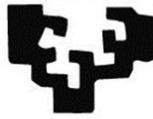


eman ta zabal zazu



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHOS FUNDAMENTALES Y PODERES PÚBLICOS

CURSO 2016/17

LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS INNOMINADOS

JUAN LUIS QUIJAHUAMÁN ARTETA

15/09/2017

DIRECTOR: IÑAKI LASAGABASTER HERRARTE

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
II. LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS	8
1. CONTEXTO GENERAL	8
2. PERSONA Y DERECHOS	11
2.1. LA PERSONA HUMANA	11
2.2. LOS DERECHOS DEL HOMBRE	15
3. DISTINCIÓN Y DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS	17
3.1. DISTINCIÓN DE LOS DERECHOS.....	17
3.2. DELIMITACIÓN: LOS DERECHOS COMO FUNDAMENTALES	24
4. LOS PROCESOS EVOLUTIVOS DE LOS DERECHOS	25
4.1. CARÁCTER HISTÓRICO	25
4.2. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS EVOLUTIVOS	26
4.3. LAS LLAMADAS “GENERACIONES” DE DERECHOS	32
III. LOS DERECHOS INNOMINADOS	36
1. CONTEXTO GENERAL	36
2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL	39
3. TIPOLOGÍA	45
3.1. NUEVOS DERECHOS.....	45
3.2. DERECHOS IMPLÍCITOS.....	55
4. LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES	60
4.1. LAS CLÁUSULAS ABIERTAS O DE APERTURA	60
4.2. CLÁUSULAS GENERALES.....	67
5. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA, FAVOR LIBERTATIS Y SITUACIONES EXCEPCIONALES	70
6. PAUTAS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS INNOMINADOS	76
6.1. CARÁCTER SUBSIDIARIO	76
6.2. CARÁCTER DE GENERALIDAD	77
6.3. ESPECIFICIDAD O SUFICIENCIA NORMATIVA	78
6.4. ADECUACIÓN O ARRAIGO CONSTITUCIONAL.....	80
6.5. FUNDAMENTALIDAD	81
IV. CONCLUSIONES	83
V. REFERENCIAS	86
1. BIBLIOGRAFÍA	86
2. PÁGINAS WEB	89

RESUMEN: La presente investigación abarca el análisis de los derechos innominados, es decir, el estudio de derechos que forman parte del catálogo constitucional, que no se aprecian prima facie del texto jurídico pero sí de su contenido material. Somos conscientes que el objeto de este trabajo ha sido de poca indagación por la Doctrina jurídica, no existiendo una obra que abarque todas las dimensiones del fenómeno de reconocimiento de nuevos e implícitos derechos. Por ello, nuestro interés particular reside en profundizar en la Doctrina de los derechos y, desde un plano semántico, poner la primera piedra en una poca conocida *Doctrina de los derechos innominados*.

PALABRAS CLAVE: Doctrina de los derechos innominados (no enumerados o no enunciados); derechos implícitos; derechos nuevos; ampliación del catálogo constitucional de derechos.

ABREVIATURAS

- **TEDH:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- **CEDH:** Convención Europea de Derechos Humanos
- **CDFUE:** Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- **CIADH:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- **CADH:** Convención Americana de Derechos Humanos

I. INTRODUCCIÓN

A más de uno le puede llamar la atención el concepto *derechos innominados*. En principio, el término no tiene la misma raigambre jurídica que los derechos humanos o los derechos fundamentales. Pero, en esencia, están íntimamente relacionados y comparten muchas características correlativas.

En la Doctrina contemporánea¹, especialmente latinoamericana, se han realizado investigaciones similares bajo la rúbrica de “derechos implícitos”, derechos jurisprudenciales”, “nuevos derechos”, “derechos no enumerados”, “derechos no textuales”, “derechos análogos”, “contenidos nuevos de derechos”, “contenidos implícitos de derechos”; o incluso, algunos estudios los relacionan con las pretensiosas generaciones de derechos, bajo la nómina de “nuevos derechos generacionales”. No obstante, todos estos conceptos constituyen una imagen borrosa de la *Doctrina de los derechos innominados* que aquí pretendemos defender.

A priori, queremos indicar que los derechos innominados, como se advierte inevitablemente de su semántica, son *derechos*. Esto puede parecer tautológico, pero su incorrecta delimitación o excursus apresurado puede implicar una comprensión indebida de su significación. Por ello, es indispensable que esta empresa comience su trayecto abordando dos cuestiones trascendentales: *¿De qué derechos estamos hablando?*; y, *¿Quién es la persona de los derechos?*. De la concepción que tengamos de la persona y de los derechos, va depender la delimitación de nuestro estudio.

¹ A pesar de que en los Estados latinoamericanos es donde más se ha discutido acerca del reconocimiento de derechos innominados (no enumerados o no enunciados), este fenómeno jurídico no es nuevo en el Derecho comparado. Como advierte Candía Falcón: “Esta categoría jurídica comenzó a ser utilizada con fuerza en los Estados Unidos a partir de los años sesenta para justificar el reconocimiento jurisprudencial de pretensiones sociales sin expreso reconocimiento constitucional (...). (Para ello), la Corte Suprema norteamericana ha señalado que existen derechos en la ‘penumbra’ de aquellas garantías expresamente reconocidas en el Bill of right” (el agregado es nuestro). CANDIA FALCON, G., *Analizando la tesis de los Derechos implícitos: Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014*, p. 504., disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v21n1/art17.pdf>

Igualmente, sobre el reconocimiento jurisprudencial de esos derechos y el Tribunal Supremo norteamericano: “el ejemplo norteamericano es el más significativo por lo que se refiere a la «creación» de nuevos derechos fundamentales (...) a partir de cláusulas constitucionales que se refieren a valores genéricos”. DIAZ REVORIO, F., *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997, p. 490.

Una vez analizados esos dos puntos cardinales, podemos decir que los derechos innominados son *derechos humanos*, dado que participan de dicha categoría como exigencias o pretensiones morales. Esto supone que son derechos ostentados por todos los hombres en base a su dignidad humana (que se predicán de su esencia y no de sus cualidades). En consecuencia, entrañan espacios de humanidad que requieren ser respetados y protegidos por las autoridades públicas y la comunidad, al estar ello debido en justicia.

De la misma manera, los derechos innominados son *derechos fundamentales*, es decir, que se estructuran como instituciones jurídicas, diferentes de sus garantías. Esto conduce a que sean tratados como normas jurídicas válidas y, por tanto, plenamente exigibles frente a los poderes públicos. En esa línea, conforman derecho stricto sensu, estableciendo posiciones jurídicas entre sus destinatarios. Por tal razón, los derechos innominados, pueden ser entendidos como un subsistema de los derechos fundamentales, que a su vez constituye uno de los varios sistemas del Ordenamiento jurídico positivo². Además, en tanto normas iusfundamentales, componen aquel reducto esencial denominado “parte fundamental de la norma básica material del sistema jurídico constitucional”³.

De esta forma, los derechos deben ser comprendidos como *realidades morales y jurídicas*. Lo que acarrea que estas dos dimensiones (derechos humanos y derechos fundamentales) puedan complementarse, sin excluir los aspectos históricos y universales. Por este motivo, es necesario hacer referencia al carácter evolutivo de los derechos y como su trayecto ha implicado la progresiva ampliación del catálogo constitucional de derechos.

Entonces, ¿*Qué se entiende por derechos innominados?*.

Como primera aproximación, diremos que: “son derechos que no se encuentran expuestos de manera literal en la Constitución, al menos en lo que respecta de su texto jurídico, pero

² Algunos autores reconocen que existen otros derechos aparte de los textuales que puede considerarse como parte del subsistema de los derechos fundamentales. Nogueira Alcalá incluye dentro del «bloque de constitucionalidad» (bloque en materia de derechos humanos) a los «derechos implícitos» (llamados por nosotros como innominados). NOGUEIRA ALCALA, H., *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización*, pp. 256 - 257, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art11.pdf>

De forma análoga, Díaz Revorio ubicada a los «derechos nuevos» (llamados por nosotros como innominados), dentro del «parámetro del control de constitucionalidad», sosteniendo que este incluye a las «normas de creación jurisprudencial». DIAZ REVORIO, F., *Valores superiores...*, cit., pp. 349 y ss.

³ ANGULO LOPEZ, G., *Teoría contemporánea de los derechos, Elementos para una reconstrucción sistemática*, Dykinson, 2015, p. 199.

que conforman su contenido iusfundamental, en tanto, normas plenamente válidas y exigibles”.

Grosso modo, se debe hacer dos precisiones esenciales en esta aproximación: 1) No se aprecian en la Constitución escrita, es decir, en el documento textual; 2) Son normas “materialmente constitucionales”⁴. Por tanto, forman parte del catálogo iusfundamental de la Constitución, lo que conlleva a que sean etiquetados, in terminis, como *derechos constitucionales*.

Con el objeto de cerrar este apartado, podemos sostener que existen derechos que conforman el catálogo iusfundamental de la Constitución, que no se aprecian prima facie de su texto pero sí de su contenido. Estas normas, que se pueden calificar como adscriptas⁵, son los derechos innominados y corresponden al objeto central de la presente investigación.

⁴ “Las normas «materialmente constitucionales» pueden ser escritas o consuetudinarias (...) no es infrecuente que, también ahí donde existe una Constitución escrita, muchas normas pacíficamente consideradas «materialmente constitucionales» no estén escritas en la Constitución”. GUASTINI, R., “Sobre el concepto de constitución”, en CARBONELL, M. (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003, p. 19.

⁵ Según Alexy: “Las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse en dos grupos en las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscriptas”. Por ello, con término de «norma adscripta» queremos hacer referencia aquellas normas que no derivan directamente del texto constitucional, a diferencia de las «normas estatuidas», que están contenidas de manera literal en la Constitución. Vid., ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, p. 70., Trad. Garzón Valdez, E

II. LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS

1. CONTEXTO GENERAL

En los Estados se ha empezado a gestar, hace ya un tiempo, una nueva corriente de pensamiento denominada *(Neo)Constitucionalismo*⁶. Esta corriente deriva del resultado de la evolución del tradicional Estado de derecho (legislativo) a una concepción moderna de Estado social y democrático de derecho o Estado de justicia⁷. Sin entrar a profundizar en los detalles, se tiene un importante consenso de que este movimiento ideológico propugna la asunción de un Constitucionalismo de los derechos⁸ o, en un mejor sentido, un nuevo Estado de derechos⁹.

En uno u otro sentido, los derechos han tomado la cima del acervo jurídico instituyendo un nuevo orden resguardado, en gran medida, por el valor normativo de la Constitución. En tal termino, “Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea, de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo”¹⁰. De esa forma, la Constitución y su catálogo de normas toman el puesto

⁶ A pesar de que los autores divergen al momento de establecer los elementos característicos de esta corriente, el término «Constitucionalismo» es aceptado, aunque su concepción difiere. En ese sentido: BERNAL PULIDO, C., “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, M. (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., p. 301.

⁷ Vid., CASSAGNE, J., *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, Reus, Madrid, 2016, p. 31.

⁸ Creemos que la idea de Constitucionalismo expuesta por Prieto Sanchis, es la que mejor se adecua a este nuevo paradigma. En ese sentido, este autor entiende que hablar del Constitucionalismo de los derechos es hacer referencia a la existencia de una Constitución material y garantizada, lo cual significa: “*que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices) pero de un idéntico sentido, que es decirle al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que (...) debe decidir*”. PRIETO SANCHIS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, en CARBONELL, M. (Ed.), óp. cit., p. 213.

⁹ “*En la Europa continental, autores como Gustavo Zagrebelsky o Luigi Ferrajoli, van a considerar al Estado constitucional como el inicio de una nueva formulación del Estado de Derecho, ya no centrado en la noción de norma jurídica, sino en la noción de derechos fundamentales. El cambio de paradigma habilitaría para hablar, según estos autores y en un sentido genérico, del paso del Estado de Derecho al Estado de los derechos*”. ANGULO LOPEZ, G., *Teoría contemporánea...*, cit., p. 130.

¹⁰ FERRAJOLI, L., “Sobre los derechos fundamentales”, en CARBONELL, M. (Ed.), óp. cit., p. 71.

de “fuente primigenia y legitimadora del ordenamiento jurídico del Estado constitucional”¹¹.

Conforme a esta postura, los derechos pasan a conformar el núcleo duro de los Estados, legitimando el poder y constituyendo una barrera infranqueable frente al dominio público. Incluso, es plausible afirmar que estos aspectos materiales convergen en un espacio inmune que no admite deliberación democrática, como coto vedado¹² o esfera de lo no decidible¹³. En estos ámbitos, “Las normas iusfundamentales son, a la vez, fundamento y límite de la democracia. (...) son derechos tan importantes que su protección no puede confiarse a las mayorías parlamentarias”¹⁴.

La esencia de este fenómeno jurídico se encuentra, por tanto, en la primacía de los derechos y las exigencias de su tutela (garantías), como características de la norma *normarum* que los acoge, en cierto grado rígida y garantizada¹⁵. En ese aspecto, la fuerza de los derechos, no sólo vincula al Estado frente a los particulares, también se expande a las relaciones entre privados e incluso se encuentra presente en los vínculos más íntimos del ser humano (*Drittwirkung*).

Sobre este asunto, es interesante la postura que asume Pérez Luño, quien propone un “paralelismo simétrico entre la evolución de las formas de Estado de derecho y la decantación de uno de los ingredientes definitorios básicos: los derechos fundamentales”¹⁶. Como parte de su hipótesis, desarrolla la “dimensión triádica del Estado de derecho”¹⁷, donde el Estado liberal, el Estado social y el Estado

¹¹ LASAGABASTER HERRARTE, I., *Fuentes del derecho*, LETE, Bilbao, 2007, p. 27.

¹² En referencia a Garzón Valdez, «coto vedado» implica: “*aquel espacio conformado por los derechos fundamentales y donde no podría negociarse absolutamente nada ni tampoco haber disensos, en tanto se tratan de los denominados derechos básicos*”. HERNANDO NIETO, E., “Neoconstitucionalismo y teoría de la argumentación jurídica ¿son realmente proyectos convergentes?”, *pautas para interpretar la constitución y los derechos fundamentales*, p. 189., disponible en: http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/ZonaAdm-Contadores/Suscriptor/Mod_NormasLegales_CyE/Mod_normaslegales/normas/15072011/Gu%C3%ADa%20de%20Pautas%20para%20interpretar%20la%20Constitucion.pdf

¹³ FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trotta, Madrid, 2014, p. 20., Trad. IBAÑEZ, P.

¹⁴ ALEXY, R., “Teoría del discurso y los derechos fundamentales”, en MENENDEZ, A. Y ODDVAR ERIKSEN, E. (Ed.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2010, p. 33., Trad. BERNAL PULIDO, C.

¹⁵ “*si se parte de la primacía de los derechos y de sus exigencias de tutela, existen buenas razones para postular un modelo de constitución que entienda esta como norma suprema, cuando menos moderadamente rígida y, sobre todo, seriamente garantizada*”. PRIETO SANCHIS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 152.

¹⁶ PEREZ LUÑO, A., *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 74.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 75.

constitucional, corresponden a cada una de las tres generaciones de derechos (civiles y políticos; económicos, sociales y culturales; colectivos). En ese entendimiento, parece que el Estado constitucional es el punto de llegada y que las generaciones de derechos cierran el círculo estatal. Sin embargo, sostiene que “la concepción generacional de los derechos humanos implica reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos”¹⁸.

Por otra parte, a nivel supraestatal se ha empezado a desarrollar un nuevo *Derecho internacional de los derechos humanos*. Esta corriente personalista de carácter internacional, comenzó su trayecto con la promulgación de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ello supuso un cambio en el paradigma mundial, complementario al propuesto por el Constitucionalismo. Y con ello, los derechos humanos han dejado de ser un aspecto de competencia exclusiva de los Estados y se imponen como interés supremo de todas Naciones.

Actualmente, los derechos humanos no conocen de fronteras y son exigibles frente a cualquier Estado¹⁹. Esto quiere decir que los derechos constituyen el tópico con el que medimos el progreso de las Naciones. Además, hoy más que nunca se puede hablar de “un código ético fundamental de la humanidad”²⁰. Por tanto, es una obligación erga omnes proteger la dignidad humana como valor universal y deber de todo ser humano reivindicar día a día los derechos ajenos y propios²¹.

¹⁸ PEREZ LUÑO, A., *La tercera generación...*, cit., pp. 75-76.

¹⁹ Sobre el ser humano como titular de derechos oponibles: “*el modo en que un Estado respete los derechos de las personas que se hallen bajo su jurisdicción pasó a ser una materia de interés internacional regulada por el Derecho internacional. Esta evolución supuso la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho Internacional y, en consecuencia, un espectacular retroceso de la competencia nacional exclusiva de los Estados Soberanos*”. CARRILLO SALCEDO, J., *Dignidad frente a barbarie: la Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 19-20.

²⁰ ANGULO LOPEZ, G., *Teoría contemporánea...*, cit., p. 38.

²¹ Sobre la obligación internacional erga omnes y el carácter humanista de este fenómeno: “*se ha convertido a la protección de los derechos humanos en un componente fundamental y esencial (...), está claro que se ha formado un conjunto de normas de protección que contienen una obligación internacional de respeto por los derechos humanos cuya naturaleza permite considerarlas como oponibles erga omnes*”. DIAZ BARRADO, C., “*Algunas reflexiones sobre el individuo en el Derecho internacional*”, en BARRANCO AVILES, M., CELADOR ANGON, O., Y VACAS FERNANDEZ, F. (Coord.), *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 28.

2. PERSONA Y DERECHOS

2.1. LA PERSONA HUMANA

En este apartado, pretendemos analizar a la persona de los derechos. Es decir, a lo humano o *fundamental*. Y por ende, estar en la capacidad de sustentar, ¿*Quién es la persona de los derechos?*.

La persona humana, como *dato previo*²² a la comunidad y al derecho, debe ser entendida como un *ente complejo*²³. No solo conformado por una dimensión física, sino que comprende también una dimensión psíquica y moral, lo que se interpreta como integridad moral, psíquica y física. De la misma manera, como *ente relacional*²⁴, el ser humano no existe separado de los demás, todo lo contrario, únicamente puede desarrollarse y realizarse en la comunidad, sin que ello implique el desconocimiento de su individualidad. Es lo que se conoce, como ente individual y social²⁵.

Igualmente, el ser humano solo puede ser concebido como un *fin en sí mismo* (cualidad de valor absoluto) atribuido por el carácter de su dignidad humana, en tanto, ser racional y autónomo. Esta máxima kantiana²⁶ supone colocar a la persona en el centro

²² LASARTE ALVAREZ, C., *Compendio de derecho de la persona y del patrimonio*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 3.

²³ “*Que es compleja (la persona) significa reconocer que la naturaleza humana es una realidad pluridimensional, es decir, que se manifiesta en ámbitos o dimensiones distintas y a la vez complementarias entre sí. Al menos cuatro son estas dimensiones: una dimensión material y otra espiritual, junto a una dimensión individual y a otra social*”. CASTILLO CORDOVA, L., “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, *pautas para interpretar la constitución y los derechos fundamentales*, p. 36., disponible en: http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/ZonaAdm-Contadores/Suscriptor/Mod_NormasLegales_CyE/Mod_normaslegales/normas/15072011/Gu%C3%ADa%20de%20Pautas%20para%20interpretar%20la%20Constitucion.pdf

²⁴ “*el ser humano es considerado jurídicamente tanto en su calidad de individuo como en tanto forjador de relaciones sociales, sin que lo uno pueda ser aislado de lo otro (...). Esto conduce a que las relaciones humanas tengan como componente el interés individual, pero también los intereses sociales y la solidaridad*”. RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELI, F., Y BERNALES BALLESTEROS, E., *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, 2ª Reimp., Fondo Editorial PUCP, Lima, 2013, p. 48.

²⁵ Respecto a la importancia del carácter social del hombre para la comunidad y el Derecho: “*No debemos olvidar que la razón de ser de la comunidad no es otro que la naturaleza radicalmente social del ser humano*”. PRIETO ALVAREZ, T., *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 107. También, Lacalle Noriega concluye que: “*Por eso, el hombre busca la convivencia y la compañía, pues no puede realizarse en el aislamiento celoso y estéril, sino por la ayuda mutua y la comunicación con otras personas*”. LACALLE NORIEGA, M., *La persona como sujeto del derecho*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 36.

²⁶ “*Kant recoge la tradición teológica donde persona tiene un valor incondicional, absoluto; es fin en sí misma, en suma: «sujeto» trascendente. Desde entonces, la idea de persona quedó asociada a las cualidades de racionalidad y autonomía (libertad), atribuidas a este «sujeto».*” TAMAYO Y

de la vida social y del Estado. “Desde esta perspectiva, la dignidad de la persona excluye toda consideración utilitarista de la misma, es decir, cualquier aproximación a la persona no como un fin sí misma, sino como un posible medio para satisfacer los fines ajenos o propios”²⁷. En todo caso, dicho *fundamento de no instrumentalización* es universal y predicable respecto de toda la raza humana²⁸. Nadie duda que todos los seres humanos sean dignos en cuanto tales, el problema se enfrasca en determinar su contenido ambivalente y como este espacio de humanidad converge en concreciones específicas reconocidas, a posteriori, como derechos.

Desde esta perspectiva, sin que pretendamos externos demasiado, la dignidad humana debe ser entendida como valor intrínseco al ser, es decir, como aquel valor objetivo que radica en la naturaleza racional de hombre. Pues, la dignidad no depende del consenso del grupo, tampoco de la decisión o consentimiento de su titular, ni mucho menos de la equiparación con otros seres. De esta forma, se complementa el principio de no instrumentalización adherido a la cualidad intrínseca de la dignidad predicable respecto del ser humano y no de sus cualidades. Por tanto, si la dignidad es el *sello de calidad* de los derechos, estos no pueden ser atribuibles a los animales o a las cosas²⁹. Razonar contrario sensu, supondría negar el fundamento moral básico de los derechos y, en todo caso, restarle a la persona humana aquello que la hace especial³⁰.

Ahora bien, no se puede malversar esta máxima kantiana con concepciones que procuren la atribución de un carácter individualista, relativista o absolutista a los derechos. De la concepción que tengamos de la persona humana y de su dignidad, va a depender la noción de derechos que pretendamos desarrollar. Por ello, es importante

SALMORAN, R., “El sujeto del derecho”, en GARZON VALDEZ, E., Y LAPORTA, F. (Ed.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2013, p. 296.

²⁷ LACALLE NORIEGA, M., *La persona como sujeto...*, cit., p. 49.

²⁸ “*la dignidad consiste en tratar a los demás como fines y no como medios. Y se asienta en el hecho de que todos deseamos ser tratados de esa forma, constituye por tanto un valor del que podemos predicar su universalidad*” (El subrayado es nuestro). REY PÉREZ, J., *El discurso de los derechos, Una introducción a los derechos humanos*, UPC, Madrid, 2011, p. 40.

²⁹ Citando a Gonzales Pérez, “*Por ser persona se tiene un rango o dignidad, que otorga superioridad sobre los seres que carecen de razón*”. PRIETO ALVAREZ, T., *La dignidad de la persona...*, cit., p. 158. De esta forma, se rechaza todo criterio comparativo: “*la dignidad humana no se limita a la superioridad respecto a los demás seres, lo que le daría un carácter meramente comparativo y relativo, sino que reside en la grandeza de la naturaleza humana en sí misma considerada*”. LACALLE NORIEGA, M., óp. cit., p. 49.

³⁰ “*el fin último de la dignidad humana es garantizar que se respete en el ser humano, su carácter de ser superior dotado de una naturaleza espiritual, cultural, histórica y moral que se impone sobre todos los intereses y todas las cosas*”. PASCUAL LAGUNAS, E., *Configuración jurídica de la dignidad humana en jurisprudencia del tribunal constitucional*, BOSCH, Barcelona, 2009, pp. 28-29.

que entendamos a la persona humana como un ser complejo pero a su vez armonioso en cada una de sus dimensiones³¹. Como indica Marta Cartabia, “El lenguaje de los derechos es con frecuencia laxo y abierto, de manera que dependiendo de las premisas antropológicas que se asumen en el discurso relativo a los derechos, los derechos humanos pueden ser moldeados de acuerdo con una comprensión rica y exhaustiva de la persona humana, o de acuerdo a otra empobrecida y por tanto distorsionada”³². En esa lógica, una concepción mutilada del hombre, además de obsoleta, conlleva inevitablemente a la disociación del derecho como humano o fundamental y podría suponer el reconocimiento de derechos ilusorios.

Por otra parte, debemos argüir en concordancia con lo desarrollado anteriormente y de acuerdo con la postura de Castillo Córdova, que la persona humana es “una realidad compleja que tiende a la perfección”³³. Esto quiere decir que la persona humana como ser imperfecto busca satisfacer *necesidades básicas*³⁴ que posibiliten su desarrollo y realización, de modo que pueda alcanzar mayores grados de perfección, siempre en proporción y de manera progresiva. Por tal motivo, el ser humano precisa siempre de bienes³⁵ que satisfagan esas exigencias básicas y que dependiendo de su importancia pueden ser asumidas como relevantes por el Ordenamiento jurídico, sustrayéndose del

³¹ “La radical y esencial unidad de la persona humana desencadena al menos las siguientes dos consecuencias. La primera es que el concepto de persona del cual parte el Derecho deberá ser siempre un concepto completo, que abarque todas las dimensiones en las que puede manifestarse la naturaleza humana (...). La segunda consecuencia es que a pesar de esta compleja fisonomía de la naturaleza humana, los distintos ámbitos de realización se encuentran siempre en una situación de armonioso complemento”. CASTILLO CORDOVA, L., “La interpretación iusfundamental...”, cit., p. 39.

³² Vid., CARTABIA, M., *La edad de los nuevos derechos*, p. 73., disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/9150/8743>

De forma análoga, “La comprensión y el alcance de los Derechos Humanos, depende de la idea que cada persona tenga o se haga sobre lo esencial del ser humano. La imagen del hombre, la comprensión de su función y la determinación de su lugar en la naturaleza, en la comunidad humana y en el Estado, determinan la configuración y conceptualización de los Derechos Humanos”. ANGULO LOPEZ, G., *Teoría contemporánea...*, cit., p. 37.

³³ “Que la naturaleza humana tiende a la perfección significa en primer lugar que el hombre es una realidad imperfecta por inacabada; y que, en segundo lugar, va adquiriendo grados de perfeccionamiento según vaya acabando de hacerse”. CASTILLO CORDOVA, L., óp. cit., p. 36.

³⁴ Peces Barba al desarrollar la categoría de libertad como promoción, la vincula con la satisfacción y promoción de necesidades básicas, distinguiendo tres tipos necesidades: las necesidades radicales, las de mantenimiento y las de mejora. No obstante, el Estado solo debe procurar la satisfacción de las dos primeras, dado que su insatisfacción “afectaría a la misma existencia del ser humano (...). En cuando a las necesidades de mejora, no sería aplicable esta argumentación”. PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 145. Col. DE ASIS ROIG, R. Y BARRANCO AVILES, M.

³⁵ “Un concepto básico de bien lo define como aquello que perfecciona al ser. Es decir, el bien humano es aquello que satisface necesidades y exigencias humanas”. CASTILLO CORDOVA, L., *Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos*, p. 4., disponible en: [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2125/Justificacion significacion derechos constitucionales_implicitos.pdf?sequence=1](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2125/Justificacion_significacion_derechos_constitucionales_implicitos.pdf?sequence=1)

mercado y del comercio de los hombres. Por tanto, el reconocimiento de derechos (especialmente los económicos, sociales y culturales) que se fundamenten bajo el razonamiento de las necesidades básicas, bienes fundamentales o elementos esenciales, debe partir de un concepto unitario y coherente de la persona, en tanto, ser racional y complejo³⁶.

Sin embargo, *¿Cómo diferenciamos aquellas necesidades básicas de los simples deseos o preferencias?*

A diferencia de los deseos o preferencias que dependen de la voluntad de los hombres³⁷, las necesidades derivan de la naturaleza humana (relacionadas íntimamente con la dignidad del hombre), ello permite atribuirle un carácter objetivo y universal³⁸. También, se debe discurrir que sin la satisfacción de estas necesidades, el hombre no puede realizarse ni cumplir con su plan de vida, encontrándose imposibilitado de ejercer su autonomía moral³⁹. Ex professo, se puede definir a las necesidades, desde un plano jurídico, como aquellas condiciones necesarias para la autonomía moral y, en definitiva, para el perfeccionamiento del hombre. *Ergo, todo desarrollo (concretización) o reconocimiento jurídico de derechos innominados, debe fundamentarse en razones objetivas y no en deseos o preferencias caprichosas de los grupos o personas.* Además, las necesidades: “representan uno de los núcleos materiales que pueden esgrimirse como límite a las decisiones que comprometen o ponen en cuestión la realización de derechos”⁴⁰. En razón de que estos elementos

³⁶ Como desarrollaremos más adelante, estas necesidades representan razones fuertes para la fundamentación de los derechos y presuponen un criterio de razonabilidad: “*las necesidades han de situarse en el ámbito de la racionalidad o del discurso práctico (...). (De forma que) comportan razones para exigir su satisfacción y no solo razones de cualquier orden, sino razones suficientes o buenas razones (...). Por ello, entiendo que permiten argumentar concretamente, de acuerdo con los parámetros de razonabilidad (...), la existencia de derechos*” (El agregado es nuestro). Cfr. AÑÓN ROIG, M., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, CEC, Madrid, 1994, p. 286.

³⁷ “*Lo primero que habría que hacer es diferenciar entre necesidades y preferencias y deseos. Mientras que las primeras no dependen de la voluntad del sujeto, las segundas sí. Las necesidades aparecen como un dato objetivo, como algo que el sujeto precisa para mantener su existencia al margen de cuál sea su voluntad*”. REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos...*, cit., p. 85.

³⁸ Peces Barba indica que las necesidades (como fines u objetivos morales) son presentadas a todos como deseables y razonables (carácter generalizable). De esta manera, “*las necesidades no son subjetivas, sino objetivas y producto de una deliberación racional que opere con el criterio de generalización (cualquier sujeto las tuviese y no las pudiese satisfacer)*”. PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, cit., p. 189

³⁹ “*Si los agentes morales, tal y como venimos diciendo, lo son en tanto que ellos persiguen sus planes de vida, entonces podemos entender las necesidades básicas como aquellas condiciones en ausencia de las cuales no se puede dar la autonomía moral*”. REY PEREZ, J., óp. cit., p. 90.

⁴⁰ AÑÓN ROIG, M., óp. cit., p. 285.

elementales se constituyen como vías que incardinan la búsqueda de condiciones dignas de vida.

2.2. LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Habiendo determinado quien es la persona de los derechos, corresponde hacer referencia a su aspecto normativo o, mejor dicho, en este apartado intentaremos responder a la cuestión, *¿de qué derechos estamos hablando?*.

En el ámbito jurídico, el respeto de la dignidad de la persona humana es la base de todo el Ordenamiento constitucional, sirviendo como principio rector para la interpretación constitucional y el reconocimiento de derechos. Por tanto, si los derechos son el fundamento del Estado, la dignidad humana es el fundamento último y fuente de los derechos⁴¹. Como bien indica Rubio Correa, “La dignidad es un concepto proteico: garantiza la vigencia efectiva de los derechos, les da nuevos contenidos y aún identifica nuevos derechos no explícitamente expuestos en la Constitución”⁴². En ese aspecto, la persona humana está relacionada íntimamente con los derechos, lo cuales, valga la redundancia son *derechos del hombre por ser hombre*. Es decir, la persona es titular derechos porque le están debidos en base a su dignidad innata. Además, el concepto deontológico de la dignidad permite afirmar que: “ningún derecho puede considerarse como derecho fundamental si contradice la dignidad humana”⁴³; al constituirse como *fundamento y límite* del entero subsistema de los derechos fundamentales, dentro de los cuales incluimos a los derechos innominados.

Por consiguiente, entendiendo a los derechos como *medios o instrumentos*⁴⁴ y a la persona humana como su finalidad, debemos decir que la dignidad es el punto de

⁴¹ “por voluntad de los constituyentes, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes se configuran como el referente fundamental de los contenidos del ordenamiento jurídico pero también de las actuaciones de los poderes públicos y de las instituciones del Estado: la dignidad de la persona es principio y fin de todo el sistema jurídico y político que instituye nuestra Carta Magna”. PASCUAL LAGUNAS, E., *Configuración jurídica...*, cit., p. 52.

⁴² RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELI, F., Y BERNALES BALLESTEROS, E., *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 77.

⁴³ NOGUEIRA ALCALA, H., *El derecho a la propia...*, cit., p. 249.

⁴⁴ “el Derecho es una creación del hombre. En este sentido el Derecho es una herramienta, un artefacto, un constructor, un medio (...). Dicho de modo sencillo y básico para generar acuerdo, el Derecho tiene por fin último a la persona humana, en la medida que ella es un absoluto, un fin en sí misma” (El subrayado es nuestro). CASTILLO CÓRDOVA, L., “La interpretación iusfundamental...”, cit., p. 40.

encuentro entre el derecho y la moral⁴⁵. Como afirma Prieto Álvarez, “la dignidad de la persona -y sus derechos inherentes (...)- constituyen la primera de las exigencias morales que el Derecho debe necesariamente hacer suya, erigiéndola como una prescripción jurídica indispensable”⁴⁶. Siendo la dignidad humana, el ligamen que une al derecho con las pretensiones morales que requieren reconocimiento jurídico. Cuestión distinta es determinar que pretensiones morales deben juridificarse y cuáles no. Pero, en principio se entiende, en base a un mínimo de racionalidad, que debe respetarse este vínculo entre medio (derecho) y fin (dignidad).

En ese orden de ideas, los derechos juridifican pretensiones o exigencias morales, sustentadas en el perfeccionamiento del hombre y en la realización de su dignidad intrínseca⁴⁷. Para ello, el fundamento de los derechos estará constituido por la satisfacción de bienes derivados de la naturaleza humana. Consecuentemente, “si la persona no puede desprenderse de su propia naturaleza, tampoco podrá desprenderse de los bienes y derechos que de ella se derivan, por lo que tales derechos han de acompañar permanentemente a su titular sin que sea concebible un desprendimiento o pérdida de los mismos”⁴⁸. Esto se condice como un límite intrínseco que evita el reconocimiento de un nuevo o implícito contenido de derecho (o derecho innominado, de ser el caso) que suponga el desprendimiento definitivo de su ejercicio. Un ejemplo que se ha movido bajo estos contornos, es presentado por la STC 154/2002⁴⁹, de 18 de julio, del Tribunal Constitucional Español, que prudentemente ha establecido que el derecho a la vida no comprende bajo su ámbito el derecho al prescindir de la misma⁵⁰.

⁴⁵ “Al abordar como tema de estudio el de la dignidad humana, es prácticamente imposible hacerlo sin referirnos al derecho moral: (...) Los derechos fundamentales (de los que la dignidad es núcleo) participan de ambas categorías: moral y derecho”. PASCUAL LAGUNAS, E., *Configuración jurídica...*, cit., p. 160.

⁴⁶ PRIETO ALVAREZ, T., *La dignidad de la persona...*, cit., p. 116.

⁴⁷ Respecto a dicha juridificación: “Los valores morales existen previamente al Derecho positivo, pero su existencia no es jurídica, es sólo ética. Los valores pasan a constituir auténticos derechos humanos cuando son incorporados por los ordenamientos positivos. Un valor moral (...) que todavía no ha sido positivizado, es un derecho humano incompleto”. REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos...*, cit., p. 26.

⁴⁸ LACALLE NORIEGA, M., *La persona como sujeto...*, cit., p. 97.

⁴⁹ De manera similar, en el ámbito europeo: “El TEDH, en el caso *Pretty contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, eludió encuadrar esa situación (suicidio) dentro del derecho a la vida o del derecho a la vida privada, entendiéndolo que ninguna de ellos incluye el derecho a morir, siendo el suicidio una decisión libre del sujeto que el Estado no está facultado para impedir (*agere licere*)” (Los agregados son nuestros). CANOSA USERA R., “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en GARCIA ROCA, J., Y FERNANDEZ SANCHEZ, P. (coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009, p. 100.

⁵⁰ En el análisis de la STC 154/2002, Tribunal Constitucional Español reconoce que: “el derecho a la vida no es un derecho a la libertad que incluya el derecho a la propia muerte” (p. 105). Por otra parte: “nuestro Tribunal Constitucional ha establecido rotundamente que la vida no es un bien del que pueda disponer su titular y que el suicidio no es un derecho fundamental, sino una simple libertad fáctica, y, además, nuestro

*En conclusión, los derechos solo pueden ser entendidos, desde una perspectiva normativa, como pretensiones morales reconocidas por Ordenamientos jurídicos y no a modo de instrumentos formales vacíos*⁵¹. Como afirma Ansuátegui Roig, “el concepto de 'derecho fundamental' no se puede reducir de manera exclusiva a dimensiones formales y estructurales, ya que estas, en última instancia, adquieren sentido como expresión de elecciones morales y políticas”⁵². Mutatis mutandis, los derechos cumplen un *rol contingente* respecto de las pretensiones morales justificadas, en el sentido que se les debe reconocimiento jurídico. Igualmente, esta *función complementadora* del derecho permite aseverar que tiene como punto de partida a la dignidad de la persona, la cual legitima el Ordenamiento jurídico en su totalidad y a los derechos específicos que se encuentran bajo su dispensa⁵³.

3. DISTINCIÓN Y DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS

3.1. DISTINCIÓN DE LOS DERECHOS

Todo estudio de los derechos debe principiar por una delimitación y distinción del objeto. Si bien existe la tendencia de emplear como sinónimos los términos de “derechos humanos”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”, en la comunidad jurídica se ha demarcado una línea clara entre dichos conceptos. Se podría pensar, ante todo, que las comparaciones son odiosas pero las diferencias pueden constituir el sometimiento a distintos regímenes o tratos opuestos. Veamos.

Código Penal castiga la eutanasia activa directa” (p. 84). REY MARTINEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2008, pp. 84-105. Bajo los mismo fundamentos, ANGOITIA GOROSTIAGA, V., “Derecho a la vida”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos, comentario sistemático*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 38-40.

⁵¹ “Los preceptos que consagran derechos fundamentales no pueden abordarse desde una perspectiva estrictamente formal porque su raíz se encuentra en principios y valores morales. La aplicación de estos derechos implica una comprensión de los principios y valores en los que se fundan” (El subrayado es nuestro). PASCUAL LAGUNAS, E., *Configuración jurídica...*, cit., p. 38.

⁵² ANSUATEGUI ROIG, F., “Ordenamiento jurídico y derechos humanos”, en TAMAYO ACOSTA, J. (Dir.), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Navarra, 2012, p. 307.

⁵³ Respecto a la facultad legitimadora: “*incluso positivistas convencidos reconocen que si el Derecho se presenta desprovisto de «atributos morales» puede perder legitimidad. Aunque parten de que no existe más derecho que aquel que se basa en las fuentes jurídicas, dudan que el mero factum «jurídica» sea suficiente para lograr la vigencia del derecho*”. PRIETO ALVAREZ, T., *La dignidad de la persona...*, cit., p. 114.

3.1.1. DERECHOS HUMANOS

La posición mayoritaria ubica a los *derechos humanos* en el ámbito supranacional, como aquellos derechos reconocidos, ya sea en instrumentos o tratados internacionales (como la Declaración Universal de los Derechos Humanos) o por órganos jurisdiccionales internacionales (derechos reconocidos por medio de las sentencias emitidas por tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos)⁵⁴. Por otra parte, algunos autores asocian el término con una concepción ontológica, para referirse a aquellos derechos naturales inherentes a la dignidad humana u otros valores morales, anteriores al Estado y, por tanto, universales, inalienables e imprescriptibles⁵⁵. En ese contexto, los derechos serían, per se, pretensiones morales plenamente exigibles (debidas) y no simples ideales, sin necesidad de reconocimiento positivo. Por ello, debido a su amplia indeterminación y a su acogida internacional es la noción más usada en la Dogmática jurídica⁵⁶.

En suma, la principal bondad de este concepto es su alto contenido antropológico (la persona humana y la defensa de su dignidad como fundamento último de los derechos). No obstante, debido a su banalización y excesivo uso, es de difícil determinación y conceptualización. De forma que, los derechos innominados no deben ubicarse exclusivamente bajo la sombra de los derechos humanos, en tanto, es un concepto difuso y poco determinado. Lo que no implica una reticencia a la posibilidad de

⁵⁴ “Derivados de la dignidad del ser humano (...), cuyo nomen iuris es utilizado en el ámbito del Derecho Internacional y denota, como ha dicho el Tribunal Constitucional (peruano), la obligación de parte de los Estados que han suscrito los pactos y tratados frente al accionar arbitrario del Estado.” (El agregado es nuestro). ETO CRUZ, G., *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano*, CEC, Lima, 2008, p. 85.

⁵⁵ “se quiere decir que el ser humano tiene unos derechos por el simple hecho de ser persona que se derivan de su naturaleza. Estos derechos se poseen con carácter previo a su reconocimiento por parte del Estado, es decir, se tienen al margen de que el Derecho positivo los reconozca”. REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos...*, cit., p. 20. Sobre sus caracteres: “las notas características de los derechos humanos son las siguientes: a) ser auténticos derechos, es decir, bienes debidos, no meros ideales a alcanzar, ni valores morales, ni postulados políticos; b) son inherentes a la naturaleza humana o a la dignidad de la persona; c) son anteriores a la ley positiva”. LACALLE NORIEGA, M., *La persona como sujeto...*, cit., p. 90.

⁵⁶ “El término «derechos humanos» es sin duda uno de los más usados en la cultura jurídica y política actual, tanto por los científicos y los filósofos que se ocupan del hombre, del Estado y del derecho, como por los ciudadanos (...). Es también un término emotivo que suscita sentimientos entre sus destinatarios y respecto del cual la tentación de manipulación es permanente”. PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, cit., pp. 19 - 20.

justificación desde el plano moral de los derechos, como veremos en las próximas páginas.

3.1.2. DERECHOS FUNDAMENTALES

El término *derechos fundamentales* hace referencia a los derechos contenidos en los Ordenamientos jurídicos internos⁵⁷, como característica general. Sin embargo, para algunos académicos no basta con que estos derechos estén recogidos en el Sistema jurídico, sino que requieren una “tutela jurídica reforzada”⁵⁸ o una “especial resistencia frente a la ley”⁵⁹, derivada de su carácter constitucional. Particularmente Xabier Arzoz, estudiando el Ordenamiento constitucional español, asevera que: “La resistencia frente al legislador representa el criterio esencial para la delimitación de la categoría de los derechos fundamentales”⁶⁰, constituyéndose los demás elementos como rasgos accesorios; por otra parte, algunos autores entienden, independientemente del rango supra legem, que esta categoría solo podrá ser atribuida a derechos con una especial “relevancia material”⁶¹ o producto de una “fundamentación iusfundamental”⁶².

⁵⁷ “derechos fundamentales serían aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas –o, en su caso, sólo a todos los ciudadanos- por el mero hecho de serlo. Se trataría de derechos inherentes a la condición de persona o de ciudadano, tal como ésta es concebida en dicho ordenamiento”. DIEZ-PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 38.

⁵⁸ Citando a Castillo Córdoba: “la expresión *Derechos fundamentales*, estaría reservada para aludir a los derechos del hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno, generalmente en la primera de sus normas –La Constitución- y que gozan de una tutela jurídica reforzada”. (El subrayado es nuestro). RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELI, F., Y BERNALES BALLESTEROS, E., *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 18.

⁵⁹ “lo verdaderamente característico de los derechos fundamentales es su resistencia frente a la ley o, si se prefiere, que vinculan a todos los poderes públicos, incluido el propio legislador democrático. Ello sólo podría lograrse si se trata de derechos recogidos en normas de rango superior a la ley”. (El subrayado es nuestro). DIEZ-PICAZO, L., óp. cit., p. 39.

⁶⁰ ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014, p. 33.

⁶¹ “desde una perspectiva dogmática pueden entenderse como ‘fundamentales’ aquellos derechos constitucionales de especial relevancia material, determinados en relación con los principios de dignidad humana, soberanía popular, Estado Democrático de Derecho y forma republicana de gobierno”. SOSA SACIO, J., *Derechos constitucionales no enumerados y el derecho al libre desarrollo de la personalidad*, p. 106., disponible en: https://www.academia.edu/3827691/Derechos_constitucionales_no_enumerados_y_derecho_al_libre_desarrollo_de_la_personalidad

⁶² “normas de derecho fundamental son todas aquellas con respecto a las cuales es posible una fundamentación iusfundamental correcta”. ALEXY, R., *Teoría de los derechos...*, cit., p. 73.

Como puede advertirse, no existe actualmente consenso en la comunidad jurídica que nos permita establecer cuáles son los derechos fundamentales. Es una materia controvertida que puede ser abordada desde distintos puntos de vista, incluso desde ámbitos ajenos al mundo jurídico. A esto se suma que los derechos dependen mucho del Ordenamiento jurídico que los recoge y de la corriente de pensamiento que se pueda asumir. Ello evita que se pueda abordar el tema de manera absoluta, incluyéndose el peligro de incurrir en reduccionismos. En este aspecto, no es objeto del presente estudio abordar la totalidad de teorías o corrientes jurídicas que influyan sobre la *Doctrina de los derechos*, ni mucho menos resolver todos sus problemas doctrinales. A pesar de esto, estimamos que es posible atender a la precisión terminológica del concepto desde una visión antropológica e integral de la persona.

En esta línea, Peces Barba indica que, “Cuando hablamos de derechos fundamentales estamos refiriéndonos, al mismo tiempo a una pretensión moral justificada y a su recepción en el Derecho positivo”⁶³; de forma análoga, Rey Pérez asegura que, “Para hablar de derechos en sentido jurídico (como derechos fundamentales) y no moral (como derechos humanos, morales o naturales) es necesario que estén recogidos por normas jurídicas válidas, vinculantes e imperativas pertenecientes al ordenamiento”⁶⁴; finalmente, Eto Cruz califica a los Derechos Fundamentales como “La concreción en el ámbito nacional de los derechos humanos”⁶⁵. Por ello, debemos decir que: *los derechos fundamentales son, como primera aproximación, instituciones jurídicas que buscan incorporar pretensiones morales (derechos humanos) y están recogidos en los catálogos constitucionales*⁶⁶.

Entonces, *¿Qué se entiende por los derechos fundamentales?*.

Como hemos visto, los derechos están relacionados de manera directa con la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. Este es un componente que no se puede desconocer o dejar de lado. Empero, es necesario indicar que los derechos deben ser vistos desde un *doble aspecto*. Es lo que Peces Barba denomina como “fundamento” y “concepto” de los derechos. El primer rasgo, responde al plano moral de los

⁶³ PECES BARBA MARTINEZ, G, *Lecciones de derechos...*, cit., p. 29.

⁶⁴ REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos...*, cit., p. 25.

⁶⁵ ETO CRUZ, G., *El desarrollo del derecho...*, cit., p. 86.

⁶⁶ Muchas veces los derechos fundamentales no se corresponden idénticamente con los derechos humanos, y viceversa. De forma que, los derechos fundamentales deben ser calificados como “*la intención de positivizar los derechos humanos*”. ALEXY, R., “La teoría del discurso...”, cit., p. 32.

derechos, es decir, que está relacionado con la dignidad humana como fundamento último de moralidad; por otra parte, el segundo rasgo está vinculado con su recepción jurídica, esto es con el plano normativo de los derechos⁶⁷. La ventaja de comprender a los derechos desde ambos ámbitos, es que se evita posiciones extremas y reduccionismos naturalistas o positivistas⁶⁸.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con una “concepción puramente institucional de los derechos fundamentales”⁶⁹, ni mucho menos con una “concepción únicamente normativa”⁷⁰. Si bien el aspecto normativo o formal puede ser útil al momento de identificar directamente a los derechos expresos o escritos dentro de los Ordenamientos jurídicos, con el aspecto material se permite conocer el fundamento mismo de los derechos y como estos cumplen su rol en la defensa de la persona. Además de determinar, cuando nuevos o implícitos derechos pueden llegar a formar parte del catálogo constitucional, sin desvirtuar el subsistema de los derechos fundamentales.

Por su parte, solo es posible hablar de *interdependencia o indivisibilidad de los derechos* aceptando su vinculación con la dignidad humana⁷¹. En otras palabras, solo teniendo en cuenta el criterio material de fundamentalidad de los derechos, es factible razonar sobre *un sistema integral de derechos*. Desconocer el plano material no solo afectaría el proceso de interpretación, integración y aplicación de los derechos, sino

⁶⁷ “El fundamento responde al «por qué» de los derechos fundamentales y se sitúa principalmente en el primer rasgo señalado, la pretensión moral justificada, y el concepto, en una visión dinámica y no solamente estática, aunque la presuponga, responde al «para que» de los derechos fundamentales, y se sitúa principalmente en el segundo rasgo señalado, la recepción de esa pretensión moral en el Derecho Positivo”. PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, pp. 29-30.

⁶⁸ *Ibidem.*, pp. 30 y ss.

⁶⁹ “la acentuación de la dimensión objetiva en detrimento de la subjetiva ha dado lugar a una construcción doctrinal, de origen alemán, conocida como «concepción institucional de los derechos fundamentales». Según sus valedores, (...) más que las posibilidades individuales de reacción frente a agravios concretos, lo crucial en un Estado democrático de derecho es que el ambiente general sea respetuoso de los valores constitucionales proclamados” (El subrayado es nuestro). DIEZ-PICAZO, L., *Sistema de derechos...*, cit., p. 64.

⁷⁰ En defensa del concepto normativo: “En el Derecho constitucional solo tiene sentido utilizar y concebir el concepto de derechos fundamentales como un concepto normativo; en dicho ámbito no es posible un criterio material de la fundamentalidad (...) la relación de los derechos fundamentales con la dignidad y la libertad de la persona humana puede explicar en el plano ideológico su fundamentalidad, pero no constituye el criterio jurídico de esta fundamentalidad” (El subrayado es nuestro). ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización...*, cit., p. 33.

⁷¹ En sentido análogo: “los derechos fundamentales precisamente por ese origen común del valor libertad principalmente, y complementariamente de los valores de igualdad, de seguridad jurídica y de solidaridad, que suponen una explicitación (...) de la dignidad humana, no pueden entenderse aisladamente, sino que esta raíz común lleva a una interdependencia y a una mutua implicación”. PECES BARBA MARTINEZ, G., *óp. cit.*, p. 248.

que le cerraría la puerta al posible reconocimiento de otras realidades jurídicas como auténticos derechos fundamentales. Además, como ventaja añadida, solo comprendiendo a los derechos desde ambos aspectos es posible identificar las causas del fenómeno de la proliferación de los derechos y permite determinar cuándo se puede recurrir a la vía de los derechos innominados para ganar nuevos ámbitos jurídicos de actuación, ya sea como parte de los derechos expresos (derechos implícitos) o como nuevos derechos, siempre que ello obtenga respaldo constitucional.

Para finalizar, creemos que los derechos deben distinguirse de sus garantías. Por tanto, hay que diferenciar entre el ámbito de validez, cuando los derechos están perfectamente estructurados. Y el ámbito de eficacia, cuando los derechos requieren ser garantizados. Si se cumple con el primer ámbito, los derechos serán plenamente vigentes. Mientras que si se cumple con el segundo, serán plenamente eficaces⁷². No obstante, la ausencia de las garantías (eficacia) no supone que los derechos sean inexistentes. En tal supuesto, dicho vacío supondría una *laguna jurídica* que requiere ser satisfecha por el Estado⁷³.

Como arguye Ferrajoli: “La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos”⁷⁴. Extensión que podría verse afectada si se niega las garantías necesarias a los nuevos o implícitos derechos que se van estableciendo, vía interpretación, por los operadores jurídicos. Empero, la ausencia de garantías expresas en el reconocimiento de derechos innominados, no debería significar una limitación para su validez, más aún, si entendemos a los derechos innominados como auténticos derechos fundamentales. Por ello, algunos Estados, también han establecido en sus cartas constitucionales, la posibilidad de reconocimiento de *garantías innominadas* para suplir dicha ausencia (*laguna jurídica*)⁷⁵.

⁷² Sobre la importancia de las garantías: “Siendo importante la dimensión de la eficacia, de la posibilidad de realizar el contenido de los derechos (...). El reconocimiento jurídico de los derechos exige que se acompañe de la institución de unas garantías que los hagan efectivos y reales”. REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos...*, cit., p. 28.

⁷³ “la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación”. FERRAJOLI, L., “Derechos fundamentales”, en DE CABO A., Y, PISARELO, F. (Ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2014, p. 26.

⁷⁴ FERRAJOLI, L., “Sobre los derechos fundamentales...”, cit., p. 73.

⁷⁵ “existen algunas cláusulas que no solo permiten el reconocimiento de derechos innominados, sino que dejan abierta la posibilidad de establecer deberes y/o garantías distintas a las expuestas en el respectivo texto constitucional. Por ejemplo, en el art. 72 de la Constitución Uruguaya”. Vid., p. 62-63.

3.1.3. DERECHOS CONSTITUCIONALES

Finalmente, los *derechos constitucionales* son, desde un plano formal, aquellos enunciados o normas que forman parte de la Constitución⁷⁶. De esta forma, la Constitución como *norma normarum*, le otorga a todas las disposiciones que se ubican bajo su ámbito: i) fuerza normativa vinculante; ii) garantía judicial y aplicación directa; y, iii) rigidez constitucional⁷⁷. No obstante, se tiene que matizar este punto: en primer lugar, no todas las disposiciones contenidas en la Constitución pueden ser consideradas como derechos constitucionales. Esto quiere decir que existen enunciados constitucionales que no constituyen derechos, en sentido estricto. Por ejemplo, los deberes o las meras disposiciones enunciativas; en segundo lugar, no todos los derechos constitucionales están expresados en la Constitución (*enumeratio ergo no limitatio*).

A priori, debemos afirmar que muchos Estados contienen en su Carta Magna, mandatos generales (cláusulas abiertas o de apertura)⁷⁸ que permiten la abstracción de nuevos ámbitos de derechos (extendiendo el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos tradicionales o creando configuraciones novísimas no antes acaecidas). Por ejemplo, y con las peculiaridades que ofrece cada Ordenamiento jurídico, podría reconocerse derechos a partir del Derecho internacional de los derechos humanos o de los tratados que versen sobre dichas materias. En consecuencia, *la protección multinivel de los derechos*⁷⁹ facultaría la incorporación del derecho foráneo al más alto nivel constitucional (como derecho propio), con lo que el catálogo iusfundamental

⁷⁶ “De otro lado, la expresión «derechos constitucionales», como su nombre lo indica, alude al conjunto de derechos de la persona que son recogidos y garantizados por la norma constitucional”. RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELI, F., Y BERNALES BALLESTEROS, E., *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 19;

⁷⁷ PRIETO SANCHIS, L., *El constitucionalismo de los derechos...*, cit., pp. 25 y ss.

⁷⁸ Sobre los mandatos generales, vid., pp. 60 y ss.

⁷⁹ Respecto al caso peruano: “La protección de los derechos humanos en el Perú no se limita solo a la protección de los derechos fundamentales mencionados en la Constitución como en otros sistemas jurídicos. Gracias a su ordenamiento jurídico y a las decisiones de diversos tribunales, el catálogo de derechos se ha extendido abarcando también derechos reconocidos en diferentes tratados sobre derechos humanos y otros desarrollados por la jurisprudencia internacional”. BREGAGLIO LAZARTE, R., “La protección multinivel de derechos humanos en el Perú”, en BANDEIRA GALINDO, G., URUEÑA, R., Y TORRES PEREZ, A. (Coord.), *Protección multinivel de derechos humanos*, p. 449., disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28408.pdf>

puede verse acrecentado, sin que ello suponga necesariamente una novación de su contenido.

En conclusión, si bien el ámbito formal puede servir al momento de asociar los derechos con determinadas disposiciones constitucionales, el catálogo constitucional puede abarcar otros contenidos dispensados en otras fuentes internas o externas. Por ello, es relevante no solo recurrir al texto sino también a la Jurisprudencia o a la Doctrina constitucional y a los demás instrumentos internacionales que forman parte del derecho interno de cada Estado.

Respecto a la diferencia entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, estos últimos son una categoría más amplia que los derechos fundamentales, abarcando en principio a todos los derechos establecidos en las disposiciones constitucionales (con los matices correspondientes). No obstante, *los derechos fundamentales serán aquellas normas materialmente constitucionales del Ordenamiento jurídico. Por lo que todos los derechos fundamentales, incluidos los derechos innominados, son constitucionales (arraigo constitucional). Más no todo derecho constitucional deviene en fundamental*⁸⁰.

3.2. DELIMITACIÓN: LOS DERECHOS COMO FUNDAMENTALES

Como hemos visto, los derechos pueden ser clasificados en derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales. Cada uno de estas categorías tiene sus particularidades. Sin embargo, para el presente estudio sostenemos que la categoría de los derechos fundamentales es la más adecuada para desarrollar la Doctrina de los derechos innominados, por los siguientes motivos:

- Su relación taxativa con los Ordenamientos jurídicos permite ubicar de manera sistemática cuales son los derechos fundamentales vigentes dentro de un Estado, al menos como dato previo para el reconocimiento de derechos innominados.

⁸⁰ En ese sentido: “la categoría ‘derechos constitucionales’ es más amplia y tiene un carácter sobre todo formal frente a la de ‘derechos fundamentales’”. SOSA SACIO, J., *Derechos constitucionales...*, cit., p. 105.

- Permite comprender a los derechos desde una dimensión estática, como un estatuto jurídico determinado; y, también, una dimensión dinámica como derechos de contenido vivo, sujeto a cambio constante y desarrollo.
- Permite vislumbrar a los derechos desde una perspectiva formal o normativa como una categoría jurídica; y desde una perspectiva ontológica o material como pretensiones morales.
- Finalmente, permite reconocer a los derechos desde su ámbito subjetivo, como pretensiones dirigibles frente al Estados; y, también, desde su ámbito objetivo, como un conjunto de valores perteneciente a los Sistemas jurídicos.

4. LOS PROCESOS EVOLUTIVOS DE LOS DERECHOS

4.1. CARÁCTER HISTÓRICO

Hablar de procesos evolutivos es hacer referencia a procesos históricos y este es un aspecto relevante para conocer la *fundamentación racional* de los derechos. Como indica Peces Barba, “para entender la moralidad de los derechos fundamentales, o a estos en su dimensión de pretensiones morales justificadas, se hace sobre una base histórica y no abstracta, desde una razón histórica, o situada en la historia”⁸¹. Por ello, debemos dar un paso atrás, tomar perspectiva y hacer una aproximación de las líneas evolutivas⁸².

⁸¹ PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, cit., p. 33.

⁸² Debemos decir que algunos autores, niegan la existencia de un fundamento objetivo de los derechos, bajo la premisa de que son *realidades cambiantes o históricas*. Es lo que Norberto Bobbio ha denominado *ilusión del fundamento absoluto*, entendiendo que los derechos son una *clase variable*, porque dependen del cambio de condiciones históricas. En este aspecto, “no se comprende cómo se puede dar un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos” (p. 57). Para ello, termina concluyendo que, “los derechos llamados humanos son el producto no de la naturaleza, sino de la civilización humana: en cuanto derechos históricos son mutables, esto es, susceptibles de transformación y de ampliación” (p. 70). Cfr., BOBBIO, N., “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, pp. 54-70. Trad. ASIS ROIG, R. Para rebatir esa posición, Lacalle Noriega defiende una interesante distinción entre derechos originarios y derechos subsiguientes: “Llamamos derechos humanos originarios a aquellos que proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma y, por lo tanto, son propios de todos los hombres en cualquier estadio de la historia humana. Son derechos subsiguientes aquellos que dimanen de la naturaleza humana en relación a situaciones creadas por el hombre”. LACALLE NORIEGA, M., *La persona como sujeto...*, cit., p. 98.

En ese sentido, debemos afirmar que la evolución de los derechos está constituida por una serie de procesos interrelacionados que han generado, y todavía generan, la modificación y la ampliación los catálogos de derechos. Dado que, *los derechos en su contenido dualista, como pretensiones morales juridificadas, siguen siendo lo mismo pero no siempre serán los mismos*. Los catálogos de derechos cambian con el devenir de la historia, pero las exigencias morales mínimas se siguen manteniendo⁸³. En efecto, “los derechos fundamentales, como categoría ética, cultural e histórica- es decir, prejurídica-, no constituye una concepción cerrada y acabada que los ordenamientos positivos tan sólo pueden acoger o rechazar en su totalidad, sino más bien un concepto abierto a distintas concepciones y desarrollos”⁸⁴.

4.2. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS EVOLUTIVOS

4.2.1. PROCESO DE POSITIVIZACIÓN

Citando a Pérez Luño: “Los derechos humanos, en su acepción estricta, surgieron en el clima cultural ilustrado de la Modernidad. Fueron formulados entonces como categorías que pretendían expresar las exigencias intemporales y perpetuas de la naturaleza humana; como un conjunto de facultades jurídicas y políticas propias de todos los hombres y en todos los tiempos”⁸⁵. De esta forma, los derechos eran *categorías aeternitatis* con proyección universal. Sin embargo, era necesario que dichas categorías morales puedan ser efectivamente exigibles frente los poderes estatales. Ante esta situación, surgió “la necesidad de convertir esos derechos naturales que pertenecían al ser humano por el mero hecho de serlo, en instituciones jurídicas para lograr así una mejor protección de los mismos”⁸⁶.

⁸³ “Si partimos de una concepción dualista de los derechos, entendiendo que éstos, además de valores morales son también instituciones jurídicas, entonces es posible trazar una historia de los derechos, pues éstos no siempre se han recogido en los textos jurídicos positivos y además su reconocimiento es un proceso que todavía sigue abierto”. REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos...*, cit., p. 115.

⁸⁴ PRIETO SANCHIS, L., “Derechos fundamentales”, en GARZON VALDEZ, E., Y LAPORTA, F. (Ed.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2013, p. 507.

⁸⁵ PEREZ LUÑO, A., *La tercera generación...*, cit., p. 13.

⁸⁶ REY PEREZ, J., óp. cit., p. 116.

Esto conllevó a que se gese, de la mano del *iusnaturalismo racionalista*⁸⁷ del XVII, el concepto de *derecho subjetivo* como complemento de los derechos naturales, plenamente exigibles frente a los detentadores del poder en base a su carácter suprallegal⁸⁸. Por otra parte, surgió una visión legitimadora del poder, la cual consideraba a los derechos como un sustrato mínimo del orden político, bajo la idea del *contrato social*⁸⁹. Como señala Peces Barba, “en el iusnaturalismo racionalista se justifica la positivización de los derechos naturales, directamente por la mayor eficacia que supone, e indirectamente por la ideología contractualista, que vincula Poder y Derecho (el paso de estado de naturaleza al de sociedad en el contrato social)”⁹⁰.

Finalmente, corresponde decir que esta etapa de positivización no precluye con la promulgación de las declaraciones, ni mucho menos constituye un proceso cerrado⁹¹. Como advierte Barranco Aviles, “se trata de un proceso, por tanto, no de un momento, de tal forma que, una vez que los derechos son incorporados, la fisonomía de éstos continúa modificándose”⁹². De esta manera, los Estados vienen positivizando derechos no previstos de manera originaria por los poderes constituyentes, respondiendo con ello, a los nuevos avances científicos y tecnológicos, o a los cambios sociales y culturales. Por otra parte, existe un progresivo reconocimiento jurídico de derechos

⁸⁷ Como consecuencia de esa corriente, se forjaron las primeras declaraciones de derechos como el Bill of Right de 1689, en Inglaterra; la Declaración del Estado de Virginia de 1776, en Estados Unidos; la Declaración del derechos hombre y del ciudadano en 1789, en Francia; entre otras. No obstante, subyace en todas ellas la idea antropocentrista de la salvaguarda de los derechos humanos (naturales en su idea originaria) anteriores al Estado e inherentes a la condición de persona. Por tanto, con la positivización se da un cambio de los derechos humanos como especies perpetuas a especies históricas (derechos subjetivos), pero manteniendo su carácter universal y permanente. De manera similar: “*Si en su gestación y primeras manifestaciones fueron contemplados sub especie aeternitatis, hoy no puede dejar de ser concebidos sub especie historiae*”. PEREZ LUÑO, A., *La tercera generación...*, cit., p. 13.

⁸⁸ Sobre los derechos subjetivos como soporte técnico de los derechos naturales: “la función originaria de la noción de derecho subjetivo era configurar genuinos «derechos fundamentales», ámbitos de libertad sustraídos a la capacidad de regulación del Estado, y sólo en un momento posterior comenzó a utilizarse para designar las facultades otorgadas a los individuos por la legalidad ordinaria” (El subrayado es nuestro). DIEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derechos...*, cit., p. 34.

⁸⁹ Respecto a las huellas del Iusnaturalismo: “Tras el constitucionalismo y los derechos humanos o fundamentales que en conjunto definen el modelo político de la revolución liberal late, en efecto, la filosofía de los derechos naturales y del contrato social. El hombre se considera dotado de ciertos derechos naturales y justamente para mejor protegerlos se constituyen la sociedad política y las instituciones mediante un contrato social” (El subrayado es nuestro). PRIETO SANCHIS, L. *El constitucionalismo de los derechos...*, cit., p. 226.

⁹⁰ PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, cit., p. 105.

⁹¹ “*el proceso de positivación (...) no se puede considerar cerrado. El progresivo reconocimiento jurídico de derechos en los siglos XIX y XX, o el reconocimiento jurídico de derechos como el medio ambiente en las Constituciones más recientes, son también expresión del proceso de la positivación que viene a decir que no se puede hablar de derechos en sentido jurídico sin una norma que los recoja expresamente*”. REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos...*, cit., p. 116.

⁹² BARRANCO AVILES, M., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 22.

que van más allá de los taxativamente expuestos en las Constituciones y que no transitan de forma directa por el proceso de positivización, sino que son incorporados a los catálogos de derechos por medio de construcciones jurisprudenciales o asumidos por los Estados a través de la incorporación del Derecho internacional al Ordenamiento interno. Es precisamente este fenómeno el que analizaremos en el siguiente capítulo.

4.2.2. PROCESO DE GENERALIZACIÓN

El postulado iusnaturalista predicaba el reconocimiento de una *igualdad natural* derivada de la naturaleza innata de todo hombre en todos los tiempos y en todos los lugares. Pero esta igualdad natural tenía el inconveniente de no materializarse en la realidad. Por una parte, los derechos eran atributos de un hombre abstracto o aislado; por otro lado, existían diferenciaciones radicales entre hombres y ciudadanos⁹³. Por ello, los derechos eran un *privilegio* que solo los ciudadanos burgueses podían detentar y defender, quedando extramuros muchas personas a los cuales se les negaba la titularidad de derechos por su pertenencia a determinados grupos (mujeres, esclavos, etc.)⁹⁴. Por otro lado, muchos titulares efectivos de derechos se encontraban en la imposibilidad de reivindicar sus derechos más básicos, si es que en no se les respaldaba unas condiciones mínimas de existencia.

Esto provocó la necesidad de garantizar a nivel estatal determinados derechos económicos, sociales y culturales, que complementaran los clásicos derechos civiles y políticos. Además, de replantear el concepto de ciudadanía, extendiendo con ella, la titularidad de los derechos. Como afirma De Asís Roig, “En definitiva, el proceso de generalización es, así, un intento de conectar el discurso de los derechos con la realidad”⁹⁵. De tal manera, que todas las personas puedan disfrutar de todos los derechos, de manera efectiva y en un estado de igualdad real. Asimismo, todo este

⁹³ “las primeras declaraciones de derechos no consideran aspectos relevantes que tienen que ver con las condiciones reales en las que se desenvuelve la existencia humana, porque pretenden referirse al hombre abstracto (...). Además, (...) se establecen, incluso formalmente, exclusiones. Para comenzar, se establece una diferenciación entre hombres y ciudadanos, sólo los ciudadanos son titulares de todos los derechos reconocidos”. BARRANCO AVILES, M., *Diversidad de situaciones...*, cit. pp. 21-22.

⁹⁴ “aunque estas primeras declaraciones de derechos se pretendían universales, lo cierto es que sólo afectaban a un grupo social muy determinado, los hombres burgueses, quedando fuera de su titularidad las mujeres, las personas que no llegaban a un nivel determinado de renta, etc. Se producía, por tanto, un desajuste entre las declaraciones de igualdad natural (...) y una realidad jurídica de la que quedaban excluidos amplios sectores de la población”. REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos...*, cit., p. 117.

⁹⁵ DE ASIS ROIG, R., “Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos”, en CAMPOY CERVERA, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 36.

proceso de generalización tanto en la ampliación de la titularidad como en el reconocimiento de nuevos contenidos morales, se vio favorecida por la configuración del derecho de asociación y la extensión universal del sufragio, al enriquecer el discurso político y permitir el cambio de enfoque ideológico, en la búsqueda de una igualdad real entre todas las personas (y no solo una igualdad natural)⁹⁶.

Empero, las declaraciones actuales aún siguen manteniendo una fractura entre ciudadano y hombre⁹⁷, entendiendo a la ciudadanía como una condición jurídica para el ejercicio de los derechos y excluyendo a determinados grupos (como por ejemplo, los extranjeros). Por ello, varios sectores de la Doctrina buscan replantear la noción de ciudadanía, de manera que se siga ampliando la titularidad de determinados derechos⁹⁸. Además, se sigue diferenciado al ser humano de la persona jurídica (sujeto de derecho), especialmente en el campo de la bioética, como realidades no coincidentes⁹⁹. En conclusión, este proceso todavía se encuentra en desarrollo y no está permitido claudicar en su avance ni, mucho menos, consentir retrocesos.

4.2.3. PROCESO DE INTERNACIONALIZACIÓN

⁹⁶ Sobre el resultado de este proceso: “tiene tres grandes dimensiones, que se refieren a la puesta en marcha de derechos que garantizan o hacen posible una participación política igualitaria (derecho de asociación y sufragio universal); a la configuración de una nueva generación de derechos fundamentales para asegurar la solidaridad y la igualdad (derechos económicos sociales y culturales), y, por fin, a la «desfundamentalización» del derecho a la propiedad”. PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, cit., p. 113.

⁹⁷ “la distinción entre derechos del hombre y del ciudadano produce una sociedad fracturada entre los ciudadanos y los que no lo son”. BARRANCO AVILES, M., *Diversidad de situaciones...*, cit., p. 56.

⁹⁸ “La mayoría de la doctrina científica coincide en la necesidad de superar la equiparación entre ciudadanía y nacionalidad, que provoca, entre otros problemas, la exclusión de los extranjeros (...). Esta desvinculación permitiría la adopción de mecanismos más flexibles para el acceso a su titularidad”. ALVAREZ GONZALES, S., “¿Derechos fundamentales o derechos de la ciudadanía? Algunas notas sobre la noción de la ciudadanía”, en CAMPOY CERVERA, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad...*, cit., p. 201.

⁹⁹ Crítica de esta diferenciación, Lacalle Noriega indica que: “La persona es algo más que un simple concepto jurídico. La persona es el hombre, el ser humano en cuanto tal: todos los seres humanos, sin excepción, y sólo los seres humanos con exclusión de cualquier otro ente de la naturaleza. La calidad de persona jurídica es inherente al ser humano”. LACALLE NORIEGA, M., *La persona como sujeto...*, cit., p. 232. También, Ollero advierte que: “La abolición de la esclavitud seguirá constituyendo un hito histórico, pero será perfectamente compatible con el reconocimiento rutinario de que habrá seres humanos a los que no se deberá tratar como personas (...), se les regateará incluso la condición de seres humanos, inventando una esclavitud ontológica, originaria o sobrevenida”. OLLERO, A., *Los Nuevos Derechos, Persona y Derecho*, pp. 58-59, disponible en: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/3115/2898>

Ya hemos tenido la oportunidad de hacer referencia al *Derecho internacional de los derechos humanos* como corriente personalista de carácter internacional. Sin embargo, corresponde ahora referirnos a este fenómeno como proceso histórico.

Como afirma Rubio Correa, “luego de la Segunda Guerra Mundial y como consecuencia de los horrores ocurridos durante la guerra, se formó una corriente de opinión internacional que preconizó un nuevo orden mundial de paz y respeto a la vida, con lo que se produjo la aparición de un derecho internacional positivo que dio efectiva la protección legal a los derecho de las personas”¹⁰⁰. No obstante, esta corriente no solo tuvo su origen en la toma de conciencia por las atrocidades y excesos del nazismo, también era necesaria la implementación una protección multinivel de los derechos. Ya que, muchas veces, los propios Estados son los que vulneraban los derechos de sus ciudadanos y las libertades de otras personas sometidas bajo su jurisdicción¹⁰¹.

Como consecuencia de este proceso se comenzó a forjar un entramado de tratados internacionales, la creación de cortes y tribunales internacional, la formación de Derecho comunitario, la creación de comunidades globales, Etc. Esto refuerza la idea de un reconocimiento universal de derechos que va más allá de las fronteras y que corresponden al ser humano independientemente del lugar donde se encuentre y de la ciudadanía o nacionalidad que ostente. Pero, este Derecho supraestatal aún se encuentra en fase primitiva siendo una de sus principales debilidades, el tenue alcance sectorial. Lo cual dificulta la construcción de una categoría de los derechos plenamente exigible. Por otro lado, se puede generar solapamientos entre las distintas regulaciones e instrumentos internacionales¹⁰².

¹⁰⁰ RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELI, F., Y BERNALES BALLESTEROS, E., *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 17.

¹⁰¹ “Aunque se pueden considerar como antecedentes de este proceso la lucha contra la esclavitud o el Derecho Humanitario, es tras las II Guerra Mundial y los excesos del nazismo, cuando se toma conciencia de que si se quiere proteger de forma efectiva los derechos humanos, es necesaria que esa protección se ofrezca a un nivel superior al estatal ya que en muchas ocasiones son los propios Estados los que vulneran los derechos de sus ciudadanos” (El subrayado es nuestro). REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos...*, cit., p. 119.

¹⁰² “Se trata de tratados internacionales que únicamente vinculan jurídicamente a los Estados partes en los mismos, que poseen carácter sectorial alejado por tanto de las aspiraciones de globalidad (...). Por otro lado, el elevado número de convenios facilita solapamientos, lagunas, incoherencias y contradicciones entre normas convencionales, agravadas por la proliferación de convenciones regionales, que producen una inflación normativa”. PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, cit., p. 116.

Dentro de los avances más significativos, está la consideración de la persona humana como sujeto de Derecho internacional¹⁰³, la posibilidad de recurso directo frente a los tribunales internacionales, la asimilación a nivel interno del Derecho internacional en materia de derechos humanos, entre otros. Y, respecto al tema que nos atañe, el progresivo reconocimiento del Derecho internacional como fuente de institución de derechos mediante cláusulas abiertas al Derecho internacional, que como veremos sirven de ventana de incorporación de derechos innominados.

4.2.4. PROCESO DE ESPECIFICACIÓN

La formulación del proceso de especificación como cuarto proceso evolutivo, es obra de la terminología empleada por Norberto Bobbio¹⁰⁴. Este proceso implica la ampliación la categoría de derechos a partir de la consideración de determinadas titularidades (titulares) o necesidades particulares (contenido), como realidades históricas.

En relación con los titulares, se tiene como punto de partida a los individuos concretos (históricos) y no a los simples “ciudadanos” o “hombres”, en sentido abstracto (homo iuridicus). Es decir, a diferencia de los tratados y declaraciones tradicionales, este proceso predica el reconocimiento de ciertos derechos en base la consideración real o histórica de la persona.

Como ha desarrollado plenamente Peces Barba¹⁰⁵, esta consideración concreta de la persona puede derivar de la situación social o cultural (derechos de los inmigrantes), de la condición física (derechos de los discapacitados) o de la situación que ocupa la persona en las relaciones sociales (derechos de los consumidores). Por tanto, “En las tres situaciones estamos ante el status socialis que por razones culturales, físicas o psicológicas, y del papel en el seno de sociedades desarrolladas, llevan supuesta una

¹⁰³ Sobre la importancia de la persona humana como sujeto de Derecho internacional y el reconocimiento de una especial subjetividad internacional (atribuible de derechos, obligaciones y responsabilidades internacionales), vid. DIAZ BARRADO, C., “Algunas reflexiones...”, cit., p. 26.

¹⁰⁴ “Esta especificación se ha producido bien respecto al género, bien respecto a las distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre estado normal y estados excepcionales en la existencia humana.”. BOBBIO, N., “El tiempo de los derechos”, *El tiempo de los derechos...*, cit., p. 110.

¹⁰⁵ Cfr. PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, cit., pp. 120-121.

debilidad que el derecho intenta paliar o corregir”¹⁰⁶. En ese razonamiento, existen ciertas circunstancias que ameritan un reconocimiento diferenciado, en tanto, no afectan por igual a todas las personas. De esta forma, “Se parte de una desigualdad que se considera relevante, porque dificulta o impide el pleno desarrollo moral de las personas, fin último de los derechos, y se interviene para alcanzar la satisfacción de esas necesidades que impiden la igualdad mínima. Para ello se utiliza la técnica de la igualdad como diferenciación, considerándose titulares sólo a quienes tienen la carencia y no a todos”¹⁰⁷.

En relación con los contenidos, debido a los cambios sociales, tecnológicos y culturales (entre otros), se han hecho evidentes nuevas situaciones que merecen cabida en el Ordenamiento legal, de esta forma se han incorporado nuevos e implícitos contenidos de derechos o incluso nuevos derechos, en sentido estricto, a los cuerpos constitucionales de los Estados. Más adelante volveremos a exponer las situaciones que generan la ampliación de los catálogos. Por lo pronto, nos parece correcto indicar que este fenómeno responde a los *cambios históricos*, respecto de los cuales el derecho les debe adaptación¹⁰⁸.

4.3. LAS LLAMADAS “GENERACIONES” DE DERECHOS

4.3.1. LOS PROCESOS Y LAS GENERACIONES DE LOS DERECHOS

La terminología generacional de los derechos humanos, fue obra de Karel Kasak quien, “puso especial énfasis en postular unos derechos humanos de la tercera generación, que completaran a las libertades civiles y políticas de la primera, así como a los

¹⁰⁶ OTERO LEON, L., PEREZ RODRIGUEZ, C., FERRARI NIETO, E., Y ENRIQUEZ SANCHEZ, J., *Repensar los derechos para una sociedad globalizada*, UNED, Madrid, 2016, p. 109.

¹⁰⁷ PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, cit., p. 122. Empero, a pesar de dicha fundamentación, algunos autores critican que este proceso puede acarrear el mancillamiento de la universalidad de los derechos. No obstante: “*la universalidad no se corresponde con la uniformidad del titular, sino con que los derechos sirven para salvaguardar la dignidad de la que todos los seres humanos son portadores*” (p. 22). Por tanto, una persona será titular de esos específicos derechos en la medida en que se encuentre en una situación concreta de carencia que pueda afectar su dignidad (en tanto, igualdad mínima o de oportunidades). BARRANCO AVILES, M., *Diversidad de situaciones...*, cit., p. 22.

¹⁰⁸ De forma similar: “*las nuevas necesidades y circunstancias sociales hacen que surjan situaciones y problemas que empujan a plantearse la existencia de estas «manifestaciones», que paulatinamente se convierten en derechos autónomos*” (p. 534). Derechos autónomos que nosotros desarrollaremos como derechos innominados. DIAZ REVORIO, F., *Los valores superiores...*, cit., p. 534.

derechos económicos, sociales y culturales de la segunda”¹⁰⁹. Sobre este aspecto, los que defienden el carácter generacional de los derechos, suelen agruparlos en tres o cuatro categorías. Sin embargo, nos parece más coherente desarrollarlos en tres generaciones conforme lo entendía el doctor Kasak. En esta línea, “el fundamento de los derechos civiles y políticos se encontraría en la libertad (...). Los derechos sociales encontrarían su justificación en el valor de la igualdad, de una igualdad no formal sino sustantiva y, por último, la nueva generación de derechos encontraría su fundamento en el valor de la solidaridad”¹¹⁰.

De esta forma, bajo la base del *valor de la solidaridad*, como virtud pública (o virtud jurídica)¹¹¹, se gestaría el reconocimiento una tercera generación derechos, denominados *derechos de la solidaridad*. Como afirma Javier de Lucas sobre el fundamento de estos nuevos derechos: “la solidaridad requiere asumir una perspectiva especial, que podríamos denominar la propia de la acción colectiva, o, mejor, asumir también como propios los intereses del grupo, es decir, de lo público, lo que es de todos, y esa titularidad común acarrea asimismo el deber de contribuir, de actuar positivamente para su eficaz garantía”¹¹².

En este sentido, se advierte que esta nueva categoría plantearía *redimensionar al ser humano como sujeto de derechos*¹¹³ y traer consigo nuevas formas de titularidad subjetiva que respondan a intereses difusos o bienes colectivos¹¹⁴. Por otra parte, la

¹⁰⁹ PEREZ LUÑO, A., *La tercera generación...*, cit., p. 15.

¹¹⁰ REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos...*, cit., p. 121

¹¹¹ “Cuando hablamos de la solidaridad como valor fundante de los derechos, nos centramos sobre todo en ella, como virtud pública que es realizada en la sociedad a través del derecho, pero esta no resta importancia a la solidaridad como virtud privada, que un valor moral también muy importante y que además ayuda a la realización de la solidaridad como virtud pública”. *Ibidem.*, p. 105.

¹¹² DE LUCAS, J., “Solidaridad y derechos humanos”, en TAMAYO ACOSTA, J. (Dir.), *10 palabras clave sobre derechos humanos...*, cit., p. 160.

¹¹³ “la tercera generación de derechos humanos ha contribuido a redimensionar la propia imagen del hombre en cuanto sujeto de derechos. Las nuevas condiciones de ejercicio de los derechos humanos han determinado una nueva forma de ser ciudadano en el Estado de Derecho de las sociedades tecnológicas” (p. 35). Por otra parte, “la mutación opera sobre (...) el ejercicio de esa titularidad. En los derechos de la primera generación el sujeto titular (...) aparece como la persona aislada (...). En la segunda generación, el sujeto titular será la persona situada (...). El sujeto titular de los derechos humanos de la tercera generación es ahora la persona interconectada” (p. 233). PEREZ LUÑO, A., *La tercera generación...*, cit., pp. 35 - 233.

¹¹⁴ “Se trata, por lo tanto, de derechos de carácter colectivo, dado que afectan a intereses y/o a bienes que son patrimonio de todos, de modo que a todos compete el ejercicio de su defensa y de su tutela: el derecho a la paz (eliminación de formas de violencia y creación de ámbito de concordia y participación), a la calidad de vida, al desarrollo y autodeterminación de los pueblos, al desarrollo sostenible y un medio ambiente sano, al libre acceso a las nuevas tecnologías, etc.” (El subrayado es nuestro). OTERO LEON, L., PEREZ RODRIGUEZ, C., FERRARI NIETO, E., Y ENRIQUEZ SANCHEZ, J., *Repensar los derechos...*, cit., p. 110.

visión generacional de los derechos cumple una *función complementadora*, la cual no buscaría sustituir a las generaciones anteriores. Más bien, estaría encaminada a hacer frente al devenir histórico de las nuevas tecnologías. Igualmente, Pérez Luño sostiene que, “nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos complementadora de las fases anteriores (...), se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada «contaminación de las libertades» (...) degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías”¹¹⁵.

4.3.2. CRÍTICA A LAS GENERACIONES DE DERECHOS.

Si bien los defensores del espectro generacional, sostienen que dicho rotulo es didáctico y tratan de reafirmar el carácter histórico de los derechos, creemos que organizar a los derechos en generaciones no es la respuesta adecuada para el reconocimiento de nuevos o implícitos derechos, en sentido estricto.

En primer lugar, los derechos son realidades históricas, como hemos podido apreciar en el desarrollo de las etapas evolutivas, que hacen frente a las nuevas circunstancias y necesidades que plantea la realidad. Por ello, estimamos que Doctrina generacional no aporta nada nuevo en ese sentido, más bien causa confusión en el abordaje de la historia de los derechos, que bien podrían ser explicados bajo los procesos de positivización, generalización, internacionalización y especificación.

En segundo lugar, los derechos que conforman los catálogos constitucionales son heterogéneos, cada uno de ellos tiene un contenido singular diferenciado del resto. Adicionalmente están compuestos por un amplio haz de facultades que responden a los diferentes aspectos prestacionales. Incluso, si es difícil la asimilación de los derechos en las dos primeras generaciones, la tercera generación proyectaría más problemas, dado que se tratan de derechos que se encuentran en etapa de *formulación teoría*, cuyo contenido no está del todo especificado y existen discrepancias a la hora de determinar sus características propias. Por lo pronto, se habla de derechos colectivos

¹¹⁵ PEREZ LUÑO, A., *La tercera generación...*, cit., pp. 28-29.

o derechos de la solidaridad, empero muchos de ellos no tiene una configuración fija, ni responden a los mismos valores¹¹⁶.

En tercer lugar, abordar el reconocimiento de nuevos derechos únicamente como respuesta a la *contaminación de las libertades* por parte de las nuevas tecnologías, como lo entiende Pérez Luño, significaría dejar de lado a otros fenómenos o cambios (sociales, culturales, científicos, etc) que forman parte de la globalización y que no se encuentran relacionados directamente con las TICs. Por otro lado, la concretización, desarrollo y actualización de un derecho perteneciente a las dos primeras generaciones podrían confluir en una nueva generación, en tanto, se vinculen con esa denominada contaminación. Por lo que no queda claro hasta qué punto es pertinente encasillar a los derechos en generaciones.

En cuarto lugar, abordar la función complementadora de las generaciones también resulta problemático. Los derechos como tales, no complementan otros derechos. En todo caso, se concretizan en concordancia con el Sistema constitucional en su totalidad (derechos, valores, principios, etc). Indicar que una generación complementa las insuficiencias y subsana los errores de otra¹¹⁷, nos parece superfluo en cuanto entrañaría que la solución a los problemas de una generación están en el reconocimiento de otra sucesiva. Por ello, opinamos que cada reconocimiento de algún derecho debe hacerse individualmente y no en *olas periódicas*, que cuentan con las pocas similitudes y no con las amplias diferencias.

En conclusión, por los fundamentos esgrimidos, hablar de generaciones de derechos presenta muchos equívocos y aumenta el riesgo de banalización, además que no responde de manera adecuada al problema de la proliferación. Por tanto, clasificar a las generaciones, no ofrece ningún beneficio a la Doctrina de los derechos, debiendo prescindirse de dicha categoría. No obstante, adoptar esta postura no implica negar el reconocimiento de nuevos o implícitos derechos que respondan a las circunstancias contemporáneas. Como afirma Pérez Luño, “la admisión apresurada y acrítica como derechos humanos de cuantas demandas se reivindican bajo el todavía impreciso rotulo

¹¹⁶ “El concepto de generación carece de utilidad ya que aglutina en un mismo grupo derechos cuya naturaleza es heterogénea y diferente, de ahí que se produzcan conflictos entre los derechos, como el derecho a la intimidad y a la información, por ejemplo”. REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos...*, cit., pp. 121-122.

¹¹⁷ “La nueva generación no es simplemente «otra» que la anterior, sino que, en cierto modo, es también la anterior, porque necesariamente ha debido tenerla en cuenta para contemplar sus insuficiencias y corregir errores”. PEREZ LUÑO, A., *La tercera generación...*, cit., p. 76.

de «derechos de la tercera generación», equivaldría a condenar la teoría de los derechos humanos (...). Pero negar a esas nuevas demandas toda posibilidad de llegar a ser derechos humanos, supondría desconocer el carácter histórico de éstos”¹¹⁸. Por ello, abordaremos la *Doctrina de los derechos innominados* como una mejor opción a las nuevas situaciones y circunstancias que requieren respuesta jurídica, dejando de lado el impreciso fenómeno de las generaciones.

III. LOS DERECHOS INNOMINADOS

1. CONTEXTO GENERAL

Razonar acerca del reconocimiento de derechos innominados, es razonar sobre todo de la *labor interpretativa constitucional*¹¹⁹. Como ya hemos tenido oportunidad de exponer en el capítulo anterior, el (Neo)Constitucionalismo junto al desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos, ha supuesto la elaboración de un nuevo imperio gobernado por los derechos. No obstante, estos derechos no se aplican directamente, ni mucho menos se abstraen a priori de los textos constitucionales. Dado que requieren del protagonismo que ofrece el juez constitucional, quien en un *rol de intermediario*¹²⁰ concreta y actualiza los enunciados lingüísticos, construyendo a su vez normas jurídicas específicas que hagan frente a las controversias jurisdiccionales concretas. Por ello, el presente trabajo acerca de los derechos innominados está referido a la “construcción interpretativa” (jurisdiccional) que se ventila en sede constitucional, distinto al supuesto de “creación normativa”¹²¹ de derechos, que se lleva a cabo por los mecanismos estatuidos en las correspondientes cartas constitucionales (reformas constitucionales).

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 34.

¹¹⁹ “Como la materia de «derechos» es central de todo Estado constitucional, su interpretación acaba constituyendo su problema esencial, no solo de la teoría de los derechos sino de la entera teoría constitucional”. CANOSA USERA, R., “La interpretación evolutiva...” cit., p. 80. Por ello, la importancia de la interpretación se ve reflejada, en mayor medida, en el reconocimiento jurisprudencial de nuevos o implícitos derechos. Por lo que algunos autores los denominan «derechos jurisprudenciales». Empero, no se debe confundir el medio (interpretación jurisprudencial) con el resultado (concreción de derechos).

¹²⁰ “El intérprete de la Constitución actúa como mediador entre su texto normativo promulgado en el pasado y las exigencias de una situación presente”. PEREZ LUÑO, A., “La interpretación de la constitución”, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 9ª ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 270.

¹²¹ “mientras la creación normativa es llevada a cabo por quien tiene el poder constituyente (o de reforma) dentro del sistema del que se trate, la creación judicial la lleva a cabo cada uno de los poderes constituidos (el Tribunal Constitucional es el guardián jurídico de la Constitución, pero, obviamente, no su dueño)”

Ahora bien, el *rol creativo* del juez constitucional, está favorecido por la indeterminación normativa que caracteriza a las disposiciones lingüísticas que contienen derechos¹²². De esta forma, “La interpretación iusfundamental tiene un alcance amplio y un contenido esencialmente creador por parte del intérprete constitucional, esto como consecuencia de la estructura gramatical abierta e imprecisa de la disposición constitucional”¹²³. Sin embargo, esto no quiere decir que el intérprete constitucional tenga *carta libre* para deducir cualquier significado prescriptivo de los enunciados constitucionales, ya que está sujeto al mandato constitucional, a la propia Constitución y, también, a la exposición de una fundamentación racional correcta. En palabras de Prieto Sanchis: “Esto significa que el juez del neoconstitucionalismo es más activo, pero no más (sino menos) libre”¹²⁴.

Por tanto, los derechos innominados, en sentido estricto, no son propiamente “nuevos derechos” que surgen de la nada, ni mucho menos, la labor de interpretación del operador constitucional es debidamente un rol de creación jurídica, la cual está proscrita en sede constitucional¹²⁵. En esa misma línea, podríamos decir que toda creación jurídica de derecho o institución de nuevos derechos, separados completamente del texto constitucional, constituirían falsos derechos que no se encuentran dentro de la Doctrina de los derechos innominados, dado que estos últimos son, ante todo, auténticos derechos circunscritos bajo el subsistema de derechos fundamentales que conforman el Ordenamiento constitucional¹²⁶. De forma que los operadores jurídicos tienen la facultad de responder con *astucia creativa* a la “realidad ontológica con toda su

(El subrayado es nuestro). REY MARTINEZ, F., “¿Cómo nacen los derechos? posibilidades y límites de la creación judicial de derechos”, en GARCIA ROCA, J. Y FERNANDEZ SANCHEZ, P. (Coord.), *Integración europea...*, cit., p. 330.

¹²² Este aspecto es criticado por Candía Falcón, para quien: “*la indeterminación del texto tácitamente otorgaría facultades a los jueces para discrecionalmente descubrir todo tipo de derechos implícitos en las referidas cláusulas*”. CANDIA FALCON, G., *Analizando la tesis...*, cit., p. 511.

¹²³ CASTILLO CORDOVA, L., “La interpretación iusfundamental...”, cit., p. 32.

¹²⁴ PRIETO SANCHIS, L., *El constitucionalismo de los derechos...*, cit., p. 37. En el mismo sentido, DIAZ REVORIO, F., *Valores superiores...*, cit., p. 339.

¹²⁵ “*puede suscitarse la apariencia de que la concreción de cierta norma consiste en realidad en la creación de una nueva norma. Sin embargo, esta impresión carece de fundamento. En el acto de la concreción, el Tribunal Constitucional no ejerce una competencia para la imposición de normas (...) y, por tanto, no estatuye una nueva norma independiente*”. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 116. En ese sentido, podemos decir que el Tribunal al reconocer derechos innominados, no crea ni impone normas. Dado que su rol se limita a concretar normas conforme a las disposiciones de derechos (derechos implícitos); o, de acuerdo al contenido material constitucional (nuevos derechos).

¹²⁶ Recapitulando el acápite introductorio: “*los derechos innominados, pueden ser entendidos como un sub sistema de los derechos fundamentales, que a su vez, constituye uno de los varios sistemas del Ordenamiento jurídico positivo*”. Vid., p. 5. Acerca del subsistema de los derechos, vid., PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, cit., pp. 243 y ss.

pluridimensionalidad”¹²⁷, evitando toda *infamia creacional* que supone un exceso reprochable, ajeno a la figura prudente (racional) del juez constitucional.

De la misma manera, ya hemos tenido oportunidad de analizar a los derechos como categorías jurídicas que no se agotan en el texto constitucional, sino que producto de una *dinámica de desarrollo*¹²⁸, cambian conforme se presentan nuevas situaciones que requieren respuestas originales por parte de los intérpretes constitucionales. Por mor de dicha dinámica, se suscitan *los procesos evolutivos* de positivización, generalización, individualización e internacionalización, que van ampliando la estructura constitucional del Ordenamiento. En tal termino, la Constitución es la principal herramienta con la que cuenta todo operador jurídico y ello, por añadidura, implica acudir obligatoriamente a la Jurisprudencia constitucional¹²⁹.

Ergo, para que puedan conjugarse de manera completa la dinámica de desarrollo de los derechos y el rol creativo del juez constitucional, es necesario que se pueda entender a la Constitución, no como una norma estática sino como una *norma dinámica*, que pueda adaptarse a las *circunstancias cambiantes*¹³⁰. Este es el verdadero significado de la norma constitucional en el Constitucionalismo y entraña su comprensión como *principio* más que como un texto o documento literal¹³¹. Por lo expuesto, creemos que la Doctrina de los derechos innominados se condice con el carácter evolutivo (y

¹²⁷ En el caso peruano, sobre la importancia de la realidad ontológica en la labor creativa del juez: “*la realidad ontológica con toda su pluridimensionalidad, mucha veces por las circunstancias en la forma como se presentan casos relevantes, llevan a los operadores interpretes a crear nuevos derechos que positivamente no han sido establecidos (...); de allí que esta creación de derechos ‘a golpe de sentencia’ no ha estado al margen del Tribunal Constitucional peruano vía una dinámica interpretación de los derechos no enumerados*” (El subrayado es nuestro). ETO CRUZ, G., *Tratado del proceso constitucional de amparo*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 166.

¹²⁸ “*Un derecho fundamental, como toda norma de Derecho positivo, no se termina cuando alcanza ese status jurídico, sino que entra en una dinámica de desarrollo, de interpretación y de aplicación que afecta el propio sentido y la función de tal derecho*”. PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, cit., p. 32.

¹²⁹ “*en el (neo) constitucionalismo actual no es posible realizar derecho constitucional al margen de las decisiones jurisdiccionales del Máximo intérprete de la Constitución. Por esa razón, acudir a la Constitución significará obligadamente acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la cual se encontrará la principal fuente de análisis jurídico*”. CASTILLO CORDOVA, L., *Justificación y significación...*, cit., p. 4.

¹³⁰ “*Otra condición del constitucionalismo es, sin duda, la que se refiere a la capacidad evolutiva de las Constituciones (...). Lo cierto es que una cualidad importante del constitucionalismo reside en la capacidad que poseen los textos para adaptarse a circunstancias cambiantes, a través de la interpretación, sin transformar la redacción originaria*”. ARAGON REYES, M., “La constitución como paradigma”, en CARBONELL, M. (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 37-38.

¹³¹ “*una característica no accidental de la constitución es su naturaleza de principio. Los principios son normas naturalmente abiertas a los desarrollos del futuro (...). La propensión al futuro es la esencia de la constitución y la naturaleza particular de sus normas es el mejor testimonio*”. ZAGREBELSKY, G., “Jueces constitucionales”, en CARBONELL, M. (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., p. 98.

principalista) de la Constitución y del Constitucionalismo. Sobre el particular, Ferrajoli ha indicado que: “El constitucionalismo no es por tanto solamente una conquista y un legado del pasado, quizá el legado más importante del siglo XX. Es también, y diría que sobre todo, un programa normativo para el futuro”¹³². Y como todo programa, requiere de nuevos proyectos (nuevos e implícitos derechos) que perpetúen el legado, sin desvirtuar los progresos alcanzados por la Doctrina de los derechos.

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Llegado a este punto corresponde hacernos cargo del objeto central de la investigación, es decir, analizar la figura de los derechos innominados como auténticos derechos fundamentales¹³³. En ese sentido, aseverar que existen derechos innominados es hacer referencia a derechos que no se encuentren previstos de manera literal en la Constitución. En consecuencia, la identificación de esta clase de derechos resulta dificultosa, al tratarse de normas que no se aprecian prima facie del texto constitucional pero sí de su contenido. Por lo que debemos partir por la diferenciación entre derechos expresos y los derechos innominados.

De esta forma, los *derechos expresos*¹³⁴ (también, denominados como derechos escritos, tradicionales o viejos) se pueden identificar por medio del enunciado normativo del cual derivan. Por ejemplo, el art. 15 de la Constitución Española tipifica que, “Todos tienen derecho (...) a la integridad física y moral”. Como puede advertirse del enunciado literal, se infiere a primera vista el “derecho a la integridad física y moral”. A estas normas, que se deducen de manera directa, se les denomina *normas estatuidas*, en razón de que “expresan el significado literal de la disposición de derecho fundamental en sentido prescriptivo”¹³⁵. Por su parte, a los enunciados literales o normativos se les

¹³² FERRAJOLI, L., “Sobre los derechos fundamentales...”, cit., p. 72.

¹³³ En adelante cuando hagamos referencia a los «derechos fundamentales», los entenderemos en sentido lato como: “*un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derechos fundamental*”. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, cit., pp. 77-78. Igualmente, Alexy entiende el concepto de derecho como un todo. Vid., ALEXY, R., *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 240-245. No obstante, nos centraremos en la «dinámica de disposiciones y normas», que permite exponer la abstracción de derechos innominados como auténticos derechos fundamentales.

¹³⁴ Sobre los derechos viejos, escritos o expresos como “*derechos que están expresamente mencionados en la Constitución*”. Vid., RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELI, F., Y BERNALES BALLESTEROS, E., *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 39.

¹³⁵ BERNAL PULIDO, C., óp. cit., p. 111.

denominan *disposiciones constitucionales*¹³⁶. No obstante, a partir de dichas disposiciones pueden abstraerse diversos significados prescriptivos (normas), diferentes de las normas estatuidas. Por ello, es importante la diferencia entre las disposiciones (enunciados textuales o lingüísticos) y las normas (significados prescriptivos abstraídos de las disposiciones)¹³⁷.

Tomando como base el ejemplo expuesto ad supra, el art. 15 de la Constitución Española estatuye de manera directa el derecho a la integridad física y moral. Sin embargo, este no es el único significado prescriptivo que se puede abstraer de dicho enunciado. Recurriendo a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (STC 154-2002), se advierte que el art. 15 CE comprende, también, el “derecho a la autodeterminación corporal”¹³⁸, o también llamado por la Doctrina jurídica como “derecho a decidir sobre la propia salud”¹³⁹. En ese tenor, el Supremo intérprete español ha determinado de dicha disposición constitucional, una nueva norma diferente de la norma directamente estatuida (derecho a la integridad física y moral). Estas normas específicas que el Tribunal Constitucional abstrae, por medio de un especial proceso interpretativo/argumentativo, se les denomina *normas adscritas*¹⁴⁰ y conforman aquel conjunto de normas concretadas y actualizadas a partir de las disposiciones constitucionales (a su vez de las normas estatuidas, al ser el equivalente inmediato de la

¹³⁶ Dentro de esta categoría, las «disposiciones iusfundamentales» puede ser identificadas como, “enunciados lingüísticos de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales”. SOSA SACIO, J., *Derechos constitucionales...*, cit., p. 111. Sin embargo, en nuestra opinión, abarcarían también a las disposiciones que establecen valores, principios y bienes constitucionales.

¹³⁷ En ese mismo sentido, las disposiciones iusfundamentales: “son los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales” (p. 78); mientras que las normas de derecho fundamental, “se definen como el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derechos fundamental” (p. 79). BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, cit., pp. 78-79. Por otro lado: “se pone de manifiesto la no equivalencia entre los conceptos «disposición» y «norma»: la disposición es el objeto de la actividad interpretativa, la norma es su resultado”. DIAZ REVORIO, F., *Valores superiores...*, cit., p. 38.

¹³⁸ “al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)” (El subrayado es nuestro). FJ. 9 de la STC. 154-2002, de fecha 8 de julio, emitida por el Tribunal Constitucional Español.

¹³⁹ “se puede hablar indistintamente de «derecho a tomar decisiones sobre la propia salud», de «derechos a decidir sobre la propia salud», y de «derecho a la libre elección de tratamiento». Y también, por supuesto, de derecho de «autodeterminación corporal» en el sentido con el que acuño esta expresión la STC 154/2002”. REY MARTINEZ, F., *Eutanasia y derechos...*, cit., p. 111.

¹⁴⁰ Respecto a la diferencia entre normas adscritas y estatuidas, “Para catalogar como válida a una norma de derecho fundamental directamente estatuida, basta la referencia a su positivización. En el caso de las normas adscriptas tal referencia está excluida por definición (...). Una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta”. ALEXY, R., *Teoría de los derechos...*, cit., p. 71.

disposición normativa). De forma que «adscripción» puede definirse como: *un proceso interpretativo por medio del cual, el juez constitucional determina que una norma adscrita pertenece al ámbito semántico de una disposición iusfundamental*¹⁴¹.

Asimismo, podemos decir que lo realmente vinculante no es el *nomen iuris* del enunciado lingüístico, sino el contenido o ámbito constitucional del derecho que se va elaborando conforme el Tribunal Constitucional se pronuncia al respecto¹⁴². Este argumento es de mucha utilidad cuando el Tribunal Constitucional busca *actualizar*¹⁴³ los contenidos de los derechos textuales de acuerdo con el método de interpretación conforme, especialmente referido a fuentes externas (Derecho internacional, por ejemplo). De este modo, el intérprete debe procurar atender, en mayor medida, a la sistemática interna del derecho que a su *nomen iuris*, el que resulta indicativo más que prescriptivo (si entiende que lo realmente prescriptivo deriva de la labor interpretativa constitucional).

En definitiva, las disposiciones constitucionales pueden manifestar diferentes normas iusfundamentales (normas estatuidas y normas adscritas)¹⁴⁴; mientras que, “(una) misma norma puede ser expresada a través de diferentes enunciados”¹⁴⁵. De esta manera, la distinción expuesta permite comprender como es que existen derechos (normas) que no se encuentran expuestos de manera literal en la Constitución, pero que pueden emanar de los enunciados constitucionales. Cosa distinta, y mucha más compleja, es determinar “cuando una posibilidad jurídica de actuación puede construirse razonable y razonadamente como extensión del contenido de alguno de los derechos fundamentales constitucionales, y cuando no”¹⁴⁶. Pero, como fundamento apriorístico, podemos decir

¹⁴¹ Hay que advertir que hacemos referencia a la adscripción de una norma al ámbito de una disposición iusfundamental, que en el caso de los derechos nuevos se hará dentro del ámbito de un mandato general (cláusulas abiertas o de apertura); mientras que en los derechos implícitos se hará inevitablemente dentro del ámbito de una disposición específica de derecho.

¹⁴² “*lo determinante no es el nomen iuris que hayan recibido los derechos en el texto constitucional. Se trata de interpretar, precisar y actualizar los contenidos materiales que la jurisprudencia y la doctrina constitucional vincula con los derechos fundamentales que la Constitución reconoce*”. ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización...*, cit., pp. 197-201.

¹⁴³ “*Las normas adscritas también son actualizadas por las demás fuentes de derechos fundamentales: los tratados internacionales en el ámbito de los derechos humanos suscritos por España (art. 10.2 CE), los reglamentos y demás actos administrativos, las decisiones judiciales y, sobre todo, la legislación*”. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 117.

¹⁴⁴ Un enunciado constitucional puede expresar diversas normas (tanto estatuidas como adscritas). No obstante, siempre debe expresar la norma directamente estatuida que deriva de su literalidad, dado que se trata de su equivalente inmediato.

¹⁴⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos...*, cit., p. 51.

¹⁴⁶ ARZOZ SANTISTEBAN, X., óp. cit., p. 202.

que el Tribunal Constitucional, en tanto, máximo intérprete de la Constitución¹⁴⁷ goza de algún *margen de maniobra*, lo que no justifica, en ningún caso, una *deficiente argumentación*¹⁴⁸.

Habiendo atendido a la diferenciación entre disposiciones y normas, corresponde ahora indicar como determinadas normas pasan a formar parte del contenido iusfundamental de los catálogos constitucionales (ya sea como nuevos o implícitos contenidos de derechos o como derechos innominados) y que motiva su reconocimiento. Esto supone, en primer lugar, que las normas adscritas pueden ser definidas como *concreciones interpretativas*¹⁴⁹. Es decir, que para su reconocimiento constitucional, un intérprete debidamente autorizado por la Constitución puede *abstraer* determinadas normas iusfundamentales de los enunciados y disposiciones constitucionales por medio de la interpretación jurídica. En el caso de los derechos innominados, este supuesto dilucida tres razonamientos:

- Existe un *mandato constitucional*¹⁵⁰ que autoriza a un determinado intérprete para que pueda deducir normas de las disposiciones constitucionales. Los mandatos constitucionales (disposiciones generales) que autorizan al intérprete para adscribir normas innominadas, son las cláusulas abiertas o de apertura y las cláusulas generales. Asimismo, el intérprete puede derivar normas de los derechos tradicionales (disposiciones específicas), en este supuesto se tratarán de nuevos o implícitos contenidos de derechos y, de ser el caso, derechos implícitos.

¹⁴⁷ Respecto al Tribunal Constitucional como órgano oficial, vid. GRANDEZ CASTRO, P., “Justicia constitucional y argumentación jurídica”, *pautas para interpretar la constitución y los derechos fundamentales*, pp. 125 y ss., disponible en: http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/ZonaAdm-Contadores/Suscriptor/Mod_NormasLegales_CyE/Mod_normaslegales/normas/15072011/Gu%C3%ADa%20de%20Pautas%20para%20interpretar%20la%20Constitucion.pdf

¹⁴⁸ “es difícil ser crítico con una interpretación expansiva, pues sólo una deficiente argumentación de la adscripción de una nueva posición iusfundamental sería criticable; la falta de explicación tornaría caprichosa esa adscripción y difícil de seguir para los interpretes secundarios y para el legislador”. CANOSA USERA, R., “La interpretación evolutiva...”, cit., p. 93.

¹⁴⁹ “La concreción de una norma adscrita se define como el acto jurídico mediante el cual, en el ejercicio de su competencia suprema para interpretar la Constitución, el Tribunal Constitucional asevera que una norma adscrita tiene validez definitiva dentro del ámbito de indeterminación de una disposición de derechos fundamentales”. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 116.

¹⁵⁰ Respecto a los mandatos constitucionales, vid., pp. 60 y ss.

- El intérprete autorizado constitucionalmente construye normas iusfundamentales conforme a lo expuesto en la Constitución¹⁵¹; esto conlleva a que todas las adscripciones se lleven a cabo dentro del ámbito semántico de una disposición iusfundamental y, del mismo modo, conforme a los límites demarcados en atención a los enunciados constitucionales o derivados de la Constitución¹⁵².
- El intérprete no solo está vinculado al mandato constitucional y a la Constitución, también está sujeto a la exposición de una *fundamentación racional correcta*¹⁵³, que permita sustentar la adscripción de los significados prescriptivos de la disposición interpretada. En ese término, “el deber de fundamentación correcta de la validez de las normas adscritas se deriva de la pretensión de corrección que eleva cada una de las decisiones del Tribunal Constitucional”¹⁵⁴. De esta forma, “el Tribunal Constitucional ha de basar su argumentación en el propio texto constitucional. Pero además, ha de mostrar y demostrar esa fundamentación; para ello, ha de expresar y detallar la argumentación que ha seguido”¹⁵⁵.

En segundo lugar, corresponde determinar cuándo las normas adscritas, como construcciones interpretativas, pueden implicar el reconocimiento de nuevos o implícitos contenidos de derechos y, también, conforme trataremos de exponer a continuación, derechos innominados (nuevos o implícitos). Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional como intérprete oficial, por lo general debe afrontar *casos difíciles*¹⁵⁶ elaborando normas específicas a partir de las disposiciones constitucionales

¹⁵¹ “Ello se debe a que un derecho constitucional no parte de la nada o de ámbitos extraconstitucionales, sino de lo dispuesto por la propia Norma Fundamental. Todo ámbito iusfundamental, incluyendo los novedosos, deben partir de la Constitución”. SOSA SACIO, J., *Derechos constitucionales...*, cit., p. 113.

¹⁵² “Ninguna norma o posición puede ser adscrita prima facie, fuera de los límites semánticos de una disposición de derechos fundamental interpretada ampliamente” (p. 647.). De esta forma, se deberá tener en cuenta la fuente de los argumentos interpretativos y la fundamentación analítica para la adscripción de una norma dentro del ámbito semántico de un derecho. Vid., BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, cit., pp. 617 - 647.

¹⁵³ Respecto a la relación entre las normas y su fundamentación: “normas de derecho fundamental son todas aquellas con respecto a las cuales es posible una fundamentación iusfundamental correcta” (p. 73). En esa misma línea: “Una norma adscrita vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta” (p. 71). ALEXYS, R., *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 71-73.

¹⁵⁴ BERNAL PULIDO, C., óp. cit., p. 127.

¹⁵⁵ DIAZ REVORIO, F., *Valores superiores...*, cit., p. 368.

¹⁵⁶ “los casos difíciles son tales, porque a la hora de resolverlos el intérprete no tiene claro cuál es el sentido de la norma que debe adscribir a la disposición de derechos”. (p. 113). Asimismo, “Los problemas que la realidad propone al intérprete constitucional son tan concretos, matizados, minuciosos y complejos,

que se presentan como adecuadas para resolver la controversia, como por ejemplo el reconocimiento del “derecho a la autodeterminación corporal”. Estas normas específicas constituyen, en mayor medida, *contenidos nuevos o contenidos implícitos* de derechos. Empero, siguen formando parte del derecho del cual derivan (carecen de autonomía).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, en ocasiones puntuales, debe hacer frente a la adversidad jurídica, mediante respuestas (normas específicas) que no se agoten, in limine, en el caso concreto o en el marco textual constitucional¹⁵⁷. Dado que, a veces se encuentra en la necesidad imperiosa de recurrir a las cláusulas generales (“derecho general de libertad”, por ejemplo), a las cláusulas abiertas (“cláusula de derechos innominados”, por ejemplo) o, incluso, a derechos tradicionales, para reconocer *nuevos derechos*¹⁵⁸ o *derechos implícitos*¹⁵⁹. De esta forma, pueden existir *situaciones excepcionales* (cambios sociales, tecnológicos o culturales, u otros) que requieran reconocimiento constitucional como derechos innominados. Puesto que ameritan, por su especial complejidad, una protección autónoma al más alto nivel constitucional. Por ello, los derechos innominados, a diferencia de los nuevos contenidos o los contenidos implícitos, deben ser entendidos como *derechos iusfundamentales autónomos*¹⁶⁰ plenamente diferenciados de otros derechos tradicionales.

Para finiquitar ese apartado, podemos argüir complementando la primera definición esbozada¹⁶¹, que los derechos innominados: *son derechos iusfundamentales que no se*

que desbordan la explicitud semántica de las normas directamente estatuidas. Como consecuencia (...) el Tribunal Constitucional se ve en la necesidad de concretar una norma más específica” (p. 112). BERNAL PULIDO, C., óp. cit., pp. 112-113.

¹⁵⁷ De esta manera, el Tribunal Constitucional, dentro de sus competencias, podrá emitir sentencias que desplieguen *efectos pro futuro* y *erga omnes* bajo una suerte de *tutela constitutiva*, en defensa del reconocimiento de derechos innominados cuando requieran, por la complejidad de las circunstancias, protección autónoma al más alto nivel constitucional como auténticos derechos iusfundamentales.

¹⁵⁸ Por «nuevos derechos», hacemos referencia a derechos autónomos distintos de los derechos expresos que surgen como respuesta a situaciones excepcionales, pero que suponen una configuración iusfundamental novísima, no antes acaecida.

¹⁵⁹ Por «derechos implícitos», hacemos referencia a derechos autónomos distintos de los derechos expresos que surgen como respuesta a situaciones excepcionales, pero que suponen una extensión de la configuración iusfundamental de otro u otros derechos, no antes acaecida.

¹⁶⁰ Si bien los derechos innominados pueden caracterizarse como «derechos autónomos», esto no niega las *relaciones de interdependencia o indivisibilidad* que puedan mantener con otros derechos. Básicamente, estas relaciones se predicen bajo el criterio material de fundamentalidad de los derechos, característica que deben ostentar los derechos innominados como derechos fundamentales (vid., pp. 21-22). Por otro lado, los derechos innominados, al tener arraigo constitucional, no son derechos independientes del texto constitucional, más si pueden constituirse con un ámbito normativo autónomo.

¹⁶¹ En la introducción de este trabajo indicamos, como primera aproximación, que los derechos innominados: “*son derechos que no se encuentran expuestos de manera literal en la Constitución, al menos*

encuentran expuestos de manera literal en la Constitución, al menos en lo que respecta de su texto jurídico, pero que conforman su contenido iusfundamental, en tanto, normas plenamente válidas y exigibles. Dado que constituyen concreciones interpretativas reconocidas por el Tribunal Constitucional, al suponer una respuesta jurídica a situaciones excepcionales que requieren protección autónoma al más alto nivel constitucional.

3. TIPOLOGÍA

Habiendo desarrollado, grosso modo, el reconocimiento de los derechos innominados como derechos fundamentales autónomos, distintos de los expuestos de manera literal en la Constitución y, a su vez, diferentes de los contenidos nuevos o implícitos de otros derechos tradicionales (que no poseen autonomía), concierne deslindar dentro del objeto de estudio dos categorías jurídicas que participan de la tipología de los derechos innominados, pero que cuentan con particularidades propias.

3.1. NUEVOS DERECHOS

3.1.1. APROXIMACIÓN Y CONCEPTO

En primer lugar, se encuentran los «*nuevos derechos*» y hacen referencia a derechos autónomos, distintos de los derechos expresos, que surgen como respuesta a situaciones excepcionales pero que suponen una *configuración iusfundamental novísima*, no antes acaecida. En este caso, el *carácter autónomo* de los nuevos derechos no es opuesto a la relación de interdependencia que incardina el sistema integral de los derechos. Además, no implica independencia del marco textual de la Constitución¹⁶².

Con respecto a su delimitación, Rubio Correa sostiene que: “son distintos a los expresos porque no se conocían antes sino que se han desarrollado muy

en lo que respecta de su texto jurídico, pero que conforman su contenido iusfundamental, en tanto, normas plenamente válidas y exigibles”. Vid., p. 6.

¹⁶² Vid., p. 44 (nota. 160).

modernamente. Se diferencian de los implícitos en que estos últimos estaban ya comprendidos en los derechos expresos, en tanto, que los derechos nuevos han aparecido recién, sin antecedentes a trazar en los derechos viejos”¹⁶³.

Como primera observación, se puede decir que estos derechos surgen como consecuencia de *situaciones nuevas* o a raíz de la aparición de *bienes humanos nuevos* susceptibles de protección, que van aflorando con el avance de la sociedad cada día más dinámica, debido en su mayoría al fenómeno de la globalización y las nuevas tecnologías¹⁶⁴. Esto conlleva a que las exigencias básicas que hacen fundamental la vida diaria se vean acrecentadas. Por tanto, corresponde a los operadores jurídicos determinar que situaciones elementales deben ser acogidas y reconocidas como derechos fundamentales. No se trata de una tarea sencilla ni mucho menos puede reconocerse un derecho por la sola manifestación de un bien nuevo o una situación nueva con suficiente entidad o relevancia.

En este sentido, puede ser de gran ayuda la *Doctrina de las necesidades básicas* que han servido para la fundamentación de una serie de nuevos derechos (especialmente los derechos sociales) y que han sido estudiadas por una variedad de autores españoles como Peces Barba¹⁶⁵, Rey Pérez¹⁶⁶ y Pérez Luño¹⁶⁷. No obstante, dentro de la Doctrina

¹⁶³ RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELI, F., Y BERNALES BALLESTEROS, E., *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 810.

¹⁶⁴ No obstante, las nuevas situaciones o bienes susceptibles de protección no deben limitarse a las llamadas TICS. Una de nuestras críticas a las generaciones de derechos consiste en que: “*abordar el reconocimiento de nuevos derechos únicamente como respuesta a la contaminación de las libertades por parte de las nuevas tecnologías (...), significaría dejar de lado a otros fenómenos o cambios (sociales, culturales, científicos, etc.) que forman parte de la globalización y que no se encuentran relacionados directamente con las TICS*”, vid., pp. 34 - 35.

¹⁶⁵ Peces-Barba ha desarrollado la teoría de las necesidades, dentro de la categoría de la «libertad como promoción», sosteniendo que solo las necesidades radicales y de mantenimiento son innegociables, al afectar la existencia misma de la persona. Mientras que excluye a las necesidades de mejora. Cfr., PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, cit., pp. 144 y ss.

¹⁶⁶ Lo más resaltante de su investigación es la referencia a las «necesidades primarias o radicales», como precondition al plan de vida y relacionadas con la igualdad de oportunidades. Sobre esto indica que: “*Si los agentes morales (...) lo son en tanto que ellos persiguen sus planes de vida, entonces podemos entender las necesidades básicas como aquellas condiciones en ausencia de las cuales no se puede dar la autonomía moral*” (p. 90). También, diferencia entre las necesidades y los satisfactores (garantías primarias), recalcando que: “*los satisfactores pueden variar influidos por el momento histórico, la sociedad o la cultura. Mientras que de la necesidad se puede predicar su universalidad, no así de los satisfactores*” (p. 91). REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos...*, cit., pp. 90 - 91.

¹⁶⁷ Pérez Luño distingue entre necesidad, carencia y valor, exponiendo que: “*Toda necesidad supone una carencia; el hombre tiene necesidades en cuanto carece de determinados bienes y siente la exigencia de satisfacer esas carencias. Lo que satisface una necesidad humana tiene valor, lo que la contradice es un disvalor*” (p. 183). Además, sustenta la fundamentación de las necesidades en una praxis histórico social: “*Ello implica cifrar la fundamentación de los derechos humanos en el despliegue multilateral y consciente de las necesidades humanas, que emergen de la experiencia concreta de la vida practica*” (p. 184). PEREZ

española, Añón Roig¹⁶⁸ ha realizado un trabajo interesante sobre “*Necesidades y derechos*”, donde concluye que “las necesidades básicas pueden desempeñar un papel importante en la fundamentación de los derechos humanos (...), (Dado que) la constatación de una necesidad básica permite argumentar, de acuerdo con las situaciones concretas y las condiciones reales, criterios de justicia y legitimidad”¹⁶⁹. Igualmente, recalca que, “las necesidades pueden aportar razones suficientes para exigir su proyección en la esfera de los derechos, como *claims* en sentido fuerte y no simples pretensiones”¹⁷⁰.

Por otro lado, algunos autores internacionales han prestado atención a este dogma de la necesidades, como por ejemplo John Rawls y Norberto Bobbio; a su vez, se ha hecho referencia a esta categoría en la Doctrina peruana, por parte de Castillo Córdova¹⁷¹, Sosa Sacio¹⁷², entre otros.

Por nuestra parte, en el Capítulo II, al determinar quién es la persona de los derechos, hemos tenido la oportunidad de exponer, de manera acotada, un concepto de necesidades básicas, definiéndolas como “*aquellas condiciones necesarias para la autonomía moral y, en definitiva, para el perfeccionamiento del hombre*”¹⁷³. De esta forma, queda claro que las necesidades humanas están relacionadas con el desarrollo moral de la persona y constituyen una precondition para la realización del plan de vida. En contraste, se diferencian de los meros deseos o preferencias que dependen de la voluntad de las personas.

LUÑO, A., “La fundamentación de los derechos humanos”, *Derechos humanos, estado...*, cit., pp. 183 - 184.

¹⁶⁸ Cfr., AÑÓN ROIG, M., *Necesidades y derechos...*, cit., pp. 261 - 322.

¹⁶⁹ AÑÓN ROIG, M., *Necesidades y derechos...*, cit., p. 284.

¹⁷⁰ *Ibidem.*, p. 285.

¹⁷¹ Sobre las necesidades como fundamento de los derechos, Castillo Córdova desarrollada la figura de derecho constitucional implícito, definiéndolo como: “*el conjunto de bienes humanos reconocidos y garantizados por la norma constitucional a fin de permitir a la persona alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias propia y efectivamente humanas, que no están recogidos en el texto de la Constitución, sino que se concluyen de ella luego de una argumentación justificativa suficiente*”. CASTILLO CORDOVA, L., *Justificación y significación...*, cit., pp. 6 y ss.

¹⁷² Sosa Sacio define a las necesidades humanas como: “*capacidades o condiciones de vida, cuya falta de satisfacción o realización hacen imposible una vida humana sin daños graves, padecimientos u opresiones. En sentido complementario, podemos afirmar que la satisfacción de las necesidades humanas básicas permite la supervivencia física en condiciones saludables, que cada quien elija y cumpla los planes de vida*”. SOSA SACIO, J., *Crítica a la dignidad humana y la noción de “necesidades básicas” como un posible mejor fundamento para los derechos*, p. 96., disponible en: https://www.academia.edu/15479448/Cr%C3%ADtica_a_la_dignidad_humana_y_la_nocion_de_necesidades_b%C3%A1sicas_como_un_posible_mejor_fundamento_para_los_derechos

¹⁷³ *Ibid.*, p. 14.

Entre los rasgos comunes identificados en la Dogmática jurídica, nos parece importante destacar: i) Su precondition del plan de vida, al relacionarse con la autonomía moral y la igualdad de oportunidades; ii) Sus cualidades objetivas y universales (vinculación con el fundamento ontológico de los derechos – dignidad humana); iii) Su carácter insoslayable, cuya insatisfacción genera daño (grado de insatisfacción y carencia); iv) Su diferencia con los satisfactores (garantías primarias) que son mutables; v) La necesidad de reconocimiento jurídico debido a su importancia (relevancia jurídica – razones fuertes).

En general, creemos que la Doctrina de las necesidades básicas o radicales, busca dotar de objetividad al razonamiento jurídico desarrollado por el juez constitucional y pueden servir de gran ayuda para determinar cuándo una necesidad es indispensable para la desenvolvimiento de la autonomía de la persona. Y por ello, puede constituirse en aquellas *razones* que permitan justificar la relevancia de una situación nueva o bien humano nuevo (y excepcional, como analizaremos) que requiere reconocimiento como derecho¹⁷⁴. Ahora bien, en base a la opinión compartida con Rey Pérez¹⁷⁵, Añón Roig¹⁷⁶ y Sosa Sacio¹⁷⁷, *no toda necesidad deviene indefectiblemente en derecho, ya que éstas constituyen solo razones fuertes para actuar.*

En efecto, la constatación de la existencia de una necesidad se presenta, de manera razonable, como un motivo importante para el reconocimiento de derechos innominados (sean nuevos o implícitos). No obstante, este motivo no es determinante, dado que el Tribunal Constitucional es quien tiene la última palabra. Además, como veremos en el acápite siguiente (Interpretación evolutiva, favor libertatis y situaciones excepcionales), existen otro motivos que condicionan la adopción de un derecho

¹⁷⁴ Teniendo en cuenta que las nuevas situaciones o bienes se mueven en el plano factico y que toda fundamentación de los derechos requieren de una respuesta propia de la razón práctica, es decir, de la “razón concreta y situada, contextual, o dicho con otros términos razón desde y para la acción” (p. 268), las necesidades (que sitúan en el plano de la fundamentación) pueden abocar una “respuesta jurídica-normativa a determinadas exigencias” (p. 285). Mejor dicho, las necesidades, desde el plano moral, puede inculcar razones fuertes a favor de nuevas situaciones (exigencias), en criterios de justicia y legitimidad. AÑÓN ROIG, M., *Necesidades y derechos...*, cit., pp. 268-285.

¹⁷⁵ “aunque tengamos argumentos poderosos para satisfacer una necesidad eso no significa que exista un derecho a que tal necesidad sea satisfecha, porque no toda necesidad se tiene que convertir en derecho” (El subrayado es nuestro). REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos...*, cit., p. 93.

¹⁷⁶ “el hecho de que podamos argumentar razonablemente que las necesidades humanas –particularmente las básicas– deben ser satisfechas no comporta sin más que exista un derecho (...), la satisfacción de las necesidades no tiene por qué articularse por vías de derechos” (El subrayado es nuestro). AÑÓN ROIG, M., óp. cit., p. 284.

¹⁷⁷ “Constatar su existencia, aunque brinda buenos argumentos, no es razón suficiente para su satisfacción”. SOSA SACIO, J., *Crítica a la dignidad...*, cit., p. 97.

(como por ejemplo, que la situación nueva sea, también, excepcional y constituya la interpretación más favorable)¹⁷⁸.

Como segunda observación, se presenta el problema de la ausencia de una *relación de precisión*¹⁷⁹ entre la nueva norma y una disposición constitucional específica. A diferencia de los contenidos nuevos e implícitos de los derechos tradicionales y de los derechos implícitos, que se corresponden con una disposición expresa del texto constitucional. Los nuevos derechos, no pueden ser engarzados con ningún enunciado normativo específico. Para suplir esa ausencia, el intérprete debe recurrir a *cláusulas abiertas* (*cláusulas de derechos no enumerados o no enunciados*) que autorizan la concreción jurídica de normas innominadas. Estos *mandatos constitucionales*¹⁸⁰, sirven de apoyo para la construcción interpretativa de un nueva norma iusfundamental, distinta a las que conforman el catálogo expreso de la Constitución. De esta forma, la norma no expresa (*ius non escriptum*), podrá constituirse como un auténtico derecho innominado con pretensión de generalidad y ámbito normativo autónomo, al cual será posible la adscripción de otras normas y posiciones jurídicas.

Teniendo en cuenta que los nuevos derechos no tienen *punto de referencia*¹⁸¹ con algún derecho tradicional, el intérprete deberá primero fundamentar los motivos que justifican la abstracción de esta nueva norma, es decir, exponer que amerita su

¹⁷⁸ De manera complementaria, Añón Roig indica algunos motivos o criterios relevantes, para determinar cuándo las necesidades comportan razones suficientes o buenas razones para actuar: “*Los criterios relevantes son pues: sufrimiento o daño, insoslayabilidad y ausencia de una situación alternativa o, imposibilidad de una situación futura sustitutoria, de acuerdo con una previsión la más realista posible. El según criterio (...) la idea de que no pueden ser satisfechas por uno mismo y, finalmente, habría que explicar una tercera exigencia según la cual los medios de satisfacción han de poder ser articulados a través de normas vinculantes*”. AÑÓN ROIG, M., *Necesidades y derechos...*, cit., p. 287.

¹⁷⁹ De forma similar, Alexy exponiendo la relación de precisión entre las normas adscritas y el texto de la Constitución, hace referencia a la ausencia de este vínculo en el supuesto de los derechos no escritos (llamados por nosotros como derechos nuevos), “*Un derecho fundamental no escrito está caracterizado por el hecho que la norma de derecho fundamental que lo concede no se encuentra en una relación de precisión con una norma de derecho fundamental expresada directamente en el texto de la Constitución*”. ALEXY, R., *Teoría de los derechos...*, cit., p. 69, nota. 53.

¹⁸⁰ Sobre los mandatos constitucionales que permiten la adscripción de derechos innominados, pueden distinguirse *las cláusulas abiertas o de apertura* (la cláusula de los derechos no enumerados, por ejemplo) y *las cláusulas generales* (el derecho general de libertad, por ejemplo); por otro lado, el intérprete puede recurrir a los derechos tradicionales (mandatos constitucionales específicos) para concretar derechos implícitos. No obstante, solo las cláusulas de derechos no enumerados o no enunciados permiten el reconocimiento de «nuevos derechos», los cuales no mantienen una relación de precisión con ninguna norma de derecho tradicional (a diferencia de los derechos implícitos).

¹⁸¹ “*el asunto se complica bastante debido a que no existe un punto de referencia (el derecho humano ya reconocido como tal) sobre el cual argumentar. Precisamente lo que se exige es argumentar la existencia de ese nuevo derecho humano: primero, justificar su reconocimiento y exigencia; y segundo, argumentar lo que forma parte de su contenido jurídico*” (El subrayado es nuestro). CASTILLO CORDOVA, L., *Justificación y significación...*, cit., p. 8.

reconocimiento autónomo al más alto nivel constitucional; y, además, establecer de *manera suficiente* el contenido de este nuevo derecho. Ambos supuestos presentan inconvenientes jurídicos que intentaremos superar a continuación.

3.1.2. IMPLICANCIAS DEL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS

Recapitulando la exposición del punto anterior, los nuevos derechos se enfrentan a varias complejidades. En primer término, la ausencia de una relación de precisión con una disposición constitucional específica puede ser subsanada, si el intérprete recurre a mandatos constitucionales (*cláusulas de apertura*) que suplan ese vacío normativo¹⁸². Ello conlleva a que los nuevos derechos siempre respondan a un *sustento constitucional directo*¹⁸³, que en este supuesto específico se encontrará en el ámbito semántico de las disposiciones generales del texto constitucional que autorizan el reconocimiento de derechos innominados. Por tanto, todo nuevo derecho (en tanto, derecho innominado), debe encontrar arraigo en alguna disposición constitucional (por lo menos general). Si no fuera de esa forma, los nuevos derechos no se enmarcarían dentro de la categoría de los derechos fundamentales.

Esto nos lleva a afirmar, a su vez, que no es posible reconocer nuevos derechos apelando únicamente a criterios prejurídicos (como la dignidad humana o las necesidades básicas) o extrajurídicos (como la aparición de situaciones nuevas y excepcionales)¹⁸⁴. Empero, debido a la *rematerialización de la Constitución* muchos

¹⁸² Por «vacío normativo», hacemos referencia a la ausencia de alguna norma o disposición iusfundamental específica que responda a la controversia jurídica. Por tanto, el juez se encuentra obligado a suplir los vacíos normativos conforme a los principios generales, dentro de los que se encuentra el principio constitucional de *favor libertatis* (*favor homine o favor persona*), a través del cual puede ampararse el reconocimiento de normas innominadas, en tanto, desplieguen una mayor protección iusfundamental. En ese sentido, citando a Bidart Campos: “*es posible «proponer que cuando faltan normas sobre derechos y quien detecta esa ausencia o laguna normativa cree o valora que, pese al vacío normativo, hay derechos no formulados, la carencia se debe colmar a través de la integración, para cuya efectividad también es menester «interpretar» (encontrar el sentido) de sistema completo de derechos, en el que algunos constan en normas y otros carecen de ellas»*”. NOGUEIRA ALCALA, H., *El derecho a la propia...*, cit., p. 260.

¹⁸³ Sobre el sustento o arraigo constitucional directo, vid., p. 65.

¹⁸⁴ “*no podemos descubrir nuevos derechos apelando solo a criterios prejurídicos, como la naturaleza del hombre y de sus derechos o a las reivindicaciones humanas y sociales vigentes. Los nuevos atributos humanos siempre deben encontrar su fundamento en la Constitución, además de tener la apariencia y estructura de un derecho fundamental*”. SOSA SACIO, J., *Derechos constitucionales...*, cit., p. 120. Sobre la realidad social como criterio extrajurídico: “*no es ella misma productora de normas, sino que se limita a inspirar la interpretación de las ya existentes*”. DIAZ REVORIO, F., *Los valores superiores...*, cit., p. 128.

contenidos morales conforman la parte fundamental del catálogo constitucional. En ese sentido, los nuevos derechos pueden complementar y desarrollar los contenidos materiales ya asumidos por el constituyente (valores, principios, etc), en tanto, no vacíe de contenido a las instituciones jurídicas iusfundamentales o afecte a la sistemática constitucional.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional deberá sustentar los motivos del reconocimiento de un nuevo derecho diferente de los derechos tradicionales (y de ser el caso, de los derechos implícitos), dado que toda norma adscripta vale como norma de derecho fundamental si para su adscripción es posible dar una fundamentación lo suficientemente racional¹⁸⁵. En estas circunstancias, “cuando más acentuada sea la indeterminación que afecta una disposición, más compleja será la tarea de concretar y fundamentar sus normas adscritas”¹⁸⁶, y teniendo en cuenta que los mandatos constitucionales presentan una máxima indeterminación, requieren para su concreción una rigurosa argumentación jurídica¹⁸⁷.

Sobre el particular, ya se ha inferido que “pueden existir situaciones excepcionales (cambios sociales, tecnológicos o culturales, entre otros) que requieran el reconocimiento constitucional como derechos innominados. Puesto que ameritan, por su especial complejidad, una protección autónoma al más alto nivel constitucional”¹⁸⁸. De esta manera, los nuevos derechos, al tratarse de una *configuración iusfundamental novísima*, deben responder a situaciones nuevas o al resguardo de bienes humanos nuevos que impliquen un reconocimiento autónomo al no encontrar asidero en los derechos tradicionales pero que pueden ser abstraídos por medio de cláusulas abiertas o de apertura, que dejan un margen de libertad al juez constitucional para concretar nuevas normas y suplir los vacíos o defectos normativos.

Ahora bien, pueden ser varios los motivos por los cuales los nuevos derechos no encuentran asidero en las disposiciones tradicionales. La causa principal se debe a la complejidad de la nueva situación que no se encuadra dentro del ámbito semántico de

¹⁸⁵ Sobre la exposición de una fundamentación racional, vid., p. 34 (notas 153 - 155).

¹⁸⁶ BERNAL PULIDO, G., *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 101.

¹⁸⁷ La máxima indeterminación que presentan las cláusulas abiertas o de apertura, puede ser asimilable a la amplia indeterminación semántica que presentan ciertas disposiciones constitucionales específicas o determinados criterios materiales (valores, principios, etc.). De forma que el proceso argumentativo que emplea el intérprete para fundamentar racionalmente la adscripción de normas derivadas de las disposiciones específicas o de los criterios materiales, puede ser aplicado de manera análoga a la concreción de normas por medio de mandatos generales.

¹⁸⁸ Vid., p. 44.

algún derecho tradicional o que el surgimiento de un nuevo bien humano no encuentra resguardo en ningún derecho textual. Otras causas podrían responder a la propia rigidez constitucional, que obliga al intérprete a solucionar las controversias jurídicas forzando las instituciones constitucionales. En estos casos, los límites semánticos de los programas normativos y la rigidez normativa, evitan que las nuevas realidades encuentren correlación en algún derecho fundamental específico.

A esto se podría objetar, que la indeterminación normativa de las disposiciones iusfundamentales pueden abarcar las más diversas situaciones jurídicas, por lo que no es necesaria la concreción de un nuevo derecho. No obstante, la casuística jurisprudencial nos ha demostrado que cuando las más variopintas situaciones se adscriben a un derecho surge el peligro de desvirtuar el derecho receptor. Más aún, si la adscripción no se presenta como razonada o razonable. Piénsese, por ejemplo, en el *derecho a la vida privada y familiar*, establecido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹⁸⁹. Muchos académicos coinciden en que, “el TEDH lo ha convertido en un cajón de sastre donde todo cabe, hasta lo más insólito”¹⁹⁰. Esto trae efectos devastadores para la eficacia del propio derecho, donde las dimensiones pueden superponerse unas a otras, limitándose las posiciones iusfundamentales que deriven de las normas adscritas.

Por otra parte, esto generaría la concreción de “macro derechos” que abarcarían fragmentos de las dimensiones iusfundamentales de diversas realidades jurídicas. En contrapartita, los “derechos transversales”¹⁹¹ encontrarían protección deficiente, al tener que amoldarse a los regímenes particulares de los diferentes derechos. De este modo, la protección de un derecho es deficitaria al hallarse su ámbito disperso en

¹⁸⁹ Respecto a la ampliación progresiva del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del CEDH, Mercé Sales critica que el TEDH: “a veces introduce derechos inexistentes originalmente en el texto convencional a través del artículo 14, combinando éste con el artículo 8, como serían los derechos sociales, el derecho a un medioambiente sano o el derecho a la salud, (Sin embargo, en cierto casos) se muestra hostil (...) no quiere consagrar el derecho al divorcio o el derecho a la adopción” (El agregado es nuestro). SALES I JARDI, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una interpretación constructiva*, BOSCH, Barcelona, 2015, p. 59. En todo caso, queda a opinión de cada jurista determinar si la ampliación de este derecho resulta beneficiosa o contraproducente. Sin embargo, mientras más se expanda su ámbito protegido aumentan los riesgos de desvirtuar el derecho y afectar su eficacia.

¹⁹⁰ CANOSA USERA, R., “La interpretación evolutiva...”, cit., p. 93. Sobre el art. 8 del CEDH, de manera análoga, Rey Martínez indica que: “*El campo material que abarca el concepto de «vida privada» y «familiar» es tan abstracto que está en blanco, es especialmente poroso a la adaptación a la caleidoscópica realidad*”. Cfr., REY MARTINEZ, F., “¿Cómo nacen los derechos?...”, cit., p. 346.

¹⁹¹ Los derechos transversales son aquellos derechos donde, varias de sus dimensiones han sido adscritas al ámbito protegido de diversos derechos, producto de la ausencia de una regulación autónoma.

regímenes jurídicos distintos que solo comprenden un aspecto particular y que, a posteriori, puede acarrear una interpretación restrictiva.

Por ejemplo, el ámbito del *derecho a la libertad de empresa*¹⁹², antes de su positivización en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), se encontraba disgregado entre en el derecho de propiedad (art.1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) y el derecho a la vida privada (art. 8 del CEDH). No obstante, en el primer supuesto su protección era deficiente dado que el ámbito normativo de ambos derechos difería¹⁹³. Por su parte, la regulación en el ámbito de la vida privada resultaba limitativa, ya que solo comprendía el examen de proporcionalidad de los “límites a la libertad de empresa que se traducen de modo más directo en el libre desarrollo de la personalidad”¹⁹⁴. Ergo, lo más plausible sería que se instituyera una norma autónoma (como nuevo derecho), que contenga todas las dimensiones iusfundamentales que de manera razonable puedan ser adscritas a su contenido, en vez de fragmentos dispersos en varios macro derechos. Esto no solo favorecería la dinámica de los derechos (*favor libertatis*), sino que plantearía una mejor sistemática del catálogo iusfundamental.

Finalmente, el intérprete constitucional debe establecer de *manera suficiente*¹⁹⁵ el contenido del nuevo derecho. Esto implica que la pretensión moral que busca responder al nuevo bien o nueva situación debe estructurarse como derecho fundamental. Para ello, se tiene que instituir su *ámbito constitucionalmente protegido*, es decir, se debe señalar el conjunto de facultades, garantías y posibilidades de actuación que este nuevo derecho otorga a su titular, además de establecer a que *bien jurídico* sirve de tutela; por otra parte, deben respetarse otros supuestos concretos que

¹⁹² Ejemplo similar se presenta en el ámbito negativo del derecho de asociación, “en el artículo 11 CEDH sólo se proclama el derecho en su vertiente positiva. Sin embargo, el TEDH, conectando el derecho de asociación con la libertad de conciencia (art. 9 CEDH) y la libertad de expresión (art. 10 CEDH), infiere el derecho a no asociarse y a no ser obligado a ello”. CANOSA USERA, R., “La interpretación evolutiva...”, cit., p. 99.

¹⁹³ “mientras la libertad de empresa ampara la posibilidad de iniciar y sostener una actividad consistente en la producción e intercambio de mercancías, el derecho a la propiedad constituye una garantía del patrimonio”. GARCIA VITORIA, I., “La libertad de empresa en la Carta (Art. 16. CDFUE)” en GARCIA ROCA, J., Y FERNANDEZ SANCHEZ, P. (Coord.), *Integración europea...*, cit., p. 489.

¹⁹⁴ *Ibidem.*, p. 491.

¹⁹⁵ Cuando hablamos de establecer de «manera suficiente» una norma se quiere decir, en primer término, que pueda ser capaz de estructurarse como derecho fundamental, del cual deriva la exigencia de cumplir con el «criterio de generalidad» propio de las normas iusfundamentales; De lo contrario, “se corre el riesgo de admitir como derechos fundamentales posiciones intolerablemente específicas, opuestas a la majestad de los derechos fundamentales”. SOSA SACIO, J., *Derechos constitucionales...*, cit., p. 125.

desarrollaremos más adelante pero que suponen: carácter subsidiario¹⁹⁶, carácter de generalidad¹⁹⁷, especificidad o suficiencia normativa¹⁹⁸, adecuación o arraigo constitucional¹⁹⁹ y fundamentalidad²⁰⁰.

Con relación al bien jurídico protegido, Castillo Córdova manifiesta que el cambio de circunstancias puede dar lugar a nuevos bienes humanos, en cuyo caso, estaremos en presencia de nuevos derechos; mientras que el redimensionamiento de un bien humano ya reconocido da origen a un nuevo contenido de un derecho antiguo²⁰¹. Sobre este punto, somos de la opinión de que tanto los nuevos bienes humanos, como el redimensionamiento de bienes ya reconocidos, pueden suponer la formulación de un nuevo derecho. Dado que un mismo bien jurídico puede ser el fundamento de varios derechos (innominados y textuales), en cuanto dispensen un ámbito constitucionalmente protegido distinto y responda a situaciones diversas²⁰². En todo caso, el problema de fondo reside en determinar el contenido del derecho que debe ser acotado²⁰³, a fin de evitar que se superponga sobre el ámbito protegido de otro derecho; siendo la especificación del bien jurídico un aspecto referencial y trascendental, mas no particular de un único derecho. Empero, ello no exime la obligación de fundamentar razonablemente el redimensionamiento del nuevo bien o la aparición del nuevo bien que se busca resguardar mediante el reconocimiento de un nuevo derecho.

¹⁹⁶ Debe privilegiarse otras técnicas, ya sean interpretativas o métodos hermenéuticos, antes de proceder al reconocimiento de un nuevo o implícito derecho.

¹⁹⁷ La nueva norma debe tener carácter general, a fin de que no se establezca de manera lapidaria y puedan adscribirse otras normas o posiciones a su ámbito constitucionalmente protegido.

¹⁹⁸ La nueva norma debe establecer de manera específica los elementos que conforman su estructura. Es decir, debe indicar de manera suficiente su ámbito de protección.

¹⁹⁹ Frente a la ausencia de una relación de precisión, la nueva norma deberá encontrar arraigo constitucional en algún mandato constitucional que autorice el reconocimiento de derechos innominados.

²⁰⁰ La nueva norma deben contener un carácter material. Solo pueden reconocerse aquellos derechos que puedan integrar el catálogo iusfundamental de la Constitución. En otras palabras, los derechos innominados deben formar parte del subsistema de los derechos fundamentales.

²⁰¹ Cfr. CASTILLO CORDOVA, L., *Justificación y significación...*, cit., p. 8.

²⁰² El derecho a la protección de datos y el derecho a la intimidad son un claro ejemplo donde confluye un mismo bien jurídico (la vida privada, personal y familiar). En ese sentido, el Tribunal Constitucional Español, ha indicado que el derecho a la protección de datos, comparte con el derecho a la intimidad: “*el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar*” (Fj. 5.). No obstante, el primero ofrece un ámbito de protección más amplio, dado que “*no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual*” (Fj. 6). STC. 292-2000, de fecha 30 de Noviembre, emitida por el Tribunal Constitucional Español.

²⁰³ “*El contenido de los derechos, incluidos los fundamentales, está acotado, es decir, todo derecho se acaba en un punto dado y comienza quizá otro derecho del mismo o de distinto titular. Las discrepancias doctrinales surgen a la hora de percibir la forma en que se plasman esos confines del contenido del derecho*”. ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización...*, cit., p. 71.

3.2. DERECHOS IMPLÍCITOS

3.2.1. APROXIMACIÓN Y CONCEPTO

Por «derechos implícitos», hacemos referencia a derechos autónomos distintos de los derechos expresos que surgen como respuesta a situaciones excepcionales, pero que suponen una extensión de la configuración iusfundamental de otro u otros derechos, no antes acaecida. De la misma forma que los «nuevos derechos», el *criterio de autonomía* no se superpone a la *relación de interdependencia* que pueda mantener con otras realidades iusfundamentales del Ordenamiento constitucional²⁰⁴, más si acarrea una configuración particular diferenciada de otras normas adscritas a un idéntico derecho fundamental.

No obstante, como cualidad propia, se predica una *relación de precisión* con una disposición específica de derecho fundamental de la cual deriva la norma implícita. En ese sentido, el vínculo que une al derecho implícito con el derecho expreso es mucho más fuerte, al tratarse de una extensión de la configuración iusfundamental de este último. Ello se debe, a que los derechos implícitos, al igual que los contenidos nuevos o implícitos de otros derechos, mantiene un nexo semántico con una disposición específica (ubicándose siempre dentro del ámbito semántico del derecho del cual derivan). Además, este vínculo implica una consecuencia inevitable para los derechos implícitos, que al ser normas adscritas, “siguen el régimen jurídico de la disposición a la que han sido adscritas para todos los efectos relevantes. De este modo (...), gozan de todas las garantías que la Constitución otorga a la disposición dentro de la que se enmarca y están sujetas a sus límites”²⁰⁵.

Asimismo, *el arraigo constitucional* no presenta mayores problemas. En este supuesto, la relación de precisión proporciona un nexo directo entre la disposición específica de derecho tradicional y la norma implícita. Por otra parte, los derechos implícitos no

²⁰⁴ Sobre los nuevos derechos se indicó que: “*el carácter autónomo de los nuevos derechos no es opuesto a la relación de interdependencia que incardina el sistema integral de los derechos. Además, no implica independencia del marco textual de la Constitución*”. Vid., p. 45. De igual forma, los derechos implícitos no son derechos independientes, pero si constituyen derechos con una configuración autónoma a pesar de mantener una relación de precisión con una disposición específica de derecho fundamental.

²⁰⁵ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, cit., pp. 658-659.

requieren la intermediación de mandatos constitucionales generales que autorizan el reconocimiento de un derecho innominado. Dado que toda adscripción de una norma al ámbito de un derecho llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, tiene el status de norma de derecho fundamental en sentido semántico²⁰⁶. Sin embargo, por medio de su labor interpretativa, puede recurrir a otras fuentes del derecho y, en ese sentido, apoyarse en cláusulas de apertura o cláusulas generales para concretar y actualizar las disposiciones de derecho fundamental y de esta forma ganar nuevos ámbitos normativos.

Pero, ¿cómo un derecho implícito puede ser autónomo, si es que mantiene una relación de precisión con el derecho receptor de las adscripciones?.

Que el derecho implícito comparta el régimen jurídico y se encuentre dentro de las coordenadas del campo semántico de la disposición específica de derecho fundamental, no acarrea que su contenido no pueda ser particular o que pueda abarcar aseveraciones distintas, sino que debe mantener una relación de identidad con el derecho que le sirve de parámetro. En consecuencia, la extensión de la configuración iusfundamental consiste en el advenimiento de una aseveración interpretativa no antes acaecida que se adscribe dentro régimen jurídico del derecho tradicional, pero con un ámbito normativo diferenciado.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIADH) ha reconocido a partir del art. 21 (derecho a la propiedad privada) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)²⁰⁷, *el derecho comunal a la propiedad indígena*²⁰⁸. De esta forma, la Corte realizando una interpretación extensiva de la disposición

²⁰⁶ “Esa concretización constituye la interpretación suprema de la Constitución en el sentido de, por una parte, vinculante para todos los poderes del Estado (arts. 38.1 LOTC y LOPJ) y, por otra, no fiscalizable o revisable en el ordenamiento interno, salvo por procedimiento de reforma constitucional, la modificación razonada y ordenada de la jurisprudencia constitucional (art. 13 LOTC) y la actualización del contenido de los derechos fundamentales que pueda provenir a través del art. 10.2 CE”. ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización...*, cit., p. 39.

²⁰⁷ El art. 21 de la CADH establece: “Derecho a la Propiedad Privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”.

²⁰⁸ “Otro derecho implícito reconocido por la CIADH es el derecho comunal a la propiedad indígena. En Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua, la Corte consideró que «el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal». Similar doctrina es reiterada (...) en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay, donde se volverá a decir que «tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana»”. CANDIA FALCON, G., *Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de derecho*, p. 877, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v42n3/art06.pdf>

específica de derecho fundamental ha determinado que dentro de su marco semántico está comprendida la propiedad comunal. Empero, ha adscrito este derecho implícito con un ámbito normativo diferenciado, lo cual nos permite entender que ha sido concretado como derecho autónomo, a pesar que no está reconocido así expresamente. Es más, la CIADH en pronunciamiento posterior, ha adscrito otra norma implícita al ámbito de este derecho innominado, reconociendo el “derecho de las comunidades indígenas de acceder a los recursos naturales ligados a su cultura, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos”²⁰⁹.

Respecto a su delimitación, Rubio Correa sostiene claramente que: “No es que no estaban en el texto constitucional: su protección ya estaba contemplada. Pero no habían sido individualizados, probablemente, porque los derechos implícitos se hacen visibles y útiles a partir de un determinado grado de desarrollo social. En todo caso, si eran implícitos, ya formaban parte de la Constitución”²¹⁰. De manera más precisa, podemos decir que se encuadran dentro del régimen de una norma expresa, aunque no de manera específica, a diferencia de los derechos nuevos que no encuentra ninguna correlación con algún derecho tradicional, al menos de manera razonada y razonable.

3.2.2. IMPLICANCIAS DEL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS IMPLÍCITOS

Tal como sucede con los «nuevos derechos», el intérprete constitucional debe fundamentar los motivos que lo llevan a reconocer un derecho innominado, diferente de los derechos tradicionales. Pero, a diferencia de los primeros, donde se asevera la concreción de una configuración novísima que no se encuadra dentro de algún derecho tradicional; en los «derechos implícitos» se argumenta la extensión de una configuración iusfundamental de un derecho expreso. Esto quiere decir que las situaciones reguladas por las normas implícitas no son completamente nuevas (como

²⁰⁹ “la CIADH a partir del reconocimiento de un derecho implícito, el derecho a la propiedad comunal indígena, ha deducido el derecho de las comunidades indígenas de acceder a «los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como [a] los elementos incorporales que se desprendan de ellos». En ese sentido, (...) se extendería también a aquellos recursos naturales ubicados dentro del territorio que habitan y que fuesen estrictamente necesarios para su sobrevivencia”. CANDIA FALCON, G., *Derechos implícitos y Corte...*, cit., p. 878.

²¹⁰ RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELI, F., Y BERNALES BALLESTEROS, E., *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 810.

sucede con los derechos nuevos) sino que se encuentran dentro del ámbito semántico de un derecho tradicional²¹¹.

No obstante, debido al redimensionamiento del bien jurídico ya reconocido (que protege el derecho receptor), al cambio de circunstancias (fácticas o jurídicas)²¹², a la modificación de los satisfactores (garantías primarias)²¹³ o a la concreción de derechos transversales o conexos²¹⁴, el Tribunal Constitucional puede verse constreñido en la abstracción de una aseveración interpretativa autónoma que suponga una *prolongación*²¹⁵ o *elevación*²¹⁶ del ámbito constitucionalmente protegido del derecho expreso. Esta extensión del ámbito normativo derivará en un ámbito autónomo de la norma implícita pero dentro del régimen de la disposición del derecho expreso.

Pero, ¿Por qué debe darse cabida a una norma implícita autónoma, si el reconocimiento de un nuevo o implícito contenido puede finiquitar la controversia jurídica?.

En primer lugar, la concreción de una norma autónoma permite al Tribunal Constitucional delimitar de manera concreta el ámbito constitucionalmente protegido

²¹¹ En sentido análogo: “se trata de una expansión natural del contenido de un derecho expreso por su aplicación a supuestos fácticos nuevos. No hay aquí, en realidad, un derecho nuevo, sino una ampliación del derecho ya existente en la norma”. REY MARTINEZ, F., “¿Cómo nacen los derechos?...”, cit., p. 346.

²¹² El cambio de circunstancias se relaciona con la aparición de un tipo de derecho implícito (derechos transformados). En este sentido, “Son derechos amparables en derechos expresos (...) cuya «novedad», sin embargo, resulta del cambio de interpretación que el Tribunal verifica en atención a una nueva lectura de la realidad social”. (Los agregados son nuestros). *Ibidem.*, p. 347.

²¹³ Entendidos los satisfactores como las garantías primarias de los derechos, puede adscribirse una garantía análoga de un derecho viejo a un derecho implícito, con lo cual converge un derecho innominado autónomo.

²¹⁴ Esto sucede cuando un derecho confluye de varios enunciados normativos que, según las características explicitadas, encontraría relación con los derechos implícitos, dado que se enmarca en el ámbito normativo de un derecho tradicional. CANOSA USERA, quien indica que “Se ha llegado a hablar de una suerte de facultad o poder de combinación mediante cuyo ejercicio el TEDH, para mejorar la protección de los derechos, extiende su contenido o, sin más, crea nuevos derechos. Ya sea por absorción, integración o asociación entre preceptos”. CANOSA USERA, R., “La interpretación evolutiva...”, cit., p. 104. Igualmente, María Corchete arguye que en los derechos transversales, “Se trata de conectar varios derechos fundamentales (...). Se trataría de derechos que inciden en el contenido de otros derechos, pero que resultan igualmente reconocibles a pesar de su ausencia formal”. CORCHETE MARTIN, M., *Los nuevos derechos*, pp. 535-556., disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7057/6737>

²¹⁵ Por ejemplo, se produce una prolongación del ámbito protegido cuando se asevera interpretativamente nuevas titularidades no comprendidas de manera primigenia en el derecho. En estos supuestos resulta ilustrativo los procesos evolutivos de generalización y especificación, *vid.*, pp. 28 y ss.

²¹⁶ Por ejemplo, se produce una elevación del ámbito normativo de un derecho cuando se asevera la abstracción de dimensiones no antes acaecidas del derecho, produciéndose una ampliación del contenido del derecho (ya sea mediante dimensiones esenciales que conformen el contenido esencial del derecho o dimensiones adicionales que complementen a las dimensiones esenciales). Asimismo, se podría producir una elevación si se eliminan los límites establecidos para el derecho. Sobre este último supuesto: “Otra forma de extensión el derecho, en este caso indirecta, es la de interpretar restrictivamente las posibles limitaciones”. CANOSA USERA, R., *óp. cit.*, p. 94.

del derecho implícito y diferenciarlo de otras normas adscritas que conforman el régimen jurídico de la disposición de derecho fundamental. Las ventajas hermenéuticas de esta operación interpretativa son evidentes en la dinámica de desarrollo de los derechos, cuando el derecho comience a concretarse y actualizarse conforme el órgano interpretativo se pronuncie al respecto. Por otra parte, se pueden establecer límites indirectos o mediatos que busquen la preservación de otros bienes o derechos, diferentes de los límites expresamente establecidos en el derecho receptor.

En segundo lugar, en aras de eficiencia y eficacia regulatoria, es más plausible el establecimiento de un supuesto de hecho que pueda abarcar a toda la realidad jurídica. De esta forma, muchas veces existen situaciones excepcionales que requieren protección autónoma, debido a la complejidad fáctico o jurídica de la controversia o a una situación de injusticia sistemática que requiere pronunciamiento constitucional. En este sentido, es dable indicar que la creación de normas autónomas debe ser un instrumento utilizado de manera sensata, dado que el abuso de esta categoría produciría una expansión desmesurada del catálogo iusfundamental. Así las cosas, debe prevalecer el reconocimiento de nuevos o implícitos contenidos, en tanto, que toda adscripción permite una respuesta jurídica mediante la concreción de normas específicas que se adecuen al caso en concreto. Dejando como recurso de ultima ratio, y de manera subsidiaria, a la concreción de normas implícitas.

Finalmente, y aunque de manera abstracta no es posible dar una respuesta concluyente sobre en qué circunstancias resulta factible la adscripción de un contenido nuevo o implícito en vez de una norma implícita, creemos que no debe constreñirse la posibilidad de reconocerse auténticos derechos implícitos cuando las circunstancias lo ameriten, más aún si el Ordenamiento constitucional (como sucede en el caso español) no contiene mandatos constitucionales generales que autorizan expresamente el reconocimiento de nuevos derechos²¹⁷ o desaliente la aseveración interpretativa mediante la parcelación de derechos y de sus garantías²¹⁸. Igualmente, como veremos

²¹⁷ La ausencia de mandatos generales que autorizan el reconocimiento de derechos innominados genera que el intérprete no pueda reconocer derechos nuevos y tenga que recurrir casi obligatoriamente a los derechos implícitos o los contenidos nuevos o implícitos de otros derechos. En el caso español, por ejemplo, no existe una cláusula de derechos innominados similar a la Enmienda IX (sobre derechos conversados por el pueblo) o a la Enmienda XIV (afectación del debido proceso en relación a la vida, propiedad y libertad) de la Constitución Federal Norteamericana, que permita la adscripción de derechos nuevos. Sobre estas cláusulas del Bill of Rights: vid., DIAZ REVORIO, F., *Valores superiores...*, cit., pp. 463 y ss.

²¹⁸ Sobre el caso español: *“no existe un déficit precisamente, de derechos ya que coexisten varios ordenes (...) y, en fin, porque nuestro catálogo de derechos, aunque poco sistemático, es muy amplio y detallado,*

en el capítulo siguiente, la situación excepcional que reviste una especial complejidad, puede ameritar un reconocimiento autónomo si goza de una fundamentación racional correcta y constituye la interpretación más favorable al caso en concreto. En todo caso, las circunstancias fácticas y jurídicas deben ser tomadas en cuenta por el intérprete, para que dentro del margen de apreciación pueda concertar que es lo más adecuado para el caso.

4. LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES

Los mandatos constitucionales son disposiciones que permiten el reconocimiento de nuevos o implícitos derechos fundamentales. Las disposiciones generales que autorizan al operador intérprete para adscribir derechos innominados, son las cláusulas abiertas o de apertura y las cláusulas generales. Asimismo, el intérprete puede derivar normas de los derechos tradicionales (disposiciones específicas), en este supuesto se tratarán de nuevos o implícitos contenidos de derechos y de ser el caso, derechos implícitos. En este apartado nos ocuparemos de los mandatos constitucionales como disposiciones generales.

4.1. LAS CLÁUSULAS ABIERTAS O DE APERTURA

Las cláusulas abiertas o de apertura, son disposiciones generales que remiten al intérprete a otras fuentes del derecho, sirven como herramienta hermenéutica para la concretización y actualización de las disposiciones constitucionales, además de

lo cual (...) plantea el problema de que, a diferencia de otros ordenamientos, carece de disposiciones iusfundamentales que puedan operar como cláusulas o puntos de apertura que sirvan de percha de nuevas dimensiones de derechos ya existentes” REY MARTINEZ, F., “¿Cómo nacen los derechos?...”, cit., p. 338. De forma similar, Revenga Sánchez critica que el parcelamiento de derechos y la obsesión de sus garantías (Art. 53. CE) han generado el efecto indeseado de negar el status de derechos fundamentales a todos los que no se encuentren en el catálogo expreso. Además, critica al Tribunal Constitucional, sosteniendo que según su posición: “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” (p. 106). Cfr., REVENGA SANCHEZ, M., *Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos*, pp. 99-107., disponible en: http://www.jstor.org/stable/24883795?seq=1#page_scan_tab_contents

establecer criterios para el reconocimiento de derechos, deberes y garantías innominadas.

4.1.1. LA CLÁUSULA DE DERECHOS NO ENUNCIADOS O NO ENUMERADOS

La cláusula más común es la norma de los derechos no enunciados o no enumerados (cláusula de derechos innominados). Esta norma es característica del Derecho Constitucional Americano y hace referencia al reconocimiento de derechos distintos a los descritos en el texto constitucional²¹⁹. Por ejemplo, el art. 3 de la Constitución Peruana²²⁰ establece que: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo (capítulo sobre los derechos fundamentales) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funda en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (el agregado es nuestro).

Lo mismo sucede con otras cláusulas análogas expuestas en las cartas constitucionales de otros Estados (como Argentina, Uruguay, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Republica Dominicana, El Salvador, Guatemala, entre otros). Lo que se busca con estas normas es no desconocer otros derechos que puedan tener igual

²¹⁹ Un artículo completo respecto al estudio de las cláusulas de derechos no enumerados o no enunciados en los Estados Americanos es obra de Gros Spiell (Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Vid., GROS SPIELL, H., *Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el Constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*, disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50225/30684>

En el ámbito europeo, la única cláusula de derechos innominados se encuentra en el art. 16.1 de la Constitución Portuguesa, estableciendo que: “*Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables de derecho internacional*”. Respecto a esta cláusula, Saiz Arnaiz sostiene que: “*consagra el principio de «cláusula abierta», lista abierta, o «no tipicidad» de los derechos fundamentales, con lo que se hace posible la existencia de «derechos, también fundamentales, pero no constitucionalizados, es decir, derechos materialmente pero no formalmente fundamentales»*”. SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 57 – 58.

²²⁰ En referencia a la Constitución Peruana: “*el artículo 3 de la Constitución es una ventana abierta de incorporación de derechos constitucionales al sistema jurídico peruano, que no están escritos en la Constitución de manera expresa*”. RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELI, F., Y BERNALES BALLESTEROS, E., *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 77. A su vez, Castillo Córdova indica que: “*el artículo 3 CP significa uno de los mecanismos con los que el intérprete constitucional cuenta para determinar si debido a la aparición de nuevas circunstancias es posible argumentar la existencia de nuevas necesidades humanas que exigen de la consecución de nuevos bienes humanos, y justificar el planteamiento de un nuevo (implícito) derecho constitucional*”. CASTILLO CORDOVA, L., *Justificación y significación...*, cit., p. 10.

relevancia a los establecidos en el texto constitucional²²¹. En ese sentido, para la identificación de los derechos innominados se suele hacer mención a *criterios estructurales* como la concepción de Estado (Estado democrático o de derecho, por ejemplo), la forma de gobierno (forma republicana de gobierno, por ejemplo), el origen del poder (derechos retenidos por el pueblo, por ejemplo), etc.; también, se suelen establecer *criterios ontológicos* como la dignidad del hombre, la naturaleza humana, la personalidad humana, etc.

En cualquier caso, estos criterios estructurales y ontológicos tienden a identificarse con el “carácter de fundamentalidad” de los derechos²²², que los diferencia de otros derechos constitucionales. Por ello, algunos autores establecen que solo puede reconocerse como derechos innominados, aquellos derechos que posean una especial relevancia material²²³. De esta forma, los nuevos e implícitos derechos al estar relacionados con los criterios estructurales y ontológicos establecidos en las cláusulas de derechos no enumerados o no enunciados pasarían a integrar el catálogo constitucional (con el mismo régimen los derechos constitucionales), pero como derechos que conforman el subsistema de los derechos fundamentales.

Por otra parte, existen algunas cláusulas que no solo permiten el reconocimiento de derechos innominados, sino que dejan abierta la posibilidad de establecer deberes y/o garantías distintas a las expuestas en el respectivo texto constitucional. Por ejemplo, en el art. 72 de la Constitución Uruguaya indica que: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes

²²¹ Este tipo de cláusulas tienen su fundamento en una concepción del pensamiento iusnaturalista. Según la cual, los derechos y libertades establecidos en las cartas constitucionales no resultan limitativos (los Estados no crean derechos solo se limitan a declararlos). De esta manera, se deja la puerta abierta al reconocimiento de otros derechos inherentes al ser humano y, por ende, anteriores o superiores al Estado. Por otro lado, se debe indicar que su antecedente inmediato se encuentra en la Enmienda IX de la Constitución Federal de los Estados Unidos, en la cual subyace el pensamiento iusnaturalista antes expuesto y que establece que: “La enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no podrá alegarse para negar o menoscabar otros retenidos por el Pueblo”. De forma análoga: SOSA SACIO, J., *Derechos constitucionales...*, cit., p. 101. En relación a las cláusulas de derechos no enumerados y la vinculación con la Enmienda IX, vid. CARPIOS MARCOS, E., *El significado de la cláusula de los derechos no enumerados*. disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5595/7275>

²²² Respecto al carácter de fundamentalidad, vid., pp. 81 y ss.

²²³ En referencia al art. 3 de la Constitución Peruana como cláusula para el reconocimiento de derechos no enumerados: “se puede apreciar que la determinación de un derecho no enumerado implica, ante todo, el reconocimiento de un ‘derecho fundamental’. Desde luego, estos derechos también son constitucionales aunque no se traten de derechos declarados expresamente por la Constitución, (...) no puede afirmarse la existencia de “nuevos derechos constitucionales” que carezcan de fundamentalidad” (el subrayado es nuestro). SOSA SACIO, J., óp. cit., p. 107.

a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” (el subrayado es nuestro).

Ahora bien, no solo los Estados tienen este tipo de cláusulas de derechos innominados en sus catálogos iusfundamentales. En el Derecho internacional, existe una cláusula análoga expuesta en la CADH²²⁴ que indica en su art. 29 inc. C que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

En conclusión, la cláusula de derechos innominados al permitir el reconocimiento de derechos distintos a los establecidos en el texto constitucional y otorgarles la categoría de derechos constitucionales, autoriza al intérprete a estatuir nuevos o implícitos derechos, ampliando el catálogo constitucional, tal y como lo hemos desarrollado precedentemente.

De hecho, este tipo de cláusulas han permitido el reconocimiento de una variedad de derechos innominados, tomando como referencia el caso peruano podemos mencionar entre los derechos más emblemáticos: el derecho a la verdad²²⁵ y el derecho al acceso al agua potable²²⁶. Respecto a ellos, el Máximo Tribunal Peruano ha estipulado que

²²⁴ A pesar de cumplir un papel expansivo y unificador para los Estados sujetos a la CADH, esta norma se encuentra en desuso. Como sostiene Gros Spiell, *“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha citado en su jurisprudencia el artículo 29 en general, pero no el inciso c) en especial. En efecto, no ha hecho hasta hoy uso de esta disposición relativa a un criterio hermenéutico que impide interpretar ninguna de sus disposiciones en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes a la naturaleza humana o se derivan de la forma democrática de gobierno”*. GROS SPIELL, H., *Los derechos humanos no enunciados...*, cit., p. 170. Empero, sin utilizar expresamente dicha cláusula, la CIADH ha reconocido derechos innominados en su jurisprudencia, por ejemplo: el derecho a la verdad y a la sanción penal, el derecho comunal a la propiedad indígena, el derecho a la identidad, etc. Sobre estos derechos, vid., CANDIA FALCON, G., *Derechos implícitos y Corte...*, pp. 876 y ss.

²²⁵ El Tribunal Constitucional Peruano ha establecido que el derecho a la verdad, *“aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido”* (Fj. 13). Por otro lado indica que: *“El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales (...), éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar”* (Fj. 14). Finalmente indica que: *“Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno”* (Fj. 15). Exp. 2488-2002-HC/TC, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>

²²⁶ El Tribunal Constitucional Peruano ha declarado al agua potable como derecho constitucional no enumerado y como valor objetivo del Estado Constitucional (Fj. 8). En ese sentido sostiene que, *“aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental (...). Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización antes descrita permitiría legitimar la existencia de un*

son derechos autónomos (se diferencian de otros derechos a los cuales se encuentra vinculados)²²⁷ que no tienen reconocimiento expreso²²⁸. Asimismo, ha indicado que derivan de los principios de la dignidad del ser humano y de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno²²⁹. Un aspecto relevante es que dicho Tribunal ha hecho hincapié en recalcar que la cláusula de derechos no enumerados o no enunciados debe ser aplicada “en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos”²³⁰, a fin de evitar una proliferación innecesaria de derechos (carácter subsidiario). De esta forma, resulta necesario diferenciar a los nuevos o implícitos contenidos de derechos (simples aseveraciones interpretativas) de los derechos innominados (derechos autónomos), con la finalidad de resguardar la utilización de la cláusula (art. 3 de la Constitución Peruana) únicamente para el reconocimiento de estos últimos²³¹.

4.1.2. OTRAS CLÁUSULAS DE APERTURA

Existen otros tipos de disposiciones generales que si bien no establecen directamente la posibilidad de reconocer derechos distintos a los estatuidos en el texto constitucional, si permiten una apertura al Derecho internacional de los derechos humanos y con ello una ventana de incorporación de nuevos contenidos de derechos y, también, de derechos implícitos. Por ejemplo, el art. 10.2 de la Constitución Española²³² prescribe que: “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las

derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado” (Fj. 5). Exp. 6546-2006-PA/TC, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06546-2006-AA.pdf>

²²⁷ Fj. 14 del Exp. 2488-2002-HC/TC; Fj. 3-5 del 6546-2006-PA/TC

²²⁸ Fj. 5 del Exp. 6546-2006-PA/TC; Fj. 13 del Exp. 2488-2002-HC/TC

²²⁹ Fj. 5 del Exp. 6546-2006-PA/TC (Dignidad del ser humano y el Estado Social y Democrático de Derecho); Fj. 17 del Exp. 2488-2002-HC/TC (Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno).

²³⁰ Fj. 13 del Exp. 2488-2002-HC/TC. De forma más completa: Fj. 5 del Exp. 0895-2001-AA/TC, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.html>

²³¹ Empero, se debe argüir que el Tribunal califica al derecho a la verdad y al derecho al acceso al agua potable como derechos implícitos. Sin embargo, somos de la opinión de que estamos en presencia de nuevos derechos debido a la configuración autónoma de cada uno y al no estar adscritos de manera específica a una norma de derecho fundamental (contemplan un ámbito de protección diferente al desplegado en otros derechos tradicionales).

²³² Una norma idéntica es la Cuarta Disposición Final de la Constitución Peruana. De igual forma, el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional Peruano indica que: “*El contenido y alcance de los derechos constitucionales (...) deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte*”. De esta manera, estas dos normas se complementan con la cláusula de derechos innominados (art.

libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España”.

Conviene indicar que este tipo de cláusula de apertura instituye una técnica de interpretación conforme al Derecho internacional, que es de naturaleza prioritaria²³³. En ese sentido, el intérprete deberá acudir necesariamente a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos o que versen sobre dichas materias cada vez que concrete o actualice las normas sobre derechos fundamentales. Más aún, si resulta ser la única técnica específica de interpretación estatuida, como sucede en la Constitución Española²³⁴. Por ello, el valor de esta cláusula es fundamental en la actualización de los contenidos de derechos fundamentales. Por mor de dicha función actualizadora el intérprete puede sumar nuevos ámbitos o posibilidades de actuación no previstos en el texto constitucional.

Por otro lado, y a diferencia de la cláusula de derechos innominados desarrollada precedentemente que permite el reconocimiento de derechos distintos a los expuestos en el texto constitucional (derechos nuevos e implícitos), esta cláusula de apertura al Derecho internacional solo permitiría el reconocimiento de nuevos o implícitos contenidos de derechos y el establecimiento de derechos implícitos²³⁵. Toda vez que

3 de la Constitución Peruana), permitiendo otorgar rango constitucional a los derechos reconocidos en el derecho internacional. No obstante, en el caso español no existe una norma de derechos innominados, por lo que el art. 10.2 de la Constitución Española solamente cumple un rol de técnica de interpretación conforme y no a modo de ventana de reconocimiento de nuevos derechos.

²³³ Sobre el art. 10.2 de la Constitución Española como pauta de obligada (y necesaria) utilización, vid. SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional...*, cit., pp. 205 - 213.

²³⁴ “el art. 10.2 CE no es una procedimiento auxiliar o subsidiario de interpretación (...) es justamente la única norma específica de interpretación establecida por la Constitución. El intérprete ha de acudir necesariamente a los tratados internacionales” (p. 162). Por otra parte sostiene que: “no es un criterio de interpretación (como el literal, el lógico, el sistemático, el histórico, etc.), sino un criterio sobre interpretación, o mejor, una «directriz de preferencia» o una «regla interpretativa prioritaria” (p. 160). ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización...*, cit., pp. 160 - 162.

²³⁵ Haciendo referencia a la Fj. 4 del Exp. 6546–2006–PA/TC emitida por el Tribunal Constitucional Peruano: “Acierta el Tribunal Constitucional cuando manifiesta que el artículo 3 CP no es la única manera de establecer un derecho constitucional como derecho constitucional implícito, sino que ellos pueden determinarse también apelando a un ejercicio hermenéutico al amparo de una fórmula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos” (El subrayado es nuestro). CASTILLO CORDOVA, L., *Justificación y significación...*, cit., p. 17. Por tanto, mediante estas cláusulas de apertura se puede reconocer derechos innominados, pero siempre que constituyan normas implícitas.

no se puede modificar el listado de derechos fundamentales expresamente establecido en la Constitución²³⁶.

Ya hemos sostenido que los derechos implícitos constituyen una extensión de la configuración iusfundamental de otro u otros derechos expresos y, por tal motivo, mantiene un nexo semántico con una disposición específica. Por ello, no habría impedimento para que nuevos ámbitos o posibilidades de actuación puedan llegar a constituir auténticos derechos innominados como normas implícitas. En ningún momento el intérprete constitucional estaría novando el catálogo constitucional, sino que estaría adscribiendo normas implícitas a las disposiciones de derechos fundamentales establecidas en la Constitución²³⁷.

Una situación distinta se presenta con los nuevos derechos, donde la labor interpretativa del juez constitucional va más allá de la adscripción de normas al ámbito de un derecho constitucional específico. En este supuesto, somos de la opinión de que se requiere de la existencia de una cláusula que autorice expresamente el reconocimiento de nuevos derechos, o que así lo entienda en sus decisiones el máximo intérprete constitucional. De esta manera, en las cartas constitucionales donde no se establezcan cláusulas de derechos no enumerados o no enunciados, como es el caso español, no es posible el reconocimiento de nuevos derechos distintos a los expuestos en la Constitución, dado que ha sido una decisión del constituyente excluir dicha posibilidad²³⁸. Por tanto, “le estaría prohibido al Tribunal Constitucional alumbrar *ex*

²³⁶ Sobre la Constitución Española: “El art. 10.2 no puede servir para ampliar el listado de los derechos fundamentales constitucionales. Este listado es fruto de una decisión fundamental del poder constituyente (...) el art. 10.2 no permite una novación del catálogo de derechos fundamentales sin atenerse al procedimiento de reforma constitucional”. ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización...*, cit., p. 197. De igual forma, Merino Norberto defiende que, “a través del artículo 10.2 de la Constitución, no se otorga rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en los Tratados Internacionales en cuanto no estén también recogidos en nuestra Constitución”. Sinopsis disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2>

²³⁷ Por ejemplo, en el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha reconocido un derecho implícito (Ne bis in ídem) recurriendo únicamente a la Cuarta Disposición Final de la Constitución Peruana (de contenido idéntico al art. 10.2 de la Constitución Española). Este supuesto refuerza nuestra teoría según la cual es posible el reconocimiento de derechos implícitos por medio de cláusulas de apertura al Derecho internacional sin necesidad de acudir a la cláusula de derechos no enumerados. Vid., Fj. 2 del Exp. 1670-2003-AA/TC, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01670-2003-AA.html> y Fj. 2 del Exp. 0729-2003-HC/TC, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00729-2003-HC.html>

²³⁸ “el artículo 10.2 CE no permite la incorporación de nuevos derechos, en sentido estricto (...). El Tribunal Constitucional en la STC 64/1991 así lo establecía expresamente al negar a los tratados y acuerdos internacionales la función de «...canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales...». Ahora bien, esta afirmación no impide, (...) «crear» derechos nuevos como parte de aquellos que la Constitución consagra. Es decir, derechos implícitos” (El subrayado es nuestro). CORCHETE MARTIN, M., *Los nuevos derechos...*, cit., p. 554. De forma análoga: “cuando una Constitución como la española carece de una norma constitucional sobre

novo, de raíz, derechos fundamentales; por el contrario, le está permitido, o mejor aún, le corresponde en su condición de supremo intérprete de la Constitución, concretar, en última *ratio*, el contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales”²³⁹. Y de esta forma, reconocer derechos implícitos.

4.2. CLÁUSULAS GENERALES

Habiendo desarrollado las cláusulas abiertas o de apertura, corresponde diferenciar otro tipo de normas generales que resultan típicas en las Constituciones modernas. En ese sentido, hemos querido abarcar intencionalmente en este apartado a todas aquellas disposiciones constitucionales que hacen referencia a derechos generales, bienes jurídicos, valores superiores y principios rectores que guían la concretización de los derechos establecidos en las cartas constitucionales. En el Derecho comparado²⁴⁰ podemos encontrar, por ejemplo, disposiciones relativas a la dignidad o a la naturaleza humana, a los derechos inviolables, a los derechos inherentes, al libre desarrollo de la personalidad, así como principios generales de libertad, de igualdad o del debido proceso, etc.

Por motivos didácticos, no vamos a exponer una gradación o jerarquización de los contenidos materiales que subyacen en los textos constitucionales²⁴¹. Más aún, si creemos que “no puede hablarse de una distinción ontológica que se fundamente en una diferente naturaleza o eficacia jurídica”²⁴². Dado que al asumirse en el texto

*derechos implícitos (refiriéndose a la que nosotros denominamos como cláusula de derechos innominados), pero contiene otra que expresamente prescribe que las normas sobre derechos fundamentales (...) se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal y los tratados ratificados por el Estado, se nos hace posible proponer que la remisión a esas fuentes internacionales atrapa a cuantos derechos implícitos pueden surgir de ellas, y los agrega a la Constitución” (el agregado es nuestro). BIDART CAMPOS, G., *Los derechos “no enumerados” en su relación con el Derecho Constitucional y el Derechos Internacional*, p. 108., disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/342/6.pdf>*

²³⁹ SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional...*, cit., p. 82.

²⁴⁰ Por ejemplo: el art. 1.1 y el art. 10.1 de la Constitución Española (valores y principios); el art 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn (derecho general de libertad); el art. 2 y el art. 3.2 de la Constitución Italiana (derechos inviolables y libre desarrollo de la personalidad); entre otros.

²⁴¹ Es poco común que los textos constituciones establezcan gradaciones o jerarquización, a ello se suma que la Doctrina y la Jurisprudencia constitucional (tanto peruana como española) es difusa al momento de establecer diferencias entre valores y principios. Sin embargo, en el caso español se indica de manera expresa cuales son los valores superiores (art. 1.1 de la Constitución Española). Por lo que dichos valores, de manera indefectible, deben considerarse como “*la cabeza de la constitución material*”. Vid., PECES BARBA MARTINEZ, G, *los valores superiores*, TECNOS, Madrid, 1984, pp. 89 y ss.

²⁴² DIAZ REVORIO, F., *Valores superiores...*, cit., p. 114.

constitucional, todos estos elementos axiológicos conforman el núcleo sustantivo del Ordenamiento y se establecen como normas válidas y vinculantes²⁴³. Empero, resulta necesario precisar que los principios y los valores son normas con un ámbito de mayor generalidad; mientras que los derechos fundamentales cuentan con un ámbito acotado. En ese sentido, los principios y valores conformarían la norma básica material y los derechos fundamentales serían una prolongación de dicha norma básica²⁴⁴.

Respecto a los derechos innominados, resulta difícil admitir la posibilidad de reconocimiento de nuevos derechos exclusivamente por la vía de los criterios materiales, más aún si el Tribunal Constitucional rehúye ha fundamentar sus decisiones única o principalmente sobre dichos criterios²⁴⁵. El motivo principal de este argumento es similar al planteado en el apartado precedente, en el sentido que: “en las cartas constitucionales donde no se establezcan cláusulas de derechos no enumerados o no enunciados, como es el caso español, no es posible el reconocimiento de nuevos derechos distintos a los expuestos en la Constitución, dado que ha sido una decisión del constituyente excluir dicha posibilidad”²⁴⁶. Empero si es posible, el reconocimiento de derechos implícitos, al tratarse de normas adscritas concretadas a partir de disposiciones específicas del texto constitucional. Lo cual, no implicaría una novación del catálogo constitucional.

De esta forma, el operador intérprete por medio de una *interpretación evolutiva*²⁴⁷ del texto constitucional puede recurrir a estas *cláusulas generales (valores, principios, derechos, etc)* para la adscripción de normas implícitas a partir de las disposiciones específicas de derechos fundamentales. En este sentido, se pueden ganar nuevos

²⁴³ “los «valores superiores» como las diferentes referencias a principios que se hacen en la Constitución se sitúan en el ámbito de las normas (...). Y esta constatación es muy importante, a mi juicio, porque sitúa estos conceptos en el ámbito del ordenamiento jurídico”. PECES BARBA MARTINEZ, G, *Los valores superiores...*, cit., p. 36.

²⁴⁴ Sobre los derechos fundamentales como prolongación de la norma básica material, PECES BARBA MARTINEZ, G, *Lecciones de derechos...*, cit., pp. 245 y ss. Por otra parte, este autor indica que: “como norma básica material es norma de identificación de las demás normas en cuanto a su contenido material”. PECES BARBA MARTINEZ, G., *Los valores superiores...*, cit., p. 97. Por lo que el intérprete podría reconocer derechos implícitos siempre que realicen o no trasgredan dicho contenido material.

²⁴⁵ Sobre el caso español: “Parece que el Tribunal Constitucional no quiere fundamentar sus decisiones única o principalmente en los valores superiores, sino que prefiere utilizarlos como simple apoyo a otros argumentos; (...) pues, en algunos de los campos en que pueden extraerse mayores consecuencias de los valores (el reconocimiento o «creación» de nuevos derechos fundamentales), su uso por nuestro alto Tribunal ha sido algo «tímido»”. DIAZ REVORIO, F., *Valores superiores...*, cit., p. 369.

²⁴⁶ Vid., p. 66.

²⁴⁷ “la apertura constitucional y el contenido axiológico son factores que permiten la evolutividad en la interpretación: estos factores están presentes en la interpretación «evolutiva», o acorde con la realidad social, de la Norma Fundamental”. DIAZ REVORIO, F., óp. cit., p. 113.

ámbitos o posibilidades de actuación y responder a los casos difíciles con soluciones concretas. Con mayor razón si los nuevos ámbitos tienen respaldo en el Derecho internacional de los derechos humanos (interpretación conforme)²⁴⁸. En sentido similar, Nogueira Alcalá sostiene que los derechos implícitos, “nos permiten considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional (...). Ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional”²⁴⁹.

En conclusión, todos estos criterios materiales cumplen un rol importantísimo no solo como herramientas hermenéuticas de interpretación, ya que pueden servir, igualmente, como ventana de incorporación de derechos implícitos²⁵⁰. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete, tiene el deber de cumplir su rol de intermediario conforme a la Constitución, lo que acarrea una interpretación conforme a los valores y principios constitucionales²⁵¹, que expresan el fundamento y la meta que el constituyente originario se propuso y que deja a los operadores jurídicos los cauces más adecuados para su efectividad²⁵². Cauce que, en nuestra opinión, pueden hallarse en el establecimiento de los derechos innominados.

²⁴⁸ Sobre el caso español: “El Tribunal Constitucional Español también ha señalado expresamente que «los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico»”. DIAZ REVORIO, F., *Valores superiores...*, cit. p. 385.

²⁴⁹ NOGUEIRA ALCALA, H., *El derecho a la propia...*, cit., p. 254.

²⁵⁰ Sobre los principios y valores como criterios para la creación de normas: “no sólo suponen criterios materiales para crear nuevas normas en el supuesto de lagunas, de casos no contemplados por aquellas, sino en otras perspectivas de ampliación, o de nueva regulación, de supuestos hasta entonces no regulados por el derecho”. PECES BARBA MARTINEZ, G., *los valores superiores...*, cit., p. 100. Por otra parte, Bidart Campos admite la posibilidad de reconocer derechos implícitos por medio de los valores y principios: “Hay Constituciones que enumeran valores y mencionan principios. El ejemplo quizá más conocido nos lo brinda España (...) si la Constitución cita valores apelando a esta denominación, nos sugiere pensar que implícitamente reconoce otros que no nombra”. BIDART CAMPOS, G., *Los derechos “no enumerados”*..., cit., p. 105.

²⁵¹ “El Tribunal Constitucional ha señalado que los Jueces y Tribunales han de ejercer su función jurisdiccional de conformidad con los valores, principios y derechos constitucionales. De manera que, (...) el principio de interpretación conforme a la Constitución implica la interpretación conforme a los valores constitucionales”. DIAZ REVORIO, F., *óp. cit.*, p. 377.

²⁵² Sobre los valores: “Son el fundamento y la meta, el fin del derecho, que el legislador constituyente, expresión de la soberanía, se propone” (p. 38). Por otro lado, respecto al art. 1.1 de la Constitución Española (valores superiores): “se trata de una norma que señala los fines a alcanzar, que deja a los operadores jurídicos la elección de los cauces más adecuados para su efectividad” (p. 97). PECES BARBA MARTINEZ, G., *óp. cit.*, pp. 38 – 97.

5. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA, FAVOR LIBERTATIS Y SITUACIONES EXCEPCIONALES

Ya hemos podido clarificar la existencia de derechos innominados, es decir, la presencia jurídica de derechos distintos, y algunos no tan distintos, a los derechos expresos, viejos, tradicionales o textuales. Corresponde hacer referencia a la *causa del reconocimiento* de estos derechos. Por ello, analizaremos lo que motiva la creatividad interpretativa y como esta responde a *situaciones excepcionales*, bajo el dominio de la fuerza expansiva de los derechos (*favor libertatis*).

En primer lugar, se debe indicar que la Constitución de la corriente (Neo)Constitucionalista, es caracterizada por ser una *norma material y garantizada*²⁵³. Esto implica que, “recoge una serie de contenidos materiales, o dicho con otras palabras, una serie de contenidos de moralidad que positiviza en forma de derechos fundamentales”²⁵⁴, además de valores y principios materiales que sirven de guía e inspiración para todo el Orden constitucional. Este fenómeno, también conocido como *rematerialización de la Constitución*²⁵⁵ tiene una serie de efectos jurídicos determinantes en el reconocimiento de nuevos e implícitos derechos. Más aún si se tiene en cuenta que los propios valores no son estáticos, lo que conlleva a replantear, muchas veces, el significado propio de los derechos y a descubrir nuevas dimensiones antes imprevistas de su contenido.

Por otro lado, el sustrato material de la carta constitucional hace referencia a la idea de *Constitución viva*²⁵⁶, que se adecua y hace frente a las realidades cambiantes. Sobre este punto, Pérez Luño tomando como referencia al Tribunal Constitucional Español ha expuesto que: “la interpretación evolutiva se traduce en una interpretación finalista de los objetivos y metas constitucionales plenamente legítima, pues como proclama

²⁵³ Como asevera Pérez Luño: “con este término se propugna la elaboración teórica y el máximo desarrollo de los valores básicos aceptados mayoritariamente por una colectividad y que fundamentan e informan la Constitución. En ese sentido, (...) se vincula con la idea de valores (*Wertsystem*), así como a la noción de *Constitución no escrita*”. PEREZ LUÑO, A., “La interpretación de la constitución...”, cit., p. 279.

²⁵⁴ REY PEREZ, J., *Interpretación y creación judicial del derecho. La tensión entre constitucionalismo y democracia*, p. 19., disponible en: <http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/27/16>

²⁵⁵ Vid., PRIETO SANCHIS, L., *EL constitucionalismo de los derechos...*, cit., pp. 26 y ss. En esa línea, estos criterios materiales (rematerialización) están relacionado con lo que Díaz Revorio denomina sistema valorista o principalista: “hoy la mayoría de la doctrina admite que una teoría de la Constitución «constitucionalmente adecuada» exige necesariamente una teoría de la interpretación constitucional «principalista» o «valorativa»”. DIAZ REVORIO, F., *Valores superiores...*, cit., p. 37.

²⁵⁶ Vid. GUASTINI, R., “Sobre el concepto de constitución...”, cit., p. 27.

nuestro Tribunal Constitucional «La Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental»²⁵⁷. Lo que se quiere destacar en este sentido, es que la Constitución tiene la *capacidad evolutiva*²⁵⁸ para aplicarse, por medio de una interpretación finalista, a supuestos concretos y adaptar el texto, sin desvirtuar su redacción originaria²⁵⁹.

De forma idéntica, Rainer Arnold ha afirmado que: “la Constitución es un instrumento vivo que debe adaptarse, de manera adecuada, a las condiciones sociales que se cambian fundamentalmente a lo largo del tiempo. El método de adaptación es, en primer lugar, la interpretación constitucional y no la reforma formal de la Constitución”²⁶⁰. En efecto, son varios los factores que conllevan a que la norma fundamental se adapte principalmente por la vía interpretativa. Empero, *la rigidez constitucional* es la principal causa que ocasiona que la norma no pueda ser reformada de manera directa, peor aún si los códigos constitucionales establecen procedimientos severos o cláusulas de intangibilidad²⁶¹, lo que comporta que el intérprete se vea constreñido a recurrir a las técnicas hermenéuticas interpretativas²⁶².

Ahora bien, el tipo de interpretación constitucional propio de las concepciones expuestas, no puede ser atado al tradicional *método originalista*²⁶³ que busca sobre todo y a toda costa no separarse del texto constitucional, amparándose en el reconocimiento de una voluntad del constituyente muchas veces difusa y poco clara de establecer. Esto supone replantear el método interpretativo, de forma que pueda satisfacer las exigencias de la realidad sin quedarse estancado en concepciones obsoletas que no ayudan en la resolución de las controversias jurídicas. Dado que en

²⁵⁷ PEREZ LUÑO, A., “La interpretación de la constitución...”, cit., p. 282.

²⁵⁸ Esta capacidad evolutiva también es recurrente en el ámbito comunitario, donde: “*el TEDH afirma que el Convenio ha de interpretarse como un instrumento vivo, a la luz de las circunstancias actuales que imponen una protección mayor de los derechos frente a conductas que en el pasado habrían sido irrelevantes*”. CANOSA USERA, R., “La interpretación evolutiva...”, cit., p. 95.

²⁵⁹ “*Lo cierto es que una cualidad importante del constitucionalismo reside en la capacidad que poseen los textos para adaptarse a circunstancias cambiantes, a través de la interpretación, sin transformar la redacción originaria*”. ARAGON REYES, M., “La constitución como paradigma...”, cit., pp. 37-38.

²⁶⁰ ARNOLD, R., “Derechos nuevos y constitución”, en HERMIDA DEL LLANO, C. (Coord.), *Nuevos derechos y nuevas libertades en Europa*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 56. De forma análoga, REY MARTINEZ, F., “¿Cómo nacen los derechos?...”, cit., p. 341.

²⁶¹ Un ejemplo de cláusula de intangibilidad es el art. 288 de la Constitución Portuguesa.

²⁶² Sobre la rigidez de las disposiciones: *La imposibilidad real de cambiarlas produce, como consecuencia inevitable, que su adaptación tenga que llevarse a cabo por vías interpretativas, es decir mediante la interpretación evolutiva*. CANOSA USERA, R., óp. cit., p. 87.

²⁶³ “*la teoría de la interpretación constitucional vinculada al significado del texto, al momento de su hechura (textualismo) y según la intención de los fundadores (intencionalismo)*”. ZAGREBELSKY, G., “Jueces constitucionales...”, cit., p. 96.

último término, “la eficacia normativa de las disposiciones constitucionales dependen de su conexión con la realidad”²⁶⁴. Además, si el intérprete se limita únicamente a la interpretación del texto, “se contrae el elenco de elementos con relevancia en la concretización”²⁶⁵.

Por tal motivo, la noción de Constitución material y la corriente Constitucionalista, ha puesto sobre la mesa *el método hermenéutico de interpretación evolutiva*, que sin apartarse del texto constitucional, busca adaptarse a las exigencias y contextos actuales²⁶⁶. En ese sentido, este método es plenamente viable, “Siempre que respete el límite infranqueable que supone el texto normativo constitucional y en particular, los fines y valores, establecidos por la propia Ley fundamental que deben orientar cualquier labor hermenéutica”²⁶⁷. En concordancia con ello, la interpretación evolutiva complementa un variado haz de *elementos metodológicos para la concretización de los derechos fundamentales*²⁶⁸ que pueden ser incorporados en la dialéctica argumentativa empleada por el intérprete, en cuanto sean aplicables.

De acuerdo a lo anterior, el método evolutivo consiste en “una elección del intérprete que habrá de optar entre la interpretación anteriormente dada a una disposición pero que ya no permite someter a la realidad o extraer otra nueva que sirva a este propósito”²⁶⁹. En este contexto, el operador jurídico frente a una pluralidad de interpretaciones deberá establecer el sentido prescriptivo que mejor se adecue al caso. Lo que, a posteriori, puede significar la extensión del ámbito protegido de un derecho

²⁶⁴ “la eficacia se presentan como el punto de conexión entre el enunciado normativo y la realidad porque la norma eficaz someta la realidad a sus dictados” (p. 85). Asimismo, ratifica que: “Si las disposiciones constitucionales o internacionales reconocedoras de derechos no se actualizarían, buscando su correspondencia con la realidad, se degradaría su eficacia normativa”. CANOSA USERA, R., “La interpretación evolutiva...”, cit., pp. 85-88.

²⁶⁵ “Si la concretización de las disposiciones sobre derechos fundamentales se limita a la interpretación del texto de esas disposiciones, se contrae el electo de elementos con relevancia en la concretización. En cambio, si la concretización se concibe como la construcción o actualización de la norma jurídica a la que apela el texto, los elementos que pueden intervenir en esa concretización son muy diversos”. (El subrayado es nuestro). ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización...*, cit., p. 119.

²⁶⁶ “La aludida interpretación evolutiva debe encontrar como límite el propio texto legal (o constitucional), que no puede ser ignorado, vaciado de contenido o contrariado por dicha interpretación. Como se ha destacado, la realidad social no es ella misma productora de normas, sino que se limita a inspirar la interpretación de la ya existentes”. DIAZ REVORIO, F., *Valores superiores...*, cit., p. 128.

²⁶⁷ PEREZ LUÑO, A., *La interpretación de la constitución...*, cit., p. 281.

²⁶⁸ Xabier Arzo desarrolla los elementos metodológicos, agrupándolos en cuatro grupos: i) Los cánones tradicionales de interpretación (interpretación gramatical, sistemática, sociológica, y teleológica); ii) Los principios de la interpretación constitucional postulados en la Doctrina; iii) El recurso al Derecho comparado; iv) El art. 10.2 de la Constitución Española. Vid., ARZOZ SANTISTEBAN, X., óp. cit., pp. 122 y ss.

²⁶⁹ CANOSA USERA, R., óp. cit., p. 85.

(derecho implícito) o la concreción de un derecho nuevo. En ese orden de ideas, esta extensión o concreción debe de responder, además, al criterio de *favor libertatis*, en virtud del cual se hace valente la fuerza normativa de los derechos a situaciones que reclaman reconocimiento autónomo como derechos innominados. Como indica Canosa Usera: “Se trata, en definitiva, de evitar que situaciones merecedoras de protección, no la reciban y la injusticia que tal desconocimiento supone, se perpetúe”²⁷⁰.

De forma general, podemos decir que la adscripción de una norma innominada, será más favorable al caso en concreto cuando no encuentre protección suficiente dentro del ámbito normativo de un derecho expreso, ya sea porque resulta deficiente (el derecho solo abarca dimensiones limitadas del derecho innominado) o porque no se encuadra de manera razonable dentro del ámbito semántico de alguna disposición específica (como sucede con los nuevos derechos). En este caso, subsumir la norma innominada dentro del ámbito del derecho textual supone una protección limitativa o deficitaria. Y, por otro lado, forzar el supuesto de hecho del enunciado lingüístico puede desvirtuar el contenido del derecho explícito. En ambos supuestos, la adscripción del derecho innominado resulta una interpretación *favor libertatis* del propio derecho (que encuentra una mayor protección en una norma autónoma) como del derecho expreso (que evita la adscripción irrazonable de normas).

A su vez, conviene señalar que elemento evolutivo aquí expuesto no implica necesariamente discrecionalidad absoluta, dado que el intérprete estará sujeto a la exposición de una *fundamentación racional correcta*, cotejable con el supuesto de hecho acaecido y susceptible de corrección²⁷¹. Sobre este aspecto, Alexy ha sostenido que “La pretensión de corrección, necesariamente conectada con la jurisdicción constitucional, exige que la decisión tomada por el Tribunal Constitucional deba ser tan racional como sea posible”²⁷². De esta manera, se debe omitir razonamientos aparentes, superfluos, insuficientes o caprichosos basados en puro decisionismo del operador intérprete.

²⁷⁰ CANOSA USERA, R., “La interpretación evolutiva...”, cit., p. 91.

²⁷¹ Sobre el particular: “no bastará solo exhibir argumentaciones posibles, sino que la argumentación iusfundamental debe ser correcta o con pretensión de corrección. Esta pretensión implica –si hemos entendido bien– ante todo un deber de fundamentación e incluye también una pretensión de justicia”. SOSA SACIO, J., *Derechos constitucionales...*, cit., p. 118

²⁷² Vid., ALEXY, R., *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, p. 27., disponible en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1270&IDA=35741>

En suma, por medio de esta operación compleja, el intérprete jurídico debe de seleccionar el sentido prescriptivo que mejor responda al caso concreto y que comprenda una mayor protección del derecho invocado; incluso, si esta norma adscrita es nueva o implícita, puede ser adoptada por el juez constitucional si supone una interpretación más favorable. En tanto, la prevalencia de este nuevo ámbito jurídico está respaldado por una fundamentación racional obtenida en un proceso argumentativo concreto que estructura la labor interpretativa constitucional. Finalmente, cuando el operador jurídico concluye con su labor de concreción y/o actualización de la disposición constitucional, la norma adscrita pasará a tener validez definitiva con el mismo status jurídico de las demás normas iusfundamentales del catálogo constitucional (norma autónoma)²⁷³.

Pero, *¿Qué situaciones deben suponer la prevalencia de una norma adscrita en la labor interpretativa?*; o, de la misma forma, *¿Que situaciones ameritan reconocimiento autónomo como derechos innominados?*.

En principio, cualquier situación de la vida actual puede devenir en una situación excepcional (cambios económicos, sociales, culturales, tecnológicos, científicos, jurídicos, etc.). La globalización, las nuevas tecnológicas, los avances médico-científicos, los cambios sociales (inmigración, escasez de bienes básicos, guerra, etc.), la crisis económica y del estado de bienestar, la reivindicación de los derechos culturales (lingüísticos, etc.), la asunción de los derechos colectivos, la protección del medio ambiente; entre otras circunstancias, pueden significar la aparición de derechos innominados.

A ello se suman los *procesos evolutivos de los derechos*²⁷⁴ que responden a dichas situaciones y suponen la expansión de la titularidad, producto del retroceso de la ciudadanía como condición de ejercicio de los derechos (proceso de generalización); así como la presencia de derechos no antes acaecidos, consecuencia de “la consideración de determinadas titularidades (titulares) o necesidades particulares

²⁷³ Sobre la aseveración interpretativa de las normas adscritas como auténticas normas vinculantes, que prescriben un mandato (debe ser) a los demás poderes públicos y al propio Tribunal Constitucional, vid., BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, cit., pp. 121 y ss. De forma similar: “*los Tribunales Constitucionales crean derecho, entendiendo la propia noción de «creación», en un sentido amplio, como establecimiento de normas jurídicas o preceptos dotados de eficacia erga omnes*”. DIAZ REVORIO, F., *Valores superiores...*, cit. pp. 326-327.

²⁷⁴ Vid., pp. 25 y ss.

(contenido), como realidades históricas”²⁷⁵. Ello se produce en el proceso de especificación donde se predica, en relación a los titulares, el reconocimiento de ciertos derechos en base la consideración real de la persona en concretas situaciones sociales y culturales (inmigración), de su condición física (discapacidad) o que ocupa en las relaciones sociales (consumidores). Igualmente en relación con los contenidos, debido a los cambios históricos (económicos, sociales, culturales, tecnológicos, científicos y jurídicos) se puede provocar el advenimiento de situaciones fácticas y jurídicas que conlleven al reconocimiento de nuevos o implícitos derechos.

Empero, la Constitución como norma rígida, y la garantía de la seguridad jurídica, no pueden desvirtuarse acogiendo toda la realidad con su pluridimensionalidad²⁷⁶. La apertura constitucional tiene que ser moderada, y responder solo ante situaciones que por su particular gravedad o suficiente entidad, requieran de una protección autónoma al más alto nivel constitucional (como configuración novísima o como una extensión de la configuración de otro derecho tradicional)²⁷⁷. Para ello, el Tribunal debe privilegiar la dinamización de los derechos tradicionales; puesto que, en definitiva, la fuerza expansiva de los derechos abarca casi la totalidad del marco jurídico del Ordenamiento y se expande a todas las relaciones que se producen en el dominio estatal.

Ergo, para que se pueda verificar la existencia de una situación excepcional se debe tener en cuenta el carácter subsidiario, el carácter de generalidad, la suficiencia normativa, el arraigo constitucional, así como la fundamentalidad de las normas innominadas; como pautas generales para el reconocimiento de los derechos innominados. En contrapartita, dichas pautas estatuyen límites al reconocimiento, a fin de resguardar el establecimiento de los derechos innominados como recurso de última ratio.

²⁷⁵ Vid., p. 31.

²⁷⁶ Por ello, la Constitución debe ser comprendida como norma marco: “no forma un sistema normativo completo y cerrado, sino una ordenación marco. No pretende regular la totalidad de la vida estatal o social: no todo está predeterminado por la Constitución, de forma que pueda o que deba ser deducido mediante interpretación”. ARZOZ SANSTITEBAN, X., *La concretización y actualización...*, cit., p. 23.

²⁷⁷ Sobre la apertura moderada de la Constitución: “Un Ordenamiento jurídico que contenga un subsistema de derechos fundamentales (...). Tiene que ser especialmente abierto y sensible para facilitar el trasvase, pero al mismo tiempo especialmente seguro y ese es, (...) un valor moral para que se produzca solo por las vías autorizadas”. PÉCES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, cit., pp. 257-258.

6. PAUTAS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS INNOMINADOS

6.1. CARÁCTER SUBSIDIARIO

El carácter subsidiario del reconocimiento de derechos innominados implica, en primer término, que se deberán privilegiar otros supuestos hermenéuticos, como por ejemplo la concreción interpretativa de normas adscritas específicas que se adecuen al caso en concreto como nuevos o implícitos contenidos de derechos. Es decir, que el reconocimiento de derechos innominados tendrá que ser la vía de última ratio para responder a la controversia. Por tanto, la concreción, desarrollo y actualización de los derechos expresos o existentes deberá ser la primera opción del intérprete constitucional²⁷⁸.

Por otro lado, cuando se trata de cláusulas de apertura que autorizan el reconocimiento de derechos nuevos e implícitos (cláusula de derechos innominados): “debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita”²⁷⁹. De esta forma, resulta necesario diferenciar a los nuevos o implícitos contenidos de derechos (simples aseveraciones interpretativas) de los derechos innominados (derechos autónomos), con la finalidad de resguardar la utilización de esta cláusula, únicamente para el reconocimiento de estos últimos²⁸⁰.

En segundo término, teniendo en cuenta que los derechos innominados hacen frente a situaciones excepcionales no antes acaecidas, también su reconocimiento deberá ser excepcional²⁸¹. En ese sentido, si bien la mayoría de controversias jurídicas son

²⁷⁸ “la apertura constitucional hacia nuevos ámbitos iusfundamentales tiene diversos caminos que podrían privilegiarse antes de acudir al recurso de ‘construir’ un derecho ‘desde cero’. Así, sin maniatarlo, el juez no debe olvidar que es posible derivar este asunto al procedimiento de reforma constitucional, a la configuración y desarrollo legal de los derechos fundamentales, a la actualización jurisprudencial del contenido de los derechos existentes entre algunas formas evidentes de ampliación iusfundamental”. SOSA SACIO, J., *Derechos constitucionales...*, cit., p. 110

²⁷⁹ Fj. 5 del Exp. 0895-2001-AA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.html>

²⁸⁰ Sobre el carácter subsidiario de la cláusula de derechos innominados, vid., p. 64.

²⁸¹ “Debido a que será excepcional la aparición de nuevas circunstancias y/o valoraciones que exijan el reconocimiento de una necesidad esencialmente nueva y, por tanto, de un bien humano esencialmente

complejas y en aras de la fuerza expansiva de los derechos, “no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta, o, cuando menos, orientación de sentido en la constitución y en sus derechos”²⁸², solo se deberá acudir a los derechos innominados cuando el problema jurídico (la situación excepcional) no encuentre asidero, de manera razonada y razonable, en el marco textual del catálogo constitucional y requiera una respuesta jurídica autónoma debido a su importancia.

6.2. CARÁCTER DE GENERALIDAD

El reconocimiento de derechos innominados supone la conformación de normas adscritas²⁸³. En el caso de los «derechos nuevos» serán normas adscritas a mandatos generales que autorizan el reconocimiento de derechos innominados y en el supuesto de los «derechos implícitos» serán normas adscritas a derechos tradicionales. Ahora bien, esta construcción de normas autónomas deberá tener propensión de generalidad, es decir, tiene que establecerse un ámbito normativo que pueda ser aplicado a otros supuestos y no solo agotarse en el caso en concreto²⁸⁴. De esta forma, la norma innominada podrá ser concretada y actualizada con adscripciones propias de posiciones jurídicas o de otras normas adscritas que se adecuen a dicho ámbito²⁸⁵. La utilidad del reconocimiento de normas innominadas radica precisamente en la posibilidad de que dicha norma pueda ser aplicada a otros casos. En otras palabras, el intérprete constitucional deberá construir una norma iusfundamental que participe de las características de las normas semánticas, que si bien se diferencian por su mayor o menor grado de especificación mantienen un carácter general²⁸⁶. De lo contrario, el

nuevo, es que excepcional también debe ser el empleo de este mecanismo”. CASTILLO CORDOVA, L., *Justificación y significación...*, cit., p. 10.

²⁸² PRIETO SANCHIS, L., “El constitucionalismo de los derechos...”, cit., p. 216.

²⁸³ Vid., ALEXY, R., *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 62 y ss.

²⁸⁴ “sobre los alcances específicos del derecho, al “construirlo” el juez no debe hacer alusión a ámbitos vitales demasiado particulares o detallados. (...) (No es pertinente) concebir como ‘nuevos’ derechos fundamentales posiciones jurídicas exageradamente peculiares, especialmente en lo concerniente al objeto protegido del derecho (...). Al respecto, (...) deberán describir supuestos de hecho protegidos de modo relativamente general, como ocurre con la estructura de los derechos expresos” (El agregado es nuestro). SOSA SACIO, J., *Derechos constitucionales...*, cit., p. 124.

²⁸⁵ Se debe recordar el caso del «derecho a la propiedad comunal» reconocido por la CIADH. En este supuesto, la mencionada Corte dedujo a partir de dicho derecho innominado, el derecho de las comunidades indígenas de acceder a los recursos naturales ligados a su cultura, así como a los elementos incorpóreos que se desprendan de ella. Sobre este derecho, vid., p. 57 (nota. 209).

²⁸⁶ Haciendo referencia a las normas iusfundamentales (estatuidas, adscritas e individuales): “entre estos tipos de normas (...), no existe una diferencia cualitativa, sino solo algunas divergencias en cuanto a su grado de generalidad y en cuanto a la manera en que se fundamentan. No se trata de normas disimiles

intérprete solo habría concretado una posición jurídica y no una norma de derecho fundamental²⁸⁷.

6.3. ESPECIFICIDAD O SUFICIENCIA NORMATIVA

Esta característica está relacionada con la anterior, en el sentido que toda norma innominada deberá ser concreta como una norma de derecho fundamental con carácter de generalidad. Para ello, se tendrá que instituir su *ámbito constitucionalmente protegido*²⁸⁸, es decir, que se deberá señalar el conjunto de facultades, garantías y posibilidades de actuación que este derecho otorga a su titular, además de establecer a que *bien jurídico* sirve de tutela²⁸⁹. Lo que se busca, en concreto, con la delimitación del ámbito normativo del derecho es prevenir que este derecho innominado se trasmute en un derecho insaciable, de contornos difusos y poco útil para dispensar una protección autónoma. En ese tenor, una vez establecido el ámbito normativo, el intérprete podrá fijar límites demarcados en atención a los enunciados constitucionales o derivados de la Constitución

En referencia a los «derechos nuevos», que no se encuadran dentro del régimen jurídico de algún derecho expreso, deberá estipularse el régimen jurídico del cual participa, conjuntamente con su ámbito normativo. En algunas ocasiones, el mandato constitucional que autoriza la concreción de normas innominadas indica de manera expresa el régimen jurídico de las nuevas normas o puede derivarse dicha situación de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución²⁹⁰; mientras que en los

desde el punto de vista de su ontología, es decir de su status normativo, ni de su rango iusfundamental". BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 110.

²⁸⁷ Recuérdese que las normas iusfundamentales, de las que participan las normas innominadas, son un haz de posiciones y normas. En ese sentido, no existen normas singulares, por más individuales (máxima especificación) que puedan llegar a concretarse.

²⁸⁸ Respecto a la diferenciación entre derechos (plano de validez) y garantías (plano de eficacia), conviene recordar que: "*la ausencia de las garantías (eficacia) no supone que los derechos sean inexistentes*". No obstante, "*dicho vacío supondría una laguna jurídica que requiere ser satisfecha por el Estado*"; por ello, es necesario que el intérprete constitucional no sólo establezca de manera suficiente el nuevo derecho, también debe concretar las garantías necesarias para su eficacia. Vid. p. 22.

²⁸⁹ "*los derechos fundamentales otorgan a sus titulares un conjunto de facultades, garantías y posibilidades de actuación. El conjunto de estas facultades, garantías y posibilidades de actuación sirve a la tutela de un determinado bien jurídico, en atención al cual se efectúa el reconocimiento del derecho*". ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización...*, cit., p. 61.

²⁹⁰ Por ejemplo en el caso peruano, vía art. 3 de la Constitución Peruana, puede entenderse que todos los derechos reconocidos (ya sean derechos textuales u otros que deriven de los contenidos materiales estatuidos en dicha disposición) gozan de una misma protección constitucional, al ostentar el mismo rango constitucional. Como indica Rubio Correa: "*Que todos estos grupos sean constitucionales (derechos*

«derechos implícitos» solo deberá indicarse el ámbito normativo, estando sobrentendido que todas las normas adscritas a una disposición específica iusfundamental siguen el régimen jurídico del derecho receptor²⁹¹.

Finalmente, el criterio de especificación presupone que el intérprete podrá establecer límites indirectos o mediatos en resguardo de otros bienes o derechos fundamentales, diferentes a los límites directos o inmediatos establecidos taxativamente en la disposición iusfundamental²⁹².

En el supuesto de los «derechos nuevos», los límites directos o inmediatos serán aquellos establecidos de manera expresa en el mandato general (cláusula de derechos innominados) que autoriza el reconocimiento de nuevos derechos. En este sentido, las cláusulas de derechos innominados al establecer criterios ontológicos o estructurales imponen la obligación al intérprete de no desconocer dichos criterios al momento de reconocer nuevos derechos. En el caso concreto de los «derechos implícitos», los límites directos o inmediatos serán aquellos establecidos de manera expresa en la disposición específica de derecho fundamental. Dado que, al ser normas adscritas un derecho expreso estarán sujetas al régimen jurídico y a los límites establecidos expresamente en el derecho receptor.

Por otro lado, en virtud del principio de interpretación restrictiva de los límites no podrán establecerse límites análogos contenidos expresamente en otros enunciados lingüísticos. Lo cual no impide que se establezcan límites mediatos o indirectos en resguardo de otros bienes o derechos fundamentales, en virtud de una interpretación

*expresos y derechos derivados vía art. 3 de la Constitución) quiere decir, como consecuencia práctica, que cada uno de esos derechos pueden ser protegidos mediante los procedimientos establecidos (habeas corpus, amparo y habeas data) pero, también, que en virtud de esos derechos, puede hacerse control de constitucionalidad de las normas (...) es decir, pertenecen al más alto rango normativo del Derecho” (el agregado es nuestro). RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELI, F., Y BERNALES BALLESTEROS, E., *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 799.*

²⁹¹ En referencia a la relación de precisión entre una norma implícita y una disposición específica: “*este vínculo implica una consecuencia inevitable para los derechos implícitos, que al ser normas adscritas ‘siguen el régimen jurídico de la disposición a la que han sido adscritas para todos los efectos relevantes. De este modo (...), gozan de todas las garantías que la Constitución otorga a la disposición dentro de la que se enmarca y están sujetas a sus límites’*”. Vid., p. 55.

²⁹² Respecto al caso español: “*Según la jurisprudencia reiterativa, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución solo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos*” (p. 82). En ese sentido, Xabier Arzo, destaca el principio de la unidad de la Constitución, como canon de interpretación sistemática, de donde pueden derivarse límites específicos (p. 135). Cfr., ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización...*, cit., pp. 82-135.

unitaria y sistemática de la Constitución. Además, los propios derechos fundamentales podrán implicar una limitación al reconocimiento de derechos innominados²⁹³, ya que no se puede afectar restrictivamente la dinámica del derecho receptor (en el caso de los derechos implícitos) ni tampoco la dinámica del sistema de los derechos (en el caso de nuevos e implícitos derechos)²⁹⁴. Por tanto, solo deberán reconocerse como derechos innominados, aquellas normas que supongan un desarrollo progresivo de los derechos (favor libertatis)²⁹⁵ y no afecten la sistemática iusfundamental.

6.4. ADECUACIÓN O ARRAIGO CONSTITUCIONAL

Todas las normas de derechos fundamentales, incluidas las normas innominadas, deberán tener una adecuación constitucional directa²⁹⁶. Esto quiere decir que todo reconocimiento de derechos tendrá que encontrar sustento en la Constitución. En ese sentido, los derechos innominados deberán adscribirse al ámbito de una disposición iusfundamental²⁹⁷.

En el caso de los «derechos nuevos», que presentan la ausencia de una relación de precisión con una disposición específica de derecho, el arraigo se hallará en el mandato

²⁹³ Sobre los derechos fundamentales como límites al reconocimiento de derechos innominados: “*En cuanto a los límites sustantivos a la creación de derechos constitucionales por vía judicial, el primero de ellos está representado por los derechos fundamentales expresamente declarados por la Constitución*”. CANDIA FALCON, G., *Analizando la tesis...*, cit., p. 517. Por otra parte, “*ningún derecho puede considerarse como derechos fundamental si contradice la dignidad humana, al constituirse en fundamento y límite del entero subsistema de los derechos fundamentales, dentro de los cuales incluimos a los derechos innominados*”. Vid., p. 15.

²⁹⁴ Como ejemplo podemos nombrar el «derecho a decidir la propia muerte», este derecho no podría ser reconocido como derecho innominado porque supondría el desprendimiento definitivo de otro derecho (derecho a la vida); en ese sentido, afectaría la dinámica de los derechos, vid., p. 16 (notas. 49 - 50). Hay que recordar que los demás derechos y la dignidad (como fundamento de los derechos), suponen límites al reconocimiento de derechos innominados.

²⁹⁵ “*La introducción de normas (derechos innominados) que mejoren el contenido de derechos y sus garantías no pueden ser consideradas inconstitucionales, si se aplican las reglas interpretativas ‘favor homine’ o ‘favor persona’ y se tiene presente el desarrollo progresivo de los derechos*” (el agregado es nuestro). NOGUEIRA ALCALA, H., *El derecho a la propia...*, cit., p. 259.

²⁹⁶ Sobre la adecuación o sustento constitucional: “*hace referencia al arraigo, fundamento u origen de un derecho en la Constitución (mejor aún, en las normas constitucionales). Así, un derecho contará con el referido sustento si su contenido se desprende de normas constitucionales; es decir, si puede ser adscrito como uno de sus posibles sentidos interpretativos a enunciados gramaticales de la norma fundamental*” (pp. 114 - 115). Además, debe ser un sustento directo: “*deben tratarse de contenidos válidamente adscritos a normas iusfundamentales; esto es, contenidos normativos asignados a los derechos que pueden ser concretados por el juez*” (p. 115). SOSA SACIO, J., *Derechos constitucionales...*, cit., pp. 114-115.

²⁹⁷ Por ello hemos definido a la adscripción de derechos como: “*un proceso interpretativo por medio del cual, el juez constitucional determina que una norma adscrita pertenece al ámbito semántico de una disposición iusfundamental*”. Vid. p. 40.

constitucional general (cláusulas de apertura) que autoriza la adscripción de derechos innominados²⁹⁸. Ello conlleva a que los derechos nuevos siempre respondan a un sustento constitucional directo que se encontrará en el ámbito semántico de la cláusula de derechos innominados. Lo que implica, además, que el intérprete estará sujeto a los criterios ontológicos o estructurales que dicha cláusula dispongan para el reconocimiento de derechos. Por otra parte, en el caso de los «derechos implícitos» que mantienen una relación de precisión con una disposición específica de derecho, la adscripción deberá llevarse a cabo dentro del ámbito semántico del derecho receptor, lo cual le otorgará adecuación constitucional directa²⁹⁹. Por ello, consideramos a las normas implícitas como una extensión de la configuración iusfundamental de otro derecho expreso.

Por último, se debe indicar que los derechos innominados como normas adscritas, requieren una *fundamentación racional correcta*³⁰⁰. Toda vez que la adecuación constitucional no se produce de manera automática, debiendo indicarse los motivos que justifican la concreción de una norma autónoma, ya sea como configuración novísima (derecho nuevo) o como una extensión de la configuración de otro derecho tradicional (derecho implícito).

6.5. FUNDAMENTALIDAD

Toda norma de derecho fundamental conforma el núcleo material del catálogo constitucional (subsistema de derechos iusfundamentales). Esto quiere decir que cuando nuevas o implícitas normas pretendan conformar dicho subsistema, deberán integrarse como derechos fundamentales. De esta forma, los derechos innominados para desplegarse en dicho reducto material tendrán que poseer no solo arraigo constitucional; también, tendrán que formularse como pretensiones morales

²⁹⁸ En ese sentido, hemos indicado que: “la ausencia de una relación de precisión con una disposición constitucional específica puede ser subsanada, si el intérprete recurre a mandatos constitucionales (cláusulas de apertura) que suplan ese vacío normativo”. Vid., p. 50.

²⁹⁹ Sobre el particular hemos sostenido que: “como cualidad propia, se predica una relación de precisión con una disposición específica de derecho fundamental de la cual deriva la norma implícita. En ese sentido, el vínculo que une al derecho implícito con el derecho expreso es mucho más fuerte, al tratarse de una extensión de la configuración iusfundamental de este último”. Vid., p. 55.

³⁰⁰ Vid., p. 43 (Notas. 153 - 155)

justificadas³⁰¹. En ese sentido, los derechos innominados (iusfundamentales) deberán buscar la protección de dimensiones esenciales del hombre, considerando a la persona como *ente complejo y relacional*³⁰², además como *ser que tiende a la perfección*³⁰³. Toda norma innominada que no busque concretar espacios de humanidad, carecerá de fundamentalidad y no podrá integrar el subsistema de los derechos fundamentales.

En el caso de los «derechos nuevos», los mandatos constitucionales generales que autorizan el reconocimiento de derechos innominados suelen establecer criterios ontológicos (como la dignidad del hombre), así como criterios estructurales (como la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho, la forma republicana de gobierno, etc.)³⁰⁴. En estos supuestos, el intérprete que se encuentra sujeto al mandato constitucional, estará obligado a concretar las nuevas normas conforme a dichos elementos ontológicos y estructurales; en el caso de los «derechos implícitos», al derivar de disposiciones específicas de derecho fundamental, deberán concretarse conforme al contenido material de dichos preceptos, estableciendo ámbitos de protección no antes acaecidos (nuevos ámbitos de protección) y que respondan a la defensa de la dignidad, en tanto, fundamento ontológico último.

³⁰¹ En ese sentido, los derechos fundamentales son: “1) una pretensiones moral justificada, tendente a garantizar la autonomía y la independencia personal, es decir la dignidad humana (...). 2) Un subsistema dentro del sistema jurídico (...), lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma” (El subrayado es nuestro) (p. 44). Por otra parte: “No tendrá sentido, en este planteamiento, hablar de la fundamentación de un derecho que no sea luego susceptible en ningún caso de integrarse en el Derecho positivo. Tampoco tendrá sentido hablar del concepto de un derecho, al que no se le puede encontrar una raíz ética vinculada a las dimensiones centrales de la dignidad humana” (p. 31). PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos...*, cit., pp. 31 – 44.

³⁰² Vid., p. 11.

³⁰³ Vid., p. 13.

³⁰⁴ Por ejemplo el art. 3 de la Constitución Peruana.

IV. CONCLUSIONES

- Todo estudio sobre el reconocimiento de los derechos, de forma apriorística, debe buscar la respuesta a dos cuestiones: *¿Quién es la persona de los derechos?*; y, *¿De qué derechos estamos hablando?*. Nosotros hemos llegado a la conclusión que la persona humana y el respeto de su dignidad, son el fin último de los derechos. En ese sentido, la persona debe ser entendida como un ente complejo, relacional y armonioso en cada una de sus dimensiones. De esta forma, se puede fundamentar la categoría de los derechos, por medio de las necesidades básicas, partiendo de un concepto unitario y coherente del ser humano. Asimismo, este razonamiento nos lleva a afirmar que todo reconocimiento jurídico de derechos debe sustentarse en razones objetivas y no en deseos o caprichos de los grupos o de las personas.
- En ese orden de ideas, los derechos deben ser entendidos, desde una perspectiva normativista, como pretensiones morales reconocidas por el Ordenamiento jurídico y no a modo de instrumentos formales vacíos. Esto implica, en base a un mínimo de racionalidad, que debe respetarse el vínculo entre medio (derechos) y fin (dignidad). En definitiva, la dignidad se constituye como fundamento y límite, que impide el reconocimiento de derechos que contradigan dicho valor intrínseco. Por otro lado, se evita la concretización de un contenido de derecho (o derecho innominado, de ser el caso) que suponga un desprendimiento definitivo de su ejercicio.
- Respecto a la distinción y delimitación del objeto de estudio, entendemos que los derechos innominados deben ser abordados desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Comprendiendo a estos últimos, como instituciones jurídicas diferentes de sus garantías, que buscan incorporar pretensiones morales y están recogidas en los catálogos constitucionales. Para ello, se debe tener en cuenta el “fundamento” y el “concepto”. Con este último rasgo (aspecto normativo) podemos identificar, como dato previo, a los derechos que conforman el Sistema constitucional; mientras que con el primer rasgo (aspecto material) podemos determinar cuándo es factible recurrir a la vía de los derechos innominados para ganar nuevos ámbitos jurídicos de actuación (nuevos o implícitos derechos).

- Teniendo en cuenta que los derechos son realidades morales y jurídicas, podemos demarcar un estudio de los procesos evolutivos. Estos procesos históricos nos pueden ayudar a comprender la fundamentación racional de los derechos y, además, como se produce la ampliación del catálogo constitucional, mediante el reconocimiento progresivo de derechos, muchas veces imprevistos de manera primigenia por los constituyentes originarios. En pocas palabras, los derechos cambian con el devenir de la historia pero las exigencias mínimas se siguen manteniendo. Por otro lado, creemos que la Doctrina generacional no aporta nada nuevo a los procesos evolutivos, dado que presentan muchos equívocos y subsiste el riesgo de banalización del discurso jurídico. Por tanto, creemos que la Doctrina de los derechos innominados se presenta como una mejor opción.

- Es importante recalcar que la Doctrina de los derechos innominados, supone valorar la labor interpretativa constitucional. Esto acarrea conjugar de manera completa la dinámica de desarrollo de los derechos y el rol creativo del juez constitucional, por medio de la comprensión de la Constitución como una norma dinámica que pueda adaptarse a las circunstancias cambiantes, sin que ello presuponga una variación del marco textual. Solo de esta forma, los derechos innominados cobrarán relevancia como vía para el reconocimiento de derechos, ya sea que impliquen una configuración iusfundamental novísima (nuevos derechos), o una extensión de la configuración iusfundamental de otro u otros derechos (derechos implícitos). En cualquier caso, el juez constitucional en aras de una labor prudente, está sujeto al mandato constitucional que autoriza la concreción de normas innominadas, a la propia Constitución y a la exposición de una fundamentación racional correcta.

- Conforme a lo desarrollado en el presente trabajo, llegamos a la conclusión que los derechos innominados deben ser definidos como *“derechos iusfundamentales que no se encuentran expuestos de manera literal en la Constitución, al menos en lo que respecta de su texto jurídico, pero que conforman su contenido iusfundamental, en tanto, normas plenamente válidas y exigibles. Dado que constituyen concreciones interpretativas reconocidas por el Tribunal Constitucional, al suponer una respuesta jurídica a situaciones excepcionales que requieren protección autónoma al más alto nivel constitucional”*. Por otra parte, somos conscientes que la

ampliación del catálogo constitucional debe ser una operación moderada, sujeta a cánones estrictos; por ello, consideramos que se debe tener en cuenta el carácter subsidiario, el carácter de generalidad, la suficiencia normativa, el arraigo constitucional, así como la fundamentalidad de las normas innominadas; como pautas generales para el reconocimiento de los derechos innominados.

V. REFERENCIAS

1. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993., Trad. Garzón Valdez, E.

ANGULO LOPEZ, G., *Teoría contemporánea de los derechos, Elementos para una reconstrucción sistemática*, Dykinson, Madrid, 2015.

AÑÓN ROIG, M., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, CEC, Madrid, 1994.

ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014.

BARRANCO AVILES, M., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2011.

BARRANCO AVILES, M., CELADOR ANGON, O., Y VACAS FERNANDEZ, F. (Coord.), *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*, Dykinson, Madrid, 2012.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2005.

BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991., Trad. ASIS ROIG, R.

CARBONELL, M. (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003.

CARRILLO SALCEDO, J., *Dignidad frente a barbarie: la Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999.

CASSAGNE, J., *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, Reus, Madrid, 2016.

CAMPOY CERVERA, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006

- DE CABO A., Y, PISARELO, F. (Ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2014.
- DIAZ REVORIO, F., *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997.
- DIEZ-PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trotta, Madrid, 2014., Trad. IBAÑEZ, P.
- GARCIA ROCA, J. Y FERNANDEZ SANCHEZ, P. (Coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.
- GARZON VALDEZ, E., Y LAPORTA, F. (Ed.), *El Derecho y la Justicia*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2013.
- HERMIDA DEL LLANO, C. (Coord.), *Nuevos derechos y nuevas libertades en Europa*, Dykinson, Madrid, 2015.
- OTERO LEON, L., PEREZ RODRIGUEZ, C., FERRARI NIETO, E., Y ENRIQUEZ SANCHEZ, J., *Repensar los derechos para una sociedad globalizada*, UNED, Madrid, 2016.
- PASCUAL LAGUNAS, E., *Configuración jurídica de la dignidad humana en jurisprudencia del tribunal constitucional*, BOSCH, Barcelona, 2009.
- PECES BARBA MARTINEZ, G, *los valores superiores*, TECNOS, Madrid, 1984.
- PECES BARBA MARTINEZ, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004. Col. DE ASIS ROIG, R. Y BARRANCO AVILES, M.
- PEREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- PEREZ LUÑO, A., *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- REY MARTINEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2008.

PRIETO SANCHIS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

PRIETO ALVAREZ, T., *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

REY PEREZ, J., *El discurso de los derechos, Una introducción a los derechos humanos*, UPC, Madrid, 2011.

RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELI, F., Y BERNALES BALLESTEROS, E., *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2ª Reimp., Fondo Editorial PUCP, Lima, 2013.

SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999.

SALES I JARDI, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una interpretación constructiva*, BOSCH, Barcelona, 2015.

LACALLE NORIEGA, M., *La persona como sujeto del derecho*, Dykinson, Madrid, 2013.

LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos, comentario sistemático*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

LASAGABASTER HERRARTE, I., *Fuentes del Derecho*, LETE, Bilbao, 2007.

LASARTE ALVAREZ, C., *Compendio de derecho de la persona y del patrimonio*, Dykinson, Madrid, 2014.

MENENDEZ, A. Y ODDVAR ERIKSEN, E. (Ed.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2010., Trad. BERNAL PULIDO, C.

ETO CRUZ, G., *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano*, CEC, Lima, 2008.

ETO CRUZ, G., *Tratado del proceso constitucional de amparo*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

TAMAYO ACOSTA, J., (Dir.), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Navarra, 2012.

2. PÁGINAS WEB

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2>

http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/ZonaAdm-Contadores/Suscriptor/Mod_NormasLegales_CyE/Mod_normaslegales/normas/15072011/Gu%C3%ADa%206%20Pautas%20para%20interpretar%20la%20Constitucion.pdf

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1270&IDA=35741>

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/28408.pdf>

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2125/Justificacion_significacion_derechos_constitucionales_implicitos.pdf?sequence=1

<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/9150/8743>

<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7057/6737>

<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art11.pdf>

http://www.jstor.org/stable/24883795?seq=1#page_scan_tab_contents

<http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/27/16>

https://www.academia.edu/3827691/Derechos_constitucionales_no_enumerados_y_derecho_al_libre_desarrollo_de_la_personalidad

https://www.academia.edu/15479448/Cr%C3%ADtica_a_la_dignidad_humana_y_la_nocion_de_necesidades_b%C3%A1sicas_como_un_posible_mejor_fundamento_para_los_derechos

<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50225/30684>

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5595/7275>

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06546-2006-AA.pdf>

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.html>

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01670-2003-AA.html>

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00729-2003-HC.html>

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/342/6.pdf>

<http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v21n1/art17.pdf>

<https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/3115/2898>

<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v42n3/art06.pdf>