
MARÍA JOSÉ AÑÓN
(Universidad de Valencia)

Derechos fundamentales y Estado constitucional

I. El Estado constitucional de Derecho. II. Los derechos fundamentales: A) La tesis de la integridad de los derechos; B) La tesis de la continuidad estructural de los derechos; C) La distinción entre derechos y garantías.

I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La Constitución de 1978 hizo nacer en nuestro sistema jurídico-político un nuevo modelo de organización que con el tiempo ha sido llamado Estado constitucional de Derecho. El legislador constitucional proyectó de esta manera una nueva legitimidad y un diseño del poder y de Derecho cuya plasmación en la realidad cotidiana necesitó importantes transformaciones tanto de la mentalidad y la cultura jurídica, cuanto de la actividad de los operadores jurídicos¹. El objetivo radical de este proceso no fue sino el impulso básico del constitucionalismo, esto es, la imposición de límites y vínculos al poder y la garantía de los derechos fundamentales.

Permanece abierta la cuestión sobre qué haya de entenderse por *Estado constitucional* y están sometidos a debate sus rasgos definitorios. No obstante asumiré que constitucionales son aquellos sistemas donde existe una constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene carácter normativo.

Desde este punto de partida puedo aproximarme, aunque con trazos realmente gruesos, a algunas de las características del constitucionalismo contemporáneo, concretamente a aquéllas que tienen mayor proyección en la posición de los derechos fundamentales².

¹ En este sentido es indudable el impacto del libro del Prof. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1980; la obra del Prof. Elías DÍAZ: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1966, así como de numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, a través de las cuales se afirmaba la naturaleza, la superior fuerza normativa de la Constitución y sus efectos sobre el ordenamiento jurídico, desde el mismo momento en el que inició su andadura institucional.

² Ignacio DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma...*, cit.; Juan Luis REQUEJO PAGES: *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995; Luigi FERRAJOLI: *Derecho y Razón. Teoría Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n° 40. Valencia, 2002*

En primer lugar, la consideración de la constitución como auténtica norma jurídica. De ahí que el carácter normativo que se le atribuye. En este sentido, la Constitución –y la carta de derechos que incorpora– no es un documento político, sino una auténtica norma jurídica, con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento. Se trata pues de una norma cuyo propósito es configurar la realidad. Desde el punto de vista histórico, el Estado constitucional de Derecho es la forma política que se materializó en el constitucionalismo americano, que asumió desde el principio el valor normativo de la constitución, a diferencia del modelo legislativo europeo donde las constituciones originariamente fueron simples cartas políticas³.

Es precisamente esta categoría normativa la que comporta cambios profundos en la manera de concebir el Derecho y las instituciones jurídicas, especialmente en la forma de conceptualizar y articular las relaciones entre legislación y jurisdicción. A pesar de la importancia sustancial de esta cuestión no voy a tener la oportunidad de detenerme en ella.

Segundo: es norma jurídica suprema, esto es jerárquicamente superior en tanto que procede de un poder con legitimidad cualificada, como es el poder constituyente y, desde el punto de vista material, es la norma fundamental. Como consecuencia de ello, es parámetro de validez de toda norma del ordenamiento jurídico, de ahí que este modelo imponga una profunda revisión del esquema de fuentes diseñado por el positivismo legalista⁴.

Como escribe M. Gascón⁵, como consecuencia de la “fundamentalidad” de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional postula la supremacía política de la constitución y, derivadamente, su supremacía jurídica o “supralegalidad”. Este rasgo del constitucionalismo ha sido denominado también como “rematerialización” constitucional, queriendo subrayar que en este modelo la constitución no sólo establece el modo de producción del Derecho, sino también predispone contenidos a la regulación jurídica⁶.

del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995; del mismo autor “El derecho como sistema de garantías” en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 15 a 36; Robert ALEXYS: *Teoría de los derechos fundamentales*, (traducción de Ernesto Garzón), CEC, Madrid, 1993; Luis PRIETO: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, págs. 113 a 117; Gustavo ZAGREBELSKY: *El Derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, págs. 9 a 45; Manuel ATIENZA: *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, págs. 309 y 310 y Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (6ª ed.), Tecnos, Madrid, 1998.

³ *Vid.*, a título de ejemplo, Maurizio FIORAVANTI (*Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 77) quien señala cómo esta tradición constitucional no nace de las Declaraciones de derechos de la revolución francesa, sino que proviene de la revolución americana y de la experiencia histórica estadounidense. Igualmente, Michel TROPER: “La máquina y la norma. Dos modelos de constitución”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 22 (1999), págs. 333 y 334.

⁴ Un examen de la constitución como fuente en los estados constitucionales en Josep AGUILÓ: “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 24 (2001), págs. 429 a 457.

⁵ Marina GASCÓN ABELLÁN: “El sistema de fuentes del Derecho español: Constitución y principio de legalidad” en Jerónimo BETEGÓN y OTROS: *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 288 y ss.

⁶ Luis PRIETO: *Justicia constitucional...*, cit., págs. 113 y ss.

Tercero: la intermediación constitucional, esto es, la dimensión en virtud de la cual, la constitución es accesible directamente a todos los operadores jurídicos y no sólo al legislador, y ello derivado de su supremacía formal y material. A este respecto, se habla del principio de eficacia o aplicación directa del texto constitucional, en virtud del cual las disposiciones constitucionales pueden ser alegadas directamente en cualquier proceso o causa y los jueces ordinarios son competentes para resolver litigios a la vista del ordenamiento jurídico constitucional.

Cuarto: la constitución como texto está integrado básicamente por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos. Lo interesante o más característicos de este modelo es, como escribe L. Prieto ⁷, que la vocación de tales principios no es desplegar su eficacia a través de la ley, sino hacerlo de forma directa e independiente, tanto por parte del legislador, cuanto por parte de los operadores jurídicos que tienen que fundamentar sus decisiones de acuerdo a tales principios. Las constituciones principialistas –como las denomina Zagrebelsky ⁸– asumirían así la función de modelar el conjunto de la vida social. Los principios y valores constitucionales, por otra parte, no constituyen un todo coherente ni consistente, sino que sus enunciados y contenidos pueden superponerse y dar lugar a soluciones dispares. Esto es característico de este tipo de enunciados normativos, del modo de actuar de los principios ⁹.

Tampoco es este el lugar de responder a la tesis sobre la mayor o menor discrecionalidad que genera el contexto de un constitucionalismo de principios ¹⁰, aun cuando es importante tomar en consideración que, si de un lado, las normas constitucionales pueden aumentar la indeterminación del Derecho –y, por tanto, la discrecionalidad del un juez que ya no se encuentra únicamente sometido a la ley, sino también al principio de constitucionalidad–, de otro, el propio legislador, vinculado al control de constitucionalidad de su actividad, puede ser menos discrecional, puesto que los principios constitucionales limitan y enmarcan su perímetro de acción. Así, el constitucionalismo basado en principios y derechos puede generar, como afirma L. Prieto “un esquema de racionalidad más compartido”.

La conjugación de estos rasgos –y, especialmente, el de suprallegalidad– ha llevado a sostener que nos encontramos ante la culminación de la categoría “Estado de Derecho”¹¹, dando así cumplimiento a la definición de constitución que encontrábamos

⁷ Luis PRIETO: *Justicia constitucional...*, cit., págs. 115, 118 y 119.

⁸ Gustavo ZAGREBELSKY: *El Derecho dúctil*, cit., págs. 12 a 16.

⁹ No es este el lugar para detenerme en la caracterización de los enunciados de principio. Los puntos de referencia podríamos encontrarlos en Robert ALEXYS: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 81 y ss.; Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, págs. 19 y ss.; Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio* (trad. Marta Guastavino, Introducción de Albert Calsamiglia), Ariel, Barcelona, 1984, págs. 127 y 128; Alfonso GARCÍA FIGUEROA: *Principios y positivismo jurídico*, CEPC, Madrid, 1998; y Luis PRIETO: *Ley, principios, derechos*, Dykinson-Universidad Carlos III, Madrid, año, págs. 47 y ss.

¹⁰ Por todos, M^a Luisa IGLESIAS: *El problema de la discrecionalidad judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, CEPC, Madrid, 1999; José Juan MORESO: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid; Víctor FERRERES, Luis PRIETO: *Justicia constitucional...*, cit., págs. 122 a 135.

¹¹ Así, por ejemplo, Manuel GARCÍA PELAYO: “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, en *Obras Completas*, III, CEC, Madrid, 1991, pág. 3.029. La tesis de que el

en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda Sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene en absoluto Constitución”. El paradigma del Estado constitucional –escribe L. Ferrajoli– “no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la ‘racionalidad formal’ y la ‘racionalidad material’ weberianas”¹². Aun más: es la combinación de estos elementos lo que confiere a la constitución una virtualidad antes desconocida.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

De entre los contenidos de la constitución, los derechos son, en este paradigma, la pieza fundamental. Este modelo atribuye a los derechos el papel de ser la justificación más importante del Derecho y del Estado y por tanto, desde esta perspectiva, el Estado no es sino un instrumento de tutela de los derechos fundamentales y como tal fundamento imponen fines y objetivos que deben ser realizados¹³.

Uno de los rasgos que mejor definen el Estado constitucional de Derecho es la orientación del Estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: no se trata, pues, de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución¹⁴.

constitucionalismo es un perfeccionamiento del Estado de Derecho se encuentra ya expresada, como escribe Luis Prieto, por Elías DÍAZ en su obra de 1966 *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Vid. Luis PRIETO, *Justicia Constitucional...*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 113.

¹² Luigi FERRAJOLI: *Derechos y garantías...*, cit, pág. 22.

¹³ Luigi FERRAJOLI: *Derecho y razón...*, cit, pág. 883.

¹⁴ En este sentido, en el constitucionalismo europeo actual han cristalizado aportaciones de dos tradiciones constitucionales: la norteamericana y la europea de origen ilustrado. De un modo quizá excesivamente simplificado se puede apuntar cómo en el estado liberal la garantía de estos derechos se reduce a la reserva de ley. Por ello, aun cuando estén contenidos en una constitución, ésta sólo opera jurídicamente como simple directiva no vinculante. Mientras que la realización y la protección de los derechos corresponde incondicionalmente al legislador. “La fuerza de la ley era lo mismo que la fuerza de los derechos”, escribe Zagrebelsky (pág. 53). En este modelo lo que se afianza no es la posición central de los derechos, sino la posición central de la ley, no se produce la sumisión de la ley al control de los derechos, sino al contrario, el control de legalidad de los derechos, de tal forma que la constitución que actúa jurídicamente no es la *Déclaration* sino el Código Civil. Frente a ello, la tradición norteamericana se caracterizó por la fundamentación de los derechos en una esfera jurídica anterior que se impone al legislador como límite. El principio, en este caso, es la existencia de auténticos derechos que limitan la actuación del gobierno y la administración. La ley deriva de los derechos y los jueces son los guardianes de un Derecho no producido exclusivamente por la voluntad positiva de la ley. Sobre este proceso véase, Gustavo ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (epílogo de G. Peces-Barba, traducción de M. Gascón), Trotta, Madrid, 1995, págs. 21 a 27, y 47 a 61. Luis PRIETO: *Justicia constitucional*, cit, 107 a 113. *Ley, principios, derechos*, Dykinson-Universidad Carlos III, págs. 24 y ss, del mismo autor: *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997; Liborio HIERRO: *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México, 1998, págs. 23 y ss; y Gregorio PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, editorial, ciudad, año.

Coincido con L. Ferrajoli cuando caracteriza a los derechos fundamentales como aquellas expectativas o facultades de todos que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías, como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno: derecho a la vida, derechos a la libertad, derechos sociales a la subsistencia, derecho a la salud, a la educación, a la conservación del ambiente y otros similares¹⁵. Esta tesis da contenido a la idea de que en el modelo de Estado constitucional, el Derecho y el poder encuentran su legitimidad en un presupuesto de orden externo que no es sino la persona como valor, y la primacía axiológica de este postulado sobre cualquier otro.

Con todo, la constitución y los derechos fundamentales no son sino artificios jurídicos que –como escribe L. Prieto¹⁶– cobran todo su sentido en tanto que límites al poder y garantía de la libertad e inmunidad de las personas. Los derechos existen –como sostiene G. Pisarello–, para maximizar la autonomía de las personas y minimizar el impacto de los poderes (públicos y privados) sobre sus vidas¹⁷.

En suma, los derechos fundamentales son así un contenido básico del orden jurídico, tanto en sentido formal como material, dado que son los estos derechos los que disponen límites materiales para los poderes públicos y privados y establecen, asimismo, los fines básicos a los que éstos deben orientarse. En el Estado constitucional, los derechos fundamentales son a la vez garantías institucionales, normas objetivas del sistema jurídico y derechos subjetivos, en tanto que libertades, potestades, pretensiones e inmunidades normativas protegidas por el ordenamiento jurídico. Junto a esta doble dimensión –objetiva y subjetiva¹⁸– se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador y también en las relaciones entre particulares¹⁹.

En este modelo, por lo tanto, los derechos fundamentales pueden ser pensados como límites o prohibiciones que afectan al legislador. Esto es, los derechos no son ilimitados, no son absolutos, pero tienen un contenido constitucionalmente tipificado o predeterminado y, salvo habilitación expresa, no pueden ser cercenados por el legislador. El legislador no puede introducir límites a los derechos donde la constitución no lo hace. Sin embargo, como escribe L. Prieto²⁰ no puede sostenerse la idea de que entre los derechos constitucionales y sus límites hay fronteras nítidas, o que es posible formular un catálogo taxativo de los supuestos de hecho y sus excepciones correspondientes a los enunciados de derechos constitucionales.

¹⁵ Luigi FERRAJOLI: *Derecho y razón...*, cit, págs. 883 y 906.

¹⁶ Luis PRIETO: *Justicia constitucional...*, cit., págs. 9 a 11.

¹⁷ Gerardo PISARELLO: “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva”, en M^a José AÑÓN (ed): *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 41.

¹⁸ Esta doble dimensión de los derechos fundamentales ha sido abordada en numerosos trabajos. Por todos, y en nuestro contexto jurídico, puede verse Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 19 a 28; y María del Carmen BARRANCO: *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-Dykinson, 2000, págs. 73 a 121.

¹⁹ Luis PRIETO: *Estudios sobre derechos fundamentales, Justicia constitucional*, Trotta, Madrid, 2003, págs. 232, 241 y Javier JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

²⁰ Luis PRIETO: *Justicia constitucional...*, cit, pág. 220.

De las aportaciones actuales –a mi juicio más interesantes, aunque con evidentes diferencias– sobre derechos fundamentales y constitucionalismo ²¹, me parece posible proponer tres tesis que podrían derivarse del diseño del constitucionalismo contemporáneo: la tesis de la integridad de los derechos fundamentales o su continuidad axiológica; la tesis de la indistinción estructural de los mismos; y la tesis que muestra las diferencias entre derechos y garantías.

A) La tesis de la integridad de los derechos

Hoy existen buenas razones teóricas y empíricas para abandonar de modo definitivo la visión tradicional compartimentada de los derechos, postulando la existencia, entre las distintas categorías de derechos, de una relación de continuidad, indivisibilidad e interdependencia entre los mismos ²².

G. Pisarello propone esta idea de continuidad ahondando en dos aspectos básicos. De un lado, en la tesis histórica, que muestra el reconocimiento de todos los derechos como resultado de una serie de luchas: así ha sido con las libertades religiosas, políticas, penales, con los derechos laborales, educativos, habitacionales y culturales. En consecuencia, surge la idea de que su conquista ha consistido centralmente en el reconocimiento de poderes, esto es, “de espacios capaces de resistir, en ámbitos diferentes, los efectos opresivos de micro y macro poderes que, desprovistos de límites y controles, representan una amenaza para la autonomía individual y colectiva de las personas, sobre todo de los miembros más vulnerables de una sociedad” ²³.

De otro lado, sopesando la dimensión valorativa de los derechos fundamentales, que nos pone en condiciones para considerar que todos los derechos fundamentales – sean civiles, políticos, sociales o culturales– son en realidad derechos a una igual libertad, esto es, estrategias jurídicas que persiguen la minimización de la arbitrariedad y la maximización de la autonomía o de la autodeterminación de las personas y los grupos, sin discriminaciones ni exclusiones. De ahí que considere a los derechos fundamentales como contrapoderes ²⁴.

Cuando hablamos de derechos fundamentales nos referimos a situaciones a favor de cuya protección jurídica hay especiales razones morales, y esto sería lo que

²¹ Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.; Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2000; Luigi FERRAJOLI en las obras citadas; Gustavo ZAGREBELSKY: *El Derecho dúctil*, cit.

²² Asbjörn EIDE, Catarina KRAUSE y Allan ROSAS (eds.): *Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer Law International, Doordrecht, 2001; Rusen ERGEC (dir.): *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la constitution*, Bruylant, Bruselas, 1995; Christian COURTIS y Víctor ABRAMOVICH: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

²³ Gerardo PISARELLO: “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva” en M^a José AÑÓN (ed.): *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 40 a 42.

²⁴ Sobre la dimensión axiológica de los derechos fundamentales, véase Gregorio PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995, págs. 207 y ss, y Carlos S. NINO: *Ética y Derechos humanos*, Ariel, Barcelona., y “Justicia” en Ernesto GARZÓN y F. J. LAPORTA (eds.): *El Derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996, págs. 467 a 480.

justificaría su vinculatoriedad o su obligatoriedad. Las concepciones morales y jurídicas que han ido dejando un poso en la teoría constitucional de los derechos inciden, de una forma u otra, en la idea de que los derechos fundamentales están ligados a aquellos valores, necesidades e intereses que hacen que un ser humano pueda actuar como un agente moral. A este respecto, los derechos están vinculados a una concepción normativa de la persona como agente moral –y por tanto, responsable y libre– y al principio que prescribe que los seres humanos son merecedores del igual consideración y respeto²⁵. De tal forma que el reconocimiento de derechos tiene que ver, sin duda, con nuestra capacidad de actuar legítimamente, y las restricciones de derechos o sus limitaciones erosionan dicha capacidad y –por tanto– limitan nuestra autonomía.

Como he suscrito desde el inicio, no existe otro objetivo más básico ni otro motivo que aliente el constitucionalismo sino el de ser el diseño institucional más adecuado para el reconocimiento de derechos de las personas y los grupos y su protección frente a la arbitrariedad o la capacidad de invasión de cualquier tipo de poder sobre las vidas de las personas. Si los derechos civiles y las libertades proporcionaron inmunidades frente al poder político, policial y eclesiástico; el reconocimiento de los derechos sociales tuvo un sentido cercano al dotar a los seres humanos de inmunidades frente al mercado, y la evolución actual mantiene este mismo sentido, toda vez que el desarrollo tecnológico se muestra capaz de incidir con gran efectividad en cualquier espacio de la vida de las personas.

B) La tesis de la continuidad estructural de los derechos

Frente a la difundida concepción que distingue de manera radical entre derechos civiles o libertades –caracterizados por exigir para su realización únicamente deberes negativos o de abstención que justifican su mejor protección– y derechos de prestación –de los que se afirma que sólo se realizan mediante acciones positivas y costosas–, es posible afirmar que todos los derechos fundamentales, en su contenido básico y esencial, son derechos mixtos, híbridos, cuya tutela comporta para el poder obligaciones positivas y negativas, de hacer y de no hacer, costosas y no costosas²⁶.

A pesar de las diferencias de perspectiva y de contextos en los que se discute acerca de la morfología de los derechos fundamentales y de sus posibilidades de realización, me parece pertinente, a estos efectos, volver sobre algunos argumentos.

²⁵ Sobre estos principios véase Liborio HIERRO “¿Qué derechos tenemos?”, *Doxa* n° 23 (2000) y “El concepto de justicia y la teoría de los derechos” en Elías DÍAZ y J. L. COLOMER (eds.): *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002, págs. 42 a 52.

²⁶ La crítica a esta línea de argumentación puede verse en los excelentes trabajos de Víctor ABRAMOVITCH y Christian COURTIS: “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Contextos. Revista crítica de Derecho social* 1997, págs. 3 a 55; Christian COURTIS: “Estrategias de utilización de acciones de interés público en defensa de derechos económicos, sociales y culturales”, en Felipe GÓNZALEZ y Felipe VIVEROS (eds.): *Defensa jurídica del interés público*, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1999, págs. 95 a 127; Víctor ABRAMOVITCH y Christian COURTIS: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, capítulo 1; “La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la jurisprudencia sudafricana”, *Jueces para la democracia* n° 40 (2001); y Cécile FABRE: *Social Rights under the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2000..

En primer lugar, prácticamente todos los derechos exigen un amplio abanico de acciones –tanto positivas como negativas–, por parte del Estado y de otros sujetos que pueden afectar a un derecho. Las obligaciones del Estado en relación con los derechos fundamentales van desde la aprobación de normas pertinentes para ello (sustantivas y procesales), la disposición de instituciones encargadas de su garantía (policía, seguridad, defensa, etc.), medidas de respeto por parte del Estado cuya violación consiste en una conducta positiva del Estado, obligaciones de protección y satisfacción de derechos cuya violación consiste en actos de omisión del Estado al no adoptar medidas, y obligaciones de prestar directamente un servicio (educación, salud, tutela judicial efectiva). Dicho de otra forma: prácticamente todos los derechos contienen un abanico de situaciones normativas protegidas en términos de libertades, potestades, inmunidades y pretensiones, de acuerdo con la tipología hohfeliana. En este sentido, todas las garantías pueden ser vistas, en definitiva, como obligaciones positivas del Estado; entre otras cosas, porque todos los derechos tienen –como escribe Monereo– una dimensión social²⁷.

Dicho de otra forma: las diferencias entre los derechos “de no lesión” y los derechos “de prestación” no se encuentran en un plano lógico-deóntico, ni en la estructura de los derechos, ni en su “naturaleza”²⁸, sino en planteamientos de orden político. Como sabemos, este argumento ha dado lugar al tópico de considerar a los derechos civiles, de autonomía o de libertad, como “auténticos” derechos o derechos en sentido pleno, desde el punto de vista de su valor normativo o de su vinculatoriedad; y sostener, de otro lado, que en comparación con ellos, los derechos sociales son derechos menos plenos, rebajados, menos vinculantes o meramente programáticos²⁹. Esta línea de argumentación se ha convertido en un común denominador en la arena jurídica, y sin

²⁷ A este respecto Roberto GARGARELLA: “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, *Jueces para la democracia* n° 31 (1998), págs. 11 a 15. José Luis MONEREO: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2003.

²⁸ Esto no significa que no exista ningún rasgo que permita pensar los derechos sociales como conjunto más o menos unitario, aunque no cerrado ni rígido. En mi opinión lo que los caracteriza son, de un lado, algunas tesis relativas a su justificación, y sobre todo las funciones que desarrollan en las sociedades en las que han sido incorporados. Esta tesis está muy bien explicada por F. Ewald al describir el contenido de significado del Derecho social y el Estado social respecto al Derecho liberal clásico. Al respecto véase Víctor ABRAMOVITCH y Christian COURTIS: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., apéndice.

²⁹ La imprecisión y la bruma teórica que ha envuelto tradicionalmente a los derechos sociales proviene de las mismas posiciones teóricas que cuestionan el Estado de bienestar. De ellos se afirma no son auténticos derechos fundamentales, son principios programáticos que no crean obligaciones concretas en los poderes públicos; son incompatibles con los derechos civiles; su realización, en ocasiones, rompe el principio de división de poderes; son caros, no imponen deberes claros sobre sujetos determinados; son inviables; no son justiciables y no son universales. Por todos véase Friedrich VON HAYEK: *Derecho, legislación y libertad*, Unión, Madrid, 1979, vol. II, cap. 9. Frente a esta caracterización de los derechos sociales puede verse, además de los textos enumerados en las notas 30 y 38, María José AÑÓN: “Los derechos sociales: el test de la inclusión”, en Antonio ANTÓN (coord.): *Trabajo, derechos sociales y globalización*, Talasa, Madrid, 2000, págs. 148 a 191; José F. CONTRERAS: *Los derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994; Luis PRIETO: *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998; y Víctor ABRAMOVITCH, María José AÑÓN y Christian COURTIS: *Los derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México DF, 2003.

duda lastra el impulso de cualquier derecho que no pertenezca al conjunto de los derechos civiles. El error –como subraya R. Bin– es la clasificación en si misma considerada de la que hacemos derivar una prioridad lógica, que después se convierte en axiológica, de la libertad negativa sobre la positiva; así como una suerte de gradación “natural” de los derechos de prestación³⁰. A mi juicio, sin embargo, la distinción entre estos derechos no sólo no es rígida, ni esencialista, sino que –como afirma Waldron³¹– es en la fluidez de sus límites donde encontramos las mejores razones para hacer de ellos una pieza clave del constitucionalismo actual³². Si consiguiéramos ordenar todos los derechos en virtud del tipo de obligaciones y sus grados, comprobaríamos que las categorías que utilizamos para su clasificación pueden haber quedado obsoletas, y lo que hasta ahora han sido considerados derechos “distintos” se encontrarían todos ello intercalados formando más que subgrupos separados, un *continuum*.

El segundo argumento que avala la tesis de la integridad estructural de los derechos proviene de la incidencia en el Derecho interno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En el caso del ordenamiento jurídico español esta vía queda abierta por los arts. 10.2. y 96 de la Constitución. Otros países han ido recepcionando la doctrina de Tribunales Internacionales regionales y de los comités de vigilancia de los tratados y pactos de derechos humanos³³.

El artículo 10.2 ha dado lugar a un canon o criterio interpretativo que cobra especial relevancia en los supuestos de falta de claridad semántica, indeterminación o vaguedad de una disposición sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española y, en este caso, es una cláusula de garantía, puesto que las dificultades interpretativas deben salvarse o ser conformes a aquellos parámetros y supone una vinculación a la interpretación que de los preceptos equivalentes hayan

³⁰ Roberto BIN: “Diritti e fraintendimenti”, *Ragion Pratica* n° 14 (2000), pág. 16

³¹ Jeremy WALDON: *Liberal Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pág. 276.

³² En este sentido –y tal como sostiene Pisarello– hay muy buenos argumentos para afirmar que los derechos sociales constituyen la aportación más importante del constitucionalismo del siglo XX. Los derechos sociales, desde la perspectiva de la legitimidad política y ética de todo ordenamiento jurídico, representan una suerte de punta de lanza y entrañan importantes retos para los órganos constitucionales en la medida en que tienen efectos directos en el orden social y económico, de ahí el cúmulo de implicaciones entre el reconocimiento y garantía de los derechos sociales y las siempre complicadas relaciones entre legislación y jurisdicción en el estado constitucional. Véase Gerardo PISARELLO: “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en Miguel CARBONELL y OTROS (eds.): *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México DF, 2000, págs. 113 y ss.

³³ De una forma puramente aproximativa se puede hacer mención de una serie de obligaciones que los Comités consideran de aplicación inmediata por parte de los Estados Parte. Éstas radican básicamente en la obligación por parte de los Estados de (a) “adoptar medidas”; (b) garantizar el principio de no discriminación en el goce de los derechos y © realizar paulatinamente los derechos, las medidas debe consistir en dar pasos (*to take steps* o *s’engage à agir*), en cumplimiento de un deber de *no regresividad*. Las medidas tendentes a lograr el objetivo deben adoptarse en un plazo razonable tras la ratificación del Tratado y deben ser deliberadas y concretas. La Observación general n° 3 y la 10 del Comité del PIDESC establece una tipología de obligaciones por parte de los Estados: obligación de respetar, de proteger y de facilitar todo derecho.

realizado los respectivos órganos aplicadores o interpretativos que existan ³⁴. El Tribunal Constitucional español ha declarado que el art. 10.2 “obliga a interpretar los correspondientes preceptos de la Constitución de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que, en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades” (STC 36/1991, fto. jco. 5º).

El contenido del art. 10.2 es un criterio interpretativo que, en algunos supuestos, es también parámetro de validez, y que se proyecta sobre todos los derechos reconocidos en la Constitución española, de un modo concordante con muchas otras constituciones. El Tribunal Constitucional español ha considerado que los tratados internacionales “configura[n] el sentido y alcance de los derechos” (STC 254/1993, fto. jco. 6º) y en algunos supuestos “[establecen] los perfiles exactos de su contenido” (STC 28/1991, fto. jco. 5º).

La vía abierta por el art. 10.2 ha sido utilizada también como una técnica de reconocimiento de nuevas dimensiones de los derechos fundamentales que han ido emergiendo de la conciencia social y política, y como un elemento dinamizador del contenido de los derechos ³⁵. En este sentido, es importante llamar la atención sobre dos fuentes de interpretación. Por un lado el derecho de los Tratados constitutivos de la Unión Europea, el Derecho comunitario derivado y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Por otro la proyección de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha tenido una *vis expansiva* en una interpretación evolutiva de los derechos fundamentales no sólo civiles, sino también sociales.

C) La distinción entre derechos y garantías

Es bien conocida entre nosotros la posición de L. Ferrajoli a este respecto. Como sabemos, distingue entre la existencia de un derecho y sus garantías. Así, por derecho subjetivo entiende cualquier expectativa positiva –de prestación– o negativa –de no sufrir lesión– adscrita a un sujeto por una norma jurídica ³⁶.

Esta posición rechaza la concepción limitada de los derechos fundamentales que expresaría una doble reducción. Por un lado, la identificación de un derecho subjetivo con el deber que tiene un sujeto en una relación jurídica respecto al titular del derecho, y de otro lado, la analogía entre derecho subjetivo y protección jurisdiccional del mismo. Ferrajoli obviamente suscribe la importancia de las garantías, pero discrepa de la identificación conceptual entre el derecho y las garantías que lo acompañan.

Por garantía puede entenderse toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, y a estos efectos establece la distinción entre garantías primarias o sustanciales –consistentes en obligaciones o prohibiciones que corresponden a los

³⁴ Roberto VICIANO PASTOR: “Los derechos sociales y culturales conforme al derecho internacional”, en José Luis MONEREO: *Comentario a la Constitución socio-económica...*, cit., pág. 183.

³⁵ Roberto VICIANO PASTOR: “Los derechos sociales y culturales...”, cit., pág. 191.

³⁶ Luigi FERRAJOLI: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Prólogo de P. Andrés Ibañez, traducción de P. Andrés Ibañez y A. Grepí, 1999, págs. 37 y ss. Un debate a propósito de estas y otras tesis de Ferrajoli en Antonio DE CABO y Gerardo PISARELLO (eds.): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

derechos subjetivos garantizados, que pueden ser positivas o negativas–, y garantías secundarias o jurisdiccionales³⁷, para hacer referencia a las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso actos ilícitos y en el segundo, actos no válidos que violen derechos subjetivos y con ellos sus correspondientes garantías primarias³⁸. Ambos tipos de garantías tienen funciones distintas, pues las primeras están orientadas a la satisfacción primaria y material de los derechos, mientras que las segundas operan en un segundo nivel como remedio dispuesto para la reparación de la inobservancia de las primeras representada por los actos ilícitos o por los actos inválidos.

Por su parte, la Constitución de 1978 establece a partir del Título Preliminar y el diseño del art. 53, un sistema diferenciado de garantías, que se hallan reforzadas para ciertos derechos civiles y políticos (53.1 y 53. 2), y que están –podríamos decir– debilitadas para la mayoría de los derechos sociales dispuestos en el Capítulo III del Título I (53.3). De acuerdo a esta concepción, los primeros gozarían de garantías legales como la reserva de ley, el contenido esencial y el principio que prescribe la justificación de toda medida restrictiva de los mismos³⁹, o el recurso de amparo, ordinario y constitucional. Los segundos, en cambio, tendrían un contenido acaso mínimo, pero no esencial, y operarían fundamentalmente como principios objetivos o como simples mandatos de optimización⁴⁰. Caracterizados, por oposición a los derechos liberales clásicos, como derechos de configuración legal, sólo serían alegables como auténticos derechos subjetivos frente a los órganos jurisdiccionales en la medida en que previamente fueran desarrollados por un legislador prácticamente omnipotente para actuar o no⁴¹.

De ahí cabe extraer, entre otras, dos consideraciones. De un lado que esta distribución de garantías institucionales puede justificar las tesis de quienes afirman que nos encontramos frente a un Estado constitucional por lo que se refiere al estatus de buena parte de los derechos civiles y políticos, mientras que nos hallaríamos frente a un estado social legislativo y administrativo respecto a los derechos sociales, como afirma G. Pisarello⁴².

³⁷ Entre las garantías propias del modelo clásico liberal destacan las garantías penales y las procesales. Las garantías penales nacidas en el seno de un Derecho penal ilustrado y liberal son esencialmente negativas, pensadas para limitar el poder punitivo del Estado y proteger la libertad individual. Así los principios de legalidad, tipicidad rigurosa, culpabilidad. Las garantías procesales se configuran, por su parte, como técnicas normativas destinadas a la averiguación de la verdad procesal. Entre estas garantías destacan el principio de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida de juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio de juez natural. Al respecto vease Luigi FERRAJOLI: “Garantías”, *Jueces para la democracia* n° 38 (2000), págs. 40 y ss.

³⁸ Luigi FERRAJOLI: “Garantías”, cit., págs. 40 y ss.

³⁹ Al respecto vease, Luis Prieto: *Justicia constitucional*, cit., págs. 217 a 260.

⁴⁰ Terminología propuesta por Robert ALEXANDER en su *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993.

⁴¹ Desde esta lectura, sólo habría un derecho social de exigibilidad directa, esto es, un derecho subjetivo en todos sus extremos: el derecho a una educación primaria gratuita. Vid. Miguel Ángel APARICIO: “El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Gregorio CÁMARA VILLAR y Juan CANO BUESO (coords.): *Estudios sobre el Estado social*, Tecnos/Parlamento de Andalucía, Madrid, 1993. pág. 57.

⁴² Gerardo PISARELLO: “Derechos sociales, democracia...”, cit, págs. 46 a 47.

De otro lado, que a pesar de las garantías de los derechos dispuestas por la propia Constitución y dado que éstos operan como principios que se proyectan en el conjunto del ordenamiento jurídico y que pueden tener como límite otros derechos o bienes jurídicos y que su reconocimiento se efectúa por lo general en términos amplios e imprecisos, son frecuentes las dudas sobre el alcance y contenido de los derechos en los distintos supuestos en los que pueden tener incidencia. Como es sabido, es una cuestión sometida a debate a quién corresponde decidir cuál sea ese alcance o contenido. Cabría sostener que el principio democrático exige atribuir este fundamental papel al legislador; pero es también evidente que el propio carácter suprallegal de los derechos hace que al final sean los jueces (constitucionales u ordinarios) quienes, en tanto que deben hacer valer la constitución, terminan ejerciendo esa función. Como ya he apuntado inicialmente, las relaciones entre legislación y jurisdicción en el Estado constitucional son uno de los ámbitos más afectados por las transformaciones y consecuencia de este diseño constitucional.

Desde estos parámetros me parece especialmente interesante la tesis de L. Ferrajoli⁴³ al explicar que respecto a las garantías de los derechos podemos realizar dos tipos de evaluación. En primer término, cabe distinguir si se ha producido su desarrollo legislativo y reglamentario. De no ser así, lo correcto es sostener que nos encontramos ante una laguna jurídica cuyo responsable es en exclusividad el legislador. En segundo término, examinar el grado de cumplimiento o incumplimiento de tales garantías y, en ese caso, podemos hablar de ineffectividad de primer grado o sustancial, a propósito de la observancia o inobservancia de normas y garantías primarias y de efectividad o ineffectividad secundaria o de segundo grado o jurisdiccional a propósito de la observancia o inobservancia de las normas y garantías secundarias. Ello explica por qué el paradigma garantista –continúa Ferrajoli– puede quedar vacío de contenido, pues aun cuando los derechos se reconozcan en las constituciones, éstas bien pueden quedar inoperantes por defecto de actuación, tanto por ausencia como por ineffectividad de todo tipo de garantías

En suma, volver sobre el modelo de derechos fundamentales que plasmó el constituyente y valorar su impronta nos sitúa de nuevo, a mi juicio, ante el objetivo más radical y emancipador del constitucionalismo, vinculado a la exigencia de establecer límites y vínculos a todo tipo de poder, con el fin básico de proteger normativamente los derechos. En este sentido, las posibilidades de un constitucionalismo democrático y garantista son máximas si es capaz de ampliar y profundizar en todas las dimensiones que presentan los derechos y en proporcionar una especial protección.

⁴³ Luigi FERRAJOLI: “Garantías”, cit, págs. 40 a 42.