

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS EN LA BÉLGICA FEDERAL

Marc Verdussen *

Sumario

1. La formulación de los derechos fundamentales
 - 1.1. El catálogo constitucional de los derechos fundamentales
 - 1.1.1. Los derechos originarios
 - 1.1.2. Los derechos subsiguientes
 - 1.1.3. Los derechos auxiliares
 - 1.2. La impotencia relativa de las comunidades federadas
 - 1.2.1. Una autonomía constitucional inexistente
 - 1.2.2. Un poder constituyente exclusivamente federal
 - 1.2.3. Una competencia de asentimiento compartido
2. La aplicación de los derechos fundamentales
 - 2.1. La practicabilidad de los derechos fundamentales
 - 2.1.1. La ordenación de los derechos fundamentales
 - 2.1.2. La limitación de los derechos fundamentales
 - 2.1.3. La conciliación de los derechos fundamentales
 - 2.2. La efectividad de los derechos fundamentales
 - 2.2.1. Los controles jurisdiccionales
 - 2.2.2. Los controles políticos y administrativos
 - 2.2.3. Los otros controles

* Marc Verdussen, profesor de la Universidad de Lovaina (UCL).
Artículo recibido el 14.7.2005.

Bélgica es un Estado federal. Ya no es solamente una monarquía constitucional y parlamentaria. Sin embargo, de ninguna manera se puede reducir el federalismo a una configuración homogénea con pretensiones de universalidad. A semejanza de los otros estados federales, Bélgica presenta sus propias peculiaridades. Los rasgos constitutivos del Estado federal belga se encuentran tanto en el marco de las circunstancias que han regido su emergencia, como en el marco de los elementos que contribuyen a su ordenación.¹ Es un Estado federal nacido de una metamorfosis progresiva que se ha producido a partir de una estructura originariamente unitaria. Se ha formado por la fragmentación de un Estado soberano bajo la presión de fuerzas centrífugas. Además, se ha constituido a partir de un encauzamiento progresivo, pues el federalismo multinacional en el que se cimienta es fruto de una larga evolución histórica. Aunque sometido a una estratificación en tres ámbitos de gobierno superpuestos y compuesto por múltiples colectividades federadas —las comunidades y las regiones—, es un Estado atravesado por una profunda bipolarización entre una población flamenca y una población francófona. Su supervivencia depende, en gran medida, de la voluntad de las partes de preservar una tolerancia recíproca.

Más allá de sus peculiaridades, todos los Estados federales del planeta se ven confrontados a todo un conjunto de problemas comunes. Por ello, en todo Estado federal la protección de los derechos fundamentales representa un punto de unión decisivo.² Bélgica no ha escapado al problema del ámbito, o de los ámbitos, de poder cualificados para proteger dichos derechos.

A efectos de comprensión del texto, haremos una distinción entre los dos aspectos centrales del tema: por un lado, la formulación de los derechos fundamentales (1); y, por el otro, su aplicación (2).

¹ Véase M. Verdussen, «El federalismo belga», *Cuadernos de Alzate*, 2004, p. 59-76.

² T. Groppi, *Il federalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 59.

1. La formulación de los derechos fundamentales

Son numerosos los Estados federales cuyo catálogo de derechos fundamentales recogidos por la Constitución se ve prolongado por los catálogos que las colectividades federales tienen el poder de establecer, cada una de ellas con respecto a lo que la concierne. Esta constante se nos revela, en particular, en los estados federales que, bajo la presión de fuerzas centrípetas, se han constituido mediante agregación; es decir, a partir de la decisión tomada por algunos estados independientes de renunciar a su soberanía estatal y fundirse en un nuevo todo estatal. Por lo general, dichos estados independientes contaban ya con un cuerpo constitucional y, por lo tanto, con derechos fundamentales; de manera que en el momento de su integración en el Estado federal emergente, fue bastante comprensible su preocupación por conservarlo. Aunque no por ello dicho cuerpo estuviera menos subordinado a la Constitución federal.

El ejemplo de los Estados Unidos es, sin duda, el más clarificador. En efecto, el *Bill of Rights* —integrado por las ocho primeras enmiendas a la Constitución y del que ya no se discute que también sea impuesto a los integrantes federados— se añade a los derechos constitucionales reconocidos por éstos últimos. Actualmente, dentro de una lógica de la subsidiariedad, incluso está considerado como un segundo círculo de la protección de los derechos fundamentales, con un primer círculo que estaría formado por los derechos de origen estatal. Aquí tenemos un retorno a la visión original de los derechos fundamentales en los Estados Unidos. El caso americano muestra que, en los estados federales formados por agregación, la cuestión de los derechos fundamentales no es tanto la de la existencia de derechos en el ámbito federado —derechos preexistentes al Estado federal— como la de saber si dichos derechos deben estar cubiertos por un catálogo propio de la Constitución del Estado federal.

A diferencia de los Estados Unidos, Bélgica no se constituyó por agregación sino que, al contrario, lo hizo por la vía de la desagregación. Las reivindicaciones autonómicas se abrieron paso en el seno de un

Estado independiente y unitario y desembocaron en la constitución, dentro de dicho Estado, de las colectividades federadas y, a partir de ello, en la transmutación federal del mismo. El Estado sigue siendo independiente, pero ya no es unitario. Esta particularidad del Estado federal belga explica que el reparto de los poderes se regule según una lógica de la devolución. En efecto, el sistema federal ha sido concebido a partir de un Estado que, hasta entonces y por la fuerza de las circunstancias, gozaba de monopolio en el ejercicio del poder público. La Constitución encierra así un catálogo de derechos fundamentales anterior a la creación del Estado federal. Tanto si se trata de modificar dichos derechos como de crear derechos nuevos, el hecho de que las colectividades federadas tengan sobre este punto un poder medianamente limitado explica el particular camino seguido por federalismo en Bélgica.

1.1. *El catálogo constitucional de los derechos fundamentales*

En Bélgica, los derechos fundamentales tienen rango constitucional.³ La Constitución, adoptada el 7 de febrero de 1831, incluye un catálogo de derechos fundamentales: son los *derechos originarios*. Posteriormente, se le añadieron nuevos derechos: nos referiremos a ellos como *derechos subsiguientes*. Finalmente, dichos derechos de rango constitucional se vieron prolongados en lo sucesivo por un cierto número de derechos derivados del derecho internacional convencional: los llamaremos *derechos auxiliares*.

1.1.1. Los derechos originarios

La Constitución belga de 1831 refleja la visión de quienes encabezaron la revolución contra el régimen holandés, de manera que los derechos fundamentales que en ella se formulan –son los derechos fundamentales tradicionales– se inspiran en la filosofía liberal predominante en el siglo XIX. Esencialmente, tales derechos están contenidos en el Título II de la

³ Véase M. Verdussen (dir.), *La Constitution belge – Lignes & entrelignes*, Bruselas, Le Cri, 2004, especialmente p. 39-120.

Constitución, intitulado: «De los belgas y de sus derechos». Se los define en términos de *libertades* (la libertad de culto, la libertad de la enseñanza, la libertad de prensa, etc.); de *derechos* (el derecho de reunión, el de presentar peticiones a las autoridades públicas, etc.); de *prohibiciones* (la prohibición de violación de domicilio o de la correspondencia, la prohibición de sustraer del juez que la ley le asigna a la persona sometida a su jurisdicción, etc.); o incluso de *afirmaciones*, como la que figura en el artículo 10 : «Los belgas son iguales ante la ley».

La protección constitucional de los derechos fundamentales no se limita, sin embargo, a las disposiciones del Título II. *Ratione materiae*, otras disposiciones, recogidas en títulos posteriores, son depositarias de derechos fundamentales específicos. La especificidad de dichos derechos es resultado de su contenido particular, como en el caso de los derechos vinculados a la ciudadanía política: el derecho de voto, el derecho de elegibilidad, etc. También es resultado de las particularidades de sus destinatarios, como en el caso de los derechos reconocidos a las personas sometidas a la jurisdicción de un juez: el derecho de audiencia pública (artículo 148), el derecho a sentencia motivada (artículo 149), o también el derecho a un jurado para determinadas infracciones (artículo 150). *Ratione personae*, el artículo 191 de la Constitución otorga a los extranjeros que se encuentren en territorio belga «la protección concedida a las personas y los bienes» –«excepto en el caso de las excepciones establecidas por la ley» –y, de ese modo, les permite disfrutar en Bélgica, en principio, de todos los derechos y libertades reconocidos a los belgas. Sin embargo, se permiten algunas excepciones que sólo pueden ser establecidas por el legislador. Conciernen, por ejemplo, a la posibilidad de que un extranjero trabaje en Bélgica. Por lo demás, el artículo 191 no concierne a los derechos políticos, que son objeto, en cuanto a este punto, de reglas particulares, como veremos más adelante a propósito de la revisión del artículo 8 de la Constitución.

1.1.2. Los derechos subsiguientes

Con la redacción que le dio la asamblea constituyente de 1831, el título II de la Constitución —y los derechos fundamentales a él asociados— se ha vuelto inadecuado en gran medida. Cuando lo comparamos con determinadas constituciones europeas adoptadas después de la II Guerra Mundial (Alemania, Italia, España, Portugal, etc.), nos vemos obligados a constatar que ofrecen catálogos de derechos fundamentales más precisos y más contemporáneos. Durante las últimas legislaturas, la asamblea constituyente belga demostró ser consciente de la necesidad de proceder a una actualización del Título II, puesto que se propuso llenar algunas lagunas. Así, gracias a los períodos de revisión constitucional que se sucedieron desde 1970, el catálogo de los derechos fundamentales ha visto cómo se ampliaban determinados derechos ya existentes. Incluso se lo ha enriquecido con algunos derechos nuevos. Estas modificaciones son la señal de una evolución en la representación política de los valores fundamentales de la sociedad. Una evolución cierta, sí; pero limitada.

En 1988, de forma concomitante a la transferencia a las comunidades de los principales aspectos de la enseñanza, se revisó el artículo 24 de la Constitución a fin de que integrara las garantías esenciales extraídas, en este ámbito, de la llamada ley del “Pacto escolar”. Además de la libertad de enseñanza, consagrada desde 1831, encontramos en él especialmente el derecho a la enseñanza, la igualdad en el acceso a la enseñanza, la gratuidad de la enseñanza obligatoria, el respeto de las concepciones filosóficas, ideológicas o religiosas de los padres, y la exigencia de reglamentación por ley de esta materia.

En 1993 y 1994, la Constitución incorporó numerosos derechos nuevos que afectan simultáneamente al *status negativus* y al *status positivus*, según la célebre clasificación de Georg Jellinek. Nos centraremos, más específicamente, en la inclusión de tres nuevas disposiciones constitucionales constitutivas de tres valores constitucionales: la vida privada y familiar, la dignidad humana y la transparencia administrativa.

La vida privada y familiar. El nuevo artículo 22 de la Constitución reconoce el derecho de todas las personas «al respeto de su vida privada y familiar». Hasta entonces, la Constitución solamente garantizaba dos configuraciones particulares del respeto a la vida privada: la inviolabilidad del domicilio (artículo 15) y la inviolabilidad de la correspondencia (artículo 29). Al generalizar la protección, la asamblea constituyente resolvió inspirarse en el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre.

La dignidad humana. El nuevo artículo 23 de la Constitución consagra el derecho de todas las personas a «llevar una existencia conforme con la dignidad humana» (párrafo 1) y, a este fin, encarga al legislador que garantice el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales (párrafo 2). Además, proporciona una lista no exhaustiva de los mismos (párrafo 3). Se trata del derecho al trabajo y a la libre elección de una actividad profesional —«en el marco de una política general de empleo tendente entre otros objetivos a garantizar un nivel de empleo tan estable y elevado como fuese posible»—, del derecho a unas condiciones de trabajo y una remuneración equitativas, del derecho de información, de consulta y de negociación colectiva, del derecho a la seguridad social, a la protección de la salud y a la asistencia social, médica y jurídica, del derecho a una vivienda digna, del derecho a la protección de un medio ambiente saludable, y del derecho al desarrollo cultural y social. Esta lista peca de disparidad: en ella se mezclan derechos verdaderamente esenciales pero difíciles de concretar en el plano normativo, derechos ya ampliamente regulados por la legislación, y derechos cuyos perfiles jurídicos son especialmente imprecisos. La inclusión de una tal disposición en el título II de la Constitución señala una ruptura con la filosofía liberal prevaleciente hasta ese momento.

La transparencia administrativa. Por su parte, el nuevo artículo 32 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a acceder a los documentos administrativos; es decir, el derecho a «consultarlos» y a «que se le suministre copia de los mismos». Se trata nada menos que de la transparencia administrativa, noción compleja de facetas múltiples y

variables. Ya se habían adoptado disposiciones legislativas antes de la consagración constitucional del derecho de acceso a los documentos administrativos; desde entonces, éstas se han multiplicado.

En 1998 se revisó el artículo 8 de la Constitución, relativo a los derechos políticos, y ello, en dos aspectos: por un lado, para los ciudadanos de la Unión Europea y, por el otro, para los ciudadanos extracomunitarios.⁴

Los ciudadanos comunitarios. La asamblea constituyente quiso que el legislador pudiera extender los derechos electorales —hasta entonces reservados solamente a los belgas— a todos los ciudadanos de la Unión Europea. La ampliación llevada a cabo por la asamblea constituyente se justifica expresamente por la necesidad de conformarse a las obligaciones internacionales y supranacionales de Bélgica. Ahora bien, el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea se limita a imponer a los Estados miembros la obligación de conceder a los nacionales europeos residentes en su territorio «el derecho de voto y de elegibilidad en las elecciones municipales». Así, la revisión constitucional afecta solamente a las elecciones comunales. En cambio, sí que se contemplan los derechos de voto y de elegibilidad. El 27 de enero de 1999, se aprobó una ley en este sentido.

Los ciudadanos extracomunitarios. En el mismo período, la asamblea constituyente autorizó la extensión del derecho de voto —pero excluido esta vez el derecho a ser elegido— «a los residentes en Bélgica que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea», y ello, en las condiciones y según las modalidades determinadas por la ley. El 19 de

⁴ Desde 1831, las disposiciones constitucionales relativas a los derechos de voto y de elegibilidad en la Cámara de Representantes y en el Senado han sufrido varias modificaciones sucesivas, que afectan a condiciones otras que la nacionalidad. Al extenderse gradualmente el ámbito de la ciudadanía, las reformas que se sucedieron durante el siglo XIX y, sobre todo, durante el siglo XX, propiciaron la emergencia de una ciudadanía más universal. [Dichas reformas] contribuyeron a elevar efectivamente los derechos de voto y de elegibilidad a la categoría de «derechos políticos fundamentales de la democracia representativa», según la expresión del Tribunal de Arbitraje.

marzo de 2004 se aprobó una ley sobre este punto. Se la aplicará por primera vez con ocasión de las elecciones comunales de 2006.

En el 2000, se incluyó en la Constitución un artículo *22bis* que reconoce a todos los niños el «derecho al respeto a su integridad moral, física, psíquica y sexual». Dicha modificación fue consecuencia directa del caso Dutroux en Bélgica, que puso al descubierto el secuestro, maltrato y asesinato de niños y adolescentes. Más allá de su alcance simbólico, impone al legislador la obligación de tomar medidas positivas para garantizar la integridad de los niños.

En 2002, lo que atrajo la atención de la asamblea constituyente fue el principio constitucional de igualdad y de no-discriminación. Desde 1831, el derecho a la igualdad estaba formulado en el artículo 10 de la Constitución en términos muy generales. Progresivamente, se lo fue entendiendo como algo que abarcaba todos los aspectos de la vida en sociedad y todas las formas de relaciones sociales. No obstante, en 2002 la asamblea constituyente quiso añadir al artículo 10 un nuevo párrafo en el que se proclama expresamente la igualdad entre mujeres y hombres. Además, en el mismo período se incluyó en la Constitución un artículo *11bis* cuyo propósito es legitimar la adopción de medidas de discriminación positiva, por un lado, en el ejercicio de los derechos fundamentales y, por otro lado, en el acceso a los mandatos electivos y públicos. Se aprobaron disposiciones legislativas para la aplicación de este nuevo artículo.

La declaración de revisión de la Constitución publicada en el *Moniteur belge* de 10 de abril de 2003 somete a revisión todo el Título II, con vistas a incorporarle nuevas disposiciones que permitan asegurar la protección de los derechos y las libertades garantizados por la Convención Europea de los Derechos del Hombre. Específicamente, la declaración apunta a la inclusión de un nuevo artículo “relativo a la pena de muerte”. Así, el 2 de febrero de 2005, se incluyó en el Título II un artículo *14bis* que abolía la pena de muerte.

¿Qué cabe pensar de estas diferentes modificaciones constitucionales y de las proyectadas? Ciertamente, el método utilizado por la asamblea constituyente invita a la crítica. Lo problemático no es que la asamblea constituyente trabaje por etapas, sino el hecho de que dichas etapas no se sitúen dentro de un plan global de refundición completa del título II. Claramente, las modificaciones efectuadas hasta el momento a los derechos y libertades son ocasionales y, por tanto, aisladas. Vienen dictadas por circunstancias particulares y responden, por tanto, a necesidades puntuales. En consecuencia, se plantea la cuestión de saber si quizá no sería más adecuado emprender, en algún momento, una refundición completa del título II de la Constitución, mediante una labor de reescritura del catálogo de derechos fundamentales. El objetivo sería contar con un cuerpo de derechos fundamentales que se distinguiera por su cohesión, su carácter exhaustivo y su modernidad.

1.1.3. Los derechos auxiliares

Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución — originariamente o subsiguientemente— son derechos de primera categoría y se ven consolidados por los derechos reconocidos por los tratados internacionales a los que Bélgica está vinculada. Pensamos sobre todo en la Convención Europea de los Derechos del Hombre y sus protocolos adicionales. En Bélgica, los derechos convencionales vienen a reforzar los derechos constitucionales en más de un aspecto.

Sin embargo, dichos derechos auxiliares no son más que derechos de segunda categoría. En efecto, la Convención Europea de los Derechos del Hombre tiene un papel subsidiario en relación con los órdenes jurídicos nacionales.⁵ La subsidiariedad de la Convención remite a un precepto simple: es preferible privilegiar el sistema que está más cerca de quienes son sus beneficiarios y, como lo último está parcialmente relacionado con lo primero, es el sistema considerado como el más eficaz. Es la idea de

⁵ Véase M. Verdussen, «La protection des droits fondamentaux en Europe: subsidiarité et circularité», en *Le principe de subsidiarité* (dir. F. Delpérée), Bruselas, Bruylant, París, L.G.D.J., 2002, p. 315-318.

que un derecho fundamental está tanto más protegido, y es por lo tanto más respetado, cuanto que su formulación normativa es sello de la identidad cultural del Estado que lo consagra. Así, los derechos de la Convención sólo representan un estándar mínimo. Son una base perfectible que cada Estado, por la vía constitucional, quizá quiera adaptar, dentro de una lógica de contextualización —y dentro de los límites del margen de apreciación que le sea reconocido—, o quizá quiera enriquecer, dentro de una lógica de complementariedad.

1.2. *La impotencia relativa de las comunidades federadas*

En la formulación de los derechos fundamentales, las colectividades federadas gozan de un margen de maniobra como mínimo limitado. En razón de una *autonomía constitucional inexistente*, no tienen el poder de dotarse de una constitución ni, por lo tanto, de un catálogo propio de derechos fundamentales. Además no intervienen, como tales, en el ejercicio de una *asamblea constituyente exclusivamente federal*. El único poder con que cuentan se halla en el ámbito de la adopción de los derechos auxiliares, que son los resultantes de los tratados internacionales, sometidos al principio de la *competencia de asentimiento compartido*.

1.2.1. Una autonomía constitucional inexistente

El estatuto de las colectividades federadas, incluidos la composición, las atribuciones y el funcionamiento de sus órganos, está regulado por la Constitución y por leyes, generalmente especiales, llamadas *de reformas institucionales*. No obstante, la mayoría de comunidades y regiones gozan de cierta autonomía organizativa que les permite —mediante disposiciones particulares y, por lo tanto, dentro de una lógica asimétrica— establecer excepciones a las disposiciones adoptadas por la autoridad federal para todas las colectividades federadas. ¿Quiere esto decir que dichas colectividades gozan de una autonomía constitucional? En absoluto. Ninguna comunidad ni ninguna región tienen el poder de dotarse de un texto constitucional. En suma, la función constituyente no ha sido desmembrada. De ello se deriva que los derechos fundamentales

consagrados por la Constitución se imponen a todas las autoridades indiferentemente, tanto si son federales como federadas. En cuanto a éstas últimas, se ven privadas por lo tanto de la potestad de establecer su propio catálogo de derechos fundamentales. ¿Qué cabe pensar?

Toda colectividad preocupada por el desarrollo de la persona supone la existencia de lo que Klaus Kinkel llama un «consenso ético fundamental». Dentro del orden de la sociedad estatal, dicho consenso encuentra su traducción más inmediata en el catálogo de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución. Es la idea de que los derechos fundamentales tienen la capacidad de representar el substrato mínimo de toda colectividad que, más allá de las discrepancias y de sus particularismos, aspire a perpetuarse en tanto que comunidad viable. Por su integración en orden constitucional, trasciende a la vez a la colectividad federal y a las colectividades federadas. Así, la coexistencia en el seno de un mismo Estado de varios grupos más o menos diferentes no lograría ocultar la necesidad de un fondo común de valores compartidos.

1.2.2. Una asamblea constituyente exclusivamente federal

Encarnación de los valores fundamentales de la sociedad belga, la Constitución tiene la capacidad de disfrutar de una cierta perennidad, sin estar por ello petrificada sobre un pedestal de reglas intangibles. En su artículo 195, dispone un procedimiento de revisión del texto constitucional. De él se desprenden dos principios importantes. Por una parte, toda modificación, adición o supresión de un artículo de la Constitución se tiene que aprobar por una mayoría de dos tercios, tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado. Por otro lado, para iniciar una revisión de este tipo, las asambleas deben ser “constituyentes”. Y sólo poseen esta cualidad si, en la legislatura precedente, se ha aprobado una declaración de revisión constitucional; es decir, un texto por el que el poder legislativo declara que sería conveniente revisar tal o cual disposición de la Constitución. Por sí misma, dicha declaración tiene como efecto disolver las asambleas y, en consecuencia, convocar a los electores a la elección de nuevas asambleas. Éstas serán legislativas:

votarán leyes y controlarán la acción del gobierno. Pero también serán constituyentes: podrán revisar los artículos que hayan sido declarados revisables.

Actualmente, el procedimiento de revisión constitucional plantea problemas en más de un aspecto. Uno de los escollos reside en la inadecuación de este procedimiento al carácter federal del Estado. Idealmente, en un Estado federal la revisión de la Constitución no debería estar reservada únicamente a las autoridades federales. Un estudio científico canadiense sobre las revisiones constitucionales en los Estados federales recuerda que la implicación de las colectividades federadas es un postulado vinculado a la naturaleza misma del federalismo⁶. Dicho postulado tiene un fundamento teórico. En los Estados federales, la asamblea constituyente, al aprobar la Constitución, produce un orden jurídico global —el orden jurídico constitucional— que se impone al mismo tiempo al orden jurídico de la colectividad federal y a los órdenes jurídicos de las colectividades federadas. Dicho orden jurídico constitucional desempeña una doble función de estructuración y de nivelación, puesto que le corresponde articular con coherencia los diferentes órdenes jurídicos de la sociedad estatal, garantizando a la vez la mejor equivalencia posible entre el orden jurídico federal y los órganos jurídicos federados. Es precisamente por esta razón que el procedimiento de revisión constitucional debe incorporar a todo el conjunto de las colectividades integradas a dicho orden, y no únicamente a la colectividad federal.

Actualmente se pueden considerar diversas fórmulas.

Una primera fórmula consiste en hacer del Senado una asamblea plenamente representativa de las comunidades y de las regiones. Todos lo

⁶ L. Massicotte et A. Yoshinaka, «Les procédures de modification constitutionnelles dans les Fédérations», *Revue d'études constitutionnelles*, 2000, vol. 5, p. 140. Véase M. Verdussen, «La procédure de révision de la Constitution: données comparatives», en *La procédure de révision de la Constitution* (dir. F. Delpérée), Bruselas, Bruylant, 2003, especialmente pp. 100-106.

sabemos: en un Estado federal, la composición del Senado debería «traducir una representación *qualitate qua* de todas las entidades federadas de la federación belga». ⁷ ¿Acaso la adopción de esta fórmula permitiría, por eso, garantizar la implicación real de las entidades federadas en el proceso de revisión de la Constitución? Hay quien lo duda.

Una segunda fórmula impone la ratificación de toda revisión de la Constitución por parte de las entidades federadas. Así, el Parlamento de cada colectividad federada sería llamado a dar su aprobación. Esta claro que esta solución se tiene que descartar. En los Estados que la han adoptado —como los Estados Unidos o el Canadá— se ha visto que el llevar a su término las enmiendas constitucionales era, como mínimo, un proceso arduo. La fórmula aún es menos apropiada en el caso de un Estado bipolar y conflictivo como Bélgica, donde su puesta en funcionamiento tropezaría con dificultades inextricables.

Se perfila una tercera fórmula. Se trataría de subordinar toda revisión de la Constitución a una mayoría de los sufragios dentro de cada grupo lingüístico de cada agrupación, lo que ya se aplica en el caso de las leyes especiales apuntadas en el artículo 4, párrafo 3, de la Constitución. La doctrina se pregunta entonces «si el artículo 195 de la Constitución no debería ser corregido en lo que se refiere a este punto, y si no sería oportuno concebir mecanismos más próximos a los que rigen la elaboración de las leyes especiales». ⁸ De ahí a asimilar la Constitución a las leyes especiales no hay más que un paso, que no podría dar bajo ninguna circunstancia. Las leyes especiales de reformas institucionales son leyes federales. Son jerárquicamente inferiores a la Constitución, aunque sean superiores a las leyes ordinarias. De hecho, se las vota en la Cámara de Representantes y el Senado, lo que no sucede con todas las leyes ordinarias. Además, se las vota según modalidades más estrictas que

⁷ A. Alen, «La nécessité d'un Sénat comme seconde chambre des Etats et comme garant de la qualité de la législation», en *Quelles réformes pour le Sénat?*, Bruselas, Bruylant, 2002, p. 22.

⁸ F. Delpérée, «La Constitution-carrefour», *Revue belge de droit constitutionnel*, 2002, p. 10.

las previstas para la aprobación de leyes ordinarias: requieren una mayoría de sufragios dentro de cada grupo lingüístico (francés y holandés) que integra cada una de las asambleas federales, lo que la convierte en un mecanismo de protección de la minoría lingüística (en este caso, francófona) en el seno del Parlamento federal. La aprobación de las leyes especiales sólo se impone en los supuestos expresamente recogidos por la Constitución. Generalmente, se trata de prolongar, precisándolas, es decir, completándolas, las disposiciones constitucionales relativas a la organización de las comunidades y de las regiones (composición y funcionamiento de los órganos, definición de atribuciones, establecimiento de recursos financieros, etc.). Además, generalmente, estas disposiciones están desprovistas de efecto directo, de manera que la intervención del “legislador especial” es la condición misma para su aplicabilidad.

1.2.3. Una competencia de asentimiento compartido

En Bélgica, las comunidades y las regiones tienen potestad para firmar tratados internacionales en las materias que son de su competencia, lo que reduce en consecuencia el *treaty making power* de la colectividad federal. Dicho poder es resultante del artículo 167, párrafos 1 y 3, de la Constitución. De darse el caso, el gobierno de la comunidad o región firma y ratifica el tratado una vez lo ha ratificado el Parlamento de la comunidad o región.

Los tratados llamados *mixtos* son, según el artículo 167, párrafo 4, de la Constitución, los tratados que «no se refieren exclusivamente a materias que son competencia de las comunidades o de las regiones por o en virtud de la Constitución». Claramente, son tratados que se refieren a la vez a asuntos federales, comunitarios, o regionales. Dichos tratados no pueden ser firmados, ratificados ni aprobados únicamente por la autoridad federal. Implican la intervención de las comunidades o de las regiones, o de ambas, según las modalidades definidas por un acuerdo de cooperación. Una de dichas modalidades es el asentimiento, que se requiere de las correspondientes asambleas parlamentarias. Generalmente, los tratados

relativos a los derechos fundamentales se tienen que considerar tratados mixtos. Así, la Convención relativa a los derechos de la infancia de 20 de noviembre de 1989 ha sido objeto, por un lado, de una ley federal de asentimiento y, por otro, de tres decretos comunitarios de asentimiento.

2. La aplicación de los derechos fundamentales

A semejanza de toda norma, un derecho fundamental es para ser aplicado, en el sentido de que debe ser ejecutado, puesto en práctica, traducido a la realidad empírica. En efecto, excepto cuando se considere que la utilidad social de un derecho fundamental se limita a su contenido simbólico, es fácil de entender que se resista a ser reducido al estado de un derecho formulado, de un derecho reducido a un texto.

La aplicación pertinente y realista de un derecho fundamental exige la adopción de medidas enfocadas a la vez a su practicabilidad y a su efectividad. La *practicabilidad* descansa sobre la idea de que, por lo general, un derecho fundamental, aún directamente aplicable, como tal no está en condiciones —en la formulación que le ha dado su autor— de ser utilizado. Muchas veces se lo tiene que concretar, relativizar, es decir, ajustar. A nuestro entender, la practicabilidad de un derecho fundamental es condición necesaria para su eficacia, para su capacidad de producir los efectos supuestos. La *efectividad* concierne a la medida en que un derecho fundamental inspira respeto en las prácticas sociales. Aunque no se puede negar que la validez jurídica de una norma no depende de su efectividad —una regla de derecho que no sea respetada no pierde por ello su carácter jurídico—, también es cierto que la aplicación de una norma adquiere su pleno sentido cuando dicha norma es seguida por sus destinatarios.

2.1. La practicabilidad de los derechos fundamentales

El sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales se articula alrededor de tres ejes. Primeramente, dichos derechos se formulan en términos muy generales. En segundo lugar, no son absolutos.

Finalmente, no se hallan vinculados por ninguna relación de jerarquía. De ello se desprende una triple consecuencia: los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución se ven sometidos a medidas de *ordenación*, de *limitación* y de *conciliación*.⁹ Para cada uno de estos principios de ejecución, es conveniente determinar las atribuciones respectivas del ámbito federal y de los ámbitos federados.

2.1.1. La ordenación de los derechos fundamentales

Puesto que han sido vertidos a redactados medianamente concisos y fundamentados sobre términos en gran medida indeterminados —la igualdad, la libertad, la integridad, la dignidad, la neutralidad, o incluso la propiedad, por mencionar sólo algunos ejemplos—, los derechos fundamentales exigen una ordenación legislativa. O sea, recae en el legislador la tarea de organizar el ejercicio concreto de los derechos constitucionales.

¿Está el legislador obligado a intervenir, o se trata de una simple facultad? Sin ninguna duda, todo derecho fundamental reviste una dimensión subjetiva. Históricamente, dicha dimensión es, de hecho, la primera: los derechos fundamentales son, ante todo, derechos de defensa. Con todo, se plantea la cuestión de saber si los derechos fundamentales no revisten también una dimensión objetiva, en el sentido de que obligarían al Estado no solamente a abstenerse de toda ingerencia ilegítima en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino también a actuar en favor de un ejercicio efectivo de esos mismos derechos fundamentales. Ciertamente, un número determinado de derechos fundamentales poseen, por su naturaleza, una dimensión objetiva, porque no tendrían ninguna incidencia sin una intervención activa del Estado. Es el caso, precisamente, de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero, ¿qué sucede con los demás derechos fundamentales? ¿Acaso no deberíamos admitir que la

⁹ E. Willemart, «L'aménagement, la limitation et la conciliation des droits fondamentaux», en *Fundamental Rights in Europe and North America*, *op. cit.*, (ed. A. Weber), Kluwer Law International, 2002, p. 13-37.

consagración por la asamblea constituyente de un derecho fundamental, sea el que sea, implica de por sí que el Estado, y especialmente el legislador, tienen la obligación de poner en práctica acciones positivas y concretas a favor de una protección más efectiva de dicho derecho fundamental? En los textos jurídicos contemporáneos, en Europa hay una tendencia, cada vez más marcada, a considerar que dicha dimensión objetiva es inherente a la noción misma de derecho fundamental. Es la idea, recogida por determinada jurisprudencia, de que el Estado, y sobre todo el legislador, deben actuar para promover todos los derechos fundamentales.

Tanto si se trata de una facultad como de una obligación, debe quedar entendido que la intervención del legislador halla su fundamento en la naturaleza misma de los derechos fundamentales. No es necesaria una habilitación constitucional expresa. Ya está implícita en todo derecho fundamental. Sin embargo, a veces la asamblea constituyente se propone invitar formalmente al legislador a reglamentar el ejercicio de un derecho fundamental. El ejemplo del artículo 23 de la Constitución es, a este respecto, revelador: en él, el legislador ve cómo se le asigna la tarea de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, y de determinar las condiciones de su ejercicio. Actuando así, la asamblea constituyente pretende poner de relieve que se trata de una obligación real del legislador. Y además, no se trata de una obligación cualquiera: se trata de una obligación de garantía.

Con todo lo dicho, aún nos queda un aspecto por examinar. ¿Cuál es el legislador encargado de organizar concretamente el ejercicio de los derechos constitucionales? ¿El legislador federal? ¿Los legisladores de las comunidades y regionales? ¿Todos los legisladores conjuntamente?

En una sentencia dictada en 1991,¹⁰ el Tribunal de Arbitraje consideró que la ordenación de los derechos fundamentales era de competencia

¹⁰ T.A., Sentencia n. 14/91, de 28 de mayo de 1991.

exclusiva del legislador federal. En una sentencia dictada en 1999,¹¹ dio un viraje espectacular en jurisprudencia. Consideró que «la consagración, por la Constitución y los tratados internacionales, de los derechos y las libertades fundamentales no significa, bajo ningún concepto, que su reglamentación será competencia exclusiva, en tanto que tal, de la autoridad federal». En efecto, «corresponde a cada autoridad asegurar su respeto, concretizándolos en el ejercicio de las competencias que le son propias». Ésta es también la postura adoptada finalmente —después de algunas tergiversaciones— por la sección de legislación del Consejo de Estado, según la cual los derechos fundamentales no representan realmente una materia en sí, de manera que una competencia exclusiva del legislador federal no se podría deducir de la supuesta necesidad de una protección uniforme de dichos derechos.¹² Así queda consagrado, en este ámbito, el principio del paralelismo.

No podría haber más que una excepción a este principio. Se la formula sin entrar en los detalles de las circunstancias que le han permitido abrirse paso. Cuando una disposición constitucional reserve una materia —como la garantía de un derecho fundamental— a «la ley», sin apuntar expresamente a decretos y ordenanzas (que son las leyes comunales y regionales), dicha materia será considerada como de la responsabilidad exclusiva del legislador federal si la disposición constitucional en cuestión ha sido aprobada con posterioridad a 1980. Citaremos, a modo de ejemplo, el derecho de voto y de elegibilidad en las elecciones comunales. En el caso contrario, una ley especial podrá decidir que la palabra *ley* se tiene que interpretar como también aplicable a los decretos y ordenanzas.

Este reparto de responsabilidades en la ordenación de los derechos fundamentales responde a la lógica federal del Estado. Ciertamente, no es

¹¹ T.A., Sentencia n. 124/99, de 25 de noviembre 1999. En el mismo sentido, véase T.A., Sentencia n. 124/2000, de 29 de noviembre 2000. Véase también T.A., Sentencia n. 10/2001, de 7 de febrero de 2001.

¹² C.E., Dictamen L. 30.9993/AV/3, de 14 de enero de 2003. Esta opinión —en lo sucesivo reiterada— quedó establecida en un dictamen pronunciado, en sesión plenaria, el 18 de noviembre de 1996: véanse R. Andersen et P. Nihoul, «Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence», *Revue belge de droit constitutionnel*, 1998, pp. 301-302.

una solución sin inconvenientes. De hecho, puede «revelar competencias insostenibles entre colectividades políticas»; es decir, «prácticas segregacionistas contra quienes no pertenecen, estrictamente hablando, a la colectividad en cuestión».¹³ La solución no es menos inviable en un Estado que haya adoptado decididamente la vía del federalismo y que se haya inscrito, por lo tanto, en una lógica de plena autonomía de las colectividades federadas. El ejercicio de tal autonomía sería completamente ineficaz si no se la pudiera desplegar sobre los territorios protegidos —en todo o en parte, directamente o indirectamente— por los derechos fundamentales. Para citar solo un ejemplo, actualmente las regiones tienen competencias para regular los aspectos más esenciales de la protección del medio ambiente, puesto que hasta el mismo artículo 23 de la Constitución reconoce el derecho de todas las personas a un medio ambiente saludable: ¿cómo podrían las autoridades regionales ejercer sus competencias en este ámbito si las reglas así adoptadas no contribuyeran a garantizar este derecho constitucional?

En cuanto al riesgo de ver aparecer interpretaciones híbridas y, sobre todo, discordantes, alrededor de los derechos fundamentales, se lo puede obviar «mediante un encuadramiento de las reglamentaciones diferenciadas», el cual debe adoptar “la forma de una sumisión a las normas constitucionales e internacionales idénticas, y de un control jurisdiccional que incida en el respeto de las obligaciones que ellas imponen».¹⁴

Además, recordémoslo, se plantea la cuestión de saber si la ordenación de determinados derechos no se debe reservar únicamente a las autoridades federales. Esta cuestión afecta, en primer lugar, a la protección de los derechos de las minorías, tema de fuertes polémicas en Bélgica. Actualmente, la reglamentación de muchos aspectos de la protección de los derechos de las minorías está reservada a la ley federal. Se trata, en primer lugar, de los derechos de las minorías ideológicas y filosóficas. En virtud del artículo 131 de la Constitución, incluido en 1970, recae en el

¹³ F. Delpérée, «La Constitution-carrefour», *op. cit.*, p. 12.

¹⁴ O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruselas, Larcier, 1999, p. 460.

legislador federal la tarea de dictar «las medidas en vistas a prevenir toda discriminación por razones ideológicas y filosóficas». Es sobre la base de esta disposición que se aprobó la ley de 16 de julio de 1973 llamada *del Pacto cultural*. Se trata, luego, de los derechos de las minorías lingüísticas, con respecto a las que el legislador federal sigue teniendo competencia en determinadas partes del territorio nacional, como por ejemplo Bruselas.

2.1.2. La limitación de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales deben aceptar las limitaciones que el legislador está autorizado a introducir en ellas. En la práctica, el matiz entre la ordenación y la limitación pura y simple de un derecho fundamental «se puede reducir a pocas cosas».¹⁵ Falta que la gestión del legislador sea positiva al ordenar, y negativa al limitar. Se tratará, según el caso, del legislador federal o de un legislador de la comunidad o regional. La limitación de los derechos fundamentales está sometida a un reparto de las responsabilidades que obedece al mismo principio de paralelismo que en lo que concierne a la ordenación de dichos derechos.

La limitación de un derecho fundamental puede adoptar diversas formas. Destacaremos tres.

La primera forma de limitación es la derogación.

El artículo 187 de la Constitución prohíbe la suspensión, parcial o total, de un derecho fundamental. Sean cuales sean la gravedad y la intensidad de la amenaza, no es cuestión de desviarse de las reglas constitucionales. En consecuencia, el régimen de derechos fundamentales no puede verse sometido a ninguna derogación general.

En cambio, si que se autorizan las derogaciones particulares. Derogar un derecho fundamental significa establecer las condiciones en las que se atentaría contra dicho derecho. No obstante, en principio un derecho

¹⁵ E. Willemart, *op. cit.*, p. B-40.

fundamental sólo se puede ver sometido a restricciones si la asamblea constituyente las ha previsto expresamente. Tomaremos como ejemplo el artículo 22 de la Constitución, que dispone que «toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada y familiar, salvo en los supuestos y con las condiciones establecidos por la ley». A veces, la Constitución delimita el marco del poder de derogación del legislador. Así, el artículo 16 de la Constitución no se contenta con decir que la privación de propiedad sólo puede darse en los casos y de la forma establecidos por la ley, sino que además añade que debe estar justificada por una causa de utilidad pública e ir precedida de una indemnización justa.

¿Quiere esto decir que los derechos fundamentales escapan a toda forma de derogación? En este punto se imponen dos observaciones. En primer lugar, generalmente, la consagración de un derecho en términos absolutos no le confiere naturaleza inderogable. De hecho, puede que dicho derecho se vaya a ejercer de manera tal que choque contra otro derecho fundamental o con un principio del mismo valor, es decir, con una norma superior. De darse el caso, el conflicto se resolverá mediante una diligencia de conciliación entre las normas, los derechos y los principios en presencia. A continuación, tenemos la obligación de constatar que se pueden haber aplicado derogaciones legislativas a los derechos fundamentales fuera de toda habilitación constitucional sin que ni el Tribunal de Arbitraje ni el Consejo de Estado tuvieran nada qué objetar.

De todos modos, las derogaciones particulares de los derechos fundamentales se ven sometidas a un doble límite: la reserva de legislación y el principio de proporcionalidad. Por un lado, sólo el legislador puede derogar un derecho fundamental, y deberá hacerlo mediante una ley que goce de un grado de precisión suficiente. Por otro lado, la derogación debe fundamentarse en una justificación razonable, lo que supone que no vaya a producir efectos desmesurados (desproporcionados), de manera que el derecho fundamental se vea atacado en aquello que tiene de más esencial.

La segunda forma de autorización es la limitación.

El artículo 26 de la Constitución estipula que «los belgas tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, observando las leyes que puedan regular el ejercicio de este derecho, sin someterlo no obstante a autorización previa». Y precisa que [este precepto] «no se aplica a las reuniones al aire libre, que quedarán sometidas por entero a las leyes de policía».

Muy pronto, la disposición tuvo un alcance general. De ella se desprenden dos principios que conciernen al conjunto de los derechos fundamentales: por un lado, las medidas preventivas revisten un carácter excepcional y, por otro, sólo pueden afectar a un derecho fundamental si dicho derecho se pretende ejercer en la vía pública. En otras palabras, la libertad ejercida en la vía pública puede estar sujeta a medidas preventivas, como la declaración previa, la autorización o la prohibición, quedando entendido que se excluyen las prohibiciones preventivas generales. En los demás casos, cuando la libertad se ejerza en un ámbito privado, el uso de la libertad podrá ser regulado por el legislador, lo que no significa que éste pueda prescribir medidas preventivas: sólo puede reservarse medidas *a posteriori*.

La tercera forma de limitación es la represión.

El uso de los derechos fundamentales puede dar lugar a abusos. ¿Está autorizado el legislador a reprimir penalmente dichos abusos? Esta pregunta exige una respuesta positiva. Sin embargo, hay que destacar dos hipótesis. En el caso de algunos derechos fundamentales, la asamblea constituyente misma autoriza expresamente al legislador a incriminar penalmente los abusos que pueda cometer el poseedor del derecho. En los demás casos, el poder de incriminación está directamente relacionado con el poder de derogación. De hecho, determinadas disposiciones constitucionales autorizan al legislador a regular determinado derecho fundamental o a regular —en el sentido de limitar— su ejercicio. La habilitación es general, de manera que la intervención legislativa puede adoptar la forma de cualquier medida *a posteriori*, incluidas las medidas de naturaleza penal.

Cabe precisar que la represión penal ya no es competencia exclusiva de la colectividad federal. Bajo reserva de determinados límites, cada colectividad —tanto federada como federal— puede instituir como infracciones penales (contravenciones, delitos, es decir, crímenes) las transgresiones a las disposiciones adoptadas en el marco de los ámbitos que le corresponde regular, lo que confirma que la represión penal no está totalmente vinculada a la soberanía nacional.

2.1.3. La conciliación de los derechos fundamentales

Ninguna relación de jerarquía vincula a los derechos fundamentales entre sí, de manera que la puesta en práctica de dichos derechos frecuentemente implica una diligencia conciliatoria: puesto que queda excluida la posibilidad de hacer prevalecer un derecho sobre el otro, todo conflicto entre dos derechos fundamentales no excluye necesariamente una conciliación de dichos derechos ni, por lo tanto, con un equilibrio de los intereses en presencia. En efecto, en un sistema que rechaza toda jerarquía entre normas constitucionales, cuando surge una antinomia entre varios derechos fundamentales, el único modo de resolverla es conciliarlos y asegurar así su coexistencia. Se trata de buscar el punto de equilibrio entre los derechos en conflicto mediante el examen, en términos de proporcionalidad, de los atentados respectivos de los unos contra los otros. Dicha búsqueda es difícil de conducir, pues no puede llegar jamás a desnaturalizar un derecho fundamental.

Tanto si se trata de ordenar como de limitar los derechos fundamentales, la operación frecuentemente obliga al legislador (federal, de la comunidad o regional) a proceder a una conciliación entre el derecho regulado y uno o más derechos fundamentales. Como es lógico, la conciliación «depende, cuando se realiza *a priori*, por vía general y abstracta, de la competencia reservada del legislador», pero como éste último «razonablemente no puede prevenir todos los conflictos latentes entre los derechos fundamentales, recae en el juez el arbitraje, *a posteriori*, y caso por caso,

de los conflictos concretos que enfrentan a los poseedores de derechos opuestos». ¹⁶

2.2. *La efectividad de los derechos fundamentales*

Sin duda alguna, la efectividad de los derechos fundamentales está condicionada a la aplicación de mecanismos de control. Pensamos, ante todo, en los *controles jurisdiccionales*. Los completan los *controles políticos y administrativos*. Y aún se les añaden *otros controles*. La organización de estos controles revela una cierta implicación, frecuentemente muy indirecta, de las colectividades federadas.

2.2.1. Los controles jurisdiccionales

La efectividad de los derechos fundamentales exige que se establezcan, en el mismo seno del Estado, procedimientos jurisdiccionales destinados a garantizar su respeto. En Bélgica, como en Francia, dichos procedimientos, y las sanciones que los acompañan, «son comunes a la violación de todas las reglas del sistema jurídico implicado, sea cual sea el objeto de la regla violada», de manera que no hay «una verdadera especificidad de la sanción en materia de libertades». ¹⁷ En la protección de los derechos fundamentales intervienen tres órdenes jurisdiccionales. La protección de los derechos fundamentales depende, en primer lugar, de la justicia constitucional.

En 1980, la Constitución belga fue revisada. Se le incorporó un nuevo artículo (el artículo 142) que instituye el Tribunal de Arbitraje, jurisdicción constitucional encargada de velar porque la ley respete las disposiciones esenciales de la Constitución. La opción elegida es significativa. Al confiar a los jueces, y no a un órgano político, la tarea de

¹⁶ E. Willemart, *op. cit.*, p. B-46 y B-47.

¹⁷ J. Rivero, *Les libertés publiques*, t. I, *Les droits de l'homme*, 6^a ed., París, P.U.F., 1991, p. 238.

verificar la compatibilidad de las leyes con la Constitución, Bélgica eligió la vía de la justicia constitucional.¹⁸

En la planificación de los poderes propia del Estado federal, el Tribunal de Arbitraje ocupa un lugar especial justificado por las funciones que le son confiadas: es, en cierto modo, la bóveda del edificio federal. El Tribunal de Arbitraje no es una jurisdicción como las demás. No pertenece a la familia de las “cortes y tribunales” que integran el poder judicial, pues es independiente. Aún mejor, es independiente de los demás poderes, el legislativo y el ejecutivo, ya sea en el ámbito federal o en el de las comunidades y las regiones. Y lo que es más, no se integra ni en el orden federal ni en los órdenes de las entidades federadas. Sin embargo, este aislamiento institucional no sitúa a al Tribunal de Arbitraje fuera de todo poder. Encarna un orden global, con la facultad de envolver e integrar a las colectividades del Estado federal y a los diferentes poderes: el orden constitucional.

Los tribunales constitucionales son órganos reguladores, por supuesto; pero son, sobre todo y ante todo, órganos de protección. ¿Qué pasa en Bélgica? Ante todo, el Tribunal de Arbitraje controla que los legisladores —el legislador federal y los legisladores de las comunidades y regionales— no se extralimiten en sus competencias, según las ha definido la Constitución (y la prolongación de la Constitución, las famosas leyes especiales de reformas institucionales). No obstante, la misión del Tribunal de Arbitraje no se limita a afinar el reparto de poderes en el Estado federal. También le corresponde asegurarse de que cada legislador sólo legisle dentro del respeto de los derechos fundamentales reconocidos por el título II de la Constitución. Progresivamente, el control del respeto de los derechos fundamentales se ha convertido en parte fundamental del trabajo del Tribunal de Arbitraje.

La composición del Tribunal de Arbitraje obedece a dos reglas centrales. En primer lugar, los doce jueces son nombrados por el Rey entre los candidatos que le son presentados bien por la Cámara de Representantes, bien por el Senado, y ello por una mayoría de dos tercios. Esta mayoría

¹⁸ Véase M. Verdussen, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruselas, Labor, 2004.

reforzada supone la existencia de un consenso alrededor del nombre propuesto que trasciende tanto la discrepancia mayoría-oposición como la división en grupos lingüísticos. Además, las nominaciones deben tener en cuenta la doble paridad que caracteriza la composición del Tribunal. La primera paridad es socio-profesional: tantos viejos parlamentarios como juristas salidos de las altas esferas (Corte de Casación, Consejo de Estado, universidad, etc.). La segunda paridad es lingüística: tantos jueces de lengua francesa como de lengua holandesa.

El modo lingüísticamente paritario de composición —y también de organización— del Tribunal de Arbitraje es la señal de una bipolaridad que atraviesa de arriba abajo la ordenación jurídica de la sociedad belga. Es verdad que Bélgica se compone de tres comunidades y de tres regiones. Sin embargo, un examen pragmático de la situación permite constatar que, en realidad, los intereses de las diversas colectividades cristalizan alrededor de una profunda separación entre dos polos, uno flamenco y el otro francófono. Esta constatación no es solamente sociológica. También es jurídica. En efecto, la ordenación institucional del Estado federal está marcada por dicha dualidad. Jurídicamente hablando, la bipolarización de la sociedad belga se traduce en un seccionamiento de determinadas instituciones federales: se trata de efectuar, en el seno de la institución, una distinción entre dos categorías de personas, los flamencos y los francófonos. Este seccionamiento a veces no es igualitario y a veces es paritario, como en el caso del Tribunal de Arbitraje.

En segundo lugar, la protección de los derechos depende de la justicia administrativa.

Reconocido por el artículo 160 de la Constitución, el Consejo de Estado fue creado en 1946. Comprende dos secciones, una de legislación y otra de administración. Ésta última es una jurisdicción administrativa, la más importante del país.

La sección de administración está investida de una facultad contenciosa objetiva. Tiene como misión examinar los recursos presentados contra

actos administrativos irregulares y tiene poder para anular dichos actos. La irregularidad puede ser resultado del daño que el acto causa a un derecho fundamental, tanto si es reconocido por la Constitución como por un tratado internacional directamente aplicable. Esta sección se ocupa de todos los actos administrativos, tanto si son reglamentarios como individuales, y tanto si emanan de autoridades federales como de las de las comunidades o regionales.

La sección de administración también está investida de una facultad contenciosa subjetiva. En particular, se encarga de determinados litigios que tienen como objeto los derechos políticos. Esta competencia halla su fundamento en el artículo 145 de la Constitución, que habilita al legislador para derogar el principio de competencia del poder judicial dentro de este ámbito, confiando a las jurisdicciones administrativas ciertos conflictos sobre derechos políticos.

El Consejo de Estado debe su creación a una ley federal. Según dicha ley, el órgano jurisdiccional supremo —las dos secciones juntas— comprende cuarenta y tres miembros, todos magistrados (*conseillers*). La mitad es de habla francesa, mientras que la otra mitad habla holandés. Son nominados por el Rey. En lo que se refiere a la sección de administración, la mayoría de los asuntos son tratados por cámaras monolingües. Los asuntos que deben ser tratados en dos lenguas se reservan a la cámara bilingüe.

En principio, las demás jurisdicciones administrativas también deben su creación y su ordenación a una ley federal. En efecto, según el Tribunal de Arbitraje, la Constitución, en sus artículos 146 y 161, reserva a la colectividad federal la competencia de establecer tales jurisdicciones y de definir sus atribuciones.¹⁹ Sin embargo, la jurisdicción constitucional admite que, a fin de resolver los litigios relativos a una materia de su responsabilidad, una colectividad pueda, bajo determinadas condiciones, instituir una jurisdicción administrativa.

¹⁹ T.A., Sentencia n° 49/2003, de 30 abril 2003.

La protección de los derechos fundamentales depende, finalmente, de la justicia civil y penal.

En virtud del artículo 40, párrafo 1^o de la Constitución, «el poder judicial se ejercerá por las cortes y tribunales». La punta de la pirámide judicial está ocupada por la Corte de Casación. Así, las jurisdicciones del poder judicial ocupan su lugar al lado de las jurisdicciones administrativas y de la jurisdicción constitucional. Como éstas últimas, también desempeñan un papel determinante en la protección de los derechos fundamentales.

Las cortes y los tribunales pueden intervenir, como actividad principal, en la protección de los derechos fundamentales. En efecto, un ataque a un derecho fundamental puede ser constitutivo de una falta civil, que sería sometida, en principio, a las jurisdicciones civiles. También puede ser constitutiva de una infracción penal, que implicaría diligencias ante las jurisdicciones penales. Puesto que el derecho penal no se limita a reprimir los abusos en el ejercicio de los derechos fundamentales cometidos por quienes son sus poseedores, el derecho penal también tiene capacidad para reprimir los ataques contra los derechos fundamentales, esta vez los que son en detrimento de los poseedores de dichos derechos.

Las cortes y los tribunales también pueden intervenir a título incidental en la protección de los derechos fundamentales. En efecto, en virtud del artículo 159 de la Constitución, están capacitados para rechazar la aplicación de todo acto administrativo que consideren irregular, y principalmente cuando el acto atente contra un derecho fundamental. Es la idea de que toda jurisdicción tiene el poder y el deber de verificar la regularidad de los actos que se proponga aplicar.

Hoy, como en 1831, la organización del poder judicial se concentra exclusivamente en manos de las autoridades federales. O sea, la emergencia del federalismo prácticamente no ha tenido ninguna incidencia en la organización del poder judicial. Ésta es otra consecuencia de las condiciones particulares de la eclosión del federalismo en Bélgica. Sin embargo, a corto o medio plazo, Bélgica no podrá rehuir el debate

sobre el destino de la función jurisdiccional en el Estado federal. Este debate ya se ha iniciado en la zona flamenca del país.

2.2.2. Los controles políticos y administrativos

La efectividad de los derechos fundamentales no depende exclusivamente de los controles puestos en práctica en el orden jurisdiccional. También hay controles en los órdenes político y administrativo.

Hay un control político. En una democracia parlamentaria, hay dos misiones tradicionalmente reservadas al Parlamento: por un lado, participa en la puesta en práctica de la función legislativa, votando los proyectos y las proposiciones de ley que le son presentados; y, por otro lado, ejerce un control político sobre la manera en que el gobierno y sus miembros desempeñan sus funciones. Bélgica ha seguido este modelo, tanto en el ámbito federal como en el ámbito de las colectividades federadas. Ahora bien, el control de la acción gubernamental se hace, entre otros criterios de apreciación, teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales. Se han instituido y probado técnicas de control. Una de ellas merece ser destacada: la encuesta parlamentaria, que halla su fundamento en el artículo 56 de la Constitución.

También hay un control administrativo. El control de la acción administrativa a veces se confía, al menos parcialmente, a la administración misma. La idea es poner a la administración en condiciones de reconsiderar su propia decisión, permitiendo que los particulares se ahorren procedimientos jurisdiccionales más formalistas, más largos y más costosos. Tradicionalmente, se distingue entre los recursos administrativos no organizados —llamados *gracieux*— y los recursos administrativos organizados. Estos últimos son remitidos, según el caso, a la autoridad jerárquicamente superior o a la autoridad tutelar. Las causas invocadas en apoyo de estos recursos administrativos pueden estar fundamentadas en la violación de un derecho fundamental. Por lo tanto, se las puede plantear en todos los ámbitos de poder, tanto federados como federales.

2.2.3. *Los otros controles*

Merecen ser mencionadas otras dos instancias de control, una por sus virtudes preventivas, y la otra por la flexibilidad de sus intervenciones.

Órgano colateral, la sección de legislación del Consejo de Estado está asociada a los procesos de elaboración de las leyes —así como de las normas equipolentes a leyes— y los decretos reglamentarios. Le corresponde presentar un dictamen, de no conforme, sobre estas reglas en un momento en el que se encuentran en estado de proyecto o de proposición. Por lo tanto, su intervención es preventiva. La consulta de la sección de legislación a veces es obligatoria y a veces facultativa. Sus dictámenes se refieren, sobre todo, a la conformidad o la compatibilidad de las normas examinadas respecto de la Constitución y de los tratados internacionales directamente aplicables, comprendidos los derechos fundamentales definidos por estos textos.

En 1995, el legislador federal aprobó una ley por la que se establecían mediadores federales. No se trata solamente de un procedimiento de control de la administración. También es —y esto está relacionado con lo anterior— un mecanismo que tiene como función proteger a los particulares en las relaciones que mantienen con la administración, y pretende también contribuir así a garantizar el derecho de todos los ciudadanos a una buena administración. Cuando los mediadores tienen ante sí una queja, les corresponde verificar previamente que la actitud de la administración sea correcta. Así, pueden actuar como una instancia de control del respeto de los derechos fundamentales por parte de la administración. Sólo se trata de diligencias previas. Sin embargo, los mediadores no tienen poder para anular las decisiones de la administración. Como mucho, pueden ejercer una función de recomendación. En cuanto a las colectividades federadas, tienen la posibilidad, a su propia escala, de instituir un mediador. Y no han dejado de hacerlo, dotándose así de una instancia propia de protección de los derechos fundamentales.

De un Estado federal a otro, la dialéctica entre la lógica federal y la protección de los derechos fundamentales no nos lleva exactamente a los mismos resultados. Bélgica escapa aún menos a estas desemejanzas por el hecho de que, dentro de sus peculiaridades, es un Estado federal complicado. La ostensible complejidad de sus estructuras es el reflejo de una sociedad multidimensional, marcada por la heterogeneidad del tejido social y en la que se enmarañan aspiraciones divergentes, es decir, antinómicas. Esta complejidad se refleja en la forma de organizar la cuestión del ámbito o de los ámbitos de poder competentes para la protección de los derechos fundamentales, bien se trate de definirlos o de garantizar su aplicación. Evidentemente, las respuestas dadas a este asunto difieren, en más de un aspecto, de las escogidas por otros estados federales.