

# ✓ La concepción de los derechos individuales y las ilusiones constitucionales (\*)

Luiz Pinto Ferreira

## I

### Un pensamiento de Rousseau sobre el Estado de Derecho

**H**AY UN PENSAMIENTO de Rousseau en una carta dirigida al Conde de Mirabeau, que constituye la esencia de su obra **El Contrato Social**, y que llama la atención por su clarividencia: "El gran problema político que yo comparo a la cuadratura del círculo en geometría es ... pensar una forma de gobierno que ponga a la ley por encima del hombre".

La *rêverie* o divagación del publicista ginebrino tiene un punto de ironía. Esta es el arte de pensar lo que no se dice y decir lo que no se piensa. La referencia a la cuadratura del círculo es una alusión a algo concebido en el pensamiento; y no en la realidad práctica.

Esa forma de gobierno que pone a la ley por encima del hombre es progresivamente consagrada por el Estado de Derecho, con el régimen constitucional estableciendo el equilibrio entre el poder, el orden y la libertad; colocando al ciudadano por encima del Estado.

---

(\*) Traducción del portugués por la Bachiller en Derecho Mónica M. Rodríguez Nario. Revisión técnica del Dr. Domingo García Belaunde.

Los pensadores políticos, los juristas y los legisladores son los arquitectos de las almas y de las nacionalidades. Ellos no son una simple sensibilidad escondida en una torre de cristal, sino por el contrario, reflejan el mundo social y plasman el carácter de las personas y de las nacionalidades.

El gobierno de los hombres es un régimen de voluntades; el gobierno de las leyes es el de un Estado de Derecho. Hegel dice en una frase: "La historia no es el palco de la felicidad humana. Los periodos de la felicidad están en las hojas sueltas". Por ello la humanidad sigue progresando; esta es parte de su ley evolutiva enunciada en su libro **Lecciones de Filosofía de la Historia**: "La historia es la conciencia progresiva de la libertad". El Estado democrático de derecho es la concreción de esa libertad.

## II

### Las constituciones como cartas de libertad

Las constituciones son cartas de libertad, normas de contención al Estado absolutista. La primera ley constitucional escrita del mundo, la **Magna Carta Libertatum**, surgió como un conjunto de reglas limitativas del poder estatal.

La Constitución es el orden jurídico fundamental del Estado. Ella enumera el elenco de derechos humanos y formaliza un instrumento de gobierno. La Constitución es una hoja de papel donde se hallan escritos los derechos del pueblo e instrumentalizada una forma de gobierno y de Estado. Es el acto del poder constituyente. Es el texto legal en el que se enuncian y garantizan determinados derechos y se prescribe cómo se forma el orden estatal y se separan los poderes.

Las constituciones no sólo enuncian las libertades humanas, sino los remedios aseguradores de tales derechos, frecuentemente acoplando el derecho con la garantía, pues innumerables veces éste ha de ser atacado y violado.

Rui Barbosa señalará, con corrección, que una cosa son los *derechos* y otra las *garantías*. Deben ser separadas "en el texto de la ley fundamental, las disposiciones meramente *declaratorias*, que son las que imprimen existencia legal a los derechos reconocidos, y las disposiciones *aseguradoras* que son las que, en defensa de los derechos, limitan el poder. Aque-

llas instituyen *los derechos*; éstas, *las garantías*; no es un hecho raro que se junten, en la misma disposición constitucional, lo legal, el establecimiento de la garantía, con la declaración del derecho". (1)

Por eso, afirmará Sampaio Dória, que no son precisas las líneas divisorias entre derechos y garantías, porque "los derechos son garantías, y las garantías son derechos". (2) Queda así a la doctrina indagar dónde se encuentran las garantías y dónde se hallan los derechos, en el enunciado del Título II de la Constitución (brasileña) de 1988: **De los Derechos y Garantías Fundamentales**.

En el derecho constitucional clásico son diversos los esfuerzos para desprender los elementos de la personalidad del hombre en la propia persona, en las cosas y en las acciones. Blackstone los llamaba *derechos individuales* o *absolute rights of individuals*, término éste más o menos equivalente a los *individual rights* de Cooley o, los *rights of individuals* de Dillon. Von Holst (3) los apellida *Recht Einzelner*; Stier-Somlo se refiere a los *Grundrechte der Einzelperson*, Biscaretti di Ruffia menciona los *diritti individuali*, en tanto que Posada orienta su preferencia por el término *derechos individuales*, a pesar de reconocer la impropiedad de tal denominación. (4)

Celso Ribeiro Bastos en su **Curso de Direito Constitucional** (São Paulo, 1989, Saraiva, p. 151) precisa que: "Se da el nombre de libertades públicas, de derechos humanos o individuales, a aquellas prerrogativas que tiene el individuo dentro del Estado. Es uno de los componentes mínimos del Estado constitucional o del Estado de Derecho".

También son usadas las expresiones *libertades fundamentales* y *libertades públicas* para referirse a los derechos fundamentales. La primera expresión es limitativa, pues se refiere apenas a algunas libertades. La última fue adoptada por los doctrinarios franceses, procurando darle un

---

(1) *Vid. República: teoria e prática (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República, Seleção e coordenação de Hilton Rocha)*, Petrópolis/Brasília, Vozes, Câmara dos Deputados, 1978, p. 121 y 124.

(2) Sampaio Dória, *Direito Constitucional*, São Paulo, 1953, 3a. ed., v. II, p. 257.

(3) Von Holst, *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von America*, § 84, p. 135, apud Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Rio de Janeiro, 1932, v. 5, p. 186.

(4) Stier-Somlo, *Freiheitsrecht*, in "Handwoerterbuch der Rechtswissenschaften", Berlin-Leipzig, 1929, v. 3, p. 50-55; Posada, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1894, p. 397, 400, 419, 421.

llas instituyen *los derechos*; éstas, *las garantías*; no es un hecho raro que se junten, en la misma disposición constitucional, lo legal, el establecimiento de la garantía, con la declaración del derecho". (1)

Por eso, afirmará Sampaio Dória, que no son precisas las líneas divisorias entre derechos y garantías, porque "los derechos son garantías, y las garantías son derechos". (2) Queda así a la doctrina indagar dónde se encuentran las garantías y dónde se hallan los derechos, en el enunciado del Título II de la Constitución (brasileña) de 1988: **De los Derechos y Garantías Fundamentales.**

En el derecho constitucional clásico son diversos los esfuerzos para desprender los elementos de la personalidad del hombre en la propia persona, en las cosas y en las acciones. Blackstone los llamaba *derechos individuales* o *absolute rights of individuals*, término éste más o menos equivalente a los *individual rights* de Cooley o, los *rights of individuals* de Dillon. Von Holst (3) los apellida *Recht Einzelner*; Stier-Somlo se refiere a los *Grundrechte der Einzelperson*, Biscaretti di Ruffia menciona los *diritti individuali*, en tanto que Posada orienta su preferencia por el término *derechos individuales*, a pesar de reconocer la impropiedad de tal denominación. (4)

Celso Ribeiro Bastos en su **Curso de Direito Constitucional** (São Paulo, 1989, Saraiva, p. 151) precisa que: "Se da el nombre de libertades públicas, de derechos humanos o individuales, a aquellas prerrogativas que tiene el individuo dentro del Estado. Es uno de los componentes mínimos del Estado constitucional o del Estado de Derecho".

También son usadas las expresiones *libertades fundamentales* y *libertades públicas* para referirse a los derechos fundamentales. La primera expresión es limitativa, pues se refiere apenas a algunas libertades. La última fue adoptada por los doctrinarios franceses, procurando darle un

---

(1) *Vid. República: teoria e prática (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Seleção e coordenação de Hilton Rocha)*, Petrópolis/Brasília, Vozes, Câmara dos Deputados, 1978, p. 121 y 124.

(2) Sampaio Dória, *Direito Constitucional*, São Paulo, 1953, 3a. ed., v. II, p. 257.

(3) Von Holst, *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von America*, § 84, p. 135, apud Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Rio de Janeiro, 1932, v. 5, p.186.

(4) Stier-Somlo, *Freiheitsrecht*, in "Handwoerterbuch der Rechtawissenschaften", Berlin-Leipzig, 1929, v. 3, p. 50-55; Posada, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1894, p. 397, 400, 419, 421.

sentido más amplio, comprendiendo los derechos fundamentales en general, y los conceptos de *libertad-autonomía* identificado con los derechos individuales clásicos y *libertad-participación*, que son los derechos o libertades políticas. (5) En la libertad de participación no se incluyen los derechos económicos y sociales.

Actualmente los derechos del hombre tienen un significado más amplio. Sin dejar de lado los derechos clásicos tradicionales, surgirán los derechos sociales, bien sea como derechos socio-culturales y económicos, cuya formulación enriquecerá la enunciación clásica de tales derechos.

### III

#### Clasificación de los derechos humanos

Diversas clasificaciones han sido propuestas para los derechos del hombre. El profesor Schmitt, en su *Verfassungslehre*, distingue cuatro grupos de derechos del hombre, a saber, los derechos de libertad del individuo aislado (libertad de conciencia, libertad personal, propiedad privada, inviolabilidad de domicilio, secreto de la correspondencia), a los cuales se suman los derechos de libertad del individuo en relación con otros (libertad de manifestación de opinión, de expresión, de imprenta, de culto, de reunión y de asociación); acompañados de los clásicos derechos políticos del ciudadano en el Estado (igualdad ante la ley, derecho de petición, de sufragio, acceso a los cargos públicos) y, finalmente, los "derechos y pretensiones socialistas" (derecho al trabajo, a la asistencia, socorro, educación e instrucción). (6)

El análisis de Stier-Somlo, en sus trabajos intitulados *Grundund Freiheitsrecht im einzelne y Socialisierung*, refuerza esas conclusiones, tras diferenciar los siguientes grupos de derechos fundamentales: a) derechos fundamentales del individuo (*Grundrechte der Einzelperson*); b) derechos ético-sociales (*sozial-ettische Grundrechte*); c) derechos polí-

(5) Georges Burdeau, *Le Libertés Publiques*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, p.10. Claude Alberi Colliard, *Libertés Publiques*, Paris, Dalloz, 1972, p. 23-24.

(6) Schmitt, *Verfassungslehre*, Muenchen-Leipzig, 1928.

ticos (*politische Gemeinschaftsrechte*); y d) Derechos socialistas (*Grundrechte, die Sozialisierung betreffen*). (7)

La Constitución italiana de 1948 enumera cuatro clases de derechos del hombre, según el tipo de relación en que ellos se basen: a) derechos que establecen las *relaciones civiles*, que corresponde a los clásicos derechos individuales; b) derechos basados en las *relaciones ético-sociales*; c) los derechos basados en las *relaciones económicas*; d) derechos fundados en *relaciones políticas*.

El profesor José Afonso da Silva elabora una clasificación conforme a nuestro derecho constitucional, refiriéndose a su contenido, a la naturaleza del bien protegido y al objeto tutelado. (8) En síntesis, basándose en la Constitución brasileña de 1988, clasifica a los derechos fundamentales en cinco grupos, a saber: I.- derechos individuales (art. 5), que son también las libertades civiles o *libertad-autonomía*, como son designadas en Francia; II.- derechos colectivos (art. 5), que son los derechos fundamentales del hombre-miembro de una colectividad; III.- derechos sociales (art.6) y otros de la Constitución (arts. 193 y ss); IV.- derechos a la nacionalidad (art. 12); V.- derechos políticos (arts. 14 al 17).

Recordemos que la Constitución no incluye los *derechos económicos* entre los derechos sociales fundamentales, a pesar de que ellos existen, como puede apreciarse en la parte relativa al *Orden económico y financiero* (arts. 170 al 192). (8)

Gran parte de la doctrina brasileña, como Sampaio Dória y José Afonso da Silva, señalan que las *garantías* constitucionales son también *derechos*, que si bien no proceden por ahora a otorgar un bien o una ventaja por sí solos, son considerados, por el segundo de los autores citados, como *derechos instrumentales*, porque permiten tutelar un derecho *principal*. (9)

---

(7) Stier-Somlo, *Grund- und Freiheitsrecht im Einzelne*, in "Hwb. der Rechts", cit., v. 3, p. 50-5.

(8) José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, 1989, 5a. ed., p. 164.

(9) José Afonso da Silva, cit., p. 360.

## IV

### El binomio libertad vs. poder

En el binomio poder *versus* libertad, o viceversa, la libertad prevalece. El derecho constitucional clásico daba primacía a la organización de los poderes, que eran colocados con anterioridad a la declaración de derechos. Actualmente encontramos un cambio de orientación, pues diversas constituciones como la de Alemania, Italia o del Brasil dan prevalencia a las declaraciones de derechos, las cuales se encuentran inmediatamente después del preámbulo, tomando el lugar anteriormente dedicado a la organización del Estado.

El texto de la declaración de derechos ha trasladado su topografía, y ha pasado a encabezar el listado de las normas constitucionales. Tal transformación tiene un evidente significado: el reconocimiento de la importancia básica que la declaración de derechos tiene en el sistema ordenado por el derecho.

Es el propio principio de la libertad pluralizado en las diversas clases de derechos humanos, el que condiciona todo el orden constitucional y objetiva su supremacía.

## V

### Aplicación inmediata de los derechos fundamentales

Conviene también señalar otra innovación importante en la sistemática de los derechos y deberes individuales y colectivos, la cual se basa en el principio previsto en el artículo 5, LXXXVII, § 1o. *in verbis*: "Las normas que establecen derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata".

Es de observarse que el párrafo limita la aplicación inmediata a los "derechos y garantías fundamentales", esto es, a los derechos y garantías enunciados en el Título II de la Constitución (del Brasil).

La idea de aplicación inmediata, que es una buena intención del legislador constituyente, debe ser apreciada en una forma crítica. Conforme a las enseñanzas de Cooley, en orientaciones divulgadas en el Brasil por Ruí Barbosa, las normas constitucionales son auto-ejecutables

(*self-executing provisions*) cuando son completas y plenas tanto en su aplicación como en su hipótesis. De ellas se extraen reglas por las cuales las personas pueden usufructuar del derecho otorgado o ampararse en el caso de los derechos instrumentales. De otro lado, existen normas que no son auto-ejecutables (*not self-executing provisions*). Estas últimas son normas incompletas, pues, según Rui Barbosa, "no revisten de medios de acción esenciales que los derechos otorgan, o los encargos que imponen: establecen competencias, atribuciones, poderes, cuyo ejercicio tiene que aguardar a que el legislador, según su criterio, los habilite para ejercerse". (Ver al respecto: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Os princípios do Direito Constitucional e o art. 192 da Carta Magna*, RDP, 88: 162).

Evidentemente hay una contradicción en el legislador constituyente cuando habla de la aplicación inmediata de los preceptos constitucionales. La propia Constitución se refiere al mandato de injunción (*mandado de injunção*) a falta de la norma reglamentaria, posibilitando también aludir a los casos de inconstitucionalidad por omisión. El propio texto constitucional está lleno de casos de remisión a la legislación infraconstitucional en el art. 5, como se ve en los incisos VIII, XV, XVIII, XXIV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XLVI, LX.

Al respecto, escribió Kelsen, en su *Teoría General del Estado* (traducción española, 15a. ed., México, p. 204): "La regulación de los derechos de libertad no tiene relevancia jurídica más que en el caso de que tenga el carácter de ley constitucional formal, es decir, cuando la modificación de las normas reguladoras de dichos derechos no es posible más que bajo ciertas condiciones gravosas (por ejemplo, mediante una resolución parlamentaria adoptada por un *quorum* especial). Entonces, la facultad legal de invadir la esfera protegida de libertad no puede realizarse sino como revisión constitucional, por tanto, con mayores dificultades que una ley ordinaria; y así, la esfera de libertad goza, de hecho, de una cierta protección jurídica preferente, sin llegar por eso a convertirse en derecho. Pero la garantía constitucional de los derechos de libertad no pueden realizarse según la forma usual, declarando que la propiedad es inviolable y que la expropiación sólo será posible en virtud de una ley, o que la libre emisión del pensamiento sólo puede ser limitada por ley; pues en ese caso la garantía constitucional desaparece desde el momento que la Constitución delega en la legislación ordinaria las invasiones en la esfera de la libertad".

El texto de nuestra Constitución que da aplicación inmediata a los

preceptos de los derechos fundamentales, procede de la Constitución alemana de 1949, en su art. 1 o.:

“artículo 1 (Protección de la dignidad del hombre)

(1) La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán reconoce, por tanto, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de cualquier comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los derechos fundamentales que a continuación se detallan constituyen derechos directamente aplicables para los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial”.

El texto en alemán del artículo 1, inciso 3 es el siguiente: “*Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht*” (10). En Brasil es loable la tesis de la inmediatez en la aplicación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales, pero son de difícil realización práctica en nuestra vida real, lo que nos lleva a recordar la teoría de las ilusiones constitucionales.

## VI

### El aspecto analítico de la nueva Constitución Federal brasileña de 1988

La nueva Constitución Federal de 1988, con 315 artículos, de los cuales la mitad remiten a la legislación infraconstitucional, 33 leyes complementarias y 124 leyes ordinarias, pertenece a la familia liberal de las constituciones analíticas propias de los países en desarrollo. Ella dedica gran parte de su contenido a los derechos humanos, nueva expresión de los derechos naturales del hombre y del ciudadano de la Revolución Francesa. Expresión aun más amplia porque comprende a los derechos individuales, los intereses difusos y colectivos, así como los derechos sociales, económicos y laborales que la modernizan como un instrumento de cambio social.

(10) Giese, *Grundrechte für die Bundesrepublik Deutschland*, Francoforte, 1955, p. 13: “Für Verwaltung und Rechtsprechung haben die Grundrechte in alle Regel und rechtsvermutlich aktuelle, d.h. unmittelbar verbindliche und verpflichtende Wirkung”.

La Constitución es una Constitución a medias, pues depende de una gran cantidad de procesos legislativos para su cumplimiento integral, y es, especialmente en el campo de los derechos laborales y económicos, de difícil aplicación.

Con todo, el trabajo es una de las fuentes principales de riqueza de las naciones. El trabajo todavía tiene, en gran parte del país, un sentido humillante y triste; en un mundo saturado de injusticias, de contrastes chocantes, envuelto en una onda de pesimismo.

## VII

### Las ilusiones constitucionales

Las constituciones del Brasil han sido grandes ilusiones constitucionales. La mayoría de sus disposiciones no han tenido cumplimiento, tampoco existe el culto a la legalidad y a la Constitución.

Pontes de Miranda, atento a esas ilusiones constitucionales, decía en sus *Comentários á Constituiçao dos E.U. do Brasil* (Rio de Janeiro, 1935, 2 v., I, p. 89): "La Constitución de hoy no puede ser abstracta, vaga, simple formalismo sin sustancia. Tiene que ser viva, palpable, normativa, atenta a los intereses y a la legislación con la que tiene que vivir".

"Nada hay más peligroso que hacer una Constitución sin el propósito de cumplirla, o que sólo se cumplan los preceptos que se necesitan, o se entiendan que 'deben' ser cumplidos, lo que es peor".

"No cumplirla es estrangularla al nacer". (*Comentários*, 1935, I, p. 13).

Pontes de Miranda constata que nuestro constitucionalismo está lleno de "intenciones ideológicas", "que están en un terreno ético, casi siempre en fórmulas expresamente vagas e ingenuas". (*Comentários*, 1935, p. 13 y 14).

Las palabras *ilusión constitucional* fueron usadas por primera vez por Marx en *Nueva Gaceta Renana* (*Neue Rheinische Zeitung*, del 14.9. 1848) y fue así incorporada al arsenal filosófico del marxismo. "Se da el nombre de ilusión constitucional al error político que consiste en tener como existente un orden moral, jurídico, legal, en una palabra, 'constitucional' cuando ese orden en verdad no existe".

Envolvamos cariñosamente tales constituciones en la mortaja púrpura en que duermen las leyes muertas.

Se puede decir de esas constituciones lo que Marx afirmó en su libro *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, sobre la Constitución francesa de 1848: "Todo dispositivo de la Constitución contiene, de hecho, su propia antítesis: En la disposición liberal, la libertad; en el adicional, la anulación de la libertad".

El mismo Marx en su folleto sobre *La Comuna de París*, publicado en 1871, afirma con ironía: "Se puede colocar en la Constitución todo lo que se quiera, con tal de que no se aplique".

Cabe finalmente recordar aquella apreciación enunciada por Duguit en su *Tratado de Derecho Constitucional* (edición francesa, II, p. 835): "La eterna quimera de los hombres es querer colocar en las constituciones la perfección que ellos mismos no tienen".

## VIII

### Los derechos instrumentales

Después de más de 20 años de asfixia de los derechos ciudadanos por causa del bonapartismo autoritario, la Constitución brasileña del 5 de octubre de 1988 trae un importante avance en lo que se refiere a los derechos del hombre, aunque con una fuerte dosis de romanticismo.

A estos derechos se yuxtaponen los nuevos instrumentos sociales para garantizarlos, llamados también derechos instrumentales, como el mandato de seguridad colectivo (*mandado de segurança coletivo*), el *habeas data*, el mandato de injunción (*mandado de injunção*), la acción de inconstitucionalidad, la acción civil pública que toma carácter constitucional, ya que éstas sólo existían antes en la legislación infraconstitucional.

El mandato de seguridad colectivo es utilizado para proteger derechos líquidos y ciertos no protegidos por el *habeas corpus* y puede ser interpuesto por partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, por una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida o en funcionamiento de por lo menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros.

El *habeas data* puede ser interpuesto por cualquier persona para asegurarle el derecho de conocer o rectificar informaciones que le conciernan, existentes en bancos de datos gubernamentales o de carácter público.

El mandato de injunción, similar al *mandatory injunction* del derecho norteamericano, que conoce ocho tipos de mandatos de injunción, puede ser interpuesto por cualquier persona siempre que, por falta de norma reglamentaria, no pueda ejercer un derecho asegurado por la Constitución. La Constitución estatuye en cierto sentido un mandato de injunción colectivo. A falta de normas reglamentarias, sirve para garantizar las libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía.

La acción civil pública, de otro lado, prevista por ley federal de 1985, ganó fuerza constitucional y sirve para la defensa de los derechos difusos e intereses colectivos, del patrimonio histórico y del propio mundo ecológico; tiene su origen en la *class action* del derecho norteamericano.

La acción civil pública permite el pronto resguardo de los llamados intereses difusos. "Los intereses difusos constituyen valores cuya titularidad trasciende la esfera meramente individual de las personas. Son derechos que pertenecen a todos, reunidos en una comunidad social. De ellos, ninguno aisladamente, es el sujeto". (José Celso de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, São Paulo, 1986, p. 433).

La acción civil pública permite la protección jurisdiccional de los intereses relativos al medio ambiente, al consumidor y a los bienes de valor artístico, estético, histórico, político y paisajístico; puede ser interpuesta: por el Ministerio Público, por la Unión Federal, por los Estados miembros, por las Municipalidades, autoridades autónomas y entidades para-estatales (entre estas últimas, las sociedades de economía mixta y las empresas públicas), también por fundaciones y, finalmente, por las asociaciones comunitarias; éstas mediante dos requisitos, a saber: que estén constituidas por lo menos un año o tengan entre sus objetivos institucionales la protección y la preservación de los intereses difusos.

Se debe distinguir entre intereses colectivos e intereses difusos.

El interés colectivo concurre cuando existe un vínculo jurídico que une a las personas del grupo entre sí, como un sindicato legitimado en

una acción colectiva de los trabajadores o el accionista legítimo que demanda la declaración de nulidad de la Asamblea General.

Los intereses difusos "son los que tienen como titular a una cadena abstracta de personas, ligadas por vínculos fácticos surgidos de alguna circunstancia similar de situaciones, pasibles de lesión sobre todos ellos, de manera poco determinada en el cuadro de crecientes conflictos". (Péricles Prats, apud, Diomar Ackel Filho, *Writs Constitucionais*, São Paulo, 1988, p. 84 y 85).(11)

## IX

### La nueva dimensión del derecho constitucional de la libertad

La Ley fundamental vigente consagra una nueva dimensión constitucional del derecho de libertad como fundamento del régimen constitucional. El derecho constitucional anterior postulaba, por el contrario, un Estado autoritario.

La dictadura monopoliza y concentra todos los poderes en manos de un solo poder, que es generalmente el Poder Ejecutivo, como bien precisaban Schmitt en su *Teoría de la Constitución* y Lenin en su obra *El Estado y la Revolución*. La dictadura se basa en el miedo. La democracia constitucional tiene como base la libertad y la tolerancia en un régimen de separación de poderes.

Toda dictadura constituye una prisión para el pueblo, sepulta a una nación entre piedras y fierros. Parece eterna y se baña con la sangre de los mártires y rebeldes. Es por ello una ilusión. Caerá, como la Bastilla, y sobre sus muros el pueblo danzará; profetiza Potiguar Matos: "el pueblo cantará al cántico de la libertad".

Toda dictadura transforma la Constitución en un harapo de papel; desencadena el terror policial, el asesinato, la tortura, cultiva el hambre, el miedo y la miseria del pueblo. Estimula la sumisión suicida, el espíritu de casta y el servilismo.

---

(11) Estudian también el tema de los derechos fundamentales los siguientes autores, en sus libros de texto: Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1979; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1989.

La libertad es la facultad de obedecer a la ley votada libremente por el consenso común.

La legalidad no se confunde con la legitimidad, pues ésta se fundamenta en el consenso y en la justicia social.

La legalidad fascista no se confunde, evidentemente, con la teoría de los derechos públicos subjetivos de la democracia occidental. El positivismo jurídico desarrolla esta tesis: el derecho es el que el Estado establece como derecho. Y cuando Hitler proclamó que el Estado era la Nación, que la Nación era el partido, que el partido era él, era el dictador, era el *Fuehrer*, el derecho se vio transformado en el más delirante arbitrio de un paranoico. De repente la tesis del positivismo desencadenó en el absolutismo, afirmaría Djacir Menezes.

El Estado debe establecer el orden en la libertad. Rousseau escribió en el **Contrato Social**: "La obediencia a la ley que está prescrita es la libertad". (*L'obéissance a la loi qu'on s'est prescrit est la liberté*). Kant comentó: "Rousseau me abrió los ojos, enseñándome a honrar a los hombres". El pensamiento de los genios muertos, es lo más vivo que existe en el mundo.

Kant en la **Metafísica de las Costumbres** se inspiró en Rousseau cuando define "la libertad como facultad de desobedecer a otra ley que no sea aquella a la que el ciudadano prestó su consentimiento".

El inolvidable Teixeira de Freitas en **Consolidação das Leis Civis** (1865) bien proclamó: "El carácter esencial del Derecho, que constituye su santidad, no está en la voluntad caprichosa de quien manda; está en los fines racionales del ser humano, en los principios de equidad y de justicia".

Aquellos hombres, ideólogos y revolucionarios, que en el mundo construirán la democracia, defenderán la libertad y la justicia social, consolidarán el desarrollo del régimen constitucional, afirma Brandeis, acreditaban ser la finalidad del Estado volviendo libres a los hombres para que desarrollen todas sus facultades. Acreditaban que la libertad es el secreto de la felicidad, y el coraje el secreto de la libertad, entendida como la tranquilidad que da la paz. Acreditaban ser la libertad de pensar como se quisiera y de hablar como se piensa, como el necesario instrumento para la consolidación de la verdadera política.

La discusión sin libertad de palabra y de reunión es fatal para el Estado y constituye la mayor amenaza a la libertad de un pueblo. El orden público no puede ser asegurado solamente por el miedo a la represión. Por el contrario, siempre es peligroso quitar la esperanza y la imaginación, pues la verdad es que el miedo genera la represión, que la represión genera el odio, el odio amenaza la estabilidad del gobierno, y el camino de la seguridad está justamente en la posibilidad de discusión y de diálogo. La función de la palabra no es la de ocultar el pensamiento ni engañar al pueblo, sino liberar a los hombres libres del juego del miedo irracional. El remedio a ser aplicado no es el silencio forzado, sino la libertad de palabra (Holmes), la plenitud de la Constitución.