

LAS «GENERACIONES» DE DERECHOS*

Por ALESSANDRO PIZZORUSSO**

SUMARIO

1. LAS GENERACIONES DE DERECHOS Y LA PROGRESIVA AFIRMACIÓN DE LA JURIDICIDAD DE SUS ENUNCIACIONES.—2. LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS CONSTITUCIONES MODERNAS.—3. LOS CONTENIDOS DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS TUTELADAS COMO ELEMENTO DISTINTIVO DE LAS GENERACIONES DE DERECHOS.—4. LAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LAS DECLARACIONES DE DERECHOS Y SUS CONSECUENCIAS.—5. LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE COMPORTAN UNA PRETENSIÓN RESPECTO A LOS PODERES PÚBLICOS EN DERECHO ITALIANO.—6. LA DIFERENTE TUTELA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.—7. LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN Y LOS LÍMITES DE LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—8. CONCLUSIONES SOBRE EL ALCANCE JURÍDICO DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR «GENERACIONES».

1. LAS GENERACIONES DE DERECHOS Y LA PROGRESIVA AFIRMACIÓN DE LA JURIDICIDAD DE SUS ENUNCIACIONES

De «generaciones» de derechos se habla —tomando una expresión habitualmente empleada respecto de cierta clase de máquinas— para clasificar, según cual sea el predominio de su contenido normativo y sobre la base de su evolución histórica, los catálogos de derechos cuya tutela se

* El presente escrito constituye una reelaboración de la ponencia mantenida durante el coloquio organizado por la Universidad Robert Schumann de Estrasburgo, que tuvo lugar los días 15 y 16 de junio de 2001.

** Profesor Ordinario (Catedrático) de Derecho Constitucional de la Universidad de Pisa.

asegura en documentos denominados «cartas», «declaraciones», etcétera, o en constituciones de tipo moderno¹.

La serie de proclamaciones de este tipo no se remonta más allá del siglo XVIII. Se inicia con los documentos que fueron redactados bajo la influencia del movimiento político y cultural que se conoce con el nombre de «constitucionalismo», cuyos primeros productos fueron la *Déclaration des droits del homme et du citoyen* de 1789 y los textos americanos análogos, contemporáneos o poco anteriores a ella. Los documentos de este tipo que fueron adoptados en siglos anteriores (que, sin embargo, presentaban a veces características profundamente diferentes y solo fueron asumidos en algunos textos ingleses en la época moderna) cumplen en cierta forma una función análoga². Esto no significa que algunas importantes aportaciones a las que la doctrina jurídica había llegado antes no desarrollasen un papel importante en relación con la tutela de los derechos fundamentales; un ejemplo indudable de lo que se dice es el caso de la progresiva afinación de la la noción de «derecho subjetivo». Al mismo tiempo, no hay duda de que formas de tutela de las minorías, elaboradas en el período histórico en que las guerras de religión arreciaron principalmente en Europa, hayan encontrado importantes aplicaciones cuando la idea de tolerancia ha empezado a recibir más amplio crédito y también a ser aplicada a fenómenos diferentes del religioso.

Paralela a la redacción de las «cartas de derechos» en el ámbito del constitucionalismo, fue la de las primeras «constituciones» modernas, unas veces tras la deliberación del pueblo o de sus representantes; otras, al ser otorgadas * por los soberanos. Estas constituciones, fueran del tipo que fuesen, tuvieron como contenido esencial, y a menudo exclusivo, un complejo de reglas y principios referidos a la organización constitucional del Estado (comenzando, en las monarquías, por las reglas de sucesión al trono)³. Ambas clases de documentos (declaraciones de derechos y constitu-

¹ Cfr. sobre la noción moderna de Constitución entre las últimas aportaciones M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 179 y ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 71 y ss.

² Cfr. M. PUGLIESE, «Appunti per una storia della protezione dei diritti umani» (relación presentada en el Congreso Internacional Extraordinario de Derecho Procesal, con ocasión del noveno centenario de la Universidad de Bolonia), en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, pp. 619 y ss.; así como las intervenciones realizadas como consecuencia de los actos organizados por la *Accademia Nazionale dei Lincei* con motivo del 50 aniversario del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, desarrollados en Roma los días 16 y 17 de noviembre de 2000 (en imprenta).

* [N. del T.] En francés en el original: *octroyées*.

³ En relación con esto, de «codificación constitucional», habla G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 22 y ss.; donde pone de manifiesto la relación de cuasi complementariedad que a veces se ha establecido entre

ciones) se entrecruzaron a menudo; el modo más habitual fue el de introducir una declaración de derechos como «preámbulo» de una constitución (así ocurrió en Francia en 1793, en 1795, en 1848 y en 1946). Otra forma fue la del reenvío: un artículo contenido en la Constitución remitía al texto de una declaración de derechos ya conocido (como sucede en Francia en la constitución de 1958). En cambio, en Estados Unidos, ya desde 1791 se tomó la decisión de insertar un grupo de artículos en la Constitución de 1787 (comúnmente denominados *Bill of Rights*), a causa de la aprobación de las primeras diez enmiendas de la propia Constitución.

En Europa, en cambio, por lo menos hasta la Constitución de Weimar (adoptada en Alemania en 1919), fue predominante la idea de que lo que debía contener ante todo una constitución eran normas organizativas y, así, cuando las constituciones del siglo XIX incluyeron algunas enunciaciones de principios en materia de derechos del hombre, casi siempre se trató de pocos artículos y no de un texto dotado de una mínima sistemática (de igual modo ocurrió en el caso del Estatuto Albertino, adoptado en el Reino de Cerdeña en 1848; que se convirtió en la primera constitución italiana tras la unificación nacional). En muchos Estados de la Europa continental, en efecto, la afirmación efectiva de los derechos resultó principalmente obra de los códigos y, en particular, del Código Civil, a menudo capaz de desarrollar, mucho más que la misma Constitución, el papel de una declaración de este tipo.

La distinción principal entre los diferentes desarrollos que sucedieron a cada lado del Atlántico no dependió tanto de la forma adoptada (pues se trató de documentos parecidos), sino de la clase de efectos que se reconoció a las proposiciones enunciadas en cada uno de ellos⁴. En efecto, enseguida se consideró que los artículos de la Constitución estadounidense atribúan directamente derechos a los ciudadanos y, tras el célebre *vuelco* jurisprudencial de 1803 (que reconoció a los jueces el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes), se les reconoció fuerza invalidante frente a las normas jurídicas incompatibles con ellos.

Después de Weimar, el orden binario de las constituciones también se empleó de forma común en Europa; así lo encontramos en la Constitución española de 1931, en la soviética de 1936 (cuya escasa correspondencia con la realidad del país no impidió que desarrollase un papel de cierto relieve en los debates políticos y culturales del tiempo) y sucesivamente en las adoptadas en la segunda mitad del siglo XX, comenzando por

ésta y la codificación civil. Más en general, sobre codificación constitucional, véase C. GREWE y H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, Paris, 1995, pp. 143 y ss.

⁴ Cfr. A. PIZZORUSSO, «La costituzione come documento politico e come norma giuridica», en M. FIORAVANTI y S. GUERRIERI (coords.), *La Costituzione italiana*, Atti del convegno di Roma del 20-21 febbraio 1998, Carocci, Roma, 1998, pp. 273 y ss.

la italiana de 1947 y la alemana de 1949. Esta realidad es la causa de que hoy se entienda mal, al menos en el ámbito estatal, una declaración de derechos separada de una constitución o una constitución que no comprenda también una declaración de derechos. También, en el ámbito del debate —todavía en curso— sobre la oportunidad de llegar a la adopción de una *Constitución de la Unión Europea*, el problema de la aprobación de una declaración de derechos, destinada a constituir un núcleo esencial de tal Constitución, está afectada claramente por esta tradición.

2. LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS CONSTITUCIONES MODERNAS

Una evolución desarrollada de esta manera se revela así claramente ligada al progresivo acercamiento de la noción europea de constitución a la noción norteamericana, que configuró este acto normativo como un *higher law* susceptible de ser utilizado desde el principio como parámetro de la constitucionalidad de las leyes ordinarias y como base de todo el orden jurídico vigente en el país. Si bien con unos recorridos muy diferentes hasta su consolidación, también en Europa el establecimiento de formas de justicia constitucional tuvo entre sus efectos el reconocimiento de la juridicidad y la vinculación de las disposiciones constitucionales y, en particular, de las relacionadas con los derechos fundamentales⁵.

Fue en un primer momento la doctrina constitucional, especialmente la alemana⁶, la que puso las bases de una concepción jurídica de la constitución, parcialmente diferente de la norteamericana; aunque dotada de efectos del mismo tipo. A los desarrollos prácticos —muy modestos en todo caso—, que hubo en Austria en la primera posguerra y en España durante la breve experiencia de la Segunda República⁷, respondieron más tarde la Decisión n.1/1956 del Tribunal Constitucional italiano⁸, que reconoció efectos jurídicos a las disposiciones «programáticas» de la Constitución de 1947⁹ y la Decisión n.71-44 DC del Consejo Constitucional francés¹⁰, que atribuyó análoga fuerza normativa a la Declaración de 1789

⁵ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

⁶ El art. 1.3 de la Constitución alemana de 1949 dispone explícitamente que los derechos fundamentales tutelados por ella «vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en cuanto normas dotadas de eficacia directa».

⁷ Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

⁸ «Corte cost., 14 giugno 1956», n. 1, en *Foro it.*, 1956, I, 833.

⁹ Sobre la base de la elaboración teórica desarrollada sobre todo por V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952.

¹⁰ «Conseil Const., 16 luglio 1971», n. 44 DC, en *Foro italiano*, 1971, IV, 253;

y a los demás principios comprendidos en lo que se denominó, en 1971, «bloc de constitutionnalité»¹¹ (este *bloque* incluía textos considerados en el pasado sobre todo como declaraciones dotadas de efectos políticos). En el curso de la segunda mitad del siglo XX, el modelo europeo de justicia constitucional que derivó de estas experiencias llegó a presentarse como una alternativa respecto del modelo estadounidense¹².

También debe señalarse que, en otros casos, la inserción de un catálogo de derechos en la constitución de algunos Estados se ha realizado mediante el reenvío desde disposiciones constitucionales a documentos adoptados en sede internacional; técnica que ha tenido una amplia floración a partir de la Declaración Universal aprobada por las Naciones Unidas en 1948. Un ejemplo particularmente llamativo del recurso a esta técnica lo ofrece la Constitución argentina de 1994, cuyo art. 75, § 22, inciso 2, contiene una larga lista de tratados en materia de derechos humanos a los que se reconoce el rango de fuentes constitucionales; así como la función integradora de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución misma. Por otra parte, también otras constituciones recientes hacen reenvíos al Derecho internacional humanitario, colocándolo en una posición superior con respecto del Derecho estatal¹³.

sobre esto, cfr. L. FAVOREU y L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1999, pp. 252 y ss.

¹¹ Sobre esta noción véase L. FAVOREU, «Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel», en *Recueil d'études en Hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1977, pp. 33 y ss.; F. RUBIO LLORENTE, «El bloque de constitucionalidad», en *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 99 y ss.

¹² A. VON BRÜNNECK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien. Ein systematischer Vergleich*, Nomos, Baden Baden, 1992.

¹³ El caso de la Constitución italiana se presenta, en cambio, bajo este perfil mucho más incierto, dado que la invocación a las «normas del Derecho internacional generalmente reconocidas» de las que el art. 10, generalmente, se entiende referido en exclusiva al Derecho internacional consuetudinario (que comprende a veces principios humanitarios, pero no las declaraciones de derechos en cuanto tales), mientras que la referencia a las «limitaciones de soberanía» del art. 11 se interpreta en el sentido de comportar la superioridad del Derecho comunitario, que por otro lado, hasta este momento al menos, no contiene un verdadero y auténtico catálogo de derechos fundamentales. La interesante indicación aportada por la Sentencia núm. 10/1993 del Tribunal Constitucional italiano («Corte cost., 19 gennaio 1993», n. 10, en *Foro italiano*, 1993, I, 1374), según la cual las normas del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, aun cuando se reciban en el ordenamiento interno simplemente mediante ley ordinaria, constituirían «normas derivadas de una fuente reconducible a una competencia atípica y, como tales, no susceptibles de derogación o de modificación por parte de disposiciones con rango de ley ordinaria» no ha producido hasta el presente consecuencias equiparables a las de una constitucionalización plena del Convenio. En particular, en el cotejo con el Derecho comunitario, la jurisprudencia constitucional italiana, al igual que la alemana, admite la

Haciendo abstracción de las interrelaciones de los ordenamientos estatales con el ordenamiento internacional o el comunitario, se puede decir hoy que la redacción de una constitución escrita articulada en dos partes (donde la primera contiene una lista de los derechos y deberes; y la segunda, las líneas generales de la organización constitucional) representa la forma normal como se procede ante la necesidad de la realización de un Estado democrático moderno. Naturalmente, esto no excluye la existencia aún hoy de países en los que una ordenación tendencialmente demócrata-liberal de las instituciones opera sin haberse provisto el Estado de una constitución escrita dotada de tales características; lo que se ha debido, sin duda, a las soluciones diferentes que se han seguido —pese al largo periodo atravesado— desde la época en la que los principios fundamentales de la democracia liberal fueron enunciados en el marco de las doctrinas ilustradas hasta la de su progresiva afirmación en Europa y en el mundo. Sin embargo, puede decirse que está en curso una evolución de este tipo y, entre las manifestaciones más recientes, una de las más significativas la constituye la reciente recepción de la Convención Europea de Derechos Humanos en el Derecho interno de Gran Bretaña, por medio de la *Human Rights Act* de 1998.

No obstante, no se puede dejar de recordar la construcción jurisprudencial que se ha hecho también, a veces, de la protección de los derechos fundamentales, como consecuencia de la falta de enunciados precisos en las constituciones o en otros documentos oficiales¹⁴.

3. LOS CONTENIDOS DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS TUTELADAS COMO ELEMENTO DISTINTIVO DE LAS GENERACIONES DE DERECHOS

En el curso de esta evolución, se han venido desarrollando los contenidos de los derechos protegidos del modo más diverso. A partir de esto, tradicionalmente se distinguen «tres generaciones» de derechos. Los derechos de la «primera generación» (o de los textos que los enuncian) están orientados sobre todo a la tutela de las libertades clásicas; éstas se dirigen, por un lado, a impedir intromisiones injustificadas en la persona como ser moral y en su esfera privada y, por otro, a permitir la formación autónoma de las propias decisiones y la manifestación del pensamiento individual. La «segunda generación» se ocupa sobre todo de la tutela

posibilidad de configurar los principios supremos de la Constitución sin que deban estar subordinados a los que derivan de aquél.

¹⁴ Cfr. M. C. PONTHEAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française*, Economica, Paris, 1994.

de los «derechos sociales», elaborados sobre las huellas de las doctrinas que llevaron a la realización del *Welfare State*¹⁵. Los derechos de la «tercera generación» contestan a necesidades cuya importancia ha sido apreciada más recientemente; se trata de los relativos a la salud, a la vivienda, al entorno o medio, a la paz, etcétera¹⁶.

De esta clasificación, se han hecho a veces paralelismos con otras, como, por ejemplo, con las que tradicionalmente distinguieron entre libertades «negativas» (en cuanto se concretaban en la prohibición de interferir en la esfera individual) y «positivas» (en tanto que se refieren a las pretensiones del individuo a recibir determinadas prestaciones por parte de los poderes públicos); o bien las que diferencian unas «libertades de los antiguos» (dirigidas a la participación del individuo en el ejercicio de las funciones públicas) frente a unas «libertades de los modernos» (tendientes a la defensa de la esfera de autonomía del individuo respecto del Estado).

A los problemas que conciernen a los contenidos de los derechos fundamentales, se unen luego los relativos a las formas en que se tutelan. En este ámbito, es posible hallar tanto disquisiciones referidas a ordenamientos de siglos pasados (como, por ejemplo, la desarrollada en torno a la configuración entre *rights* y *remedies*, esto es, entre derechos sustanciales y derechos procesales) como discusiones relativamente nuevas, sobre todo las que hacen referencia al empleo (con la finalidad de tutelar los derechos) del control de legitimidad de los actos administrativos y del control de constitucionalidad de las leyes, dirigido a obtener una construcción más acabada del *Rechtsstaat*. Entre los institutos de la justicia constitucional contruidos en la época contemporánea a partir del Derecho estatal, se encuentran algunos destinados específicamente a realizar la tutela de los derechos de libertad; son los casos del «*habeas corpus*», del «recurso de amparo» o del «*Verfassungsbeschwerde*». Junto a ellos, por lo general, también coexisten y actúan instrumentos de tutela dirigidos a proteger, a

¹⁵ Sobre derechos sociales, consúltese entre las últimas aportaciones (también para referencias posteriores) G. CORSO, «I diritti sociali nella Costituzione italiana», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, pp. 755 y ss.; W. SCHMIDT, *I diritti fondamentali sociali nella Repubblica federale tedesca*, *ibid.*, pp. 785 y ss.; A. BALDASSARRE, «Diritti sociali», voz de la *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma, 1989; M. LUCIANI, «Sui diritti sociali», en R. ROMBOLI (al cuidado de), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 79 y ss.; P. COSTA, «Alle origini dei diritti sociali: "Arbeitender Staat" e tradizione solidaristica», en G. GOZZI (al cuidado de), *Democrazia, diritti, costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 277 y ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2000.

¹⁶ Cfr., entre otros, G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Eudema, Madrid, 1991; traducción italiana, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 95 y ss.; GREWE y RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, cit., pp. 160 y ss.; A. ROUX, en L. FAVOREU y otros, *Droit des libertés fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2000, pp. 273 y ss.

través de la actividad de los jueces ordinarios o administrativos, la mayoría de las situaciones jurídicas subjetivas establecidas mediante leyes ordinarias¹⁷.

El problema que nos proponemos examinar en estas páginas consiste en valorar si el reparto de las declaraciones de derechos en generaciones corresponde a un tipo diferente de tutela judicial, específico de los derechos cuya tutela se realiza a través de las actividades referidas a una u otra de las generaciones sumariamente descritas más arriba, o si tal división concierne solamente al desarrollo histórico de los acontecimientos que han llevado a la progresiva ampliación de la tutela de los derechos fundamentales.

En caso de creer fundada la primera alternativa, en efecto, se podría extraer un principio de orden sistemático del reparto de derechos entre generaciones, del que deducir que cada grupo de derechos tutelados puede aspirar solamente a las formas de tutela concretamente empleadas respecto de la generación correspondiente. Si, en cambio, se cree fundada la segunda alternativa, solamente debería asignarse interés histórico al reparto de los textos de los derechos en generaciones, excluyéndose cualquier reflejo sobre la interpretación del Derecho aplicable en el ámbito de los distintos ordenamientos que no se justifique por datos normativos específicos.

4. LAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LAS DECLARACIONES DE DERECHOS Y SUS CONSECUENCIAS

Las características que más a menudo han inducido a distinguir los enunciados contenidos en las declaraciones de derechos o en las constituciones pertenecientes a las distintas generaciones derivan —más allá de los contenidos propios a los que la tutela se refiere— de su mayor o menor grado de abstracción y generalidad. En muchos casos, en efecto, las proposiciones elaboradas con este objetivo no contienen tanto la indicación de un supuesto de hecho abstracto, como una simple indicación de obje-

¹⁷ Cfr., en relación con el ordenamiento español (que junto al *amparo constitucional* prevé también un *amparo ordinario*), M. CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, y otros ensayos de diversos autores publicados en *Cuadernos de Derecho Público*, 1999, pp. 97 y ss. Sobre problemas análogos expuestos en otros países, véase R. ROMBOLI, *La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia*, *ibid.*, pp. 15 y ss.; A. WEBER, *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania*, *ibid.*, pp. 41 y ss.; Th. S. RENOUX, *La jurisdicción ordinaria francesa y la Constitución: ¿indiferencia, convergencia o competencia?*, *ibid.*, pp. 65 y ss.; M. ROSENFELD, *Interpretación judicial y aplicación de la Constitución en los Estados Unidos*, *ibid.*, pp. 77 y ss.

tivo y, por este motivo, han sido calificadas con frecuencia como «normas meramente programáticas». Esta característica, además, se ve acentuada en ocasiones por el hecho de que reenvían a una ley para hallar las reglas necesarias que permitan hacer efectivo el principio expresado; lo que induce a algunos intérpretes a creer que sólo la ley está dotada de los caracteres propios de un acto normativo capaz de producir efectos jurídicos.

Observaciones de este género —que, en realidad, no faltan tampoco respecto de disposiciones contenidas en declaraciones de derechos de la primera generación— se han vertido de modo más específico con referencia a los derechos de la segunda (y de la tercera). Se ha dicho en concreto que estos últimos se solucionan generalmente con una atribución al titular del derecho que obliga a los poderes públicos a esforzarse en la realización de ciertos objetivos; mientras que los derechos de la primera generación se solucionan por lo común con una reivindicación de la libertad de hacer (o de no hacer) algo, sin padecer interferencias por parte de los poderes públicos.

Estas consideraciones ponen de manifiesto como, en los casos en los que es necesario adoptar una normativa oportuna para realizar la tutela de los derechos fundamentales, la redacción de los textos normativos normalmente se desarrolla en más fases: una se dedica a la declaración de principios; otra (u otras) a la redacción de las reglas de aplicación. Desde las tradiciones que se inspiran en el constitucionalismo —a las que ya se ha hecho referencia—, las declaraciones de principios encuentran su lugar en las constituciones, o en textos de derechos o documentos internacionales a las que aquéllas reenvían, y presentan análogas características en su sintetismo, por lo que a menudo se limitan a formular un principio o a indicar un objetivo. La consecuencia de ello es que se reclama explícita o implícitamente la labor de las leyes ordinarias para aplicar tales indicaciones y, en los ordenamientos de muchos países, se hace también respecto de las normas reglamentarias o locales para desarrollar e integrar la disciplina legislativa.

Cuando se recurre a esta técnica, la disciplina jurídica de cierta materia (o, respectivamente, de cierto supuesto de hecho) se reparte entre los textos constitucionales, legislativos y, en su caso, reglamentarios que la conciernen (también, a veces, entre los documentos a los que éstos reenvían). Y ya que el empleo de esta técnica se permite por las reglas generales del sistema de fuentes del Derecho, normalmente puede aplicarse independientemente de que haya una llamada explícita contenida en la norma constitucional respecto de un caso específico, con la consecuencia de que los reenvíos a la ley contenidos en textos constitucionales (o los reenvíos al reglamento contenidos en textos legislativos) no tienen ningún efecto particular habilitante de tales actividades normativas; si acaso, tie-

nen efectos de otro tipo (por ejemplo, el de establecer, en la materia en cuestión, una reserva de ley) o bien ningún efecto (si solo repiten las normas que disciplinan con carácter general el sistema de fuentes).

El problema de la eficacia jurídica de las declaraciones de principios que programan la tutela de los derechos fundamentales no se produce, sin embargo, en caso de que el proyecto que persigue se haya cumplido y el texto constitucional que contiene el principio sea desarrollado por normas legislativas o reglamentarias, o de ambas clases. De hecho, en tal caso, el juez, o el operador jurídico que tenga que aplicar la disciplina que realiza la tutela de los supuestos de hecho concretos, aplicará las reglas que resulten del complejo de disposiciones que les atañen, fundiéndolas, mediante la actividad interpretativa que resulte oportuna, con el objeto de contar con una disciplina orgánica y completa. En este supuesto, poco cuenta que la materia contenida en la declaración de derechos o en la constitución sea más o menos sumaria, o incluso presente lagunas, cuando puede ser resuelta con éxito por la actividad legislativa o, en su caso, reglamentaria.

5. LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE COMPORTAN UNA PRETENSIÓN RESPECTO DE LOS PODERES PÚBLICOS EN DERECHO ITALIANO

El problema se produce, en cambio, cuando las indicaciones de principio contenidas en las declaraciones de derechos o en la Constitución no han sido desarrolladas por el legislador ordinario y, por tanto, el juez, u otro operador práctico, dispone solamente de una disciplina fragmentaria, integrada por una disposición de principio o una indicación de objetivo. Esta situación se verificó frecuentemente en Italia en el período siguiente a la entrada en vigor de la Constitución de 1947, a causa del escaso empeño puesto por el legislador ordinario en la aplicación de los principios en materia de derechos de libertad que contenía. Frente a una jurisprudencia del Tribunal de Casación que sostenía que las normas «programáticas» no eran directamente aplicables, en cuanto dependientes exclusivamente de la voluntad del legislador, el Tribunal Constitucional afirmó la «preceptividad» de tales normas, hecho que había de entenderse como mínimo en el sentido de determinar la inconstitucionalidad de eventuales normas ordinarias de signo contrario (es decir, que pretendiesen impedir la consecución de los objetivos establecidos por el legislador constituyente)¹⁸.

Debe hacerse hincapié, además, en los esfuerzos realizados por alguna jurisprudencia constitucional para superar las dificultades derivadas de la

¹⁸ «Corte cost., 14 giugno 1956», n.1, cit.

inexistencia de una obligación del juez de adecuarse a las orientaciones expresadas en las sentencias «interpretativas de rechazo» de sus tribunales constitucionales. Así sucedía, por ejemplo, en Derecho italiano. En ellas se condicionaba la falta de fundamento de la cuestión planteada a la adopción de una interpretación constitucionalmente conforme de la ley impugnada¹⁹. Estos esfuerzos condujeron a la *Corte costituzionale* a adoptar sentencias «adicionales», mediante las que trató de suplir la falta de disposiciones de aplicación del principio constitucional declarando la ley impugnada inconstitucional «en la parte en que no dispuso» lo necesario para desarrollarlo. Dado, sin embargo, que las sentencias de este tipo llevaban al Tribunal Constitucional italiano a sustituir al legislador, fijó que solamente serían admisibles en los casos en que la integración de la legislación vigente que fue necesaria para llenar la «omisión legislativa» resultara absolutamente unívoca²⁰, teniendo que salvaguardarse, en caso contrario, la discrecionalidad del legislador a través de una declaración de inadmisibilidad de la cuestión.

Las sentencias adicionales que fueron adoptadas por el Tribunal Constitucional italiano a menudo tuvieron como objeto la realización de derechos de prestación, reivindicados respecto de los poderes públicos a partir del dictado constitucional de derechos sociales (es decir, de derechos de segunda generación); lo que dio lugar a críticas, en particular, por el hecho de comportar gastos, a veces ingentes, a cargo del presupuesto del Estado. Como consecuencia de esto, se discutió si era extensible también al Tribunal Constitucional italiano la obligación de cobertura financiera de las enmiendas legislativas que comportasen mayores gastos o menores ingresos en el presupuesto estatal (establecido por el art. 81, inciso 4, Cost. italiana)²¹. La respuesta predominantemente dada a esta pregunta fue negativa (puesto que el juez, también el constitucional, verifica el Derecho, no crea el Derecho, actividad propia del legislador); no obstante, la *Corte costituzionale* se preocupó de evitar situaciones de este género y, a tal fin, se dotó con una estructura interior, denominada *Ufficio per la documentazione e la quantificazione finanziaria*, al cual se ha asignado la tarea de valorar preventivamente los costes que derivarían para el erario de eventuales sentencias adicionales.

¹⁹ Cfr. Th. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*, Economica-PUAM, Paris-Aix en Provence, 1997.

²⁰ Debe tratarse, por tanto, de una inconstitucionalidad «a rime obbligate», según la eficaz fórmula sugerida por V. CRISAFULLI, «La Corte costituzionale ha vent'anni», en *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, CEDAM, Padova, 1984, pp. 69 y ss., esp. 84.

²¹ Cfr. «Le sentenze della Corte costituzionale e l'art.81, u.c., della Costituzione» (*Atti del seminario organizzato dalla Corte costituzionale e svoltosi a Roma nei giorni 8-9 novembre 1991*), Giuffrè, Milano, 1993.

De hecho, en el período que siguió, el Tribunal Constitucional italiano evitó pronunciar sentencias que comportaran pesadas cargas para el presupuesto del Estado y trató de encontrar una solución diferente al problema a través de un nuevo tipo de pronunciamiento (denominado «adicional de principio»), mediante el que declara la inconstitucionalidad de la parte de la ley impugnada que no desarrolla o aplica el principio constitucional tutelado como derecho social; pero limitándose a reafirmar el principio mismo, sin precisar las consecuencias concretas de la violación sobre el presupuesto (competencia del legislador); de suerte tal que las sentencias de este tipo determinen por medio de este último un vínculo más estrecho que el que pudieren establecer las motivaciones de las sentencias de rechazo o inadmisibilidad. En la práctica jurisprudencial reciente, las sentencias adicionales de principio también han abierto otra posibilidad: la de que sea el juez ordinario el que deduzca de ellas, en su tarea normal de interpretación, la regla a seguir en el caso concreto, como aplicación directa de la Constitución²².

Si bien, de cuanto se acaba de referir, puede comprenderse que esta práctica jurisprudencial ha puesto en evidencia las dificultades específicamente propias de la tutela constitucional de los derechos sociales, no puede decirse, sin embargo, que emerja de ella una diferenciación intrínseca respecto de los otros derechos fundamentales en cuanto a su juridicidad y en cuanto a su justiciabilidad. Las diferencias que ha puesto en evidencia este hecho son inherentes a los contenidos propios de estos derechos; como sucede de manera análoga, por ejemplo, con las distintas exigencias que presentan la tutela de los derechos reales y la de los derechos de obligaciones, que, pese a ello, no excluyen en absoluto su pertenencia al género común de los derechos y, en lo que se refiere a los que son objeto de nuestro estudio y por la misma analogía, al de los derechos fundamentales.

6. LA DIFERENTE TUTELA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Una diferenciación específica de la tutela prevista para los derechos de la primera y de la segunda generaciones la encontramos, en cambio, en la Constitución española. Su origen se halla en dos apartados del artículo 53. En el párrafo segundo del citado artículo, se dispone que las libertades y derechos previstos en el art. 14 (dedicado al principio de

²² C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, CEDAM, Padova, 1996; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996; G. P. DOLSO, «Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, pp. 4111 y ss.

igualdad) y en la primera sección del capítulo segundo de la Constitución (relativa a los derechos de primera generación), así como la objeción de conciencia (art. 30) disponen, para su protección, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y de la tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad²³. El tercer apartado del mismo artículo limita la posibilidad de deducir pretensiones respecto de los derechos establecidos en el tercer capítulo del título II (los llamados *principios rectores de la política social y económica*) ante la jurisdicción ordinaria y dispone que sólo es posible de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Los dos tipos de limitación que derivan de este texto constitucional demuestran, mucho más que el ejemplo italiano, que es posible que la distinción entre los derechos de primera generación (sobre todo en cuanto se refieran a la defensa del individuo frente a los públicos poderes) y los de segunda (cuando comportan pretensiones respecto de tales poderes) se refleje en la diferente tutela jurídica convenida para unos y otros. Pese a ello, semejante distinción no demuestra que resulte como una consecuencia necesaria de una estructura diversa.

Esta consideración vale claramente para la primera limitación establecida en el párrafo segundo del art. 53, desde el momento en que la diferencia que introduce consiste en no hacer aplicable a los derechos sociales el instrumento especial de tutela que es el *amparo* y no hay duda (sobre todo, en un sistema procesal en el que no esté vigente el principio *remedies precede rights*) de que la inaplicabilidad de una tutela procesal distinta de por sí no quita nada (bajo el perfil sustancial) a la pretensión cuya tutela no sea aplicable y donde lo sean en exclusiva los procedimientos de carácter general (o eventualmente otros).

Más significativa es la segunda limitación, en virtud de la cual, en realidad, es el mismo derecho sustancial el que resulta limitado en cuanto a su deducibilidad ante un juez ordinario. Debe notarse, sin embargo, el hecho de que la fórmula empleada en el tercer párrafo del art. 53 no excluya, sino que más bien presuponga que el dictado constitucional de los *principios rectores de la política social y económica* pueda constituir el fundamento de derechos; sólo puede subordinarse la deducibilidad en juicio de tales derechos a su materialización (*desarrollo*) por parte del legislador²⁴.

²³ Cfr., entre los últimos, P. PÉREZ TREMPES, «Art. 41», en J. L. REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 633 y ss.

²⁴ Cfr. J. L. CASCAJO CASTRO, «La tutela constitucional de los derechos sociales», en *Cuadernos y Debates*, núm. 5, 1988; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 478 y ss. Sobre inconstitucionalidad por omisión cfr., en particular, J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas,

Aun cuando esta disposición limita la deducibilidad de estos principios ante el juez ordinario, no excluye, sino que más bien e implícitamente afirma su deducibilidad ante el juez constitucional (aunque deba hacerse mediante un procedimiento diferente del *amparo*). Por ello, se puede pensar, además, que prevea la posibilidad de una tutela jurisdiccional de tales derechos que se desarrolle por un doble paso: primero, ante el juez constitucional; luego, ante el juez ordinario, en caso de que el primero haya reconocido el fundamento constitucional de la pretensión. Y, de hecho, debe tenerse presente (aunque los casos de aplicación de esta construcción no son frecuentes en la experiencia jurídica española) que la violación de los principios constitucionales en materia social puede constituir causa de inconstitucionalidad de las leyes²⁵.

La consecuencia que se puede extraer del ejemplo español es que indudablemente la distinción entre derechos individuales y derechos sociales (que *grosso modo* se corresponde con la de derechos de primera y segunda generación) puede ser utilizada por el legislador constituyente para establecer una distinción de la tutela jurisdiccional que haya de acordarse para unos y otros; pero que esta diferencia no está destinada necesaria-

Madrid, 1998; M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 40 y ss.

²⁵ Cfr., por ejemplo, las Sentencias 45/1989 y 14/1992 del Tribunal Constitucional. En la primera se lee «que la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género [...], ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida». En la segunda, a propósito del art. 51 Cost., sobre la tutela de los consumidores, se afirma que «este precepto enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios. Los cuales, al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución [...]. Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 de la Constitución), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio. Así ocurre con el art. 51.1 de la Constitución, que determina unos fines y unas acciones de gran latitud, que pueden ser realizados con fórmulas de distinto contenido y alcance. Pero, en cualquier caso, son normas que **deben** informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3 de la Constitución)».

mente a contraponer intereses jurídicamente tutelados con intereses privados de tal tutela.

7. LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN Y LOS LÍMITES DE LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Mientras los derechos de las dos primeras «generaciones» presentan un factor de diferenciación bastante claro para calificar a los de la primera como derechos «individuales» y a los de la segunda como derechos «sociales» (o bien, con mayor precisión, en derechos tendentes a defender al individuo de las interferencias de los poderes públicos, los primeros; y en «pretensiones» a conseguir de prestaciones públicas de vario género, los segundos), los mencionados derechos de tercera generación presentan un carácter menos unívoco, con lo que, a veces, parece que se aproximan a los primeros y, otras, a los segundos.

Si, por tanto, la distinción entre los primeros y los segundos aparece potencialmente utilizable gracias a unas diferencias de carácter en esencia ciertas, que deben necesariamente ser las de carácter jurídico, resulta mucho más arduo el empleo como categoría jurídica de los derechos «de tercera generación», habida cuenta de que no se contraponen de modo claro y unívoco a los de las otras dos categorías.

Dicho lo cual, parece oportuno dedicar alguna consideración a un problema diferente, cuya solución incide de forma mucho más clara en la delimitación del ámbito de aplicación de la noción de «derechos fundamentales» y que resulta del alcance que se asigna a los enunciados de carácter general que encontramos a menudo en las declaraciones de derechos o en las constituciones, en los que se hace referencia a los derechos fundamentales (o a expresiones equivalentes) sin que, no obstante, se indique un catálogo preciso de los mismos²⁶.

Respecto de las proclamaciones de este género, desde hace tiempo se ha desarrollado una discusión acerca de la posibilidad de considerar la categoría de los derechos fundamentales como «abierta» o como «cerrada», entendiéndose, por los partidarios de la primera tesis, que la concreción de los derechos individuales cuya tutela está reconocida puede ser cumplida por el juez, o por otros operadores jurídicos, a partir de argumentaciones interpretativas de tipo analógico o, en todo caso, susceptibles de suplir, desde otra clase de argumentaciones, el silencio de los textos legales. En este sentido, son típicas las operaciones interpretativas que pretenden poner al día los enunciados de los derechos de libertad en pa-

²⁶ Sobre la cuestión cfr., entre los últimos que se han referido a ello, F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.

ralelo a los progresos de las ciencias; por ejemplo, extendiendo a los vehículos de motor los extremos que se acordaron respecto de la circulación de las carrozas de caballos; o bien, aplicando a los modernos medios de comunicación telemática, los principios establecidos en relación con la prensa, etcétera. Pero también son importantes los intentos que se han efectuado para integrar derechos fundamentales que resultan de especificaciones de otros derechos provenientes de una tradición más antigua o de la valoración entre derechos que se refieren a intereses contrapuestos, etcétera.

Sin negar la oportunidad de que el legislador intervenga también, tempestivamente, en el ámbito de la revisión constitucional para poner al día los textos vigentes de acuerdo con las variaciones de la realidad respecto de la que debe actuar, parece necesario admitir que, cuando tales puestas al día se hacen esperar, por una razón o por otra, también los intérpretes —comenzando por los específicamente calificados para este objetivo— se afanan por sacar de los materiales normativos a su disposición todos los contenidos que pueden resultar útiles para solucionar este género de problemas.

La experiencia práctica nos enseña, por lo demás, ejemplos de textos constitucionales que no contienen un catálogo real de derechos fundamentales; pero que, sin embargo, explícita o implícitamente asignan a esta categoría el papel que, en la mayor parte de los países, les corresponde de acuerdo con esta naturaleza; con ello, hacen inevitable la intervención de los órganos más autorizados para desarrollar la actividad de interpretación, entre los que los tribunales supremos y constitucionales se presentan sin duda en primera línea.

8. CONCLUSIONES SOBRE EL ALCANCE JURÍDICO DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR «GENERACIONES»

Sobre la base de lo expuesto, parece posible llegar a una conclusión acerca del papel que debe asignarse a la clasificación de los derechos fundamentales por «generaciones». La conclusión no puede ser otra que considerar que tal actividad tenga sobre todo relieve para la historia (y para la crónica) de los acontecimientos constitucionales de la época contemporánea y de los últimos dos o tres siglos.

Parece, en cambio, que la distinción de las generaciones de derechos (o de los documentos en que se proclama la defensa de los mismos) no presenta un carácter lo suficientemente preciso para poder ser utilizada como una noción jurídica, ni en el plano legislativo, ni en el de la interpretación sistemática; sea en el ámbito doctrinal, jurisprudencial o cualquier otro. Si lo que se pretende es eso, deben referirse otras clasificacio-

nes —por lo demás, desde hace tiempo manejadas por la doctrina constitucional—, como son las que contraponen los derechos de libertad, que se realizan con la interdicción de las injerencias de los poderes públicos en la esfera propia de los individuos (y que tienen su punta de lanza en la libertad de circulación y establecimiento), de las que se realizan en la libertad de conciencia y expresión (con sus relativas especificaciones y con las libertades instrumentales de la misma) y de las que comportan pretensiones para beneficiarse constitucionalmente de formas de previsión y asistencia aseguradas.

Estas apreciaciones generalmente encuentran desarrollos posteriores en toda una serie de subdistinciones sobre la que no es el caso de detenerse en esta sede. Sí, en cambio, es el momento de volver a recordar el principio —que ha recibido en los últimos tiempos algunos importantes apoyos²⁷— de la indivisibilidad de los derechos fundamentales (y, en particular, de los derechos «civiles» y de los derechos «sociales»²⁸) y el principio de la necesaria justiciabilidad de los derechos fundamentales, cualquiera que sea su contenido²⁹.

(Traducción: DANIEL BERZOSA LÓPEZ) *

²⁷ En la conferencia ministerial sobre los derechos del hombre, desarrollada en Roma el 5 de noviembre de 1990; afirmación incluida en el preámbulo del texto revisado de la Carta Social Europea del 3 de mayo de 1996.

²⁸ La Carta de Derechos de la Unión Europea (aprobada en la Conferencia Europea de Niza: 7-9 de diciembre de 2000) también se ha inspirado en el principio de indivisibilidad de los derechos civiles y sociales.

²⁹ «Corte cost., 11 febbraio 1999», n. 26 (ponente G. Zagrebelsky, en especial § 3.1), en *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 183.

* Becario de Investigación de la Comunidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Departamento de Derecho Constitucional.

