

SOBRE (VIEJOS) MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CREACIÓN DE (NUEVOS) DERECHOS (1)

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. ESTADOS UNIDOS: LA (FALSA VÍA DE LA) NOVENA ENMIENDA Y LAS «ZONAS DE PENUMBRA».—III. EUROPA: JURISPRUDENCIA DE VALORES Y ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN.—IV. CONCLUSIÓN.—V. JUSTIFICACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I. PLANTEAMIENTO

La creación de nuevos derechos por parte de la justicia constitucional es asunto que cualquier jurista no puede plantearse sin que vengan a su mente trascendentales cuestiones de teoría general del Derecho. Aparece, en primer lugar, la cuestión del nombre: ¿derechos *nuevos* respecto a qué? La respuesta parece fácil: respecto al texto de una Constitución que cuenta entre sus funciones esenciales la de recoger el catálogo omnicompreensivo de los derechos, *retenidos* o *fundados*, con ocasión del pacto constituyente. El factor novedad se constata a la luz del contraste entre el texto que se escribe como resultado de un «momento constitucional», y el despliegue efectivo de dicho texto, situado en el tiempo, y «desbordado» precisamente allí donde se trataba de delimitar el

(1) El presente texto es una versión retocada de la Comunicación que presenté al Congreso organizado por la Asociación italiana «Gruppo di Pisa», cuyo tema fue *Il Giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, que tuvo lugar en dicha ciudad el 25 y 26 de mayo de 2001. La Ponencia introductoria a dicho Congreso corrió a cargo de Francisco Rubio Llorente, a cuyo homenaje quisiera unirme de manera expresa mediante la difusión de estas páginas, que no llegaron a tiempo para ser incluidas en el libro que le dedican sus amigos y discípulos.

espacio general de libertad garantizado a sus destinatarios. Sin escritura constitucional que actúe de espejo, no puede haber, por definición, derechos calificados de *nuevos*.

La aparente obviedad de una observación de esa naturaleza se desdibuja, sin embargo, si relativizamos la premisa mayor del razonamiento. Que cualquier Constitución escrita aspire a recoger «entre sus cuatro esquinas» el catálogo completo de los derechos que ella misma reconoce, es una indemostrada petición de principio, que la práctica del diseño constitucional, presente o pretérita, tiende más a desmentir que a confirmar. De inmediato viene a la mente la novena Enmienda de la Constitución norteamericana, sobre los derechos *conservados* por el pueblo («*The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*»). La fórmula es, desde luego, ambigua; no se sabe si se trata de establecer una pauta hermenéutica en materia de *construcción* de los derechos expresamente enumerados, o bien si lo que pretende es ensanchar indefinidamente los confines marcados por ellos.

Contempladas las cosas de cerca, tampoco la gran Declaración clásica de derechos, la francesa de 1789, puede ser presentada como un modelo de texto «cerrado», en el sentido de abarcador de todos los derechos del hombre tenidos por ella como naturales. En este caso, de manera aún más clara que en la Enmienda norteamericana, la Declaración adolece de imprecisión extrema por exceso de ambición en su enunciado: «El objetivo de toda asociación política —dice el artículo 2— es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión». El sentido de tan lacónica fórmula también es discutible, pero lo que ofrece pocas dudas, en el caso francés y en el caso norteamericano, es que sus respectivos redactores no contemplaron la posibilidad de que el documento pudiera convertirse, andando el tiempo, en freno u obstáculo para una dinámica social generadora de derechos «nuevos».

Los más relevantes textos del constitucionalismo moderno no dan, en definitiva, argumentos para defender que el aforismo *enumeratio ergo limitatio* pudiera ser un freno concluyente para el surgimiento de derechos nuevos. Al menos por lo que se refiere a Europa, las barreras se alzaron más bien con respecto a los derechos reconocidos, y como consecuencia de la ausencia de vínculos determinantes entre la propia Constitución y su desarrollo normativo por el legislador. Pero esa historia, la de las deficiencias de garantía, y la de los déficits de desarrollo del régimen constitucional de los derechos, no afecta al asunto del que nos ocupamos aquí. Aquí hablamos de una Constitución dotada de fuerza normativa y situada en el tiempo; de los contrastes y de los conflictos entre la rigidez de lo escrito, y una cambiante realidad social, a la que

sirve de revulsivo la propia existencia de un espacio delimitador (y generador) de libertad.

¿Qué conexiones pueden entonces establecerse entre derechos *nuevos* y modelos *viejos* de justicia constitucional? Si lo que buscamos es una confirmación interpretativa, en virtud de la cual pueda hablarse, sin género de dudas del surgimiento de un derecho nuevo, entonces, debería valer como hipótesis de partida la siguiente: cuanto más difundida se encuentre la posibilidad de una aplicación directa de la Constitución *contra* (o *en defecto de*) la ley, mayores serán las oportunidades para que concretas prácticas de los individuos o de los grupos sociales puedan verse confirmadas como ejercicio legítimo de derechos amparados por la Constitución. El viejo modelo del control disperso parecería dar mayores posibilidades a los derechos nuevos que el viejo modelo del control concentrado, sobre todo si la contraposición de los modelos de control de constitucionalidad —cada vez más *vieja* y borrosa— se hace no tanto sobre la base de quiénes están facultados para ejercer el control, sino apoyada sobre la divisoria que separa un control puramente abstracto de la constitucionalidad de la ley, de uno dirigido a la salvaguarda concreta de intereses legítimos.

Expresado en tales términos, un punto de partida como el expuesto es de tal obviedad que roza lo banal. Si ello no obstante lo damos por bueno, siempre cabría plantearse la razón por la cual el surgimiento de nuevos derechos de rango constitucional tropieza con dificultades, incluso allí donde —como es el caso del modelo difuso por excelencia— una interpretación literal de la Constitución podría actuar en favor de ellos. Aunque volveremos sobre ello, quizá la respuesta esté en que, cuando hablamos de nuevos derechos, lo importante no son los «triumfos» aislados o esporádicos que ellos puedan obtener, aquí o allá, en el marasmo del tráfico jurídico. Lo decisivo es el espaldarazo, la confirmación indubitada de *status* como derecho que pasa a situarse en las alturas del orden jurídico, algo que no está al alcance de cualquier intérprete, sino precisamente de aquél cuyas decisiones sean aceptadas como la interpretación auténtica, y de carácter último, del texto constitucional. Desde tal punto de vista, la divisoria entre viejos y nuevos modelos de justicia constitucional, a efectos de creación de derechos, resulta tan cuestionable como la consideración de tal divisoria desde cualesquiera de las perspectivas que se nos ocurran.

Pero, con independencia de ello, las cuestiones centrales nos siguen intriguando: ¿puede afirmarse que, para la dinámica generadora de nuevos derechos, la medida de la concentración/dispersión, aplicada al control de constitucionalidad *latu sensu*, es un factor relevante? ¿Es correcta la intuición de que cuanto más diluida esté la facultad de controlar la ley, mayor será la fluidez interpretativa, más elevado y multifacético el nivel de lectura de las cláusulas constitucionales a la luz del conflicto concreto y, consecuentemente, más abundantes

las vías de entrada y las posibles apoyaturas expresas para los derechos nuevos? Una somera comparación, al estilo más clásico, entre la aproximación al asunto de los derechos nuevos por parte del Tribunal Supremo norteamericano y por parte de algunos Tribunales Constitucionales europeos, quizá permita dar algunas respuestas.

II. ESTADOS UNIDOS: LA (FALSA VÍA DE LA) NOVENA ENMIENDA Y LAS «ZONAS DE PENUMBRA»

Como es bien sabido, el saldo de nuevos derechos creados al socaire de la novena enmienda de la Constitución norteamericana es decididamente pobre, por no decir inexistente. Concebida como expediente para situar a los Estados a resguardo de posibles excesos intervencionistas por parte del poder federal, tal enmienda no ha sido nunca interpretada como una invitación para «saltar» por encima de los derechos enumerados expresamente, ampliando de manera indefinida el catálogo de los derechos «retenidos» por el pueblo. «¿Vas a invocar acaso la novena?» es broma muy extendida en determinados círculos de la práctica norteamericana del Derecho para poner de relieve lo insustancial de una pretensión. No hay, por lo demás, Declaración de derechos que pudiera acoger dicha apertura indefinida sin comprometer gravemente su razón de ser.

La versión actualizada de los clásicos Comentarios de Corwin sobre el significado de la Constitución, dice de la novena enmienda que se halla en una situación de «benevolente descuido» (*benign neglect*). Un descuido que dicha versión atribuye a la célebre «teoría de la penumbra», desarrollada por el juez Douglas al respaldar el derecho a la intimidad en un caso de 1965, *Griswold contra Connecticut*, en el que el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley que prohibía el uso de anticonceptivos: « (...) Las garantías expresas de la Declaración de derechos tienen zonas de penumbra, formadas a partir de las proyecciones emanadas de las mismas y que ayudan a darles vida y sustancia (...)».

Las *proyecciones* de las que habla Douglas son allí, sobre todo, las que se infieren de la garantía del *proceso debido* frente a las interferencias en la «vida, libertad o propiedad», recogida en la decimocuarta Enmienda. Pero *Griswold* contiene un voto concurrente del juez Harlan que plantea, con exactitud, el problema de la confirmación de los nuevos derechos por parte del Tribunal Supremo:

«La cláusula del debido proceso no es susceptible de reducirse a una fórmula; su contenido escapa a la referencia de cualquier código. Lo más aproximado que puede decirse de ella es que, mediante el discurrir de las decisiones

del Tribunal Supremo, ha venido a representar el balance realizado por nuestra Nación (...) entre los postulados de la libertad individual y las exigencias de una sociedad organizada (...). Dicha libertad (...) viene conformada por un *continuum* racional que, hablando en términos amplios, se concreta en garantías frente a coerciones y restricciones arbitrarias de carácter sustantivo, así como en la idea de que el interés público, aducido para justificar una restricción, exige un escrutinio por nuestra parte especialmente cuidadoso».

Lo que tales palabras dejan traslucir es un planteamiento de la cuestión que parece situar la polémica relativa a los derechos nuevos, en términos de lo que los filósofos del Derecho suelen llamar la «norma de clausura» o derecho general a la libertad de cualquier sistema genuino de derechos fundamentales. Dicha norma de clausura, resultado de la consideración de los derechos como la expresión de un principio único y general de libertad, podría expresarse así: «toda acción u omisión está permitida, a menos que resulte prohibida por una norma formal y materialmente conforme a la Constitución». Las zonas de penumbra de todos y cada uno de los derechos, considerados de forma aislada, y en el conjunto de su significado - en el texto y en la estructura de la Constitución, como dicen los norteamericanos - vendrían a ser entonces suelo y caldo de cultivo para el flujo continuo de derechos nuevos; un suelo y un caldo de cultivo potencialmente ilimitado, pero sometido de hecho al respaldo confirmatorio que el ejercicio de tales derechos logre concitar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La clave del problema no está, en definitiva, en la «zona franca» o área de no interferencia de la que cada cual disfruta, sino en el afianzamiento *pro futuro* y en la cualificación de manifestaciones concretas del *agere* como derechos de rango constitucional.

La pretendida contraposición entre unos derechos *escritos* en el texto de la Constitución y, por lo tanto, «canónicos», y unos derechos *no escritos* y, por ello, reafirmados como nuevos, ha sido, por lo demás, denunciada en la doctrina norteamericana como un «artificio semántico mal entendido» (*misunderstood semantic device*). El malentendido provendría de una consideración incorrecta de la función que el texto de la Constitución desempeña a la hora de ser aplicado para resolver cualquier controversia en la que el alcance, o la propia existencia de derechos constitucionales, se hallen en juego. Si se tiene en cuenta el elevado grado de abstracción que se deja sentir en la Declaración de derechos, lo decisivo no es, según esta tesis, la referencia textual (la aproximación *top-down*, en la jerga académica), sino la (re)creación jurisprudencial del texto y la «construcción» *bottom-up* que la decisión judicial verifica, siempre, y en todos y cada uno de los casos.

Si concedemos crédito a un planteamiento semejante, desarrollado *in extenso* por Dworkin al comentar las reacciones a *Roe contra Wade* (el célebre

caso de la constitucionalidad del aborto), entonces deberíamos considerar un nuevo factor que probablemente resulta decisivo en la cuestión de los nuevos derechos. Es éste: la antigüedad de una Constitución, el «estilo» que su texto refleja a la hora de reconocer los derechos, su precisión y su grado de *aggiornamento*, por así decir, a los tiempos, da la medida de las posibilidades de respaldo a derechos que puedan calificarse, con razón, de «nuevos». Éstos difícilmente lo serán allí donde el texto es tan deliberadamente abierto en la materia que resulta capaz de abarcar, dentro de su ámbito normativo, cualquier manifestación de la libertad, de la que se reivindique el carácter de derecho reconocido. Es justamente el caso de la Constitución de los Estados Unidos y, señaladamente, el de la decimocuarta Enmienda, conforme han sido *construidas* sus garantías frente a cualesquiera invasiones en la vida, la libertad y la propiedad, realizadas con menoscabo del proceso debido.

La cuestión de los nuevos derechos cobra entonces una deriva distinta: lo que en ellos hay de novedoso no se constata por referencia al texto de una Constitución vieja, sino con respecto a un proceso de reconocimiento y desarrollo de los mismos, territorialmente descentralizado, plural y sustancialmente asimétrico. Y el control del intérprete supremo sobre dicho proceso ya no es, en el fondo, uno que constate el carácter novedoso del derecho, sino uno que atañe a las relaciones entre ordenamientos, la supremacía del Derecho federal, y el cálculo y la medida en que determinados estándares de protección puedan sobrepasar, o no llegar, al definido como estándar de referencia.

III. EUROPA: JURISPRUDENCIA DE VALORES Y ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN

Da la impresión de que el estatuto teórico de los derechos fundamentales está muy influido en Europa por la idea de que todos ellos son encuadrables en «generaciones» que se suceden a ritmo distinto, y con efecto cumulativo sobre una supuesta «lista» final. Una cultura jurídica sobre la que aún pesa la impronta de la codificación no es seguramente ajena a semejante modo de entender las cosas. El decurso histórico de nuestro constitucionalismo, y las primeras construcciones de una teoría jurídica de los derechos digna de tal nombre (digamos la de Jellinek, con sus sucesivos *estatutos del ciudadano*), se ajustan además como un guante a esas líneas maestras. El resultado es que, para explicar las cosas, seguimos dialogando con categorías que destruimos de inmediato por obsoletas (derechos de libertad/derechos de prestación, por ejemplo), además de obligarnos a extender los flujos generacionales para absorber los derechos nuevos.

Cada ocasión de proclamar y reconocer derechos da pie a catálogos más extensos (e intensos en la particularización de destinatarios), que pasan a influirse, vía *pretoriana*, recíprocamente; máxime si consideramos el impacto integrador de un Convenio de derechos suscrito por todos ellos, al que ahora se sobrepone, para algunos, el de una *novísima* Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, cuyo contenido permite, por cierto, preguntarse si todavía estamos en la cuarta generación de los derechos, o hemos traspasado ya los umbrales de la quinta.

Sea como fuere, una rápida ojeada al estado de la cuestión de los derechos nuevos en los sistemas de justicia constitucional concentrada tenidos por clásicos (Alemania, Italia, Francia y, con los matices que ahora diré, España) ofrece curiosos argumentos para el contraste con respecto al caso norteamericano.

Todos ellos tienen algo en común: una apoyatura constitucional expresa favorable al surgimiento de derechos nuevos, y disponible para dar cobertura al activismo en la materia de sus correspondientes Tribunales Constitucionales. Ya sea el «libre desarrollo de la personalidad», el reconocimiento y la garantía de los «derechos inviolables», «los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», o la proclamación de unos «valores superiores», junto con el reconocimiento de la «dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes» como fundamento del orden político y de la paz social, son todas ellas formulaciones variables de un mismo argumento: el que subyace al (y marca la impronta del) constitucionalismo *beligerante* y *sustantivo* posterior a la Segunda gran Guerra. Su resultado es la jurisprudencia de valores, una etiqueta de impreciso significado, y combatida a menudo desde los más diversos frentes, pero que expresa bien el salto cualitativo realizado por la justicia constitucional —más bien por la justicia a secas— una vez abandonadas las (falsas) certidumbres y los formalismos vacíos del viejo positivismo.

El éxito de la «jurisdicción constitucional de la libertad» se ha fraguado sobre dichas bases —otras no tuvo tiempo u ocasión de desarrollar—, así que los juristas nos hemos habituado a emplear materiales entre cuyos ingredientes abunda la inseguridad y cierto caos contenido. ¿Quiere ello decir que cualquier intento de ofrecer un repertorio de derechos nuevos está condenado al fracaso? Así sería, sin duda, si la jurisprudencia de valores se hubiera aunado con la disposición favorable del juez constitucional al reconocimiento de derechos nuevos, hasta conformar un *pasticcio* indigerible. Pero, por fortuna para una teoría de los derechos dotada de cierta coherencia, no ha sido el caso. En general, ha prevalecido la medida; el reconocimiento de derechos nuevos por la justicia constitucional no se ha producido en Europa sobre la base exclusiva de principios o valores generales de textura abierta, sino mediante el recurso a una in-

terpretación evolutiva, apoyada en ellos, de los derechos con mención expresa en el texto de la Constitución.

Se ha rehuido la «tiranía de los valores», y se ha optado por una cautelosa ponderación o *bilanciamento* de los intereses en juego. El resultado es que esos sistemas de referencia están familiarizados con la cuestión de los nuevos derechos, desde luego, pero el repertorio de ellos está lejos de la espectacularidad que cabría esperar con apoyaturas tan propiciatorias. Cada pretendido derecho nuevo reclama un juicio sobre la legitimidad constitucional —medida en términos de razonabilidad o proporcionalidad— de las restricciones de la norma general de libertad. Y el juicio será más o menos cauteloso (pero imprevisible siempre) según cuáles sean los pormenores de la *litis*, y cuál el grado de asentamiento y consenso en torno a las circunstancias o usos sociales no previstos por quienes redactaron la Constitución.

Las técnicas jurídicas del constitucionalismo de la libertad se asemejan cada vez más. Pero si en Norteamérica la abstracción en el modo de reconocer los derechos actúa como freno para el reconocimiento de derechos nuevos, en Europa el tópico de las generaciones de los derechos lo incentiva: cuanto mayor sea el «retraso» o el *déficit generacional* del texto, evaluado por comparación con el entorno, mayor presión para el reconocimiento y mejor disposición del juez para el reconocimiento del derecho nuevo. El ejemplo del *Conseil Constitutionnel*, pese a su escasa sistemática en la identificación de los «principios no escritos», es en este sentido paradigmático. Y la misma lógica se aprecia en los razonamientos del *Bundesverfassungsgericht* o en los de la *Corte Costituzionale*, si bien en este último caso con el trasfondo de una polémica sobre el carácter abierto o cerrado de la lista de los derechos, que no parece plantearse en Alemania.

Por lo que se refiere a España, la postura del Tribunal Constitucional en materia de derechos nuevos aparece lastrada por la opción del constituyente en favor del parcelamiento de la lista de los derechos en varias zonas y la diferenciación de distintos niveles de protección para cada una de ellas. Es como si la «topografía» de los derechos recogidos en el texto, con sus Capítulos y Secciones de ambigua rúbrica, fuera reflejo de cierta actitud esquizofrénica por parte de quienes los redactaron. De un lado, el deseo de proclamar todo, estableciendo un catálogo de derechos lo más detallado y puesto al día posible. Pero, de otro, frente a la práctica del régimen autoritario, la obsesión por dotar de garantías a los derechos. Como resultado de ello, el artículo 53 de la Constitución, con sus jerarquías de niveles de protección para grupos distintos de derechos, ha producido un efecto indeseado: el de dar argumentos para defender que, de genuinos derechos fundamentales, sólo cabe hablar cuando su grado de protección toca el «techo» constitucional, es decir, la reserva de ley (orgánica

por más señas) respetuosa del contenido esencial del derecho, más el recurso preferente y sumario de protección ante la jurisdicción ordinaria, más el recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional.

Bien sabemos que el desarrollo constitucional hace cada vez más cuestionable semejante modo de ver las cosas. Pero cierta confusión sobre el concepto de derecho fundamental y ciertas dificultades procedentes de la lastimosa sistemática de la Constitución (especialmente en ese «cajón de sastre» que es el capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica) subsisten. En materia de derechos nuevos, la posición del Tribunal es, sin embargo, de claridad meridiana: no hay lugar para ellos; o no lo hay, al menos, desde la óptica a partir de la cual ejerce el Tribunal su función de salvaguarda última de los derechos tenidos en la Constitución por *más fundamentales*. Cierta resistencia (típica de la voluntad *refrenada* de la justicia constitucional) a llevar los razonamientos más allá de lo imprescindible para resolver el caso, y el temor (bien fundado, por cierto) a alentar recursos de amparo destinados a no pasar el filtro de la admisión a trámite, se conjugan para desterrarlos. Eso es lo que se infiere, al menos, de una jurisprudencia que cabe calificar de restrictiva, pero en la que no faltan *obiter dicta* que atribuyen el carácter de derechos «constitucionales» o «subjettivos» (pero no fundamentales) a manifestaciones específicas de una genérica libertad de acción, que se asemejan bastante a lo que podrían ser tenidos por derechos nuevos en otros sistemas de nuestro entorno. Así (sin ánimo de exahustividad), la objeción médica al aborto (STC 53/1985, FJ. 14), la libertad de procreación (STC 215/1994, FJ. 4), la de mantener relaciones sexuales (STC 89/1987, FJ. 2), la intimidación corporal (SSTC 37/1989; 57/1994 y 207/1996), o el derecho a rechazar la asistencia médica (STC 48/1996, FJ. 3).

IV. CONCLUSIÓN

Al comienzo de este trabajo nos preguntábamos por las conexiones posibles entre derechos nuevos y modelos viejos de justicia constitucional. La idea de base era bien sencilla: a mayor difusión del control, mayores *chances* para los derechos nuevos. Pero un somero análisis de las prácticas norteamericana y europea al respecto, aporta matices que desvirtúan tal idea. Las cosas no son tan sencillas. En primer lugar, porque el propio calificativo de «nuevos», aplicado a los derechos, puede resultar más o menos comprensible según cuál sea la cultura constitucional de referencia. Una acostumbrada a la abstracción en el modo de entender la Declaración de derechos, y familiarizada con el protagonismo del juez a la hora de actualizarla y dotarla de significado, parece poco

proclive a hacer del factor novedad un tópico determinante dentro del sistema general de los derechos. Por contra, una tradición constitucional hecha de quebrantamientos y reconstrucciones, una cultura consciente de (y orientada hacia) el peso determinante de la codificación de los derechos al máximo nivel, sí tiene en los derechos nuevos un factor que perturba considerablemente su lógica interna. En el primer caso, el sistema de los derechos resulta plenamente acomodaticio a transformaciones de ida y vuelta; tiene un grado de elasticidad que admite el ingreso del derecho nuevo, pero no excluye reconsideraciones del mismo que puedan neutralizar su alcance o hacerlo desaparecer. En el segundo, la afirmación del derecho nuevo, su yuxtaposición al catálogo de los derechos establecidos, confiere a aquél una resistencia y un carácter inflexible que plantea las más crudas incógnitas sobre el lugar de la Constitución y el peso que corresponde, en el conjunto del sistema político, a cada uno de los intérpretes de ella.

Más allá de los enumerados rasgos generales, nada favorece tanto, en un sitio y en otro, la dinámica generadora de derechos nuevos como la existencia de plurales niveles de desarrollo de los mismos, consecuencia del reparto territorial del poder. Es ése un campo en el que las tensiones centrífugas y centrípetas, propias de cualquier sistema de tipo descentralizado, se acusan con especial intensidad. Quizá porque ningún ámbito, como el de los derechos (en definitiva, el de la posición del ciudadano frente al poder), somete a tan dura prueba la coherencia general del sistema. Cada concepción nacional de lo que se entienda por federalismo (por no hablar del déficit crónico de concepciones asentadas, propio del proceso de integración europea) importa a estos efectos. Pero, al margen de matices, que aquí soslayamos, el hilo que vincula la descentralización territorial con el surgimiento y la consolidación de derechos nuevos es, con seguridad, el punto desde el que habría que ir «tirando de la madeja» para seguir avanzando en la materia.

V. JUSTIFICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

El estilo condensado, con afirmaciones poco matizadas y de dudosa exactitud en alguno de los casos, que hemos elegido para este trabajo, hizo aconsejable prescindir de las habituales notas a pie de página. Así lo decidimos para no hacer recaer sobre espaldas ajenas los posibles errores de bulto de los que sólo el autor es responsable. Pero además no fue ajeno a tal opción el dicho de Cioran contra las citas, expresión, según el pensador rumano, del deseo de marcar distancias con respecto a lo escrito, como si lo afirmado no fuera de la incumbencia de uno. De todos modos, tampoco es cosa de arrojar al vacío sin in-

vocar el auxilio de lo que otros han dicho, y que he tenido *in mente*, aunque no lo haya mencionado de manera expresa.

Sobre la obsolescencia de los viejos modelos de justicia constitucional, y sobre la relevancia de la diferenciación entre control concreto y control abstracto, me remito a la acreditada opinión de FRANCISCO RUBIO LLORENTE, expuesta en varios de sus Escritos y últimamente, con detalle, en «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», recogido en su libro (de autoría compartida con JAVIER JIMÉNEZ CAMPO) *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*, Madrid, McGraw Hill, 1998. La referencia a propósito de la novena Enmienda y lo inútil de su invocación como base de defensa de posiciones propias, está tomada de una de las obras más conocidas (y discutidas) de la doctrina constitucional norteamericana: la de JOHN HART ELY: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard Un.Press, 1980, pág. 34. La edición de los comentarios de CORWIN: *The Constitution and what It Means Today*, que he manejado, es la decimocuarta, de 1978 (actualizada por H. W. CHASE y C. R. DUCAT), donde aparecen las referencias a las opiniones de los jueces Douglas y Harlan en el caso *Griswold contra Connecticut*. Para este apartado me ha sido muy útil la visión de conjunto que aparece, bajo el Epígrafe «Fundamental Rights», en BARRON y cols., *Constitutional Law. Principles and Policy. Cases and Materials*, Charlottesville, The Michie Company, 1987, págs. 405 y sigs., así como el *American Constitutional Law*, Nueva York, The Foundation Press Inc., 1988, de Laurence H. Tribe, y especialmente el Epígrafe 4 del Capítulo 11 («True and False Starts in the Search for Substantive Rights»).

La idea de la «norma de clausura» o derecho general a la libertad está desarrollada en ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEP, 1993, págs. 333 y sigs. Al respecto me ha sido muy útil el trabajo de LUIS PRIETO SANCHÍS: «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», en *Derechos y Libertades*, 8 (2000), págs. 429 y sigs. Por su parte, las opiniones de DWORKIN sobre los derechos «expresos» o «presuntos», están tomadas del Capítulo 3 («What the Constitution Says») de su libro recopilatorio de diversos trabajos *Freedom's Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

Una visión de conjunto sobre la creación de nuevos derechos por la justicia constitucional, puede verse en el Capítulo 6 («Una manifestación concreta del papel de los valores en la interpretación: la “creación” de derechos fundamentales») del libro de FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO: *Valores superiores e Interpretación constitucional*, Madrid, CEP, 1997. Para la cuestión en Italia y en Francia, es de referencia el libro de MARIE-CLAIRE PONTTHOREAU (con prólogo de PIZZORUSSO): *La Reconnaissance des droits non-écrits par les Cours Constitutionnelles italienne et française*, París, Economica, 1994.

Sobre el concepto de derecho fundamental a la luz de la jerarquía de garantías establecida en la Constitución española, puede verse el libro de JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999. Finalmente, una glosa de la posición del Tribunal Constitucional español en materia de derechos nuevos, se encuentra en el trabajo del ya citado DÍAZ REVORIO: «Tribunal Constitucional y Derechos Constitucionales no escritos», en el libro colectivo, coordinado por EDUARDO ESPÍN y el propio DÍAZ REVORIO: *La Justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 231 y sigs.

NOTAS

