El proceso de especificación de los derechos, o lo que es lo mismo, del excesivo carácter prolijo con el que se enuncian en el texto podría responder también a algunas exigencias, particularmente apreciadas en la realidad en la que el tejido social e institucional se constituyen como firmes contrapoderes frente a las tentativas de corte autoritario.

Un objetivo posterior sería el implementar un proceso de transparencia en las esfera de los ciudadanos, que podrían ser conocedores de sus propios derechos a través de la mera lectura de un texto constitucional sin necesidad de tener que acudir a una exégesis jurisprudencial o legislativa.

Además, no puede olvidarse el hecho de que si las normas constitucionales se redactan de forma que no enuncien sólo los principios, sino también disciplinando de manera precisa los derechos, ciertamente resulta más sencillo hacer que estas normas sean directamente aplicables. De hecho, si una buena parte de la disciplina ha sido ya incluida en las Constitución, la eventual inactividad de las asamblea legislativas adquiere un peso redimensionado respecto a la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos (v. *infra*). En esta misma dirección se mueve el artículo 18 de la Constitución de Rusia estableciendo que los derechos y las libertades de las personas y de los ciudadanos son directamente aplicables.

Otro aspecto diferenciador respecto a las Constituciones del período precedente es la especificación concreta de los sujetos a los que se dirige. Así, el titular de los derechos no será ya el individuo considerado en abstracto, sino un sujeto que se concreta socialmente por ser anciano, joven, mujer o hijo. Surge así una particular atención respecto a los sujetos más débiles de la comunidad. En este sentido, vale la pena citar el artículo 21 de la Constitución de Paraguay que dispone que los detenidos no sean reclusos en establecimientos que no eviten la promiscuidad, o el artículo 54 de la Constitución de Ecuador que protege a los ancianos, al igual que el artículo 57 de la Constitución de Paraguay, o el artículo 71, también de la Constitución de Paraguay, que exige al Estado aprontar los métodos de desintoxicación para la recuperación de los drogodependientes; el artículo 201, c.I, V de la Constitución brasileña dispone el reconocimiento de pensiones de reversión para las mujeres; el artículo 63 de la Constitución croata tutela los derechos de los hijos e impone a estos últimos la obligación de asistir a sus progenitores ancianos; o el artículo 47 de Bulgaria que regula la protección de la maternidad de forma precisa, mientras el artículo 51 impone una protección especial para los discapacitados.

3. Los nuevos derechos

El desarrollo material, tecnológico y científico que afecta a gran parte de la sociedad ha concluido apuntando «nuevos derechos» que han terminado por cristalizar en las recientes codificaciones. Por descontado habremos de

⁵⁷ R. Sacco, *Il diritto africano*, cit., pág. 180.

hacer referencia a aquellos derechos ligados a la tutela de la *privacy* frente a las nuevas tecnologías informáticas (*habeas data*), recogidos, por ejemplo, en el artículo 43.2.c) de la Constitución argentina de 1994; el artículo 5 c) LXXII de la Constitución brasileña, el artículo 32 de la Constitución búlgara o el artículo 37 de la Constitución croata, así como en el artículo 43 de la Ley Fundamental de Cabo Verde y el artículo 1.c), 6 de la de Gabón.

Y haciendo siempre referencia a los derechos de tercera generación, el derecho a la salubridad del medio ambiente para los ciudadanos encuentra, asimismo, amplio reflejo en los recientes textos constitucionales: artículo 201.c), 1, V de la Constitución brasileña al que se dedica una extensa codificación, artículos 41 y 42 de la Constitución argentina, artículo 49 de la Constitución colombiana; el derecho a la calidad de los productos está previsto por el artículo 96 de la Constitución de Guatemala; o la tutela de la propiedad intelectual que se codifica en el artículo 58 de la Constitución albanesa⁵⁸.

Otra tendencia del constitucionalismo reciente afecta a los derechos definidos como «comunitarios», en virtud de los cuales el individuo al que se refiere la Constitución, deja de ser un sujeto abstracto para incorporarse a un contexto social o cultural al que pertenece⁵⁹. Surge el concepto de identidad de la persona, que presenta dos aspectos: la individual y la colectiva.

El constitucionalismo occidental ha visto cómo prevalecía la concepción individual de los derechos del hombre, todavía este principio, pese a su poderoso carácter evocador y a su capacidad de imponerse y propagarse a muchas culturas, se contraponen a otra tendencia: la del comunitarismo (*comunitarism*), que no se basa en la primacía del individuo, sino en la base social a la que el sujeto pertenece, una auténtica comunidad que acepta responsabilidades formales para el bienestar de sus propios miembros y, en ningún caso, el principio de igualdad formal de sus miembros⁶⁰. Se asiste a un fenómeno de *backlash* en el que vuelven a emerger las comunidades y los grupos al igual que en la situación precedente a la proclamación del Estado liberal, en la que la sociedad estaba conformada por «estados».

Por encima de las posiciones a favor o de perplejidad⁶¹ que estas opciones teóricas puedan provocar, no cabe duda de que se está en presencia de una tendencia que va consolidándose en el nuevo constitucionalismo y que la tradición jurídica occidental va recibiendo⁶², asimismo, sobre la base de algunos

⁵⁸ F. Vender, *Constitution Making* cit., pág. 17.

⁵⁹ Sobre este fenómeno, G. Rolla, *Le prospettive dei diritti*, cit., págs. 417 y ss.

⁶⁰ A. Pollis, *Towards a New Universalism; Reconstruction and Dialogue*, en *Netherlands Quarterly Human Rights*, 16, 1998, págs. 7 y ss. Sobre el argumento permítasenos la remisión a E. Ceccherini, *Diritti individuali v. Diritti comunitari*, en G. Rolla (Dir.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali*, cit., págs. 163 y ss.; G. Rolla, *La tutela costituzionale delle identità territoriali*, *ibidem*, págs. 111 y ss.

⁶¹ Hay quien expone los peligros de una indigenización de los derechos, respecto a su dimensión universalista, M. C. Davis, *Constitutionalism and Political Culture: The Debate over Human Rights and Asian Values*, en *Harvard of Human Rights Journal*, 11, 1998, pág. 110.

⁶² E. Denninger, *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*, Turín, 1996, págs. 23 y ss. Aun cuando no se trata de una Constitución estatal, el artículo 5, c. 1 de la Constitución de Brandeburgo (Alemania) define los grupos sociales como potenciales titulares de los derechos fundamentales.

recientes documentos internacionales. La propia Declaración de los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas adoptada por la Asamblea General de la ONU establece que: «*minorities may exercise their rights (...) individually as well as in community with other members of their group without any discrimination*».

La recepción en el texto constitucional del principio de la identidad comunitaria respecto al solipsismo liberal tiene consecuencias particularmente significativas, en cuanto que el reconocimiento de los grupos implica su incorporación entre los titulares potenciales de prestaciones estatales.

Al fenómeno de positivación de una pluralidad de situaciones jurídicas subjetivas en los textos constitucionales le acompaña otro elemento característico tendente a establecer en la categoría de los derechos una jerarquía surgida entre los mismos. En esencia, algunas Cartas fundamentales trazan una diferenciación entre derechos y su tutela inmediata, atribuyendo, por contra, a otros derechos una fuerza atenuada. En Perú, por ejemplo, existe —en el ámbito cultural— una diferencia entre derechos inmediatamente exigibles frente a los poderes del Estado y meros compromisos del Estado. En África es muy frecuente que los derechos económicos y sociales tengan valor programático y no sean inmediatamente exigibles frente a los tribunales por lo que, al igual que en el caso peruano, se habla de «principios directivos de las políticas públicas» (Ghana, 1992, Cap. VI; Malawi, 1994, Secc. 13-14; Namibia 1990, artículos 95-101). En este sentido, también pueden reseñarse el artículo 17 de la Constitución de Nigeria de 1979, que calificaba los derechos económicos y sociales como «*social objectives*». Entre estos se encontraban la igualdad en la procura de los medios de subsistencia y a obtener empleo, el principio de la igualdad retributiva en caso de empleos análogos, o la tutela de los jóvenes y de los ancianos que todavía figuran en el Capítulo II de la Constitución bajo la denominación de objetivos fundamentales y principios directivos de la política del Estado, su violación no podía ser jurídicamente sancionada⁶³.

La misma terminología de la Constitución nigeriana de 1979 es empleada por el Texto Constitucional de Albania de 1998, que clasifica, de manera precisa, como «*objetivos sociales*» algunas realizaciones relativas a la ocupación, al alojamiento, a los tratamientos médicos, a la educación, al medio ambiente, a la asistencia a los huérfanos, ancianos y discapacitados, a las actividades deportivas y de ocio, a la protección de las tradiciones nacionales y de la lengua, excluyendo su inmediata judicialidad⁶⁴. Sin embargo, curiosamente la Constitución establece que el Estado en lo relativo a estas materias intervendrá «*dentro de los límites de sus poderes y de los medios de los que dispone*» para «*integrar la iniciativa y la responsabilidad privada*». La fórmula reclama el principio de sub-

⁶³ S. Montinari, *Nigeria: questione etnica*, cit., pág. 102.

⁶⁴ M. Ganino, *La Costituzione albanese del 1998*, cit., pág. 33.

sidiariedad⁶⁵ e incide sobre el hecho de que en un Estado de recentísimas tradiciones democráticas no se haya hecho el esfuerzo de mantener la prioridad de acción en algunos ámbitos como la educación, o bien que haya abdicado en favor de la esfera privada, por ejemplo, la tutela de las tradiciones nacionales y de la lengua.

V. LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS

La casi totalidad de las Constituciones ha introducido institutos de garantía de los derechos desde las jurisdiccionales a las institucionales, como el principio de la separación de poderes, la reserva de ley, o el control de la constitucionalidad. Por encima de estos sistemas de tutela de los derechos fundamentales, patrimonio del constitucionalismo de la primera mitad del novecientos, se añaden otros sistemas de garantía que indirectamente que convierten a los derechos codificados en menos permeables a cambios para su atenuación.

Entre ellos pueden enumerarse: los procedimientos de revisión constitucional particularmente agravados para la modificación del catálogo de derechos, los mecanismos previstos para resolver el problema de las omisiones legislativas o la apertura al ordenamiento internacional.

1. Los procedimientos de revisión

La rigidez constitucional es una característica que, quizá, puede ser adscrita a la totalidad de las constituciones del mundo, con la debida exclusión de los países del *common law*, si bien estas últimas no han quedado excluidas del proceso de incorporación de documentos escritos, a los que se atribuye una cierta supremacía respecto a otros actos legislativos (*vid. supra*). De este modo, el reconocimiento de la rigidez constitucional consiente revisiones constitucionales sólo a través de procedimientos agravados respecto al procedimiento legislativo ordinario, ello con la finalidad de que el pacto entre asociados no se regule, en cuanto a su contenido esencial, por parte de mayorías simples y/o episódicas, sino que, por ello, su modificación debe obtener un consenso más amplio.

En la idea de lograr que algunos preceptos constitucionales estén asegurados y sean más estables, algunos ordenamientos han previsto la individualización de una pluralidad de procedimientos de revisión de la propia carta constitucional con el fin proyectar otra medida diferente sobre algunas partes del texto respecto de las restantes. Pretendiendo disponer sobre una línea hipotética las diversas gradaciones de la rigidez constitucional podríamos colocar en

⁶⁵ M. Ganino, *La Costituzione albanese del 1998*, cit., pág. 33.

una parte los preceptos que prevén la absoluta inmutabilidad de algunas partes del texto, otros que introducen procedimientos particularmente agravados respecto a los ordinarios para algunas secciones, por último, otros aquilatan un sólo proceso de enmienda para la totalidad del *corpus* constitucional. La experiencia comparada ofrece múltiples ejemplos de procedimientos diferenciados o «superagravados» de algunos preceptos de las Constituciones, que preservan, en la fase constituyente, elementos tan peculiares y caracterizadores del ordenamiento que su modificación debería afrontar un examen ponderado por parte de los órganos considerados como artífices de los procedimientos de revisión.

En los dos primeros supuestos, el Constituyente ha querido atribuir una importancia significativa a algunas partes del texto (*eternal guarantee clause*), para situarlas en una posición difícilmente inatacable. Se trata de normas que informan un ordenamiento determinado, cuya modificación haría necesaria la revivificación del poder constituyente, en cuanto que los grupos sociales e institucionales integrantes de ese Estado manifestarían la voluntad de cambiar el acuerdo y el proyecto que los vinculara y que diera vida a la Constitución.

Un análisis comparado permite mostrar una pluralidad de ejemplos de este tipo de cláusulas, que, a título de ejemplificación, estarían representadas por: la integridad territorial, la forma de gobierno, la forma de Estado y, particularmente, los derechos fundamentales.

Entre las normas que preservan la absoluta inmutabilidad de algunos artículos relativos a los derechos fundamentales puede citarse el artículo 9 de la Constitución de la República Checa que prohíbe la revisión de los artículos que caracterizan la Constitución como democrática y la acepción tradicional de sistema democrático se presenta de forma inseparable respecto a la presencia de un catálogo de derechos; la Constitución de Mali de 1992 —en el artículo 122— establece la no revisión constitucional de las normas que fijan el multipartidismo; el artículo 159 de la Constitución de Angola prescribe que las enmiendas a la Constitución deben de ser conformes con los derechos y las libertades de los ciudadanos⁶⁶, y análogamente, se expresa el artículo 178 de la Constitución argelina⁶⁷.

⁶⁶ En el mismo sentido, *cf.* el artículo 131 de la Constitución de Namibia de 1990: «No repeal or amendment of any of the provisions of chapter 3 hereof, insofar as such repeal or amendment diminishes or detracts from the fundamental rights and freedoms contained and defined in that chapter, shall be permissible under this Constitution, and no such purported repeal or amendment shall be valid or have any force or effect»; *cf.* asimismo, el artículo 148 párrafo 2 de la Constitución de Rumanía de 1991, «... no revision can be made if it results in the elimination of the basic rights and freedoms of citizens or of the guarantees of these rights and freedoms»; artículo 114 de la Constitución armenia (1995), en la que se establece que el principio democrático y de la supremacía de la ley no puede ser objeto de reforma; artículo 313 de la Constitución de Cabo Verde (1992): «1) The following may not be subject to revision: a)...; b)...; c) universal, direct, secret, periodic suffrage for the election of national and local office-holders; d)...; e)...; f)...; g) pluralism of expression and political organization and the right of opposition. 2) Laws of revision may not restrict or limit the rights, liberties, and guarantees established in the Constitution»; artículo 60, párrafo 3 (4) de la Constitución de Brasil (1988), «Proposed constitutional amendments shall not be discussed that tend to abolish the following: I...; II direct, secret, universal and periodic suffrage; III...; IV individual rights and guarantees». Artículo 225 de la Constitución de Chad, «No procedure of revision may be started or pursued if it interferes with...the freedoms and fundamental rights of citizen, political pluralism; artícu-

Desde esta situación de límites explícitos a la revisión constitucional, mediante los cuales los procedimientos de reforma no serían de por sí suficientes para imponer una modificación constitucional, se pasa a la experiencia de otros países en los que se prevén fórmulas de revisión agravadas respecto a las ordinarias.

En lo que afecta en mayor medida a nuestras reflexiones, esto es, a la inserción en las Constituciones de barreras procedimentales al *bill of rights*, lo que confirma la relevancia de los derechos fundamentales en algunas experiencias constitucionales, merecen destacarse las soluciones de Bulgaria, Rusia, Guatemala y Sudáfrica.

En el primer caso se determina la no enmienda a través del procedimiento ordinario del catálogo de los derechos fundamentales [art. 57.c), 1] y del precepto que impone durante la declaración del estado de guerra, la ley marcial o del estado de emergencia, el respeto de algunos derechos y libertades⁶⁸. Asimismo, el procedimiento ordinario de revisión no puede aplicarse a la norma que impone la directa aplicabilidad de la Constitución (art. 5, c.2) y a la previsión en virtud de la cual las fuentes internacionales prevalecen sobre la legislación interna (art. 54).

Incluso, los artículos 157 y 158 del Texto Constitucional prevén expresamente que, en el momento en que se advierta la necesidad de proceder a la modificación de estos preceptos, el órgano competente para esta función deberá ser la Gran Asamblea Nacional. Un órgano compuesto por 400 miembros cuyas competencias están expresamente atribuidas por la Constitución⁶⁹ y para cuya convocatoria es necesaria la mayoría favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

Sin embargo, la Constitución rusa de 1993 prevé que cuando hubiese de procederse a una modificación de la Sección 2.^a del texto reservado a la codificación de los derechos fundamentales sólo será posible si se convocase, a petición de las tres quintas partes de los miembros del Consejo Federal y de la Duma, una Asamblea Constituyente. Esta última debería adoptar sus decisiones o con la mayoría de los dos tercios de los miembros o sometiendo el texto a consulta popular (art. 135).

lo 142 de la Constitución de Moldavia (1994), «No revision shall be allowed if it results in the suppression of the fundamental rights and freedoms of citizens, or the guarantees of those rights and freedoms»; artículo 157 de la Constitución de Ucrania (1996), «The Constitution of Ukraine shall not be amended, if the amendments foresee the abolition or restriction of human and citizens, rights and freedoms».

⁶⁷ Además, si el mismo artículo establece la no revisión constitucional del dogma de que el Islam es la religión del Estado. Sea como fuere, en este mismo sentido se expresan todas las Constituciones de los Estados islámicos.

⁶⁸ En concreto son: el artículo 28 (derecho a la vida), artículo 29 (prohibición de tortura y de infligir tratos inhumanos; prohibición de efectuar experimentos científicos o médicos sin autorización); artículo 31, 1 y 3 (libertad personal y presunción de inocencia), artículo 31.1 (derecho a la *privacy*, al honor y a la reputación); artículo 37 (libertad religiosa).

⁶⁹ Por encima de los artículos indicados la Gran Asamblea Nacional puede, ex artículo 158, adoptar una nueva Constitución, deliberar sobre las alteraciones territoriales y sobre ratificación de los pactos internacionales que comportan una modificación del territorio, proceder a una reforma de la forma de gobierno o de los procedimientos de revisión.

Los derechos comprendidos en el Capítulo Primero del Título II de la Constitución de Guatemala⁷⁰ sólo pueden ser reformados por la Asamblea Nacional Constituyente (arts. 278 y 279), convocada tras el voto afirmativo de las 2/3 partes de los miembros del Congreso. El decreto de convocatoria deberá, además, indicar los artículos que se pretenden afectar por la reforma.

El procedimiento de promulgación de una nueva Constitución viene específicamente predeterminado en la Constitución de Sudáfrica (arts. 68 a 74) que prevé una Asamblea Constitucional, cuya actuación queda limitada por el respeto a los principios constitucionales previstos. El sobrevenido oscurecimiento de esta obligación ha sido reconocido de manera directa por la Corte Constitucional, que se incorpora al procedimiento de formación de la nueva Carta Fundamental, antes de someter el texto a un voto referendario.

La opción concluida por algunos «neo-constituyentes» induce a algunas reflexiones de orden general que permiten identificar un desencaje entre algunos principios apreciados por la doctrina occidental y el constitucionalismo más reciente. Estas normas constitucionales han optado por sustraer a los procedimientos de reforma ordinaria algunas partes del texto, para cuya modificación se prevé la institución de la Asamblea Constituyente.

Se percibe el intento de regular procedimentalmente un momento particularmente delicado de la Historia constitucional de un país, en general reconducible a tensiones y a provocar consecuencias de quiebra. La previsión de una Asamblea constituyente, podía, en un sentido hipotético, conjurar o, al menos, atenuar la tentación de acontecimientos de eversión, dirigiendo las fuerzas previamente dispuestas para el cambio a través de soluciones legales. El poder de las Asambleas constituyentes se configura, no en concomitancia con la ruptura del régimen preexistente, sino en una lógica de cuasi-continuidad con él; el viejo ordenamiento, de hecho, condiciona las modalidades de actuación para instaurar el nuevo.

La duda que surge en torno a si ante de estos ejemplos nos hallamos frente a verdaderas y auténticas asambleas constituyentes, consideradas como órganos que ejercitan un poder esencialmente libre desde el punto de vista jurídico⁷¹, o si, más allá del *nomen*, éstos se configuran como órganos *ad hoc*, competentes para un específico procedimiento de revisión, de modo que su actuación estaría condicionada por sus límites derivados de la precedente constitución a reformar.

La doctrina europea ha afrontado el problema de los límites a la reforma constitucional, que se sustanciaría en la legitimidad de las reformas inscritas en el ámbito interno de una línea de continuidad del Estado⁷² y, en este

⁷⁰ Los derechos sometidos a la revisión reforzada son los derechos civiles, por encima de ello, los otros capítulos del catálogo de los derechos son los derechos sociales y los derechos y deberes políticos.

⁷¹ Sobre el poder constituyente, A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, Pádua, 1996, págs. 60 y ss.; F. Pierandrei, *La Costituzione e il potere costituyente*, en *Scritti di Diritto Costituzionale*, Turín, págs. 7 y ss.

⁷² V. Crisafulli, *Costituzione*, en *Enciclopedia Giuridica del Novecento*, 1976, pp.20 y ss.; A. Pizzorusso, *Commento all'articolo 138*, en G. Branca (Dir.), *Commentario della Costituzione*, Bolonia-Roma, 1981, págs. 724 y ss.; P. Barile, U. de Siervo, *Revisione della Costituzione*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Turín, 1968, págs. 777 y ss.

sentido, las nuevas Constituciones son pródigas en límites y gravámenes procedimentales a la propia reforma, optando, así, por la permanencia —al menos en cuanto a su núcleo esencial— de las decisiones constitucionales de fondo.

Puede apreciarse el intento por parte de los nuevos constituyentes de salvaguardar a través de la enucleación de límites o de procedimientos super-reforzados, los principios generales del ordenamiento y, sobre todo, el *Bill of Rights*, con el fin de reforzar el sistema de las garantías para los ciudadanos. Además, resurgen algunas incertidumbres acerca del complejo sostenimiento de estos límites, en cuadros iguales e institucionales en los que sería muy difícil hacerlos valer. Análogas reflexiones no pueden extenderse a los países que han afrontado recientemente procesos de democratización y que, todavía, se encuentran atravesando este tránsito. Así, la inserción de límites pierde su significado, siempre y cuando no existan órganos fuertemente legitimados en grado bastante como para hacerlos valer, y la referida sociedad civil no manifieste un fuerte ataque a los principios fundadores del ordenamiento y, por consiguiente, no está en condiciones de oponerse a la práctica de procedimientos subrepticios de reforma⁷³. En este sentido, es significativa la experiencia sudafricana, que reconoce a la Corte Constitucional como un poder capaz de verificar u oponerse a las revisiones *extra ordinem*.

2. Las omisiones legislativas

Una ulterior garantía de los derechos codificados en las constituciones se ofrece por los textos que expresamente prevén ciertos mecanismos, a fin de que los preceptos previstos en el texto constitucional encuentren, en todo caso, aplicación incluso para el supuesto de inactividad total o parcial por parte del Legislador.

En este sentido, resulta interesante la experiencia de la Constitución de Brasil de 1988 cuyo artículo 103.2 establece que una vez que el Tribunal Federal Supremo ha verificado la existencia de una omisión por parte de alguno de los órganos del Estado que tenga como efecto la ineficacia de un precepto constitucional, debe reclamarse al poder incumplidor para que emita el acto y si se tratara de un órgano de la Administración el tiempo previsto es de treinta días.

En este caso no se trata sólo de un procedimiento sancionador en la esfera del legislador, si no de cualquier poder competente para promulgar normas de actuación de la Constitución; tal vez, por ello la Constitución habla de «*medios para hacer efectiva una norma constitucional*» es posible admitir que no sólo los órganos constitucionales sean los destinatarios de las sentencias del Tribunal sino de cualquier órgano del Estado.

⁷³ L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bolonia, 1996, pág. 154, que habla del carácter relativo a los límites sustanciales de la revisión.

El texto constitucional, además, legitima en conjunto un número amplio de sujetos para recurrir en caso de omisión, entre ellos: el Presidente de la República, la Mesa del Senado, la Mesa de la Cámara, la Mesa de una Asamblea Legislativa de los Estados Federados, los Gobernadores de los Estados, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, un partido político que cuente con representación parlamentaria, una organización sindical o de representación de una entidad social a nivel nacional.

La declaración de inconstitucionalidad por omisión puede tener diversos efectos según quién sea el órgano autor de la omisión. En el caso de que se tratara de órganos legislativos o judiciales, el Tribunal notifica la determinada omisión que vulnera el texto constitucional e invita a proveer; en el caso de que sea un órgano de la Administración el órgano jurisdiccional supremo brasileño concede treinta días para intervenir.

Las normas constitucionales no disponen nada relativo al hecho de si después los órganos incumplidores suplen su inactividad y respecto a este aspecto la doctrina ha asumido posiciones contrapuestas.

Por una parte, hay quien mantiene que las sentencias tienen simplemente un efecto declarativo, de manera que los destinatarios de la censura quedarían absolutamente liberados de tener que proveer la propia inactividad; por otra parte, hay quien ha sostenido la competencia del Tribunal para emanar normas provisionales cuya eficacia estaría subordinada a la intervención del Poder legislativo.

En este último caso, surgen dos aspectos: el primero afecta a la mayor efectividad de las normas constitucionales y la mayor tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos, en el caso de suplencia por el Tribunal en el ámbito del Legislativo; el segundo, por contra, llama la atención sobre los difíciles equilibrios entre los órganos del Estado y la influencia sobre la forma de gobierno.

Surgirían menos elementos críticos desde el momento en que se concibiera la intervención por suplencia por parte del órgano de justicia constitucional en la esfera de la Administración, en cuanto que la norma constitucional imponiendo el término de treinta días, parece asignarle una imperatividad propia que, en cualquier momento que fuera desatendida, podría comportar un recurso en la vía penal por el delito de desobediencia con base en el artículo 339 del Código Penal Brasileño, o de prevaricación en el sentido previsto en el artículo 319.

Esta es la disciplina relativa a las omisiones, pero el ordenamiento brasileño conoce un instituto particular en lo que se refiere a las omisiones concernientes a los derechos fundamentales: el denominado *mandado de injunção*.

Se trata de un control de constitucionalidad por omisión de tipo concreto y no abstracto como en el caso precedente. La regulación de este instituto, introducido por primera vez en la experiencia brasileña con la Constitución de 1988, está prevista en el artículo 5.c), 71 que alude al *mandado* como remedio ante la falta de normas reguladoras relativas a los derechos y libertades constitucionales, a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.

Los órganos competentes para aprobar un *mandado* son: el Tribunal Federal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia y todos los órganos jurisdiccionales sean militares, electorales, de lo social o federales.

Los órganos competentes aprueban un acto que garantiza para un caso concreto al ciudadano el ejercicio de los propios derechos y las libertades, de las normas constitucionales. Es un acto creado para el recurrente particular y no como la categoría precedente con eficacia *erga omnes*; el contenido de la decisión no es otro que atribuir el derecho que se reclama, definiendo también cuáles sean las condiciones para satisfacción directa de este derecho.

La relevancia del instituto se evidencia también por los sujetos titulares del recurso que son tanto los ciudadanos nacionales como los extranjeros, y las personas físicas como las jurídicas, por ejemplo, las organizaciones sindicales. No solamente pueden ser destinatarios del *mandado* los órganos del Estado sino también los particulares y, por ello, también las empresas, etc.⁷⁴.

El recurso de inconstitucionalidad por omisión está previsto también en Costa Rica, más específicamente en virtud del artículo 73 pár. f) de la Ley reguladora de la jurisdicción constitucional num. 7315, de 18 de octubre de 1989. El control se determina para un caso concreto y debe agotarse previamente el contencioso frente a los órganos jurisdiccionales ordinarios y administrativos, a menos que la naturaleza de la lesión no produzca efectos individuales y directos o se trate de intereses difusos o que interesen a la comunidad en su conjunto. El control por omisión puede ser impulsado de oficio por el *Contralor General de la República*, el *Procurador General de la República*, el *Fiscal General de la República* y el *Defensor de los Habitantes*.

Asimismo, a la Corte Constitucional húngara compete el control de constitucionalidad por omisión con base en la Ley número 32 de 1989. El control puede ser iniciado de oficio por los sujetos lesionados por la omisión. Con la sentencia el Tribunal invita al órgano incumplidor a proveer dentro de un período determinado.

También en Angola se reconoce una competencia similar, prevista por el artículo 156 de la Constitución. La legitimación activa corresponde al Presidente de la República a una quinta parte de los Diputados y al Procurador General. Las declaraciones se limitan a invitar al órgano inerte a proveer.

E incluso, los tribunales provinciales argentinos son competentes para dictar sentencias con el fin de suplir la omisión legislativa o reglamentaria por parte de los órganos del mismo ámbito territorial.

Más allá de las soluciones adoptadas en cada uno de los países, todas ellas pertenecientes a períodos recentísimos, es indudable que estas técnicas encuentran sus antecedentes teóricos, en el concreto instituto del *writ of mandamus* estadounidense. En virtud del cual se podía recurrir a los tribunales con la finalidad de hacer emanar de ellos un *writ* que obligara a una autoridad a cumplir un deber que legalmente se le imponía, aun cuando este ejercicio no estuviese todavía reglamentado.

⁷⁴ J. J. Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1998, págs. 208 y ss.

La Ley judicial de 1789, de hecho, autorizaba a la Corte Suprema a emitir estos *writ of mandamus* «en el ámbito de cualquier tribunal o persona perteneciente a los Estados Unidos». Incluso, esta competencia se declaró inconstitucional en el caso de *Marbury vs. Madison* en 1803⁷⁵.

3. La influencia del ordenamiento internacional

La penetración del ordenamiento internacional en cada Estado, en la actualidad, tiene lugar sobre todo a través del sistema de fuentes, incorporando al sistema la normativa del Derecho Internacional y atribuyéndole una jerarquía superior a las normas internas.

La fase actual del constitucionalismo está contraseñada por el fenómeno de hipertrofia de los textos constitucionales, lo cual es debido a la aptitud de los recientes constituyentes codificando un gran número de preceptos en las constituciones, sobre todo en el campo de los derechos. El objetivo prefijado puede ser el de los derechos del hombre, un ámbito de amplios confines, que debe ser cubierto en el mayor grado posible por normas de rango constitucional, manifestando, en esencia, una escasa confianza en las técnicas interpretativas extensivas de algunas cláusulas.

La otra cara de la hipertrofia constitucional está representada por el peligro de que una excesiva codificación, también con disposiciones que podrían aspirar al máximo rango de las fuentes secundarias, convierta a la Constitución en poco elástica, por consiguiente, poco dúctil respecto a los cambios que las mutaciones culturales, sociales y tecnológicas puedan generar. La excesiva especificación puede inducir a concluir que todo lo que no esté expresamente previsto queda desprovisto de tutela, terminando, por ello, por conseguir el objetivo opuesto al perseguido por los constituyentes que, por el contrario, parecen haber querido conferir un amplio espacio y visión de cualquier situación jurídica subjetiva que pueda ser relevante para los individuos.

Para hacer frente a esta carencia de elasticidad constitucional y, al mismo tiempo, mantener el objetivo de ofrecer en abstracto la mayor tutela posible de los derechos de los ciudadanos, las recientes constituciones han introducido algunas cláusulas de «elasticidad». A estas pueden adscribirse las referidas cláusulas de apertura al ordenamiento internacional.

En esta fase, el reclamo al ordenamiento internacional se ha codificado en su mayor parte de manera específica, atribuyendo a las normas de derivación internacional cobertura constitucional. Los procesos de globalización ligados tanto a los flujos económicos y comerciales, como al incremento de fenómenos de integración supranacional pueden contribuir a explicar en parte el fenómeno de la internacionalización de las constituciones nacionales, incluso en lo que concierne al ámbito relativo a la tutela de los derechos. El proceso de ósmosis que parece haber investido muchas de las cartas constitucionales

⁷⁵ F. Fernández Segado, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, 1994, págs. 160 y ss.

más recientes consiente un mayor dinamismo interpretativo de los preceptos allí contenidos, que muy a menudo se subordinan a lo dispuesto por la normativa internacional. A través de este proceso, por consiguiente, puede atemperarse el peligro de que una excesiva y prolija codificación de los derechos fundamentales cause un efecto de petrificación del Derecho, impidiendo así a la Constitución quedar estancada en el tiempo, al ser capaz de adaptarse a los cambios de la Historia, de la cultura, etc.

Las Constituciones, mediante cláusulas de apertura, dictan las normas que sitúan los tratados y las convenciones internacionales o como fuentes constitucionales, o subconstitucionales, hasta el punto de elevarlos como parámetro de legitimidad de la legislación ordinaria subsiguiente.

La relevancia del fenómeno es cuantitativamente incisiva, a través de un examen de las constituciones puede afirmarse que casi la totalidad de éstas prevén los mecanismos de apertura de la normativa internacional.

Las opciones que surgen son fundamentalmente dos: o la atribución de rango constitucional o el grado de sub-constitucional, aun superior a las leyes del Estado.

En el primer caso pueden traerse a colación, a título de mero ejemplo, el artículo 23 de la Constitución venezolana, que sitúa a los tratados, los pactos y las convenciones relativas a los derechos humanos en el mismo plano de la Constitución e impone su directa aplicación.

Así en este sentido, se mueve la Constitución argentina que dispone que otros tratados y convenciones sobre derechos humanos no expresamente citados en la Constitución pueden adquirir el rango de constitucionales, siempre y cuando reciban la aprobación del Congreso por una mayoría de 2/3 de los miembros de cada Cámara. Y también el artículo 137 de la Constitución del Ecuador, así como el artículo 103 de la Carta de Perú, el artículo 32 de la Constitución de Santo Domingo y el artículo 144 de la de Guatemala.

Tienen, en cambio, rango de fuentes legales, pero en todo caso superior a las leyes internas, los tratados y las convenciones que protegen a los trabajadores (*ex art.* 102 de la Constitución de Guatemala) y que representan la definición mínima de la tutela de los derechos. El artículo 20 de la Constitución rumana indica expresamente que entre un contraste entre normativa interna e internacional la prevalencia debe ser acordada para esta última. El artículo 4, párrafo 2, de la Constitución de Moldavia (1994) expresamente establece que en caso de conflicto entre una norma interna y otra internacional debe prevalecer esta última y en sentido análogo se pronuncia el artículo 11 de la Carta de la República de Eslovaquia.

Otra diferenciación que puede hacerse entre las técnicas de recepción de la normativa internacional es la relativa a la existencia al menos de un catálogo de los documentos internacionales, a los que el constituyente haya querido atribuir esta prevalencia en el ámbito del ordenamiento interno.

Es decir, hay constituciones que exclusivamente se limitan a afirmar semejante prevalencia a todos los tratados o convenciones internacionales sobre los derechos humanos ratificados según los procedimientos indicados.

En el segundo caso, el ordenamiento nacional ha preferido individualizar cuáles son exactamente las fuentes internacionales a las que hacer referencia en el proceso de adecuación de la Constitución al Derecho Internacional.

Es el caso del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución argentina de 1994, que enumera una serie de tratados y convenciones internacionales, que son definidos como complementarios a los derechos y a las garantías reconocidas en la Constitución. Y también el artículo 7 de la Constitución de Benin convierte en parte integrante de la Constitución y de la normativa nacional la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de las Personas⁷⁶.

Ambas técnicas contienen aspectos problemáticos. La primera, pese a que aparentemente se configura como de grande apertura, deja, sin embargo, discrecionalidad a los operadores jurídicos a la hora de valorar cuáles son los tratados y las convenciones internacionales sobre los derechos humanos que adquieren una fuerza superior a la ley. En efecto, si no subsisten problemas a la hora de individualizar los tratados o convenciones generales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos, muchas otras incertidumbres surgen en lo referente a las fuentes paccionadas circunscritas a determinados ámbitos o aquellas que, por el contrario, afectan a derechos sociales e imponen una obligación de prestación para el Estado.

Para la primera categoría puede citarse la Convención de la AJA sobre los derechos del joven en el procedimiento de adopción, mientras para la segunda pueden referirse todas aquellas convenciones sobre derechos de los trabajadores, sobre las condiciones de trabajo y sobre los derechos culturales.

Sin embargo, tampoco la opción de redactar un elenco cerrado de los tratados permanece inmune a las críticas. De hecho, se concede una mayor certeza y reduce a ciertos límites la discrecionalidad de los órganos estatales y es cierto que para su ampliación es necesario llegar a una explícita reforma constitucional. Esta última, tal vez, pueda ser difícil de llevar a cabo allá donde el procedimiento sea particularmente agravado. De este modo, una ampliación de la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas a nivel internacional no produciría efectos en los ordenamientos particulares.

Absolutamente prevalente en las nuevas constituciones es la opción de la inmediata aplicabilidad y prevalencia de las fuentes internacionales paccionadas, más que la de la adaptación automática a los principios generales del ordenamiento internacional, si bien no faltan tampoco algunos ejemplos en tal sentido.

Entre ellos podemos citar: el artículo 43 de la Constitución de Armenia de 1993 que determina que los derechos y las libertades presentes en la Constitución no representan un catálogo exhaustivo y no deben ser interpretados de manera tal que se excluyan otros derechos y libertades universalmente reconocidos. Esta norma parece ser el fruto de una determinación precisa por

⁷⁶ G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Il Mulino, Bolonia, 1998, pág. 140.

parte de los constituyentes y parece específicamente como si dirigiera al ordenamiento internacional a atribuir una mayor ductilidad a las normas constitucionales para que, en caso de permanecer insuficientes para la garantía de los nuevos derechos, éstos puedan ser integrados.

En sentido análogo, el artículo 7 de la Constitución de Georgia (1996) establece que el Estado «*recognizes and protects universally recognized human rights and freedoms as inalienable and supreme human values. The exercise of power by the people and the State are restricted by these rights and freedoms as direct active law*». Y también el artículo 17 de la Constitución rusa de 1993, que dispone que los derechos y las libertades se garanticen conforme a los principios generalmente reconocidos y las normas del Derecho Internacional.

La preeminencia acordada para las normas paccionadas probablemente ha de reconducirse a la percepción por la que los procedimientos de ratificación, confiados a los órganos legislativos pueden de algún modo desempeñar la función de control de legitimidad respecto a los tratados internacionales; por el contrario, los principios generalmente reconocidos que se configuran como normas consuetudinarias parecen huir completamente del proceso creador de cada ordenamiento en particular. Incluso no puede olvidarse que los referidos principios son absolutamente generales y pertenecen, ahora ya, a la tradición jurídica de cada Estado (*ne bis in idem*, *pacta sunt servandí*, etc.).

En esta sumaria panorámica de las técnicas de apertura de las nuevas constituciones a la normativa internacional, destacan por su originalidad las disposiciones de los textos de Polonia y de Albania. En efecto, el artículo 122.c), 2 de la Constitución albanesa de 1998 coloca, en la jerarquía de las fuentes, a los acuerdos internacionales ratificados por el Parlamento⁷⁷ en un grado inmediatamente inferior a la Constitución y superior al de las leyes, por consiguiente, también a las leyes orgánicas, a falta de exclusiones implícitas.

Los recientes textos albanés y polaco dan, no obstante, un paso ulterior en la tendencia a la internacionalización del ordenamiento. En efecto, por encima de conferir cobertura subconstitucional a las normas convencionales ratificadas, cumple la misma función también para todas las normas emanadas de la legislación ordinaria, en caso de que esto fuera un requisito previsto en el tratado constitutivo⁷⁸.

La previsión de esta disposición, completamente desconocida en las constituciones más recientes, posibilita la penetración en el ordenamiento interno de todos aquellos preceptos que han emanado de organismos internacionales y que son normalmente objeto de recepción directa o indirecta por parte de la normativa interna. Con esta técnica vienen a superarse las confusiones que, por ejemplo, dimanaban de la directa aplicación de las fuentes comunitarias en el ordenamiento italiano. La Corte Constitucional como es sabido, ha garan-

⁷⁷ Y así es, con base en el artículo 121 para los tratados políticos que implican consecuencias sobre el territorio y sobre la paz, sobre los derechos y libertades de los ciudadanos, sobre la adhesión del país a organizaciones internacionales, que implican gravámenes financieros o la modificación de las leyes.

⁷⁸ M. Ganino, *La Costituzione albanese del 1998*, cit., págs. 34 y ss.

tizado siempre este principio a través del artículo 11 de la Constitución italiana, en virtud del cual estarían legitimadas las «limitaciones de la soberanía necesarias para que un ordenamiento asegure la paz y la justicia entre las Naciones» y, por consiguiente, la no aplicación de las fuentes comunitarias comportaría una lesión indirecta del artículo 11⁷⁹.

Resulta evidente que el sustrato jurisprudencial de las naciones europeas ha servido de modelo en países como Albania o Polonia y es posible que, a través de estas previsiones, se hayan preconstituido sus adhesiones a la Unión Europea.

En conjunto se asiste al abatimiento de los confines de la propia *domestic jurisdiction* de los derechos fundamentales que se abren a la normativa proveniente del ordenamiento internacional. Así, se permite una especie de adecuación automática del propio Derecho interno respecto a los cambios operados en el ámbito internacional.

En este contexto es interesante observar también el fenómeno por el cual las fuentes internacionales integradas en esfera interna de los Estados asumen en la jerarquía de las fuentes un rango superior al de la propia legislación nacional.

Se trata de una tendencia del constitucionalismo más reciente, consistente en la integración entre ordenamientos⁸⁰ que produce además una consecuencia ulterior: en efecto, mayor es la concordancia entre el catálogo de los derechos internos y los documentos internacionales, más fuerte resulta la legitimación de los ordenamientos⁸¹. Por consiguiente, tal vez también a este perfil pueden adscribirse las conspicuas referencias a la normativa internacional sobre los derechos fundamentales.

Se trata, en todo caso, de una operación que ha tenido sus orígenes en el artículo 10.2 de la Constitución española de 1978 que establece que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos ratificados por España; de forma análoga, la Constitución portuguesa de 1976 (art. 16) impone por vía de la interpretación la consonancia con la Declaración Universal.

Algunas de las más recientes cartas constitucionales han importado este modelo, si bien de manera más condicionada y específica, obteniendo el resultado —al menos formal— de ofrecer una mayor tutela de los derechos de

⁷⁹ Sobre este tema, L. Paladin, *Le fonti*, cit., págs. 419 y ss.; P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, págs. 2418 y ss.; F. Sorrentino, *Corte Costituzionale e Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, Milán, 1970-1973, págs. 115 y ss.; ID., *Le fonti*, Génova, 1991, págs. 157 y ss.; ID., *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione comunitaria*, en *Quaderni Costituzionali*, 1993, págs. 94 y ss.; G. L. Tosato, *Regolamenti comunitari*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, págs. 686 y ss.; G. Demuro, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di applicazione dei regolamenti comunitari*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1987, págs. 2381 y ss.; M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milán, 1995; F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milán, 1995.

⁸⁰ H. Masnatta, *Argentina: verso una Costituzione «integrazionista»*, en M. Carducci (Dir), *Il costituzionalismo «parallelo»*, cit., págs. 191 y ss.

⁸¹ E. Denninger, *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*, cit., pág. 57.

los ciudadanos, en cuanto se ancla la interpretación interna de un derecho al modo en el que este pervive en el Derecho Internacional.

Un ejemplo ulterior que indica la especificación de esta tendencia constitucional lo ofrece el artículo 48 de la Constitución de las Islas Seychelles (1993). Este precepto dispone que la interpretación de las normas sobre los derechos y libertades debe ser coherente con la normativa internacional ratificada por el Estado y, para ello, los órganos jurisprudenciales deben de tener presente: a) las fuentes internacionales relativas a los derechos fundamentales; b) las relaciones y posiciones de los órganos predeterminados para el control y la promoción de las convenciones sobre derechos humanos; d) finalmente, las constituciones de otros países democráticos.

Ulterior (y tal vez más cualitativo) ejemplo de esta opción constitucional, es el representado por Sudáfrica y Australia. En el caso del país africano, la Corte Constitucional consulta regularmente la jurisprudencia de los órganos internacionales sobre protección de los derechos humanos; incluso, haciendo referencia a los órganos jurisdiccionales pertenecientes a sistemas de protección de los derechos extraños a Sudáfrica como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos⁸².

De forma análoga, en Australia los órganos del poder judicial se han mostrado progresivamente más sensibles al análisis comparativo con la jurisprudencia de la Comisión Europea de los Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, así como de los Tribunales Supremos canadiense y estadounidense⁸³.

Este fenómeno que contempla cómo los operadores jurídicos nacionales toman el arranque y la confrontación desde la jurisprudencia de los órganos internacionales, a posteriori, incrementa la tendencia a la progresiva aproximación entre los ordenamientos nacionales y el internacional, si bien sin llegar a la efectiva creación de un *unicum*.

Esta *escalation* hacia los *standards* de protección a nivel internacional representa un elemento de fuerte integración entre los países que comparten, además de principios, también instituciones extranacionales o supranacionales⁸⁴.

Resulta interesante observar que el Derecho viviente y la formación de los juristas no son ya determinados por un *vertical comparativism*, en el que adqui-

⁸² Cfr. La resolución de la Corte Constitucional de Sudáfrica de 22 de septiembre de 1995, *Farieda Coetzee and the Government of the Republic of South Africa in the Matter of N.J. Matiso and others and the Commanding Officer, Port Elisabeth Prison and others*, Sentencia núm. CCT 22/94, pág. 52.; en sentido análogo a la Corte Constitucional sudafricana, la Alta Corte de Namibia, cfr. *High Court, Kausea v. Minister of Home affairs and others*, Decisión de 15 de junio de 1994, Sentencia núm. A125/94, en the *Namibian Law Reports* 1994 p.102; J. Kokott, *From Reception and Transplantation*, cit., págs. 131 y ss.

⁸³ El proceso de apertura a la jurisprudencia de órganos internacionales tiene su origen en Australia en 1991, año en el que este país ratificó el Primer Protocolo opcional del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, y por el cual un individuo puede acudir al Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y, por consiguiente, lo resuelto por los órganos judiciales nacionales puede ser sometido a censura por parte del organismo internacional, J. Doyle, B. Wells, *How Far Can the Common Law Go Towards Protecting Human Rights*, en P. Alston (Dir), *Promoting Human Rights*, cit., pág. 54.

⁸⁴ F. Vener, *Constitution Making* cit., pág. 20.

ría un relieve significativo el estudio histórico de las tradiciones jurídicas del propio país, sino por un *horizontal comparativism*, en el que, en ocasiones, se opta por el método comparativo respecto a las experiencias constitucionales contemporáneas⁸⁵.

El deslizamiento de la protección de los derechos desde el nivel nacional al supranacional tiene en sí mismo el mérito de situar los derechos en un ámbito en el que la codificación está, por fuerza, menos informada histórica y culturalmente y permite ofrecer así protección a los grupos sociales, minorías que a nivel estatal por razones históricas no son reconocidas⁸⁶, abriendo espacios a las expresiones del pluralismo social que no encuentran salida en el ámbito de las instituciones nacionales y sub-nacionales.

Este fenómeno consta de dos aspectos: uno de valencia positiva relativo a la ampliación de los de los sujetos tutelados, el otro con implicaciones menos cristalinas que puede terminar por reprobar equilibrios en el interior de los Estados alcanzados de forma fatigosa en sede de codificación constitucional.

La circulación de los modelos culturales y la subsiguiente recepción a nivel interno de los modelos, técnicas e institutos de protección consiente una apropiación de los mismos y la subsiguiente asimilación; por el contrario, la inmisión automática en el ámbito doméstico de normativas internacionales termina por redimensionar el papel de cada uno de los países y su capacidad de informar el propio ordenamiento en el campo de la tutela de los derechos. En efecto, hay que preguntarse qué peso tienen los países en un tribunal internacional en la determinación de las fuentes paccionadas⁸⁷.

⁸⁵ J. Kokott, *From Reception and Transplantation*, cit., págs. 132 y ss.; J. Ludwikoswli, *Constitution Making in the Countries of Former Soviet Dominance: Current Development*, en *Georgia Journal of International Comparative Law*, 23, 1993, págs. 155 y 267.

⁸⁶ P. Ridola, *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*, en *Quaderni Costituzionali*, 1, 2000, pág. 29.

⁸⁷ I. Pogany, *Constitution Making*, cit., págs. 174 y ss.