

# TÉCNICAS DE CODIFICACIÓN Y CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ALGUNAS CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Giancarlo Rolla\*

Traducido del italiano por Leonardo Sánchez Mesa

## SUMARIO

- 1.- La Carta de derechos fundamentales en el proceso de constitucionalización de la Unión.
- 2.- Técnicas de codificación inherentes al reconocimiento de los derechos fundamentales.
- 3.- Cláusulas constitucionales orientadas a la implementación de los derechos fundamentales.
- 4.- Cláusulas constitucionales para la ponderación de los derechos e intereses.
- 5.- Cláusulas de mera interpretación de las disposiciones constitucionales en materia de derechos.

## 1. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN

Varios autores han avanzado dudas argumentadas con respecto a la naturaleza constituyente del proceso que ha llevado a la aprobación del Tratado por el que se aprueba una Constitución para Europa; y los contradictorios sucesos del proceso de ratificación, sin duda, no hacen sino alimentar tales plejidades<sup>1</sup>.

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Génova.

<sup>1</sup> Véase por todos, con respecto al debate en torno a la naturaleza jurídica del Tratado por el que se aprueba una Constitución para Europa: DÍEZ PICAZO, "¿Tratado o Constitu-

En efecto, resulta bastante difícil encuadrar las distintas etapas que han marcado la evolución constitucional y la ampliación de la Unión Europea entre las manifestaciones de ejercicio del poder constituyente: especialmente si nos mantenemos fieles a la noción consolidada en el tiempo y tradicionalmente aceptada en virtud de la cual se trataría de un poder originario, primario, incondicionado, perfectamente capaz de decidir los modos en los cuales él mismo pretende ejercitarse<sup>2</sup>.

Dicha noción, sin embargo, es contestada por la propia realidad y se manifiesta incapaz de calificar como Constituciones en sentido propio los resultados de algunos procesos políticos y constitucionales recientes: bien porque tenemos la experiencia de Constituciones que no se autolegitiman (las Constituciones heterodirigidas, asistidas, confiadas al ordenamiento internacional); bien porque se asiste al ejercicio de un poder constituyente limitado en los fines y predeterminado en los procedimientos (las transiciones constitucionales pactadas, las revisiones totales de la Constitución)<sup>3</sup>.

Por otra parte, no resulta nada extraño que la realidad irrumpa en escena, descompaginando nociones y conceptos consolidados. Piénsese en la crisis, a inicios del siglo pasado, de las teorías monistas del derecho y en la formación del Estado social y pluriclase, que ha podido ser interpretado sólo abrazando las teorías de la pluralidad de ordenamientos jurídicos.

Partiendo de dicha constatación, puede afirmarse que tanto la historia como la comparación jurídica permiten asimilar el proceso de constitucionalización de la Unión Europea a otras transacciones constitucionales, con las que tiene en común diversos elementos característicos: la procedimentalización de la actividad constituyente, la codificación por etapas, el respeto de límites y vínculos de contenido.<sup>4</sup>

La historia constitucional, por ejemplo, ayuda a considerar en su justa medida el papel que la codificación de una Carta de derechos asume dentro de un proceso de constitucionalización.

---

ción? El valor de la Constitución para Europa”, en ÁLVAREZ CONDE-GARRIDO MAYOL (dir.), *Comentarios a la Constitución europea*, Valencia, 2004, p. 59.

<sup>2</sup> Para un reconocimiento de conjunto del debate teórico en torno a la evolución del modo de manifestarse del poder constituyente, vid. MORBIDELLI, *Lezioni di diritto pubblico comparato. Costituzioni e costituzionalismo*, Bologna, 2000, pp. 86 ss. Vid. También: G. ROLLA, “Esportazione, imposizione, sostituzione e circolazione di modelli costituzionali”, en ROLLA-CECCHERINI, *Scritti di diritto costituzionale comparato*, Genova, 2005, pp. 28 ss.

<sup>3</sup> Cfr., AA.VV., *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004.

<sup>4</sup> A propósito del fenómeno de las transiciones constitucionales, vid. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998; CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milano, 2002; GAMBINO cur., *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, 2003.

Los dos elementos que, según la afirmación contenida en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, deberían determinar el *ubi consistam*, la razón de ser de una Constitución –es decir, la garantía de los derechos y la separación de poderes– ni siempre ni necesariamente han sido codificadas simultáneamente: de tal manera que la Constitución de algunos ordenamientos se ha presentado al examen del historiador como un díptico cuyas partes han sido completadas en momentos distintos y con estilos diferentes.

En otros términos: existen varios ejemplos de Constituciones que, en principio, nacen como textos que regulan esencialmente la organización de los poderes y la distribución de las competencias y, tan sólo un tiempo después, advierten la necesidad de incorporar (o de aparejar) al texto constitucional el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales de la persona. Dicha experiencia ha caracterizado sobre todo a los ordenamientos constitucionales federales, también debido a posiciones teóricas que consideraban a la Constitución federal como una Constitución parcial destinada a combinarse con las Constituciones nacionales<sup>5</sup>: la primera se consideraba limitada a la disciplina de la organización del poder central, al reparto de las competencias entre el centro y los sujetos descentralizados, mientras que a las segundas –a su vez– se les reservaba el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona.

A este fin pueden aludirse dos ejemplos: de una parte el ordenamiento federal de Canadá y de otra la Constitución de los Estados Unidos.

La Constitución federal de los USA (1787) no contenía –en origen– artículos relativos al reconocimiento de la tutela de unos derechos concretos, introducidos tras la aprobación del Bill of Rights americano (1791) y la de las tres enmiendas fundamentales, codificadas tras la guerra civil con el concreto fin de introducir garantías generales aplicables en todos los Estados de la federación<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Vid. A. D'ATENA, "La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos", en Memoria del seminario de justicia constitucional y derechos humanos, San José, 2004, pp. 139 ss.

<sup>6</sup> Se trataba de los Three Civil War Amendments: el XIII, que prohíbe la esclavitud; el XIV, que garantiza la ciudadanía a todos aquéllos que han nacido o han sido naturalizados en los Estados Unidos e introduce el principio de la equal protection y del due process; y el XV que, en definitiva, reconoce el derecho de voto a cualquier ciudadano, prescindiendo del color, raza o cualquier condición precedente de esclavitud.

Por cuanto se refiere a la experiencia del federalismo norteamericano, vid. Por todos: BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Torino, 2000.

A su vez, la carta constitucional de Canadá está compuesta por dos documentos, bien distintos tanto desde el punto de vista temporal como en lo referente al contenido. Se trata de la *British Nordamerican Act* de 1867 y de la *Constitution Act* de 1982. Mientras la primera se concentraba en la organización constitucional de Canadá, en el reparto de las competencias entre Federación y Provincias, en la regulación del carácter dual de Canadá (dos lenguas, dos religiones, dos sistemas jurídicos); la segunda, por su parte, se caracterizaba por la aprobación de una Carta de derechos y libertades<sup>7</sup>.

No muy distinta se presenta la experiencia constitucional de la Unión Europea, cuyo proceso de codificación se ha concentrado primero en la forma de Estado y de gobierno, después en la determinación de algunos presupuestos unificantes (moneda, ciudadanía) y, por último, en el reconocimiento de los derechos fundamentales. Un elemento más que liga a las experiencias anteriormente citadas puede encontrarse en el hecho de que los derechos fundamentales han sido codificados esencialmente para llevar a cabo una acción de integración entre ordenamientos e identidades diferentes, es decir: para fundar la identidad política e institucional de un ordenamiento jurídico general.

En otros términos, se reconoce a las Cartas de derechos la función de ofrecer “valores cívicos comunes” para un ordenamiento democrático que nace del conjunto de diferentes tradiciones, historias y culturas. La codificación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, por tanto, antes incluso de reconocer unas concretas posiciones subjetivas, delinea los valores del ordenamiento europeo, susceptibles de conferir una identidad común a su cuerpo social.

Por otra parte, la construcción de dichos valores comunes es una de las tareas fundamentales de las Constituciones: tal y como rezan las palabras de un ilustre jurista según el cual “la Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa reguladora, sino que también es expresión de una situación de desarrollo cultural, medio de autorrepresentación cultural del pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Por cuanto respecta a la formación histórica del Estado canadiense se reenvía a: CODIGNOLA-BRUTI LIBERATI, *Storia del Canada*, Milano, 1999.

Sobre la Carta canadiense de derechos u libertades, vid. HOGG, *Constitutional law of Canada*, Toronto, 1992; MILNE, *The Canadian Constitution*, Toronto, 1993; G. ROLLA (cur.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000.

<sup>8</sup> En este sentido, vid. P. HÄBERLE, “La teoría de la constitución como ciencia cultural en el ejemplo de los cincuenta años de la ley fundamental”, en F. BALAGUER CALLEJON (coord.), *Derecho constitucional y cultura*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 25.

## 2. TÉCNICAS DE CODIFICACIÓN INHERENTES AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Analizar las Cartas constitucionales de derechos bajo el perfil de las técnicas de codificación equivale esencialmente a profundizar en cuatro aspectos: a) el reconocimiento de los derechos fundamentales (las posiciones objetivas garantizadas constitucionalmente); b) los instrumentos de tutela jurisdiccional; c) los principios de garantía institucional general, vinculados al constitucionalismo liberal y democrático; d) por último, los instrumentos de garantía institucional específicamente relativos a la materia de los derechos de la persona.

Exceden del objeto del presente estudio los puntos b) y c), mientras sí que afrontaremos –aunque sea en términos generales– algunas características de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea relativas, por una parte, a las técnicas de reconocimiento de derechos y, por otra, a las cláusulas de interpretación.

Por cuanto concierne a la primera cuestión, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea presenta, a nuestro modo de ver, dos características: la primera resulta resumible en la adhesión de los constituyentes europeos a la técnica de la especificación; la segunda hace referencia, por el contrario, al método de clasificación.

Queda puesto de relieve que las Cartas de derechos más recientes presentan una evidente propensión a la especificación de las situaciones subjetivas reconocidas como derechos: la codificación tiende a ser exhaustiva y a especificar de manera detallada los perfiles de la personalidad y de la actuación humana que son sometidas a tutela; los elencos se presentan considerablemente minuciosos y el constituyente se hace cargo de individualizar directamente las situaciones jurídicas subjetivas susceptibles de tutela<sup>9</sup>.

Sin embargo, se precisa que una positivización analítica no constituye por sí misma un indicador de la efectividad de la tutela de los derechos de la persona; la inserción de amplios catálogos en el texto de las Constituciones –por cuanto resulta necesario e importante– no permite percibir inmediatamente el nivel de efectividad de los mismos. A fin de que el reconocimiento se transforme en tutela es necesario que los derechos no solamente sean codificados sino también aceptados y convalidados por la cultura jurídica y política: en otros términos, la idea de tutela se debe formar en el interior de la comunidad, pues, de ser de otro modo, tiene lugar un fenómeno

---

<sup>9</sup> Vid. G. ROLLA, "I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici", en G. ROLLA (cur.), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, 2001, pp. 10 ss.

no que puede ser calificado como *Constitution without constitutionalism*, es decir, documentos que asumen la forma de las Constituciones propias de la tradición liberal y democrática, pero sin poseer el espíritu de las mismas.

A pesar de ello, las cartas constitucionales más recientes se muestran claramente favorables a adoptar la técnica de los catálogos detallados; y esto tiene lugar esencialmente para satisfacer unas exigencias concretas: situar dentro de un contexto histórico los derechos de la persona reconocidos en un concreto momento, de manera que se genere una cesura emblemática frente al pasado; ofrecer parámetros unívocos para la actividad interpretativa de los jueces y la especificativa del legislador (especialmente en aquéllos sistemas constitucionales donde faltan órganos jurisdiccionales profesionales y dotados de un status constitucional de autonomía y de independencia del poder político); hacer “visibles” los derechos garantizados, llevando a cabo una función de transparencia de cara a los ciudadanos.

En el caso de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, la especificación parece asumir principalmente una función didáctica, ya sea de cara a sus ciudadanos, o frente a aquellos ordenamientos que aspiran a formar parte de la Unión Europea o a disfrutar de relaciones privilegiadas con la misma (se considera que los derechos especificados en la Carta representan un parámetro para valorar las relaciones externas de la Unión).

Resulta útil recordar, a propósito, que el documento preparatorio redactado por el denominado “Comité Simitis” (compuesto por ocho constitucionalistas e instituido por la Comisión Europea para programar y enfocar el debate sobre la codificación de una carta de derechos fundamentales) manifestó con nitidez la postura de que los derechos deberían ser enumerados y enunciados de modo tal que todo ciudadano europeo quede en posición de conocerlos y de hacerlos valer. En otros términos: “los derechos fundamentales deben ser visibles”<sup>10</sup>.

Una segunda peculiaridad de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea se refiere al tipo de clasificación adoptado. Incluso una lectura superficial del texto permite comprender que la Carta no recoge las clasificaciones tradicionales, sino que intenta reconducir las múltiples posiciones subjetivas garantizadas dentro de unos valores de referencia, tales como la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía o la justicia. Y estos valores se ven unificados, a su vez, por la posición central de la persona y su intrínseca e indefectible dignidad. Se determina, en consecuencia, una estructura piramidal que tiene en su vértice a la persona,

---

<sup>10</sup> Comisión Europea, Informe del grupo de expertos en materia de derechos fundamentales para la afirmación de los derechos fundamentales en la U.E., Bruxelles, 1999.

cuya tutela presupone el reconocimiento activo de unos concretos valores, los cuales –a su vez– se ven realizados a través del reconocimiento de concretos derechos.

Aceptando que el elenco de derechos presente en la Carta no presenta un alcance sustancialmente innovador con respecto a las Cartas constitucionales nacionales y al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, puede resultar interesante poner de manifiesto que han sido codificados tanto derechos que son consecuencia de innovaciones –como, por ejemplo, la biomedicina (art. 63) y la manipulación genética (art. 81)– como derechos reconducibles a comportamientos sociales actuales –como es el caso, por ejemplo, de la prohibición de discriminación basada en las características genéticas y de la orientación social (art. 81), la libertad de cambiar de credo (art.70), o la tutela de la diversidad cultural (art. 82)<sup>11</sup>.

### 3. CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES ORIENTADAS A LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una de las principales dificultades que se plantean al garantizar el efectivo disfrute de un derecho fundamental consiste en identificar la regla aplicable ante un caso concreto: ello en la medida en que la idea histórica del juez como “boca de la ley”, la concepción del juez como mero ejecutor de la voluntad del legislador mal se adecua a la realidad actual.

De hecho, en los sistemas constitucionales resulta bastante improbable que la tutela de una posición subjetiva se lleve a cabo utilizando una única disposición constitucional, haciendo referencia a un único derecho, o bien interpretando una o más disposiciones homogéneas. Por lo general, para identificar la norma aplicable se hace necesario sopesar más derechos susceptibles de entrar en conflicto o concurrencia, o bien atemperar el ejercicio de un derecho con la salvaguardia de un principio o de un valor constitucional<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. CASONATO, “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: tra conferme, novità e contraddizioni”, en TONIATTI (cur.), *Diritto, diritti, giurisdizione*, Padova, 2002, pp. 99 ss.

Para un primer comentario general a la Carta Europea de derechos fundamentales se reenvía a BIFULCO-CARTABIA-CELOTTO (cur.), *L’Europa dei diritti*, Bologna, 2001; ÁLVAREZ CONDE-GARRIDO MAYOL, *Comentarios a la Constitución europea*, Valencia, 2004.

<sup>12</sup> Se da concurrencia cuando la conducta de un determinado sujeto puede ser reconducida a una pluralidad de derechos garantizados – reunión y manifestación del pensamiento; asociación – libertad religiosa; manifestación del pensamiento e iniciativa económica, etc.; los conflictos se producen cuando el derecho de un sujeto debe ser comparado con los derechos

El delicado trabajo de búsqueda del equilibrio –que corresponde tanto al legislador (definitional balancing) como al intérprete competente para la solución del caso (ad hoc balancing)– se facilita con la inserción –especialmente en las Cartas constitucionales de derechos más recientes– de cláusulas de interpretación específicas, las cuales pueden ser reconducidas dentro de tres tipologías según consientan una ampliación de las posiciones subjetivas garantizadas, legitimen la limitación de derechos constitucionales para salvaguardar principios o valores fundamentales, o favorezcan un equilibrio entre los derechos constitucionales que entran en conflicto.

Las cláusulas vinculadas a la primera tipología inciden más intensamente sobre la vertiente del reconocimiento de los derechos que sobre aquél de la ponderación, en el sentido de que intentan calificar los elencos de derechos contenidos en la Carta como parcialmente “abiertos” o “dinámicos”, capaces de consentir una interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales en materia de derechos. Se trata de las cláusulas más consolidadas y antiguas en el tiempo, y una lectura de las Cartas constitucionales permite apreciar su variedad.

A) En primer lugar, se encuentran cláusulas que hacen referencia al principio personalista reconociendo las múltiples manifestaciones de la actuación humana reconducibles a la personalidad del individuo. Es el caso, por ejemplo, del art. 2 de la Constitución italiana (la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto en su condición individual como dentro de las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad), el art. 2 de la Constitución alemana (todos tienen derecho al libre desarrollo de la propia personalidad), el art. 5 de la Constitución griega (todos tienen derecho a desarrollar libremente la propia personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país), el art. 10 de la Constitución española (la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social), el artículo 7 de la Constitución finlandesa (todos tienen derecho a la vida y a la libertad personal, a la integridad física y a la seguridad personal).

La Carta de derechos fundamentales de la Unión no contiene una disposición explícitamente asimilable a las anteriormente citadas: sin embargo, la centralidad del principio personalista emerge tanto del Preámbulo de la Carta, donde “la Unión [...] sitúa a la persona en el centro de su actuación”,

---

de otros (por ejemplo, intimidad y prensa, iniciativa económica y dignidad humana, huelga y salud o libertad de circulación) o con valores o principios de naturaleza general (derechos de libertad y seguridad, secreto, comunicaciones y legalidad).



creando “un espacio de libertad, seguridad y justicia”, como del reenvío dinámico que en el mismo se contiene con respecto a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y a la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

La referencia al principio personalista no transforma tales cláusulas en disposiciones “abiertas”, capaces de proporcionar reconocimiento constitucional a un conjunto de derechos indeterminados: de hecho, la identificación de los derechos fundamentales no puede prescindir de un anclaje sobre las previsiones formales de la Constitución. La inserción de dichas cláusulas autoriza, más bien, una interpretación dinámica de las posiciones subjetivas expresamente reconocidas, permite –tal y como se ha afirmado con autoridad– considerar como fundamentales no sólo los derechos reconocidos de manera explícita por la Constitución, sino también aquéllos que pueden recavarse de forma implícita, instrumental o transversal, siempre que sean concebidos bajo el principio personalista<sup>13</sup>.

Las cláusulas generales reconducibles a la personalidad del ser humano permiten mantener el ámbito semántico y el dato lingüístico de un derecho distinguidos de su ámbito normativo: en consecuencia, proporcionan una justificación racional a una jurisprudencia evolutiva en materia de derechos vinculados a la persona, ofreciendo una base legal a la actividad creativa del intérprete. En definitiva, dichas cláusulas facilitan la síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos, entre derecho e historia.

B) Menos frecuente resulta la codificación de cláusulas que contienen una apertura genérica al reconocimiento de futuros derechos, por el momento no enumerados. Éstas, en general, se inspiran en la conocida fórmula de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual la enumeración de determinados derechos no debe interpretarse como una negación o restricción de otros derechos.

A título de ejemplo, podemos recordar, por un lado, el art. 16.1 de la Constitución portuguesa (los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no excluyen otros previstos en las leyes y en las normas aplicables del derecho internacional); por otro lado, el art. 10 de la Constitución estona, el cual establece que los derechos enumerados en la Constitución no precluyen otros derechos y libertades que resultan coherentes con el espíritu de la Constitución o con la dignidad humana. Su función consiste, a nuestro modo de ver, en confiar a los jueces la tarea no tanto de implementar los derechos de la persona como la de interpretar el sentir social del mo-

---

<sup>13</sup> Vid. MODUGNO, I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale, Torino, 1995.

mento pronunciándose con respecto “a un set de derechos controvertidos” acerca de su subsistencia o contenido objetivo.

La Carta de derechos fundamentales de la Unión no contiene una cláusula semejante, si bien puede reconducirse dentro de la misma tipología la disposición del art. 113, la cual, refiriéndose a la salvaguardia del nivel de protección de los derechos fundamentales, precisa que ninguna disposición de la Carta puede ser interpretada como limitativa o lesiva de derechos del hombre reconocidos por el derecho internacional o por las Constituciones de los Estados miembros de la Unión.

Además, no debe excluirse la posibilidad de que el intérprete pueda apoyarse también sobre otras cláusulas presentes en la Constitución europea, en apariencia extrañas al ámbito de los derechos fundamentales. De hecho, la experiencia constitucional comparada nos enseña que la función de ampliar el número de posiciones subjetivas tuteladas puede asegurarse también a través de disposiciones constitucionales, las cuales –aun habiendo sido codificadas con una finalidad distinta– han sido utilizadas con dicho fin por la jurisprudencia.

El caso más evidente viene dado por la commerce clause, contenida en el art. I, sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos (El Congreso tendrá la facultad de regular el comercio con las demás Naciones, entre los diversos Estados y con las tribus indias), la cual, instituida por los constituyentes para reservar a la Federación la competencia sobre la regulación del comercio interestatal, ha sido usada por el Tribunal Supremo para declarar la legitimidad constitucional de leyes federales en materia de derechos fundamentales. Por ejemplo, utilizando dicha cláusula se ha considerado conforme a la Constitución la competencia del Congreso para aprobar la Civil Rights Act de 1964<sup>14</sup>.

No resultaría, por tanto, algo forzada la hipótesis de que la jurisprudencia comunitaria, en materias englobadas en la competencia exclusiva o concurrente de la Unión, pueda evolucionar en la línea de incidir directamente sobre la interpretación de determinados derechos garantizados por la Carta europea, especialmente en materia de igualdad y solidaridad.

C) Sin embargo, las cláusulas más innovadoras y más ampliamente difundidas en las Cartas constitucionales más recientes son aquéllas que, en materia de derechos, abren el sistema constitucional al derecho internacional, atribuyendo a las Declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales una fuerza jurídica de rango constitucional.

---

<sup>14</sup> Vid., TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, *Unidad económica y descentralización política*, Valencia, 2004

Según el art. 16 de la Constitución portuguesa, las previsiones constitucionales y legislativas en materia de derechos fundamentales deben ser interpretadas e integradas en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. De la misma manera, el art. 10.2 de la Constitución española establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas por la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y los Tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en dichas materias. A su vez, el art. 11 de la Constitución eslovaca y el art. 10 de la Constitución checa reconocen que las normas sobre derechos fundamentales ratificadas por el Estado tienen una fuerza jurídica superior a las leyes.

Fuera del ámbito europeo, las disposiciones que atribuyen un valor sustancial a las normas internacionales en materia de derechos humanos representan un elemento característico del nuevo constitucionalismo latinoamericano<sup>15</sup>. Puede hacerse alusión, a título de ejemplo, al art. 46 de la Constitución guatemalteca, al art. 46 de la nicaragüense, al art. 5 de la brasileña, al art. 75 de la argentina, al art. 17 de la ecuatoriana o al art. 23 de la venezolana. Además, el valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal Interamericano ha sido reconocido por varios Tribunales constitucionales: por ejemplo, la Corte suprema de Justicia de la Nación argentina ha calificado dicha jurisprudencia como una guía para la interpretación de las disposiciones de la Convención<sup>16</sup>; la Corte Suprema de Justicia de Venezuela ha declarado la inconstitucionalidad de actos jurídicos contrarios a la jurisprudencia internacional<sup>17</sup>. Al mismo tiempo, la Sala Constitucional de Costa Rica ha afirmado incisivamente que la jurisprudencia de los órganos de justicia interamericana posee un valor normativo<sup>18</sup>.

En la Carta de derechos fundamentales de la Unión no faltan cláusulas asimilables, en un cierto sentido, a aquéllas citadas más arriba. Es el caso, por ejemplo, del art. 112.3, el cual dispone que “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa”<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Sobre la cuestión se reenvía a G. ROLLA, “La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano”, Ponencias desarrolladas en el VIII Congreso nacional de derecho constitucional, Arequipa, 2005, pp. 47 ss.

<sup>16</sup> Sentencia “Bramajo” de 12.9.1996

<sup>17</sup> Sentencia de 14.10.97

<sup>18</sup> Sentencia 20312-95. Para mayores referencias relativas a América latina, véase mi trabajo sobre los derechos en América latina.

<sup>19</sup> Vid. GROPPI, “Portata dei diritti garantiti”, en L’Europa dei diritti, cit., 360 ss.

Del mismo modo puede hacerse referencia a la disposición contenida en el art. 113 de la Carta según la cual ninguna disposición de la misma debe ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, así como por las Constituciones de los Estados miembros. La novedad de dicha formulación –plenamente comprensible, por otra parte, a la luz de la peculiaridad institucional de la Unión– puede encontrarse en la circunstancia de que la Unión no sólo se abre a los derechos reconocidos por el ordenamiento internacional sino también a aquéllos tutelados en los ámbitos nacionales de los Estados miembros.

La influencia de la normativa (y de la jurisprudencia) supranacional sobre los ordenamientos nacionales genera un auténtico bloque de constitucionalidad para la tutela de los derechos fundamentales y permite homogeneizar los niveles de tutela de los derechos de la persona, independientemente del ordenamiento estatal de referencia. En el mismo sentido, dicha integración permite reforzar la garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos: de una parte, porque los derechos codificados en la Carta deben ser interpretados conforme a la interpretación y a la jurisprudencia de otros órganos jurisdiccionales, tanto internacionales como internos; de otra parte, en la medida en que dichas interpretaciones constituyen un límite a las elecciones y a los comportamientos del poder constituido.

#### 4. CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES PARA LA PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES

Estas cláusulas pueden ser esencialmente de dos tipos, según introduzcan una técnica de interpretación o bien individualicen un valor sobre la base del cual pueda operarse la ponderación. Pertenecen a la primera tipología las disposiciones constitucionales que se refieren al principio de proporcionalidad o bien al contenido esencial de los derechos; la segunda tipología, por el contrario, está constituida por cláusulas que aluden a la dignidad humana, al principio multicultural, a la naturaleza democrática y libre de la sociedad o bien a otras fórmulas semejantes.

A) Las Constituciones que se inspiran en los principios del Estado democrático de Derecho contienen, en general, una referencia general y explícita al valor de la dignidad humana: la evolución y el enriquecimiento del principio personalista lleva a que el binomio “libertad-igualdad” –propio del constitucionalismo liberal– se vea acompañado por el binomio “dignidad-solidaridad”.

Es el caso, por ejemplo, de la Constitución italiana, la cual, en el art. 3, afirma la igual dignidad social de todas las personas; o el de la española, cuyo art. 10 considera la dignidad humana como “fundamento del orden político y de la paz social”. De la misma manera, el art. 1 de la Constitución alemana proclama la intangibilidad de la dignidad del hombre, el art. 13 de la portuguesa dispone que todos los ciudadanos ostentan la misma dignidad social, el art. 1 de la Carta de derechos y libertades fundamentales de la República Checa y art. 11 de la Constitución eslovaca afirman que los seres humanos son libres e iguales en dignidad.

Pueden citarse, además, el art. 30 de la Constitución polaca, que habla de la dignidad innata de la persona; el art. 34 de la Constitución eslovena, según el cual todos tienen derecho a una dignidad personal; o el art. 54 de la Constitución húngara, que reconoce los derechos innatos a la vida y a la dignidad humana. Por último, el art. 61 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión afirma la inviolabilidad de la dignidad humana, que debe ser respetada y tutelada.

Tales artículos no codifican un derecho, sino más bien un principio a utilizar en el momento de valorar la legitimidad de determinados actos o comportamientos, susceptibles de incidir negativamente sobre la personalidad y libertad del individuo; y ello puede influir tanto sobre el plano formal como sobre el sustancial.

En primer lugar, el valor de la dignidad humana se traduce sobre el plano formal en la obligación de que las limitaciones practicadas a un derecho fundamental se lleven a cabo de modo tal que incidan en la menor medida posible sobre su goce, sin que se frustre la existencia del derecho, comprimiéndolo en su contenido esencial. Precisamente en virtud de su dignidad intrínseca, toda persona debe ser tratada *fairly by the law* y sus derechos no pueden ser comprimidos “sobre medida”, es decir, más allá de cuánto es esencial e indispensable para ejercitar dicho derecho.

Luego, bajo el perfil sustancial, se considera que la dignidad humana constituye la base de los derechos reconocidos como fundamentales por la Constitución: ello significa que dignidad y derechos fundamentales de la persona no se colocan en un mismo plano, con la consecuencia de que la primera representa un valor absoluto, que no puede ser menoscabado (la dignidad humana constituye un *minimun invulnerable*) mientras los segundos son limitables, regulables y, en algunos casos –constitucionalmente regulados– pueden ser incluso temporalmente suprimidos. En consecuencia, la regulación de los derechos fundamentales encuentra un límite en la absoluta necesidad de proteger el valor de la dignidad humana en cuanto

principio supremo y determinante de un ordenamiento constitucional democrático<sup>20</sup>.

Una finalidad similar debe ser reconocida a la cláusula multicultural codificada –bajo una evidente influencia del art. 27 de la Carta canadiense de derechos y libertades– en el art. 82 de la Constitución Europea (La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística)<sup>21</sup>.

El respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística no constituye una simple especificación del principio de igualdad: Utilizando las palabras del juez constitucional italiano podría afirmarse que el mismo “representa algo distinto, y aún más atendiendo al principio de paridad de los ciudadanos”, en cuanto del mismo se desprende la “exigencia de un tratamiento específicamente diferenciado”<sup>22</sup>.

Y la especificidad de la cláusula multicultural puede identificarse en el hecho de que, mientras el principio de igualdad formal prohíbe cualquier discriminación (hasta el punto de que el art. 23.2 c. de la Carta europea de derechos fundamentales ha debido especificar que el principio de la paridad entre hombres y mujeres no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que prevean ventajas específicas a favor del sexo discriminado), mientras el principio de igualdad sustancial legitima acciones positivas pertinentes, por el contrario, la tutela de las diferencias se orienta al fin de conservar la especificidad de un grupo reconocido por el ordenamiento. En cuanto tal, permite configurar la diversidad como un criterio que legitima derogaciones a la dimensión universal de determinados derechos, justificadas por la diferencia de identidad cultural, religiosa y lingüística de un grupo y de sus integrantes.

Y dicha disposición no entra en conflicto con el principio de igualdad mientras se considere que el valor de la igualdad consiste precisamente en asignar igual valor a todas las distintas identidades que hacen de cada

---

<sup>20</sup> Para una reconstrucción de la naturaleza jurídica del principio constitucional de la dignidad humana vid. G. ROLLA, “El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, pp. 463 ss.; BOGNETTI, “The concept of human dignity in European and U.S. constitutionalism”, en NOLTE (coord.) *European and American constitutionalism*, Bruxelles, 2005, pp. 75 ss.; LANDA, *Dignidad de la persona humana*, Cuestiones constitucionales, 2002, pp. 109 ss.; MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona como fundamento del orden constitucional español*, Madrid, 1996; SERNA, “Dignidad humana”, en ÁLVAREZ CONDE-GARRIDO MAYOL (coord.), *Comentarios a la Constitución Europea*, cit., II, pp. 191 ss.

<sup>21</sup> Vid. G. ROLLA, “La problemática del multiculturalismo en la Unión Europea”, en ÁLVAREZ CONDE-GARRIDO MAYOL (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, cit., II, pp. 815 ss.

<sup>22</sup> Así, la Sentencia de la Corte Constitucional n. 86 de 1975.

persona un individuo diferente de los otros y, al mismo tiempo, un individuo igual a los demás<sup>23</sup>.

La cláusula multicultural se dirige no sólo al legislador, sino también al juez. En el primer caso, autoriza a perseguir políticas encaminadas a promover la conservación y desarrollo de determinadas identidades culturales o bien a garantizar a grupos minoritarios una adecuada presencia dentro de la organización constitucional del Estado<sup>24</sup>. En el segundo, por el contrario, el intérprete ostenta un instrumento hermenéutico más para valorar el carácter discriminatorio de determinadas normas: de hecho, la tutela del multiculturalismo, prohibiendo incluso formas de discriminación indirecta, impone la obligación de considerar atentamente el impacto que toda normativa produce sobre los grupos que dan vida al pluralismo cultural de un país; ello en la medida en que existe discriminación incluso en virtud de resultados no intencionados producidos por una determinada normativa<sup>25</sup>.

B) A veces, los presupuestos para garantizar la permanencia de los derechos fundamentales y de las instituciones que aseguran el carácter democrático de un régimen político sólo pueden ser asegurados mediante su atenuación temporal. En la realidad actual se presentan con frecuencia momentos en los cuales el pleno, incondicionado o indiscriminado ejercicio de una libertad terminaría por resquebrajar valores constitutivos del ordenamiento constitucional.

Por esta razón, varias Constituciones contienen cláusulas encaminadas ya a prohibir el abuso en el ejercicio de los derechos, ya a consentir la limitación en el ejercicio de determinados derechos con el fin de salvaguardar los valores generales de democracia y justicia.

Ejemplos de disposiciones que prohíben el denominado “abuso de los derechos” pueden hallarse en muchas Cartas constitucionales: desde el art. 18 de la Constitución alemana (Quienquiera que, con el fin de combatir el ordenamiento fundado sobre los principios de libertad y de democracia, abuse de la libertad de manifestar su propio pensamiento... declina en estos derechos fundamentales) al art. 55 de la española, el cual permite establecer mediante ley orgánica las formas y casos en los que se puede proceder a la suspensión de determinados derechos fundamentales con respecto a

---

<sup>23</sup> G. ROLLA, “Il riconoscimento delle diversità culturali nella Costituzione europea”, *Revista europea de derechos fundamentales*, 2004, pp. 15 ss.

<sup>24</sup> ROLLA-CECCHERINI, “The constitutional protection of linguistic diversity in some of the EU countries”, *Mediterranean journal of human rights*, 2004, pp. 252 ss.

<sup>25</sup> G. ROLLA, “La tutela costituzionale della persona come individuo e come parte di un gruppo: l’esperienza della Carta canadese dei diritti e delle libertà”, en GAMBINO (cur.), *La protezione dei diritti fondamentali. Europa e Canada a confronto*, Milano, 2004, pp. 125 ss.

personas determinadas con motivo de intervenciones contra el terrorismo o las bandas armadas. A su vez, el art. 25 de la Constitución griega se limita a declarar genéricamente no permitido el ejercicio abusivo de un derecho.

Resulta relevante, pues, la formulación del art. 17 del Convenio Europeo sobre libertades fundamentales, el cual precisa que no puede reconocerse derecho alguno a favor de Estados, grupos e individuos para ejercitar una actividad o llevar a cabo un acto dirigido a suspender derechos o libertades reconocidos en el propio Convenio.

Las disposiciones que sancionan el abuso de los derechos –ya sea en general o bien con particular referencia a alguno de los mismos– están esencialmente dirigidas a garantizar la protección del correcto funcionamiento de las instituciones democráticas –tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Europeo– o bien a defender el ordenamiento fundado sobre los principios de libertad y de democracia –como precisa el art. 18 de la Constitución alemana–. Los parámetros utilizados para interpretar dicha cláusula presentan, además, unos límites bastante difuminados, por lo que parece oportuna una consideración circunscrita y concreta de los casos específicos, con el fin de evitar que la misma pueda ser invocada genérica e inmotivadamente para limitar el ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados<sup>26</sup>.

Con respecto a esta materia, resulta interesante poner de relieve la circulación de las fórmulas jurídicas, que se presentan de manera idéntica incluso desde el punto de vista lingüístico. Por ejemplo, el art. 34 de la Constitución chipriota contiene una disposición igual a la del art. 17 de la Human rights Act del Reino Unido (Ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de prever para todo Estado, grupo o persona un derecho a desarrollar actividades dirigidas a destruir derechos y libertades) y a la del art. 114 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión (Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta).

Entre las cláusulas vinculadas a la salvaguardia del carácter democrático y libre de un ordenamiento puede referirse, en primer lugar, el art. 10.2

---

<sup>26</sup> En relación con la interpretación de la cláusula del abuso de derechos, vid. GARCÍA ROCA-SANTOLAYA, *La Europa de los derechos*, Madrid, 2005, pp. 727 ss.; PINELLI, "Divieto dell'abuso di diritto", en BARTOLE-CONFORTI-RIAMONDI (cur.), *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 455 ss.; ROVIRA VIÑAS, *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona, 1983.



del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que consiente subordinar el ejercicio de la libertad de expresión a determinadas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones que constituyen “medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o el orden público, la prevención de delitos, la protección de la salud y de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de los demás, o para impedir la divulgación de informaciones reservadas o garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial”<sup>27</sup>.

Dicha formulación ha sido recogida sustancialmente en la Constitución de Polonia, cuyo art. 31 dispone que toda limitación de los derechos y libertades constitucionales ha de ser impuesta sólo si resulta necesaria “en un Estado democrático para la protección de la seguridad o del orden público, o para proteger el medio ambiente, la salud y la moral pública o los derechos de los demás”.

A su vez, el art. 11 de la Constitución estona prevé que los derechos constitucionales puedan ser limitados siempre y cuando ello sea necesario en una “sociedad democrática”. Al mismo tiempo, según el art. 12 de la Constitución sueca las limitaciones a los derechos pueden ser impuestas sólo para satisfacer fines compatibles con una sociedad democrática; además, tales limitaciones no pueden extenderse hasta el punto de amenazar la libre formación de las opiniones como principio fundamental de la democracia.

A su vez, el art. 23 de la Constitución finlandesa admite excepciones temporales a los derechos fundamentales –siempre que resulten conformes a las obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos– en casos que resulten jurídicamente parangonables en su gravedad a un ataque armado.

Si fijamos la vista fuera de Europa, se puede hacer referencia a dos ejemplos de particular interés.

De un lado, el art. 1 de la Carta canadiense de derechos y libertades afirma que no pueden ser impuestas otras restricciones a los derechos y libertades enunciadas en la Carta sino las establecidas en la ley, dentro de los límites de la razonabilidad y pudiéndose demostrar su justificación en el marco de una sociedad libre y democrática<sup>28</sup>. De otro lado, el art. 33 de la

---

<sup>27</sup> BUSTOS GISBERT, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, en GARCÍA ROCA-SANTOLAYA, *La Europa de los derechos*, cit., pp. 529 ss.

<sup>28</sup> Con respecto a la interpretación jurisprudencial de la cláusula contenida en el art. 1 de la Carta canadiense de derechos y libertades, vid. TALESE, “Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada”, en

Constitución de Sudáfrica contiene una disposición similar, la cual permite imponer a los derechos fundamentales límites razonables y justificables en una sociedad abierta y democrática fundamentada en la dignidad, la libertad y la igualdad, siempre que no resulte violado el contenido esencial del propio derecho<sup>29</sup>.

Con dichas formulaciones, las Constituciones pretenden confiar en la sabiduría de los jueces constitucionales para dirimir las controversias que derivan de una ponderación entre libertades individuales e intereses de la comunidad. En realidad se trata de una tarea nada sencilla, desde el momento en que resulta necesario, por una parte, predeterminar los parámetros en función de los cuales se han de considerar razonables las limitaciones legislativas al goce de derechos constitucionales<sup>30</sup>; por otra parte, delinear los elementos que concurren para calificar el carácter democrático de un ordenamiento o de una sociedad. Y mientras en el primer caso las dificultades resultan inherentes al razonamiento jurídico, en el segundo se hace necesaria una valoración fuertemente ligada al contexto político y cultural.

## 5. CLÁUSULAS DE MERA INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS

La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea se caracteriza por insertar entre sus contenidos algunas cláusulas interpretativas que pueden orientar al intérprete tanto supranacional como nacional: entre éstas, las más significativas son, sin duda, las contenidas en el art. 112, las cuales hacen referencia al principio de proporcionalidad o bien a la tutela del contenido esencial de los derechos.

---

G. ROLLA (cur.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000, pp. 83 ss.; ROSA, "The Canadian Charter as a model for the codification process of fundamental human rights in common law countries: the justified limitatio clause and the notwithstanding clause", en RUBBOLI (cur.), *The Canadian Charter of Rights and freedoms: the first twenty years*, Genova, 2003, pp. 89 ss.

<sup>29</sup> ROSA, "Limiti ai diritti e clausole orizzontali: Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudafrica a confronto", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, pp. 656 ss.

<sup>30</sup> Por ejemplo, la Corte Suprema de Canadá elaboró un auténtico Test –que adquirió nombre en virtud de la autorizada opinión del Juez Dickinson – basado en cuatro elementos: el objetivo que se pretende perseguir con la limitación debe ser de suficiente importancia; debe subsistir una conexión racional entre tal objetivo y el contenido de la limitación; la limitación debe procurar la menor restricción posible al ejercicio del derecho; los efectos de la limitación del derecho no deben ser desproporcionados con respecto al fin que se pretende alcanzar. TELESE, "Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i princpi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada", en G. ROLLA (cur.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000, pp. 83 ss.

La primera ha codificado un criterio hermenéutico –que puede ser contado entre los principios generales del derecho constitucional– el cual impone al operador jurídico la tarea de buscar un equilibrio razonable y proporcionado entre intereses, entre derechos en conflicto.

El art. 112.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea afirma que pueden operarse limitaciones a los derechos fundamentales solamente desde el respeto por el principio de proporcionalidad y allí donde resulten necesarias y respondan efectivamente a fines de interés general reconocidos por la Unión o a la exigencia de proteger los derechos y las libertades de los demás<sup>31</sup>.

La misma cláusula está también presente en algunas Constituciones de Estados miembros de la Unión Europea. El art. 25 de la Constitución griega afirma que las limitaciones practicadas a derechos constitucionales han de respetar el principio de proporcionalidad; el art. 18 de la Constitución portuguesa prevé que las restricciones de derechos, libertades y garantías deben “limitarse a lo necesario para proteger otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos”. Igualmente, el art. 12 de la Constitución sueca prohíbe que la limitación de derechos y libertades fundamentales vaya “más allá de la medida necesaria en relación con el motivo que la ha provocado”.

Tales disposiciones se apresuran a evitar que el disfrute de un derecho tenga lugar bajo modalidades tales que compriman los derechos de los demás “sobre medida”, es decir, más allá de lo esencial e indispensable para ejercitar dicho derecho.

Si se excluyen el art. 18 de la Constitución portuguesa y el art. 12 de la Constitución sueca –que precisan algunas de las operaciones lógicas que el intérprete debe cumplir en sede interpretativa–, las demás Constituciones se limitan a operar un reenvío dinámico al principio de proporcionalidad, tal y como se ha especificado por la jurisprudencia. Espera, por tanto, que los jueces determinen el test sobre la base del cual valorar la conformidad de las normas con respecto al principio de proporcionalidad; y hasta el momento, tales reglas deben buscarse en la verificación de: a) la legitimidad de los fines por los cuales dicho derecho ha sido limitado; b) la subsistencia de una relación efectiva entre el contenido de la limitación y sus fines; c) el carácter no irracional, arbitrario o inútilmente opresivo del límite; d) la ausencia de una anulación total del derecho<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Vid. T. GROPPi, *Portata dei diritti garantiti*, cit., pp. 352 ss.

<sup>32</sup> Vid. BRAGE CAMAZANO, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pp. 215 ss.; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2003.

Mayores dudas bajo el perfil de los cánones interpretativos presenta, sin embargo, la cláusula del respeto al contenido esencial: hasta el punto de que un autorizado estudioso ha afirmado que apreciar si la limitación de un concreto derecho fundamental vulnera su propia esencia constituye a menudo una tarea tan ardua como la de descifrar un enigma<sup>33</sup>.

La alusión a la garantía del contenido esencial de los derechos está contenida, por lo general, en una cláusula constitucional concreta. Ello sucede, por ejemplo, en el art. 53.1 de la Constitución española (los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero sólo pueden ser limitados mediante ley y respetando su contenido esencial), en el art. 19.2 de la Constitución alemana (en ningún caso un derecho fundamental puede ser menoscabado en su contenido esencial), en el art. 18.3 de la Constitución portuguesa (las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías [...] no pueden [...] disminuir la extensión del alcance del contenido esencial de las previsiones constitucionales), o en el art. 8 de la Constitución húngara, que prohíbe la limitación de derechos de afecte a su significado y contenido esencial.

La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea opta, sin embargo, por una solución distinta en el sentido de que el principio de proporcionalidad y el del respeto del contenido esencial están insertos dentro del mismo artículo, titulado “alcance e interpretación de los derechos y principios”. De hecho, según el art. 112 de la Carta, las limitaciones al ejercicio de los derechos y las libertades han de respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades, debiendo, además, de ser planteadas desde el respeto del principio de proporcionalidad.

La formulación utilizada induce a considerar que la cláusula del respeto del contenido esencial de los derechos no representa un criterio interpretativo autónomo, sino más bien uno de los ámbitos de valoración necesarios para respetar el principio de proporcionalidad<sup>34</sup>. Expresa una opción a favor de las posiciones doctrinales que consideran la garantía del contenido esencial como un elemento que completa el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, en el sentido de que la garantía del contenido esencial sirve como contrapunto argumentativo y valorativo del juez en el momento de

---

<sup>33</sup> En esta línea, JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, p. 69.

<sup>34</sup> P. HÁBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, 2003.

considerar si una determinada disciplina legislativa resulta razonable y garantiza el derecho constitucionalmente tutelado<sup>35</sup>.

Por otra parte, la proporcionalidad exige que las intervenciones sobre derechos no constituyan una intervención desmesurada e intolerable hasta el punto de atentar contra la sustancia del derecho garantizado.

No debe descartarse tampoco, sin embargo, una posible utilización autónoma de la cláusula del contenido esencial en caso de inercia del legislador, para resolver casos no cubiertos por una base legislativa: en tal hipótesis, de hecho, dicha cláusula parece autorizar al juez para llevar a cabo una aplicación directa de los derechos garantizados por la Carta, precisamente con el fin de asegurar en cualquier caso la protección de su contenido<sup>36</sup>.

El principio de proporcionalidad asume, pues, una particular relevancia en el ámbito del derecho penal, donde el art. 109.3 afirma que las penas infligidas no deben ser desproporcionadas con respecto al delito. En este caso, la prohibición se apresura a censurar la racionalidad de penas desproporcionadas, en la medida en que –aun castigando unos comportamientos no garantizados por la Constitución– son susceptibles (precisamente debido a su carácter excesivo) de producir unos efectos incompatibles con el orden constitucional y el Estado de derecho: en otros términos, la falta de legitimidad es generada no por la pena o por la sanción en sí, sino por los “efectos colaterales” que la misma produce a causa de su desproporción.

Se sanciona, en otros términos, aquéllo que la doctrina ha denominado, siguiendo la línea de la jurisprudencia norteamericana, *chilling effect*<sup>37</sup>. Y los efectos colaterales que provocan la ilegalidad de una sanción no proporcionada son aquéllos que pueden determinar –tal y como ha sostenido el

---

<sup>35</sup> PRIETO SANCHIS, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y libertades*, 2000, p. 438.

También sobre esta materia vid. DE DOMINGO PÉREZ-MARTÍNEZ PUJALTE, “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Constitución europea”, en ÁLVAREZ CONDE-GARRIDO MAYOL (dirs.), *Comentarios a la Constitución europea*, cit., pp. 1575 ss.

<sup>36</sup> F. BALAGUER, “La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la Constitución europea”, en *Colóquio ibérico: constituicao europeia*, Coimbra, 2005, pp. 179 ss.

<sup>37</sup> Vid. DOMINGO PÉREZ, “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento»”, *Revista de Estudios Políticos*, 2003, pp. 122,141 ss.

Tribunal constitucional español—, por causa de su severidad, un efecto de desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales<sup>38</sup>.

Una correcta utilización del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho penal ha de tener en cuenta, a la luz de las orientaciones jurisprudenciales, dos elementos.

En primer lugar, no ha de ser aplicado indiferenciadamente frente a todas las sanciones que pueden parecer excesivas, sino tan sólo cuando se vean afectados de forma desproporcionada comportamientos “objetivamente contiguos” al ejercicio de una libertad o derecho constitucional: ello en la medida en que se pretende evitar que una pena disparatada ejerza como efecto colateral una acción de disuasión respecto a los fines del ejercicio legítimo de un derecho.

En segundo lugar, se considera que la aplicación del principio de proporcionalidad no presenta un carácter funcional con respecto a la protección de una posición subjetiva, sino que más bien tiene lugar para tutelar el orden constitucional. En otros términos, entra en juego la naturaleza institucional de los derechos fundamentales, su condición simultánea de derechos subjetivos y principios institucionales del ordenamiento<sup>39</sup>. De hecho, los derechos constituyen, en gran parte de las comunidades políticas contemporáneas, un elemento que caracteriza el pacto que se instaura entre los ciudadanos y entre éstos y sus representantes con el fin de realizar unas formas y unas instituciones para la convivencia: en cuanto tales, forman parte del sistema como valores de la cultura sustancial que se expresa a través de la Constitución<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Tribunal Constitucional, sentencia n. 110 de 2000.

<sup>39</sup> P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, 2003, pp. 71 ss. Sobre la naturaleza institucional de los derechos fundamentales vid. También G. ROLLA, “Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali”, en ROLLA-CECCHERINI (cur.), *Scritti di diritto costituzionale comparato*, Genova, 2005, pp. 91 ss.

<sup>40</sup> La terminología utilizada por la doctrina es muy variada —algunos hablan de “postulados generales de la sociedad”, otros de “principio institucional”—, pero sobre este punto puede resaltarse una concordancia significativa: la misma jurisprudencia de algunos Tribunales constitucionales parece haber recogido la misma perspectiva, desde el momento en que se considere que, de un lado, el Tribunal Constitucional español ha hablado de “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica”; y de otro, el juez constitucional italiano ha hecho referencia a la noción de “principios supremos”.