

DECLARACIONES DE DERECHOS; PROBLEMAS BASICOS EN SU ELABORACION Y APLICACION (I)

Geoffrey Marshall

Profesor del *Queen's College* de Oxford

Parece un momento adecuado para considerar el papel de las Declaraciones de Derechos. Durante la pasada década han ocurrido muchas cosas. En los Estados Unidos, el papel del Tribunal Supremo en la aplicación de las garantías constitucionales ha sido tema crucial en la política nacional y ha dividido a la opinión política. Tanto en Europa como en Norteamérica se han promulgado nuevas y modernas declaraciones de derechos. En 1982, en Canadá se adoptó una nueva Carta de Derechos y Libertades. España, en 1978, elaboró una nueva Constitución que contenía los derechos y deberes fundamentales del ciudadano. En Francia, el Consejo constitucional ha redescubierto la Declaración de Derechos del Hombre. El Reino Unido ha estado considerando la adopción de la Convención Europea de Derechos Humanos. En 1989 celebraremos el tricentenario de la Declaración de Derechos Parlamentaria inglesa de 1689, y los bicentenarios de la Declaración francesa de 1789 y de las enmiendas propuestas en ese año por el Congreso americano para añadir una Declaración de Derechos a la Constitución federal de los Estados Unidos.

Entre la Ley inglesa de 1689 y el instrumento americano existía una diferencia fundamental. La Declaración de Derechos inglesa establecía la supremacía del parlamento y aseguraba las libertades civiles y parlamentarias de un modo limitado frente al Rey. Declaraba el derecho del parlamento a aprobar tributos y el derecho de sus miembros a la libertad de expresión pública. Pero ello no protegía al ciudadano frente al parlamento, cuyos poderes eran y (más o menos) son soberanos e ilimitados. Fue la legislación constitucional americana y el ejercicio del poder del Tribunal Supremo para examinar y declarar inválidas leyes de las legislaturas federales y estatales lo que constituyó el verdadero anticipo de aquellas declaraciones de derechos humanos, nacionales e internacionales, que se han extendido a través del mundo, especialmente desde 1945. Además, la experiencia americana sobre justicia constitucional ha tenido un impacto crucial y continuo

sobre la opinión y práctica en cualquier parte. Es cierto que entre las dos guerras mundiales las Declaraciones de Derechos fueron bastante impopulares en Europa, especialmente para los liberales, a causa del supuesto historial antiprogresista de la justicia constitucional americana durante el período del *new deal*. Se consideraba que la Declaración de Derechos americana era una carta favorable a la propiedad y libertad contractual y una barrera para la experimentación social. Los «nueve viejos» del Tribunal estaban obstruyendo el progreso hacia el futuro. Pero durante los años de posguerra tanto la Declaración de Derechos como el propio Tribunal cambiaron de sentido. En los años sesenta, los liberales de todo el mundo aplaudían las iniciativas progresistas del Presidente del Tribunal Supremo Warren. En el campo internacional tuvo también la guerra su propio impacto. Todo tipo de derechos humanos habían sido ignorados y violados. Los gobiernos —unos más que otros— cometieron actos bárbaros contra los individuos y los enemigos.

El resultado fue un intento de acuerdo por parte de todas las naciones para declarar derechos y libertades —derechos básicos, fundamentales, humanos e inalienables— (todos ellos son lo mismo a efectos de la promulgación de un acuerdo internacional). Por ello, en 1948, se llevó a cabo la universal o casi universal Declaración de Derechos Humanos. Surgieron después varias declaraciones regionales, pactos¹ y protocolos contra el genocidio, esclavitud, trabajo forzado, la privación injustificada de ciudadanía y el colonialismo y a favor del empleo, la libertad de religión, igualdad, salud mental y libertad de negociación colectiva².

En la Commonwealth británica empezó a llevarse a cabo un proceso de *status* independiente para las antiguas colonias. A diferencia de los dominios de antes de la guerra —Australia, Canadá, Sudáfrica y Nueva Zelanda (ninguno de los cuales tenía declaración de derechos)—, casi todas las Constituciones de independencia de la posguerra contenían declaraciones de derechos. India elaboró la suya propia en 1947. Desde 1960, y empezando por Nigeria, un gran número de los recientemente independientes Estados de la Commonwealth adoptó las declaraciones de derechos basadas en la Declaración de Derechos Humanos europea de 1950. Unos veinte o treinta Estados siguieron este modelo, incluidos los Estados africanos de Uganda, Kenia, Zambia, Zimbawe y Botswana. Siguieron a éstos los Estados del oeste de la India y los recientes Estados independientes del Pacífico. Quizá lo más importante haya sido que Canadá adoptara una declaración de derechos federal en 1960, y que en 1982 elaborara una nueva Carta de derechos y libertades vinculante para las legislaturas federal y provincial. Pero no todas las Declaraciones de Derechos de la Commonwealth han sobrevivido. Algunas de ellas fracasaron en retos para los que no

¹ Hubo convenios adicionales acerca de, entre otros, los derechos de las mujeres, los refugiados y los sindicalistas.

² Véase I. BROWNLIE (ed.), *Basic Documents on Human Rights* (1971), 2.ª parte.

habían sido proyectadas, tales como golpes de estado militares, dictaduras y Estados de partido único. Pero la ausencia más marcada durante el proceso fue el Reino Unido. Aunque, paradójicamente, fue en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth en Londres donde más proyectos de declaraciones de derechos se elaboraron, el parlamento de Westminster se mantuvo más o menos firme a las nociones de Edmund Burke y resistió los intentos de definir los derechos generales de los súbditos de la Reina. La explicación de esto quizá tenga algo que ver con lo que Burke llamó la «hosca resistencia a la innovación y la fría inactividad del carácter nacional».

EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS

Originalmente, la Declaración de Derechos americana contenía sólo 10 artículos, a los que luego se les añadió alguno más. Los modelos actuales son mucho más largos. Así, por ejemplo, la Carta de Declaración de Canadá tiene 34 artículos. La de la India tiene 39, y los artículos constitucionales españoles referentes a los derechos y libertades son 46. La Convención Europea tiene 66 artículos: ¿cuál es la razón para este aumento del número de derechos?, y ¿es bueno este aumento? La Declaración de Derechos americana no era, por supuesto, la única fuente depositaria de las garantías de los derechos de los ciudadanos. Algunos derechos (como la prohibición de leyes *ex post facto* y procedimiento de *habeas corpus*) aparecían de forma separada en el cuerpo de la Constitución original. Además, los derechos declarados en 1791 representaban en su gran mayoría una ofensa histórica contra la Corona británica y el Parlamento. Algunos de ellos fueron sacados de la ley inglesa, y otros de la tradición, tales como la prohibición de castigos crueles e inusuales y el derecho de los ciudadanos a llevar armas. La mayoría de ellos serían ahora considerados como las libertades civiles clásicas del *common law* —libertad de la persona, procedimiento debido para las detenciones y la búsqueda de los instrumentos del delito, *habeas corpus*, juicio por un jurado, etc.—. Algunos eran producto de la elaboración americana y otros eran mejoras de los derechos de los ingleses —tales como la separación Iglesia-Estado y la reafirmación de que la libertad de prensa, la libertad de expresión y la libertad de religión no serían violadas por el Congreso—. Además, el Congreso veía su autoridad seriamente mermada por la distribución federal de poderes que dejó en manos de los Estados un residuo de soberanía al temerse la interferencia federal de los derechos de los Estados.

Los derechos adoptados en 1791 fueron en su mayoría libertades de varias clases. Más tarde, a mediados del siglo XIX, se garantizó el derecho positivo a la igualdad ante la ley o el derecho a la igual protección por parte de las leyes. Este derecho nació en América a raíz de la historia de la tensión racial y la discriminación, pero su origen filosófico e intelectual europeo pueda quizá deberse a las proposicio-

nes de Jean Jacques Rousseau en su obra *El Contrato Social*. La ley como emanación de la Voluntad General debe tratar por igual y sin discriminaciones a todos los ciudadanos³.

El derecho a la igualdad en su desarrollo ulterior ha llegado a ser uno de los problemas más difíciles en la interpretación constitucional. Pero, de todas formas, su inclusión junto con las libertades civiles clásicas se ha considerado algo esencial en la mayoría de las declaraciones de derechos modernas.

Hay que resaltar que los constitucionalistas y políticos del siglo xx no se han mostrado unánimes en el tema de las garantías de la igualdad. Ni tampoco en lo que a la propiedad se refiere. Los derechos de propiedad se incluyeron en la Constitución india de 1947 y fueron la causa de grandes disputas que hicieron cuestionable la naturaleza de la declaración de derechos india. En cambio, en Canadá se decidió deliberadamente excluir las garantías de derechos de la propiedad de la Carta de Derechos y Libertades, aunque ha habido algunos conatos de introducirlos en algunas provincias.

Se han adoptado derechos sociales y económicos de muchas otras clases en muchas Constituciones durante los años de posguerra. Los artículos 8 y 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos promulgaron, por ejemplo, el respeto al derecho de la vida familiar y el matrimonio. El artículo 12 dice: «los hombres y mujeres en edad de casarse, tienen el derecho a hacerlo». Presumiblemente esto significa que los hombres tienen el derecho a casarse con mujeres, aunque muchos de los privilegios sociales del estado marital son reclamados a veces por parejas del mismo sexo.

Los derechos lingüísticos en Norteamérica han adquirido una considerable importancia. En Canadá, la Carta concede un idéntico *status* a las lenguas inglesa y francesa⁴, especialmente en los temas de educación y concesión de servicios públicos a minorías lingüísticas. Problemas similares se dan en algunas zonas de los Estados Unidos, donde el español compite con el inglés. Algunos americanos están empezando a reclamar protección constitucional de la lengua pensando que el inglés puede llegar a convertirse en una lengua minoritaria en América (muchos ingleses incluso piensan que esto ha ocurrido siempre).

Otro tema interesante del siglo xx son los derechos sindicales y el derecho de los trabajadores a la huelga. Se reconocen estos derechos en el artículo 28 de la Constitución española. En ella se contempla tanto el derecho de asociación como el derecho específico a sin-

³ El legislador, dijo Rousseau, no puede imponer cargas más pesadas a unos ciudadanos que a otros. «Toda expresión auténtica de la voluntad general impone las mismas obligaciones y otorga los mismos beneficios a todos.» *El Contrato Social*, Libro 2, cap. IV.

⁴ El artículo 16 de la Carta de Derechos y Libertades establece que «el inglés y el francés son la lengua oficial de Canadá y tienen el mismo *status*, derechos y privilegios a efectos de su uso por todas las instituciones del Parlamento y Gobierno de Canadá».

dicarse. Este artículo ofrece también respuesta a cierta cuestión debatida calurosamente en otras Constituciones. Afirma que «nadie puede ser obligado a unirse a un sindicato»⁵. Algunos han entendido, lógicamente, que la libertad de asociarse conlleva la libertad de no asociarse. En cambio, otros (no sin falta de lógica) han opinado que la segunda opción no es consecuencia de la primera. Los límites de los derechos sindicales son un asunto de bastante dificultad. Todo el mundo puede tener derecho a unirse a un sindicato, pero algunos no pueden ejercitar este derecho —si, por ejemplo, pertenecen a la Policía, son miembros de las Fuerzas Armadas o si, como en Gran Bretaña, son funcionarios civiles que trabajan en el Centro de Comunicaciones Secretas del Gobierno⁶—. Las huelgas de los funcionarios públicos pueden paralizar la vida de la comunidad. Pero también pueden hacerlo las huelgas de determinados trabajadores, mineros o agricultores. Posiblemente, no se debería permitir el derecho a la huelga a cierto tipo de trabajadores.

Algunas declaraciones de derechos contienen garantía y prohibiciones. Por ejemplo, el artículo 9 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana prohíbe asociaciones o partidos cuyos objetivos puedan entrar en conflicto con el orden constitucional (norma que parece violar los derechos de asociación y libre expresión); y la Constitución japonesa prohíbe y renuncia a la guerra y a la amenaza y uso de la fuerza como medio para arreglar las disputas internacionales, norma que podría muy bien incluirse en la Constitución de la Federación Inglesa de Fútbol.

Existe, además, otra clase de norma constitucional, que es aquella que anima o facilita que el Estado realice ciertas actividades.

En India, el Estado tiene el deber de proteger a la juventud frente al abandono material y moral y de luchar contra la destrucción de los monumentos nacionales. Se consideran estas obligaciones como principios directivos de la política estatal no sujetos a aplicación judicial. Cuando se imponen deberes políticos definidos en términos generales sobre autoridades públicas —por ejemplo, potenciar los fines de la educación o administrar con eficacia un servicio nacional de salud— surgen problemas difíciles tanto acerca de la legitimación para demandar como acerca de su accionabilidad ante los Tribunales.

Se ha sugerido a veces que los modernos derechos sociales y económicos difieren de los derechos civiles clásicos por el hecho de ser positivos en vez de negativos, pero ello no es así siempre. Algunos derechos sociales requieren que los poderes públicos se abstengan de actuar (los derechos a la intimidad pueden obligarles, por ejemplo, a no recoger o archivar determinado tipo de datos). Por el contrario,

⁵ Véase el artículo 11 de la Declaración Europea de Derechos Humanos, que vincula el derecho a formar parte de sindicatos con la libertad general de asociación. Acerca del principio de *closed shop*, véase el caso *Young, James y Webster* (U. K.), núm. 44, 13-8-1981.

⁶ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* (1985), A. C. 374.

algunos derechos civiles tradicionales tales como la libertad de expresión pueden necesitar ser protegidos mediante una actuación positiva del Estado. Un ejemplo es la Ley de Educación británica de 1988, alguno de cuyos artículos tiene por finalidad la protección de la libertad de expresión en las universidades, estableciendo para las mismas deberes de prevención de la obstrucción física y de la denegación de locales para los oradores con quienes los estudiantes no están de acuerdo.

LA LIMITACION DE DERECHOS

La declaración de derechos en el preámbulo de la Constitución de la IV República francesa estableció el derecho a la huelga de los franceses. Pero añadió que «el derecho a la huelga debe ejercitarse en los términos en que resulte regulado por las leyes». Se trataba de un reconocimiento pleno de una proposición universalmente admitida en el sentido de que no existen derechos absolutos⁷, ni legales ni morales. Posiblemente el derecho a no ser torturado es prácticamente absoluto (aunque cualquier teórico moral puede pensar en un caso absolutamente excepcional en el que la tortura fuera moralmente excusable o, incluso para algunos moralistas, incluso obligatoria). En la Convención Europea de Derechos Humanos los derechos a no sufrir tortura, trato o castigo inhumano o degradante⁸, o esclavitud y servidumbre, son tratados como absolutos en el sentido de que no pueden ser objeto de lo que allí se denomina «derogación». El artículo 15 del Convenio permite a los Estados adoptar medidas para derogar (por ejemplo, no llegar a dar cumplimiento) las obligaciones impuestas por la Convención, incluyendo el derecho a la vida, cuando la muerte es el resultado de actos legítimos de guerra. Pueden adoptarse medidas «derogatorias» en tiempo de guerra o de emergencia pública que amenacen la vida de la nación. Esta manera de limitar los derechos es análoga a su suspensión. El artículo 55 de la Constitución española, igual que muchas de las Constituciones elaboradas en Gran Bretaña para los países de la Commonwealth, prevé la «suspensión» de garantías en circunstancias limitadas. En algunas Constituciones se prohíbe por la Constitución la revisión judicial de la suspensión del ejercicio de los derechos⁹, lo que no ocurre en otras. Algunas otras

⁷ Debe distinguirse entre «absoluto» y «fundamental» e «inalienable», términos con los que a veces aquél está vinculado. Algunos derechos absolutos y no excepcionables no son inalienables, y algunos derechos inalienables (quizá el derecho a la vida) no son absolutos ni están exentos de matizaciones.

⁸ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el castigo corporal y determinados interrogatorios policiales utilizados por el ejército inglés en Irlanda son inhumanos y degradantes, pero que no constituyen tortura. Ni el Tribunal Supremo de Estados Unidos ni el Consejo Privado han declarado que la pena de muerte sea un castigo cruel o inusual, quizá porque claramente no es inusual.

⁹ Por ejemplo, la Constitución de Malasia, 5150 (8), establece que contra la de-

Constituciones, como la de los Estados Unidos, no contienen precepto alguno para suspender la efectividad de los derechos. Las situaciones de emergencia lo permiten, sin embargo, mediante la utilización de otros mecanismos. Por ejemplo, los poderes que no pueden ser ejercitados por el Presidente de los Estados Unidos como jefe de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz podrían ser utilizados en tiempo de guerra. También podría ocurrir (como en Canadá¹⁰) que hubiera legislación ordinaria infraconstitucional autorizando al ejecutivo para adoptar medidas especiales en caso de emergencia. El uso de tales poderes estaría sujeto a las limitaciones impuestas por la Constitución, pero estas limitaciones son permitidas si constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática y llevan como resultado el posible límite de muchos de los derechos de la Constitución. Qué debe entenderse como justificable en una situación de emergencia puede, en consecuencia, ensancharse en algunos momentos. En los países del *common law* existe también la doctrina jurisprudencial de la necesidad, que autoriza al poder ejecutivo para adoptar, en caso de emergencia, cualesquiera medidas que sean necesarias¹¹, sin perjuicio de la posterior revisión por los tribunales acerca de si las medidas adoptadas eran razonablemente requeridas por la situación.

Una de las más importantes innovaciones de las Declaraciones de Derechos del siglo xx ha sido el intento de codificar «limitaciones» a los derechos por la vía de hacer una lista de «excepciones» a sus posibles aplicaciones o por la de insertar una fórmula general que permita su desarrollo legislativo o modificación¹². Estas limitaciones han sido obviamente necesarias cuando las normas constitucionales declaraban derechos de libertad, dado que un derecho general a la libertad de sobra es conocido que no es tolerable¹³. En consecuencia, el derecho a la libertad y seguridad de la persona en el Convenio Europeo es matizado sobre la base de seis motivos relacionados con el arresto y la detención legal, y los derechos a la libertad de pensamiento, expresión y reunión son limitables por leyes que sean consideradas necesarias en una sociedad democrática en persecución de la seguridad nacional, el orden público, la moral o salud pública, la prevención del desorden o de los delitos, o con la finalidad de proteger los derechos, honor o intimidad de otros o sobre la base de mantener

cisión del Jefe del Estado de declarar el estado de emergencia «no cabe recurso alguno basado en fundamento alguno ante los Tribunales».

¹⁰ Véase la Ley de Medidas de Guerra de 1970 de Canadá.

¹¹ Sin embargo, el profesor A. V. Dicey argumentó que las instituciones francesas de declaración de «estado de sitio» o la «ley marcial» son desconocidas para el Derecho inglés. *Law of the Constitution* (10.^a ed.), pp. 291-293.

¹² Por ejemplo, el artículo 53 de la Constitución española establece que «sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades».

¹³ Algunos dudan de su existencia. Ronald Dworkin ha afirmado que «parece claro que no existe un derecho general a la libertad como tal». *Takin Rights Seriously* (1977), p. 269. (Se entiende aquí por libertad la libertad negativa en el sentido de ausencia de constricción.)

la independencia del poder judicial. Algunas declaraciones de derechos de los países de la Commonwealth que adoptaron esta fórmula añadieron otras posibilidades tales como la regulación del telégrafo, la comunicación postal, los espectáculos públicos y la comunicación por medios audiovisuales. La Carta de Canadá adoptó una forma más simple de matización general con una diferencia de interés. La Carta garantiza derechos «sujetos sólo a aquellos límites razonables establecidos por la ley que puedan demostrarse que estén justificados en una sociedad libre y democrática». Este tipo de preceptos son claramente necesarios, dado que un gran número de los derechos conferidos por la Carta están escritos en términos no restringidos. Uno de ellos, por ejemplo, es el derecho a la libertad de circulación —o derecho de movilidad— (en francés, libertad de circulación y establecimiento). Queda así garantizado el derecho de los ciudadanos canadienses para entrar y «permanecer» en Canadá. El derecho a permanecer en Canadá aparentemente es absoluto, pero resulta claro que ello no es así. Un ciudadano naturalizado como canadiense que fue extraditado a Alemania pretendió que su desplazamiento para permitir que fuera acusado de crímenes de guerra era contrario a su derecho a permanecer en Canadá. Se llegó a la conclusión, sin embargo, de que la ley de extradición que permitió su expulsión, tal y como había sido aplicada en ese caso, resultaba como suficientemente justificada en una sociedad democrática y no violaba la Carta¹⁴.

En los Estados Unidos también muchos derechos aparecen formulados en una manera aparentemente no restringida. El Congreso no podrá hacer ley alguna que coarte la libertad de expresión o de prensa. El Magistrado del Tribunal Supremo Hugo Black sostuvo siempre la idea de que ese precepto contenía una prohibición absoluta, pero a lo largo de los años el Tribunal Supremo ha mantenido como válidas gran cantidad de leyes que restringen la libertad de expresión, aunque quizá muchas menos de las que resultan tolerables en las jurisdicciones de otros países. Es realmente una cuestión discutible para quienes elaboran las Constituciones si al fin y al cabo constituye alguna diferencia sustantiva el hecho de que los preceptos que establecen derechos civiles aparezcan redactados otorgándose al poder judicial una lista de intereses públicos que pueden justificar la imposición de restricciones a los mismos o si son redactados de forma que los límites puedan ser elaborados por sí mismos mediante interpretación del texto. Hay quien puede creer que los intentos de definir los límites de los derechos de forma extensa minimizan la posibilidad de que los jueces creen derecho. Pero probablemente se trata de un error.

¹⁴ *Re Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d.) 225; 145 D.L.R. (3d.) 638 (C.A.).

EL AMBITO DE LOS DERECHOS

Muchas declaraciones de derechos afirman que los derechos son «reconocidos» o «garantizados» o que existen, pero sin mencionar contra quién se garantizan, o quién exactamente tiene la obligación de respetar dichos derechos. Ello ha llevado a que se plantee un problema general. Las Declaraciones de Derechos, ¿otorgan derechos a los ciudadanos solamente contra el Estado y regulan solamente una relación ciudadano-gobierno?, o ¿se extienden más allá y otorgan a los ciudadanos frente a otros ciudadanos?

Bien pudiera ocurrir que esta cuestión no esté bien planteada y que no pueda otorgarse una respuesta general, dado que los preceptos en algunas Constituciones claramente crean derechos contra otras personas privadas¹⁵. Por otro lado, algunos derechos son con igual claridad derechos exclusivamente frente al Estado o el gobierno y difícilmente podría tratarse de otra cosa. El derecho de voto es el ejemplo típico. Algunos preceptos en algunas declaraciones de derechos también dejan claro en su fraseología que se refieren a acción gubernamental o a acción de los funcionarios. La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos prohíbe al *Congreso* restringir la libertad de expresión, prensa y religión. La Decimocuarta Enmienda establece que «ningún *Estado*» podrá denegar a una persona bajo su jurisdicción el derecho a la igualdad ante la ley.

En tales casos, sin embargo, las garantías relevantes pueden de diversas maneras establecer restricciones para la acción privada o no gubernamental. En primer lugar, la línea que separa a las personas que constituyen el gobierno o la actividad pública oficial de las instituciones o personas no gubernamentales o privadas no es nada clara. Muchas organizaciones cuyos miembros no son funcionarios del Estado pueden llevar a cabo funciones de naturaleza pública o cuasi-pública. En todo sistema político existe una amplia gama de organizaciones semipúblicas, algunas veces llamadas *quangos* (es decir, organizaciones cuasi no gubernamentales). Es más, muchas organizaciones no gubernamentales se mantienen gracias a fondos públicos o a autorizaciones administrativas que les permiten llevar a cabo funciones que afectan a los intereses de otros ciudadanos. En los Estados Unidos ello ha ampliado el área de la «acción estatal» considerablemente. Igualmente, una visión amplia de cuándo hay suficiente imputabilidad al Estado derivada de la aprobación de legislación estatal o federal que restringe a la actividad privada, al establecer derechos a la igualdad en los servicios o ayudas, ha extendido el ámbito de los derechos de igualdad a la esfera privada.

¹⁵ Por ejemplo, las prohibiciones relacionadas con los intocables en la Declaración de Derechos de India. El artículo 15 establece que no se podrá negar el acceso a tiendas, restaurantes, hoteles o espectáculos en razón de la religión, raza, casta, sexo o lugar de nacimiento.

También ocurre lo mismo cuando sujetos particulares pueden ver afectados sus derechos por otros individuos privados que invocan la existencia de remedios establecidos en la ley o cuando litigan entre sí por cuestiones de derecho privado.

En Canadá los comentaristas constitucionales han expresado diversos puntos de vista acerca de si la Carta de Derechos se aplica tanto a las relaciones entre sujetos privados como a la acción gubernamental¹⁶. La Carta en sus propios términos se aplica al gobierno y parlamento de Canadá, así como a los gobiernos y parlamentos provinciales respecto a cualquier materia que esté dentro de su competencia¹⁷. En un caso de 1988¹⁸ se sentó como doctrina que la Carta no se aplicaba cuando un empresario solicitaba una *injunction* contra sus trabajadores para prevenir piquetes bajo la regla del *common law* establecida en la doctrina de la ruptura del contrato y conspiración. Los empleados argumentaron sin éxito que se habían infringido sus derechos de libertad de expresión. Pero el Tribunal Supremo sentó que la Carta no se aplicaba a las partes en un proceso judicial ordinario.

Podría suponerse, sin embargo, que la cuestión en juego en este caso no es si la Declaración de Derechos se debe aplicar a un empresario privado, sino si la Declaración de Derechos se ve infringida por la existencia de una ley o una regla del *common law* invocada por un sujeto privado. El *common law* está siempre sujeto a la autoridad del Parlamento¹⁹. Algunas veces una acción del *common law* como una demanda por resolución de contrato no afectará a derechos constitucionales, pero la cuestión de si cualquier regla concreta del *common law* (por ejemplo, las relacionadas con los libelos o el *contempt*) constituye acción pública que viola derechos constitucionales debería ser una cuestión abierta²⁰. Lo que muchos temen es la creación de una nueva serie de hasta ahora inexistentes deberes de los sujetos privados que derivarían exclusivamente de los preceptos de la declaración de derechos, así como la consecuente creación de un nuevo cuerpo de *tort constitutional*²¹. En cualquier caso, la única respuesta posible a la cuestión de si los derechos se aplican o no al sector privado es la de que «algunos sí, algunos no, algunos no pueden».

¹⁶ Véase P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada* (2.ª ed., 1985), pp. 674-678.

¹⁷ Artículo 32 de la Carta.

¹⁸ *Dolphin Delivery v. Retail, Wholesale and Department Store Union* (1988), S. C. R.

¹⁹ Cuando el Gobierno actúa bajo las prerrogativas del *common law*, sus actos están sujetos a la Carta. Véase *Operation Dismantle v. The Queen* (1985), 1 S. C. R. 441 (intento infructuoso de declarar legal el estacionamiento de misiles Crucero en Canadá).

²⁰ Por ejemplo, en Estados Unidos, el caso *New York Times v. Sullivan*, 376 U. S. 255 (1964), surgió de una acción antilibelo de una persona contra una organización privada, un periódico. Pero la cuestión suscitada fue la de si las leyes estatales antilibelo violaban la libertad constitucional de expresión.

²¹ HOGG, *op. cit.*, p. 677, nota 140.

EL «STATUS» DE LOS DERECHOS

Quizá la cuestión más importante que puede plantearse acerca de los derechos constitucionales es la de su autoridad o *status* o prioridad en relación a otros tipos de creación del derecho. Casi todas las Declaraciones de Derechos no son fundamentales en el sentido de no ser enmendables. Una excepción poco usual es la Constitución de Chipre de 1960, que declaraba sus libertades fundamentales totalmente inamovibles²². Algunos juristas norteamericanos de un período anterior creían que partes de la Declaración de Derechos no eran reformables²³ sobre la base de que reflejaban principios inmutables de derecho natural, pero no existe garantía alguna en el texto de la Constitución o en la cláusula que regula su reforma para sostener tal conclusión. Esta cláusula (art. V) claramente pretende proteger de la reforma constitucional el principio de igual representación de cada Estado en el Senado. De manera parecida, en la Constitución de la V República Francesa, la forma republicana de gobierno no puede ser modificada. Pero ni en América ni en Francia está protegida de reforma la propia cláusula constitucional que regula los mecanismos de reforma constitucional. Tampoco lo está la cláusula de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania que declara algunas secciones de la misma inmodificables. Sería siempre posible, sin embargo, que una cláusula de reforma constitucional estableciera la imposibilidad de modificar tanto otros preceptos concretos de la Constitución como la propia cláusula de reforma.

En India, sin embargo, se ha argumentado que algunos derechos básicos son en algunos aspectos no modificables, pese a la ausencia de afirmación alguna en este sentido en la cláusula de reforma constitucional. La Declaración de Derechos creada en 1949 establecía que «el Estado» no podrá hacer ninguna ley que suprima o restrinja los derechos conferidos por los preceptos que establecen derechos fundamentales. Se sugirió que «el Estado» incluía el parlamento y que una enmienda constitucional era una ley y, por consiguiente, que era acción pública suficiente para ser atacada. Los tribunales indios en 1952 rechazaron este punto de vista²⁴, pero posteriormente lo han aceptado al menos en parte²⁵ al sostener que las enmiendas constitucionales no podían afectar a la estructura básica de la Constitución. En realidad la cuestión reside en gran parte en si las reformas constitucionales pueden ser llamadas «leyes». El artículo 19 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania establece que un dere-

²² Establecía que los artículos en cuestión «no pueden ser modificados, derogados ni ampliados en modo alguno» [art. 182 (1)].

²³ Véanse L. B. ORFIELD, *The Amending of the Federal Constitution* (1942), cap. 4; C. G. HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts* (1930), pp. 336-339.

²⁴ *Shankario Prasad v. Union of India* (1952), A. I. R. 1951 (Supreme Court) 458.

²⁵ *Golak Nath v. State of Punjab* (1967), A. I. R. (Supreme Court) 1643; *Kesavanandra Bharati v. State of Kerala* (1973), A. I. R. (Supreme Court) 1468.

cho básico no puede ser restringido por la ley, pero la ley no podrá infringir el contenido esencial de ese derecho. El artículo 53 de la Constitución española, de manera similar, prevé que las leyes de desarrollo de los derechos y libertades protegidos deben respetar el contenido esencial. Eso se aplica claramente a las leyes promulgadas al amparo de los artículos 81 a 91. Pero parece claro que las leyes promulgadas al amparo de los artículos 166 a 168 como leyes de reforma constitucional no pueden ser objeto de la limitación impuesta por el artículo 53.

La misma cuestión ha surgido recientemente en Canadá. Se ha propuesto una nueva enmienda constitucional para otorgar más derechos a Quebec y para cambiar los procedimientos existentes para la elección de Senadores, Magistrados del Tribunal Supremo y admisión de nuevas provincias en la federación. En 1987, los territorios de Yukon y el Noroeste reclamaron por qué las propuestas de reforma violaban los derechos garantizados a sus ciudadanos por la Carta de Derechos y Libertades. La Carta, se decía, se aplica a todas las cuestiones incluidas en la jurisdicción y en las legislaturas federal y provincial. La reforma constitucional se lleva a cabo por esos organismos (actuando conjuntamente). Por consiguiente, la Carta se aplica también a la reforma constitucional. Este argumento ha sido rechazado por los tribunales²⁶. Una de las razones consiste en que la reforma constitucional no cae dentro del ámbito de la jurisdicción de las legislaturas federal y provinciales consideradas por separado. Es más, casi todos los derechos en la Carta pueden en cualquier caso ser modificados por legislación ordinaria provincial o federal aprobada por mayoría simple. Sería ciertamente extraño que la Carta de Derechos fuera reformable por legislación ordinaria, pero no lo fuera (o fuera vulnerable) a una reforma constitucional que tiene la aprobación combinada de una mayoría cualificada de las legislaturas federal y provincial.

El precepto que incluye lo que se ha llamado el «desconocimiento legislativo» (o *notwithstanding clause*) es una invención canadiense y muchos canadienses creen (correctamente) que este precepto, que permite a las legislaturas desconocer muchos de los derechos y libertades fundamentales, constituye un defecto fundamental de la Carta de Derechos²⁷. Lamentablemente, sin embargo, ése ha sido el sistema que se ha propuesto para el Reino Unido por aquellos que desean que el Parlamento británico promulgue una declaración de derechos

²⁶ *Peniket v. The Queen* (British Columbia Court of Appeal 23-12-1987).

²⁷ El artículo 33 de la Carta establece que los Parlamentos provinciales o el federal pueden declarar que una medida legislativa se aplicará pese a determinado precepto de la Carta. Estas medidas quedan automáticamente derogadas con el mero transcurso de cinco años, pero pueden volver a ser promulgadas. Quedan exceptuados los derechos lingüísticos, de circulación y de voto. Pero las medidas sí pueden afectar a las libertades y derechos fundamentales y al principio de igualdad. El origen de este precepto está en la anterior Declaración Federal de Derechos de 1960. Véase P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada* (2.ª ed., 1985), pp. 639-644 y 690-692.

o adopte el Convenio Europeo de Derechos Humanos como parte del derecho británico. El Reino Unido se ha vinculado asimismo, desde luego, mediante tratado, a ajustarse a los preceptos del Convenio tal y como son éstos interpretados por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, pero no está legalmente obligado a hacerlo (desde el punto de vista del derecho británico interno). Existen tres posiciones internas acerca de una hipotética declaración de derechos británica. En primer lugar, la de aquellos que están a favor de la misma, pero creen que no puede tratarse de una verdadera declaración de derechos (por ejemplo, una declaración protegida frente a una derogación por el legislador o por la misma mayoría simple que es suficiente para derogar cualquier otra ley). En segundo lugar, los que están a favor de una declaración de derechos y creen que (pese a la soberanía del Parlamento) podría estar protegida frente a una fácil derogación mediante la introducción de alguna forma especial de procedimiento de reforma que le daría cierta rigidez. En tercer lugar están aquellos que se oponen a la promulgación de cualquier tipo de declaración de derechos. Desde la izquierda política algunos se oponen a dicha promulgación sobre fundamentos ideológicos al creer que la declaración de derechos accionables ante los jueces constituiría una fuerza conservadora en política y un peligro para el triunfo del socialismo. Desde luego, el electorado constituye un peligro mayor para el triunfo del socialismo de aquel que constituyen los jueces. Pero la izquierda y parte de quienes están en la derecha política también tienen un argumento de tipo no ideológico. Creen que en una democracia el ámbito de qué derechos de los ciudadanos deben limitarse para favorecer el interés del orden moral y bienestar públicos debería ser decidido por el Parlamento y no por jueces no elegidos que aplican sus intenciones filosóficas a la fraseología de una declaración de derechos establecidos en términos generales. La opinión contraria fue claramente expresada hace cuarenta años por el Juez del Tribunal Supremo norteamericano Jackson²⁸. La finalidad de una declaración de derechos, dijo, consiste en retirar algunas materias de la arena política para situarlas más allá del alcance de las mayorías. «El derecho de la persona a la vida, libertad y propiedad, a la libertad de expresión y de prensa, libertad de reunión... no puede ser sometido a voto. No dependen del resultado de unas elecciones.» Allí donde una democracia ha optado libremente en favor de una declaración de derechos y de la posibilidad de examen judicial de la legislación no se encuentran a gusto los principios contradictorios de justicia y democracia mayoritaria. Cómo debe llevarse a cabo la función judicial en democracia constitucional constituye probablemente el primero de los problemas de la teoría constitucional. Como casi todos los problemas, resulta no ser sólo uno, sino un conjunto de ellos.

²⁸ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624 (1943).

LA APLICACION JUDICIAL DE LOS DERECHOS

Si nos preguntamos cómo la revisión judicial de la legislación o la posibilidad de que los jueces adopten líneas políticas puede resultar justificada en una democracia, existe una respuesta posible aunque formal. El poder judicial al ejercer su función constitucional no asienta líneas de actuación política. La línea de actuación política en cuestión ha sido fijada por quienes hicieron la constitución. Como señaló Lord Bryce en *The American Commonwealth*, en 1888, «los jueces norteamericanos no controlan al legislador, sino que simplemente interpretan la ley... La voluntad que prevalece es la voluntad del pueblo expresada en la Constitución. Constituiría un incumplimiento de su deber fundamental una decisión como si se tratase de la fijación de una línea de actuación política legislativa»²⁹.

En 1936, cuando el Tribunal Supremo invalidó el *Agricultural Adjustment Act* de 1933, el Magistrado Roberts utilizó palabras similares: «el poder judicial sólo tiene un deber: situar la Constitución al lado de la ley que ha sido cuestionada y decidir si la última está o no en contradicción con la primera»³⁰.

En enero de 1988, el Tribunal Supremo de Canadá declaró inconstitucional una sección del Código Penal que regulaba el derecho al aborto sobre la base de que infringía las garantías constitucionales de libertad y seguridad de la persona³¹. Pero el Presidente del Tribunal Supremo insistió en que no estaban intentando resolver la cuestión del aborto ni juzgar el contenido de una determinada política legislativa. Los tribunales no son —dijo— el lugar adecuado «para articular programas controvertidos y complejos de política pública». Su función había consistido «simplemente en medir el contenido de la Sección 251 (del Código Penal) con la Carta (de Derechos y Libertades)».

Los críticos del poder judicial en Estados Unidos frecuentemente se han mofado de este punto de vista acerca de la función judicial llamándolo «formalista» o el resultado de la creencia en la jurisprudencia «automática» o «de puzzle». Tal y como indicó un comentarista norteamericano acerca del Magistrado Roberts, los agricultores que se enfrentaban a la ruina económica deberían haber estado contentos de saber que él, como juez, no tenía culpa de su aflicción. El era meramente un autómatas. Los constitucionalistas ya lo sabían. Pero el Magistrado Roberts tenía, evidentemente, miedo de que los agricultores no lo supieran plenamente. Por eso se lo dijo, y así lo supieron³².

Quizá esto merece algunas consideraciones acerca de la función judicial. Lord Bryce no dijo que interpretar la ley fuera fácil o mecá-

²⁹ *The American Commonwealth* (1884), p. 252.

³⁰ *U. S. v. Butler*, 297 U. S. 1, pp. 62 y 63 (1936).

³¹ *Morgentaler v. The Queen* (1988), S. C. R.

³² Thomas REED POWELL, *Vagaries and Varieties in Constitutional Interpretation* (1956), pp. 42-43.

nico. Remarcó que era difícil y pidió habilidad e integridad para llevarla a cabo. Tampoco el Magistrado Roberts dijo que la acción de enjuiciar fuera simple. Era el ejercicio de un «oficio delicado y difícil»³³. Muy pocos jueces en tribunales de apelación piensan que son simplemente aplicadores de normas o que su función sea una de simple mecánica y que pueda ser llevada a cabo por la aplicación de la lógica deductiva. Es más, tienden a admitir que el término «legislación judicial» es adecuado a lo que hacen y que la resolución de casos difíciles requiere el ejercicio de una capacidad de enjuiciamiento que reclama una responsabilidad de la que no se pueden desligar. Aun así, también sienten que en algún sentido están obligados a decidir cómo lo hacen y que no son libres para elegir lo que deben hacer de acuerdo con sus propios puntos de vista acerca de actuación pública o política.

Ahora ya podemos enfrentarnos al primero de los muchos problemas que supone la justicia constitucional —en concreto, que su carácter forma parte de un problema más amplio acerca de la función judicial en general y, desde luego, acerca de la naturaleza misma del derecho—. En la actualidad, por ejemplo, existe un número (el número colectivo es un «movimiento») de críticos que dudan si el derecho tiene autonomía o un significado propio. Se le dota simplemente de sentido a través de torpes o agudos servidores judiciales de una ideología capitalista con la finalidad, o con el efecto, de apoyar la estructura de un sistema en decadencia. En consecuencia, las normas y principios jurídicos son simplemente fichas manipuladas a voluntad por quienes las usan. Este punto de vista a veces resulta reforzado desde una disputa diferente del alcance filosófico y literario acerca de los conceptos de significado e interpretación en el lenguaje, la literatura, el derecho y casi todo el resto de lo existente en el mundo, en la que algunos protagonistas se inclinan por mantener que las palabras, normas o leyes no pueden en absoluto tener una naturaleza independiente o un significado objetivo. Si tienen razón, los argumentos acerca de cuáles son las peores o mejores teorías de la interpretación y del enjuiciamiento resultan vanos. Si asumimos que no tienen razón, podemos permitirnos analizar brevemente algunas de las principales incertidumbres que han surgido en la práctica de la justicia constitucional.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL MODELO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Debe reconocerse que el debate teórico tanto acerca de la función judicial en general como acerca de la justicia constitucional ha sido mucho más intenso en América que en Europa. Los juristas teóricos europeos tales como Austin, Kelsen y Hart han concentrado sus

³³ 297 U. S. 1, 63 (1936).

energías en cuestiones relacionadas con estructuras jurídicas, acerca de las fuentes del derecho y la virtud o no del positivismo jurídico. Los teóricos del derecho norteamericano, por el contrario, se han preocupado hasta el extremo de excluir casi todo lo demás, de la función judicial.

No es en absoluto, por tanto, sorprendente que los puntos de vista acerca de la función constitucional del poder judicial se hayan visto influenciados por la visión del mundo del realismo y del pragmatismo jurídico³⁴.

Pero ellos, a su vez, estaban influenciados, y quizá más de lo que se piensa, por la historia norteamericana. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes no estaba específicamente previsto en la Constitución. Así que, habiendo sido establecido y adoptado por el poder judicial, ¿sobre qué principios funcionaría? Esta cuestión totalmente debatida se convirtió en crucial en los años treinta y cuarenta, cuando la regulación por el legislador de la práctica de la vida económica y sus incursiones en los derechos y libertades civiles plantearon a los norteamericanos la siguiente pregunta: ¿cómo debe tratarse en el siglo XX a un documento constitucional concebido en el siglo XVIII?

Es necesario distinguir y considerar por separado tres tipos de cuestiones. La primera está relacionada con los procedimientos generales de interpretación. Otra está relacionada con los diferentes puntos de vista acerca de la redacción entre las funciones judicial y legislativa en el desarrollo constitucional; y la tercera está relacionada con la forma y técnica del enjuiciamiento constitucional. Estas han llevado, a su vez, a otras cuestiones más específicas que pueden estructurarse de la siguiente forma:

1. Cómo debe uno interpretar el texto de la Constitución y en particular si las intenciones de los padres fundadores pueden ser descubiertos y si se les debe prestar atención.

2. Cuándo deben aplicarse limitaciones de la Constitución a los poderes legislativo y ejecutivo, hasta qué punto deben los jueces ser deferentes y respetar el juicio del poder legislativo y ejecutivo. En otras palabras, cómo debe ser el poder judicial de activista o refrenado a la hora de llevar a cabo su función de enjuiciamiento constitucional de los actos del poder legislativo y ejecutivo.

3. Si debe haber o no diferentes niveles o intensidades de examen judicial y de control para distintas categorías de cuestiones constitucionales y distintas motivaciones legislativas.

³⁴ La moderna teoría americana del Derecho ha sido descrita como instrumentalismo pragmático. Véase R. S. SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory* (1982). Véase, también, G. J. JACOBSON, *Pragmatism, Statemanship and the Supreme Court* (1977).

EL INTENCIONALISMO HISTORICO

En los últimos años los debates acerca de la primera cuestión se han producido en los Estados Unidos en términos de a favor y en contra de lo que se ha venido a denominar «interpretativismo». El significado de este término no está claro. Sus oponentes algunas veces lo denominan «historicismo». En un sentido amplio significa que al interpretar la Constitución los jueces deberían aplicar las intenciones o juicios de valor, los mismos o análogos, sostenidos por quienes originalmente elaboraron la Constitución.

Dado que los juicios de valor de los padres fundadores norteamericanos, especialmente en materias tales como la igualdad racial y política, no eran tan avanzados o liberales como los que se tienen hoy en día por la mayoría de los norteamericanos, el interpretativismo no es ahora tan popular para los políticos liberales como para los políticamente conservadores.

Algunos tratadistas, sin embargo, han distinguido entre los *conceptos* generales de los padres fundadores en el campo de los valores constitucionales y sus *concepciones* concretas acerca de lo que aquellas ideas significan en un momento concreto³⁵. Existe incluso la sugerencia de que los padres fundadores mismos eran conscientes de esta distinción y no intentaban que sus propias y particulares ideas de aquel tiempo gobernasen la interpretación futura del texto. Así, pues, son posibles cuatro puntos de vista distintos acerca de la intención original:

1. Que las intenciones de los padres fundadores pueden ser descubiertas y deben ser seguidas.
2. Que las intenciones de los padres fundadores no pueden ser descubiertas y, por consiguiente, no pueden seguirse.
3. Que las intenciones de los padres fundadores no deben seguirse, incluso aunque se puedan descubrir.
4. Que las intenciones de los padres fundadores pueden ser descubiertas y deben ser seguidas, pero una de sus intenciones principales consistía en que sus intenciones no deberían seguirse.

El punto de vista número 4 combina ingenuamente la deferencia hacia la historia con la posibilidad de un activismo moral y se adapta especialmente a las ideas de los liberales norteamericanos. En otros sistemas constitucionales, sin embargo, los enfoques históricos de la interpretación pueden ser más apropiados y más aceptables.

³⁵ Véase Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (Duckworth, 2.ª ed., 1977), pp. 134-136; véase, del mismo autor, *Law's Empire*, y cfr. POWELL, «The Original Understanding of Original Intent», 98 *Harv. L. Rev.* 856 (1985).

HISTORICISMO PARCIAL

Un punto de vista diferente consiste en que algunas partes de la Constitución deberían ser interpretadas en forma histórica y otras de forma progresiva. Así, pues, preceptos tales como los relacionados, por ejemplo, con el juicio por jurados o el *Impeachment* o los *Bills of Attainder* deberían tener el mismo significado que el que tuvieron en el momento de la adopción de la Constitución, mientras otros, tales como el procedimiento debido o la igualdad ante la ley, deberían ser contemplados como amplias generalizaciones o cajones de sastre vacíos que deben llenarse a lo largo del tiempo a medida que las ideas acerca de la equidad y la libertad cambian.

Esta teoría se encuentra con dos dificultades. En primer lugar plantea la cuestión acerca de cómo puede saberse qué preceptos son de un tipo y cuáles de otro. Por ejemplo, ¿las garantías de libertad religiosa y libertad de expresión o la separación Iglesia-Estado o la prohibición de castigos crueles o inusuales son preceptos de contenido históricamente específico o son cajones de sastre? Una segunda dificultad que debe investigarse es la del contenido que debe ponerse en esos cajones. ¿A quién deben pertenecer los valores o puntos de vista que sirvan para dotarles de contenido? ¿A quién deben pertenecer las intuiciones morales acerca de la equidad, libertad o crueldad que deben guiar a los jueces? ¿A ellos mismos? ¿La de los legisladores o la del entendimiento que tienen los jueces de la opinión de los legisladores o la opinión mayoritaria de la comunidad?

TEXTUALISMO

Una tercera teoría que a veces se defiende consiste en que el texto de la Constitución debe ser interpretado estricta o literalmente. Sin embargo, la mayoría de quienes apoyan esta teoría claramente pretenden que debe darse a la Constitución el significado que ellos mismos creen que tiene más que otro significado que ellos creen que no tiene. Muy pocos jueces se han acogido al literalismo o textualismo como teoría general, aunque algunos de ellos sí han defendido que debería darse a algunos preceptos en concreto una «interpretación literal»³⁶.

³⁶ J. Black creía, por ejemplo, que la frase «el Congreso no promulgará ninguna ley» (que coarte la libertad de expresión, prensa o religión) estaba «escrita en palabras llanas fácilmente comprensibles». Véase «The Bill of Rights and the Federal Government», en Edmund CANN (ed.), *The Great Rights* (1963), p. 54.

MODERACION Y ACTIVISMO

Nos enfrentamos ahora a una segunda cuestión acerca del comportamiento judicial, en concreto aquella que vino a ser conocida como la disputa entre los proponentes de la moderación judicial y del activismo judicial.

En los años treinta, los liberales norteamericanos se oponían con firmeza a que los jueces aplicaran los límites constitucionales en la interpretación de derechos al rellenar los conceptos generales con sus propias concepciones acerca de la libertad o igualdad. Las premisas principales implícitas en el ejercicio de la función judicial, tal y como señaló el Magistrado del Tribunal Supremo Holmes, deberían estar subordinadas al juicio de los parlamentos federal y estatales. Particularmente en lo que afecta al derecho de propiedad y la libertad económica, los vacíos de la Constitución deberían llenarse o ser informados por valores de la comunidad tal como éstos eran expresados a través de los representantes democráticamente elegidos. El mayor defensor de esta filosofía judicial fue posteriormente el Magistrado Frankfurter, que la aplicó tanto a las libertades económicas como a las civiles³⁷.

En los años cuarenta, algunos Magistrados del Tribunal Supremo liberales no se encontraban muy a gusto con este punto de vista y elaboraron la noción de un doble *standard* de enjuiciamiento constitucional o de «posición preferente» para algunos tipos de derecho —particularmente los derechos civiles en vez de los económicos—. Este debate dividió al Tribunal Supremo de los Estados Unidos de los años cincuenta y sesenta y, hasta cierto grado, todavía lo hace bajo la forma actual de un debate acerca de las técnicas y niveles de examen judicial de la legislación atacada por infringir garantías constitucionales (lo que se discute más adelante). Recientemente se ha sugerido una distinción diferente entre preceptos de la Constitución que sirven para aclarar los procesos de tomas de decisiones y preceptos que protegen valores sustantivos. Se ha argumentado que el Tribunal Supremo debería contemplar su función como protector activista de los primeros, mientras debería ser más deferente hacia el juicio del legislador en relación con los segundos³⁸.

³⁷ En casos tales como, por ejemplo, *Dennis v. United States*, 341 U. S. 494 (1951), en los que se mantuvo la constitucionalidad de las condenas a numerosos líderes del Partido Comunista en aplicación de legislación del Congreso que prohibía la apología de la revolución por medios violentos.

³⁸ Véase J. H. ELY, *Democracy and Distrust* (1981), y confróntese con L. TRIBE, «The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories», 89 *Yale J. J.* 1063 (1980).

LA TEORIA DE LA MODERACION

No es fácil formular claramente la teoría de la moderación judicial. Los teóricos de esta teoría sostienen que es deseable que le sea permitido al legislador fijar el contrapeso debido entre derechos individuales y las necesidades de la comunidad. Este punto de vista se ha expresado a veces mediante la afirmación de que los tribunales no deben sustituir sus propias concepciones acerca de la sabiduría o utilidad política de la ley por la expresada por el legislador. Pero, desde luego, no se trata de eso. Los defensores de la teoría de la moderación lo que realmente proponen es que el juez no debería afirmar su propia visión acerca del equilibrio a fijar entre la Constitución y una ley atacada con preferencia al juicio acerca de ese equilibrio formulado por el legislador.

Esto a veces se expresa mediante la afirmación de que existe una presunción de constitucionalidad. Pero esta fórmula no es muy útil. Una «presunción» implica la aceptación de algún punto de vista o conclusión sin argumento. La cuestión reside en si realmente debería haber o no argumentación acerca de este extremo y en qué medida exactamente.

La misma objeción se aplica a la frase adoptada en tiempos más recientes por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de la necesidad de otorgar a los Estados un «margen de apreciación»³⁹ a la hora de enjuiciar posiciones adoptadas por los órganos de representación parlamentaria de los mismos. La frase en sí misma resulta vacía a menos que se dé alguna indicación acerca del grado o cantidad de tolerancia o apreciación que debe dejarse a los Estados y cómo deben afirmarse sus límites (dado que presumiblemente el margen de apreciación puede llegar un momento en que colme el vaso y la presunción de constitucionalidad, en consecuencia, ser desplazada en determinadas circunstancias).

Una manera de dotar de contenido a la teoría de la moderación consiste en afirmar que la ley debe tener una base razonable o racional. Como afirmó una vez el Magistrado Frankfurter⁴⁰, «la única opinión propia de los jueces que tiene un contenido material es aquella que analiza si los legisladores podrían haber promulgado razonablemente esa ley». Esta expresión, por supuesto, no es autoexplicativa. Los defensores del activismo judicial la rechazaron explícitamente, especialmente en casos relacionados con las libertades civiles de la Primera Enmienda. Como dijo uno de ellos, «da igual que una ley que infrinja la libertad de expresión tenga o no una base racional, así como también da igual que una ley de abolición del juicio por jurado en los tribunales federales tenga o no una base racional. Todas las

³⁹ Véase, por ejemplo, *Handyside v. U. K.*, 1 European Human Rights Reports 737.

⁴⁰ En *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624 (1943) (voto disidente).

leyes aprobadas por el Congreso tienen un fundamento racional en el sentido de que personas racionales podrían perfectamente creer que su aplicación sería beneficiosa»⁴¹.

Desde luego, es perfectamente concebible que algunos legisladores que en general son hombres racionales o que están en posesión de sus plenas facultades mentales actúen o legislen en alguna ocasión concreta irracionalmente. Pero la racionalidad nos lleva a otros dos puntos adicionales. El primero consiste en que es ambigua y el segundo en que ninguno de los supuestos se trata de una cualidad que pueda afirmarse o negarse tajantemente.

Uno de los significados de «racionalidad» es el de «razonabilidad». En este sentido razonabilidad o racionalidad pueden obedecer a grados que varían desde el mínimo al máximo, pudiendo llegar a una racionalidad perfecta. El grado mínimo o más bajo de *standard* de racionalidad sería el constituido por un acto o norma que se adopta sobre bases no puramente arbitrarias, sino comprensibles e inteligibles, aunque probablemente incorrectas o tendentes a solucionar problemas exclusivamente a corto plazo.

En segundo lugar, puede sostenerse que una acción tenga un fundamento sustancial de razonabilidad, aunque no sea perfectamente justificable o incluso si resulta posiblemente objetable o no resulta la mejor entre un número posible de soluciones⁴².

En tercer lugar, puede afirmarse que una acción es razonable o racional en el sentido de que no existe objeción razonable de tipo alguno, constituyendo la solución más justa de entre todas las alternativas posibles⁴³.

Además, existe otro significado totalmente diferente del término «racional», cual es el que se utiliza para describir no la racionalidad sustantiva, hasta cierto grado, de algún objetivo, sino más bien la relación efectiva entre medios y fines. En este sentido una actuación es racional en la medida en que constituye el medio más efectivo instrumentalmente para llevar a cabo un objetivo con independencia de cuál sea éste. En este sentido los medios pueden ser racionales, pero el fin, inmoral o irrazonable. Así que, en este sentido, un legis-

⁴¹ Charles L. BLACK, Jr., *The People and the Court* (1960), p. 221.

⁴² Compárese con la siguiente descripción (en 1962) de la aplicación de la Ley Fundamental de Bonn por el Tribunal Constitucional alemán: el Tribunal «ciertamente no tiene que determinar si el legislador ha utilizado en el caso concreto la alternativa más idónea, más racional o más justa... No importa que haya otra solución más idónea, racional o justa siempre que la utilizada sea compatible con la garantía constitucional». E. McWHINNEY, *Constitutionalism in Germany and the Federal Constitutional Court* (1962), p. 13.

⁴³ Estas graduaciones de la «razonabilidad» son bien conocidas en Derecho Administrativo. Un estándar de control usado normalmente ante los Tribunales ingleses consiste en que el acto administrativo puede ser anulado cuando es tan irrazonable que ningún órgano podría haberlo razonablemente adoptado. Véase *Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corporation*, 1948 1 K. B. 223, y cfr. con *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council* (1977), A. C. 1014.

lador puede elegir perfectamente medios racionales para llevar a cabo fines irrazonables.

JUICIOS DE NIVELES MÚLTIPLES: EXAMEN MÍNIMO O ESTRICTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Tanto la distinción entre fines y motivos del legislador como los grados o *estandars* de racionalidad o razonabilidad adquirieron importancia en Estados Unidos a través de la aplicación por el Tribunal Supremo de la cláusula de igualdad de la Decimocuarta Enmienda. En casos tales como *Railway Express Agency v. New York*⁴⁴ (presunta discriminación en la regulación del tráfico que prohibía que determinados vehículos llevaran publicidad permitiéndosela a otros) y *Goesaert v. Cleary*⁴⁵ (ley estatal que presuntamente discriminaba entre mujeres casadas o no casadas a la hora de obtener empleo), el Tribunal Supremo sostuvo la constitucionalidad de la legislación sobre la base de que no era arbitraria, sino que tenía un fin perfectamente inteligible y, por consiguiente, podía sustentarse su constitucionalidad sobre la base de un test de la racionalidad mínima. Pero particularmente después de 1953, bajo la presidencia de Warren, el Tribunal Supremo, o al menos una mayoría del mismo, avanzó, en algunos casos, la idea de que allí donde la legislación parecía afectar derechos de las minorías el examen de la constitucionalidad a llevar a cabo por los jueces debería ser más intenso y llegar más allá, así como requerir que la legislación atacada pasase un test más riguroso de equidad y racionalidad. Al aplicar este test más riguroso el juez podía investigar si el fin o el motivo de la legislación constituía o servía algún tipo de interés social fuerte (*compelling*); si existían o no formas alternativas a través de las cuales el legislador podría alcanzar esa finalidad; y si las medidas previstas en la ley obedecían precisamente y sin ambigüedad alguna a la pretensión de alcanzar dicha finalidad. La cuestión importante se convirtió en una acerca de la decisión de qué casos o tipos de casos deberían motivar la aplicación inmediata de este nivel más riguroso de examen judicial; y la decisión acerca de la fijación del nivel adecuado de examen en muchos casos fue llevada a cabo en términos de si la cuestión en juego estaba o no conectada con los derechos fundamentales (aunque esta categoría no quedó totalmente clara). Alternativamente, se sostuvo que la legislación que utilizaba para distinguir en sus consecuencias jurídicas a la raza o, en algunos casos, al sexo, también debería ser objeto de un test más riguroso sobre la base de que este tipo de enjuiciamientos legislativos eran «sospechosos» —aunque realmente no se aportó nin-

⁴⁴ 336 U. S. 106 (1949).

⁴⁵ 335 U. S. 464 (1948). Cfr. con *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U. S. 456 (1981) (ley estatal prohibiendo la venta al por menor de leche en contenedores de plástico rellenables).

guna razón especialmente convincente para suponer que los legisladores eran inherentemente menos capaces de tratar con justicia a la mujer que, por ejemplo, a los empresarios, a los niños o a los pescadores—. En casos más recientes en los que no estaban en juego clasificaciones en razón de la raza o del sexo también se ha pretendido que debe aplicarse un test que se encuentra en algún lugar entre el tradicional estándar mínimo de racionalidad y el máximo o intenso más riguroso. En términos de requisitos judiciales acerca de la naturaleza del fin perseguido por el legislador, la cuestión relevante parece ser aquí la de si la legislación atacada persigue o no un objetivo social «importante» o «sustancial».

El describir estos tests judiciales sobre la base de utilización de palabras tales como «importante», «sustancial», *compelling*, etc., debe dar lugar a algunas reflexiones. Una de ellas es que estas cualidades son susceptibles de una graduación infinitesimal. Otra consiste en que el grado de necesidad o importancia social que una medida del legislador pueda requerir constituye algo para lo cual precisamente se celebran elecciones y que normalmente sirve, precisamente, para dividir la composición de los propios cuerpos legislativos. No puede, por consiguiente, sorprendernos el que la respuesta a preguntas así formuladas den lugar a divisiones muy serias en las sentencias judiciales. Otra consideración consiste en que la afirmación de que la persecución de fines generales de la legislación es sólo el principio de una serie posible de investigaciones. Bien pudiera ocurrir que el fin último de una medida legislativa sea digno de mérito, aceptable o generalmente justificable, pero que ello no garantice en sí mismo qué preceptos y medidas particulares a través de los cuales se persigue esa finalidad sean igualmente aceptables; o que la aplicación de una medida justa en general a una persona concreta o a un conjunto de circunstancias concretas resulte injusta y perfectamente objetable.

EL MODELO CANADIENSE DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Todos estos puntos han sido reconocidos bajo la forma de principios por gran número de Tribunales Constitucionales. El principio de proporcionalidad de una medida legislativa aparece claramente, por ejemplo, en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En Canadá, también desde 1982, los tribunales han ido desarrollando líneas de jurisprudencia para llevar a cabo el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la legislación atacada por infringir presuntamente la Carta de Derechos y Libertades. Uno de los principales problemas reside en la aplicación de la cláusula de limitación general de la Sección 1.^ª de la Carta, que permite que todos los derechos garantizados en la misma sean limitados por leyes que pueda «acreditarse resultan justificadas en una sociedad libre y democrática».

A la hora de decidir si una ley debe de anularse por infracción de los derechos de la Carta, el Tribunal Supremo ha ido desarrollando un modelo que implica la contestación al examen de una serie de cuestiones. La primera consiste, en efecto, en un primer examen acerca de si la ley enjuiciada impone o no una limitación a un derecho de los contenidos en la Carta. En algunos casos los derechos de la Carta están formulados de manera que en ellos mismos aparece explícitamente una limitación concreta. Por ejemplo, el precepto acerca de las detenciones y búsqueda de los instrumentos del delito es definido como un derecho contra búsquedas o detenciones irrazonables. También, por ejemplo, el derecho a no ser metido en prisión arbitrariamente y el derecho a la libertad y seguridad personal está sujeto a limitaciones «de acuerdo con los principios fundamentales de la justicia»⁴⁶.

El examen judicial se lleva a cabo, en consecuencia, por fases progresivas. En primer lugar viene la cuestión inicial de si el derecho —en una primera aproximación por lo menos— se ha visto afectado o limitado⁴⁷. En segundo lugar, el Tribunal debe considerar si la limitación está o no de acuerdo con alguna restricción específica contenida en la formulación o expresión textual del derecho (por ejemplo, si una limitación al derecho a la libertad personal está o no de acuerdo con los principios fundamentales de la justicia). Finalmente, resulta necesario examinar si cualquier limitación de un derecho garantizado o cualquier restricción o recorte aparente puede resultar válido sobre la base de que se trata de una limitación respecto de la cual se puede demostrar que resulta justificada en una sociedad libre y democrática sobre la base de la limitación general que se contiene en la Sección 1.^a de la Carta.

Para contestar a esta última cuestión, si llega a ser necesario, el Tribunal Supremo analiza toda una serie de cuestiones adicionales:

1. ¿Es el fin o motivo perseguido por la ley atacada suficientemente⁴⁸ importante para justificar la limitación del derecho en cuestión?
2. ¿Son desproporcionados los medios adoptados en la legislación?; es decir:

⁴⁶ *Canada Constitution Act (1982)*, artículos 7, 8 y 9.

⁴⁷ Es difícil entender cómo se puede hablar todavía en esta fase de que el derecho es violado, infringido o invalidado si las limitaciones son posteriormente declaradas constitucionales. Quizá sea necesario buscar un término más neutral para esta fase inicial, como, por ejemplo, «afectar» al derecho, «limitarlo», «restringirlo» o «entrar en su ámbito de aplicación» —términos todos ellos que pueden suponer límites o matizaciones al derecho, pero que pueden resultar justificados—. Ténganse en cuenta las siguientes descripciones que pueden suponer limitaciones: matización, modificación, restricción, recorte, estrechamiento del ámbito, imposibilización, coartar, invadir, denegación, negación, colisión, desplazamiento y abolición. Las cinco primeras puede decirse que tienen implicaciones neutrales, no sugiriendo necesariamente un impacto negativo sobre el derecho.

⁴⁸ La «suficiencia» debe, naturalmente, ser susceptible de una graduación infinita al ser examinada, como debe serlo, a los ojos de miles de observadores.

Declaraciones de derechos: problemas básicos en su elaboración y aplicación

- a) ¿Han sido proyectados cuidadosamente a la luz de otras alternativas posibles⁴⁹ para alcanzar la misma finalidad?
- b) ¿Son injustos los medios adoptados?
- c) ¿Están racionalmente⁵⁰ conectados con la finalidad perseguida por el legislador?
- d) ¿Impiden o limitan el ejercicio del derecho en cuestión lo menos posible?⁵¹
- e) ¿Resultan los efectos⁵² de la legislación desproporcionados en relación con los objetivos a alcanzar? (cuanto más duros son los efectos, se dice, más importante debe ser el objetivo social perseguido por la legislación para que resulte justificado).

A la hora de aplicar estos criterios el Tribunal Supremo ha declarado nulos bastantes preceptos de las leyes. Una ley que obligatoriamente ordenaba cerrar los comercios en domingo (la Ley del Día del Señor) fue declarada inconstitucional por violación de la libertad de conciencia y religiosa⁵³. Un precepto de la Ley Federal de Narcóticos fue declarado inconstitucional por infringir el derecho a la presunción de inocencia por incorporar una reversión de la carga de la prueba que no satisfacía el requisito de conexión racional⁵⁴, y la imposición de determinado tipo de restricciones al aborto se ha sostenido que restringen en exceso el derecho a la seguridad de la persona (y desde el punto de vista de uno de los jueces, de infringir el derecho a la libertad, autonomía y libertad de conciencia)⁵⁵.

ALGUNOS TEMAS ADICIONALES

Cuando repasamos la historia del enjuiciamiento constitucional de las leyes en Norteamérica, vemos que salen a relucir algunos temas fundamentales de teoría y práctica constitucional. Uno de ellos consiste en si es o no posible alcanzar más neutralidad y objetividad en la aplicación de los derechos constitucionales mediante una mayor

⁴⁹ ¿Cómo de posibles? ¿Fácilmente? ¿Remotamente? ¿Concebiblemente? De alguna forma, según se mire, todo es posible.

⁵⁰ *Rational* implica todas las matizaciones de sentido y grado anteriormente indicadas (por ejemplo, moralmente razonable o racionalmente eficaz, y eficaz mínima, sustancial y óptimamente).

⁵¹ «Lo menos posible». Que sea compatible, debe presumirse, con alcanzar los objetivos propuestos (o la mayoría de ellos o todos los razonables) por la legislación. Pero ¿debemos entender que deben conseguirse sin costo extra o un uso más pródigo de recursos casi seguramente escasos?

⁵² «Efectos». ¿Cuáles? ¿Cómo de importantes? ¿Cómo de directos? ¿Cómo de remotos? ¿De qué tipo?

⁵³ *R. v. Big M. Drug Mart* (1985), 18 D. L. R. 4th 321.

⁵⁴ *R. v. Oakes* (1986), 1 S. C. R. 103; cfr., también, *R. v. Shelley* (1981), 2 S. C. R. 196.

⁵⁵ *R. v. Morgentaler* (1988), S. C. R. Véase G. MARSHALL, *Liberty, Abortion and Constitutional Review in Canada* (1988); *Public Law*.

precisión textual de su contenido y de sus limitaciones. Este intento se ha hecho en Canadá y en el Convenio Europeo, pero no se llevó a cabo en Estados Unidos. La experiencia parece sugerir que el resultado tiene mucho menos que ver con el contenido del texto que con las actitudes y enfoques judiciales acerca de la función de enjuiciamiento constitucional.

Una segunda cuestión consiste en si resulta o no apropiado aplicar distintos niveles de examen y enjuiciamiento a tipos diferentes de cuestiones constitucionales, es decir, por ejemplo, hacer distinciones entre derechos civiles y económicos; derechos sustantivos o procedimentales (relacionados con el proceso democrático de toma de decisiones); o entre derechos fundamentales y menos fundamentales. El modelo norteamericano hace tales distinciones. El canadiense, hasta la fecha, no las hace.

Una tercera cuestión consiste en cómo deben definirse los niveles de examen. ¿Proporcionan una guía adecuada alguno de los dos modelos de Norteamérica? ¿No resulta la práctica en Estados Unidos, por ejemplo, demasiado influenciada (y ligada) con su propia historia, particularmente con el pasado de discriminación y división racial, para ser utilizada como guía relevante en la práctica del enjuiciamiento constitucional en Europa? ¿Es reflejable en la función de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes la diferente estructura con un sistema parlamentario que potencialmente proporciona rápidas respuestas del legislador? ¿Supone alguna diferencia el que el Estado tenga una estructura unitaria en vez de federal?

Con independencia del modelo que examinemos, resulta indudable que existen dos modelos distintos de comportamiento judicial a la hora de examinar la constitucionalidad de las leyes. Uno está asociado, con independencia del lenguaje técnico que se use, con amplios márgenes de tolerancia judicial hacia el juicio llevado a cabo por el legislador; y el otro con una intervención judicial más activa acerca de las cuestiones de fondo y del enjuiciamiento de las líneas políticas de actuación pública. ¿Existen realmente argumentos de peso en una democracia liberal para declarar que una de estas posturas es claramente preferente a la otra? Si realmente existe algún dilema acerca del enjuiciamiento constitucional, es éste precisamente.

(Traducción: Ana RECARTE VICENTE-ARCHE.)