

EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

DR. OSCAR CASTILLO GUIDO¹

SUMARIO: 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.

RESUMEN: La Constitución de 1987, reformada ya muchas veces, pero particularmente su reforma de 1995 hizo nacer en nuestro sistema jurídico-político un nuevo modelo de organización que con el tiempo ya transcurrido podemos decir definió el verdadero Estado constitucional de Derecho. El legislador constitucional proyectó de esta manera una nueva legitimidad y un diseño del poder y de Derecho cuya realidad cotidiana necesitó importantes transformaciones posteriores tanto de la mentalidad y la cultura jurídica, cuanto de la actividad de los operadores jurídicos. El objetivo radical de este proceso fue la imposición de límites y vínculos al poder y la garantía de los derechos fundamentales. 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.

PALABRAS CLAVES: Constitucionalismo. Derechos y Garantías Fundamentales. Estado de Derecho.

ABSTRAC: The 1987 Constitution, reformed many times, but particularly its reform of 1995 gave birth in our legal and political system a new type of organization that we can say with the already elapsed time

1 Decano de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UPOLI, asesor jurídico y secretario general adjunto de la misma Institución. Secretario general de la Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho en América Latina (AFEI-DAL).

defined the true constitutional rule of law. The constitutional legislator projected in this way a new legitimacy and a design of power and law whose daily reality needed important changes rear both mentality and legal culture, much of the activity of legal operators. The radical aim of this process was the imposition of limits and links to the power and the guarantee of fundamental rights. The model of fundamental rights, which reflected the constituent and rating their mark puts us again, in my opinion, before the goal more radical and emancipatory constitutionalism, linked to the requirement of establishing limits and links to all kinds of power, with the basic aim of normatively protect rights. In this sense, the possibilities of democratic constitutionalism and guarantees are greatest if it is able to broaden and deepen in all dimensions that have rights and in providing special protection.

I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La Constitución de 1987, reformada ya muchas veces, pero particularmente su reforma de 1995 hizo nacer en nuestro sistema jurídico-político un nuevo modelo de organización que con el tiempo ya transcurrido podemos decir definió el verdadero Estado constitucional de Derecho. El legislador constitucional proyectó de esta manera una nueva legitimidad y un diseño del poder y de Derecho cuya realidad cotidiana necesitó importantes transformaciones posteriores, tanto de la mentalidad y la cultura jurídica cuanto de la actividad de los operadores jurídicos. El objetivo radical de este proceso fue 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 aquellas que tienen mayor proyección en la posición de los derechos fundamentales².

2 Ignacio DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma...*, cit.;

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.

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 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 ALEXY: *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.º 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.º 24 (2001), págs. 429 a 457.

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 solo establece el modo de producción del Derecho, sino también dispone contenidos a la regulación jurídica⁶.

Tercero, la inmediación constitucional, esto es, la dimensión en virtud de la cual, la constitución es accesible directamente a todos los operadores jurídicos y no solo 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 integrada básicamente por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos. Lo interesante o más característicos de este modelo es 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, 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.

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, aun cuando es importante tomar en consideración que, si de un lado, las normas constitucionales pueden aumentar la indeterminación del

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.

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, “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”, dando así cumplimiento a la definición de constitución que encontrábamos 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 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’⁷. 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 impone fines y objetivos que deben ser realizados⁸.

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

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

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

eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la *Constitución*. 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 quizás 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, esta solo 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.

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 similares 15. 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 cobran todo su sentido en tanto que límites al poder y garantía de la libertad e inmunidad de las personas. Los derechos existen, para maximizar la autonomía de las personas y minimizar el impacto de los poderes (públicos y privados) sobre sus vidas.

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 estos 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 subjetiva, 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 particulares⁹.

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. Prieto¹⁰ 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.

De las aportaciones actuales, aunque con evidentes diferencias, sobre derechos fundamentales y constitucionalismo, es posible considerar la existencia en la doctrina de 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

9 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.

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

una relación de continuidad, indivisibilidad e interdependencia entre los mismos.

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”¹¹.

Por 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 contrapoderes¹².

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

11 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. 40-42.

12 Sobre la dimensión axiológica de los derechos fundamentales, véase Gregorio PECESBARBA: *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.

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 de igual consideración y respeto. 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.

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 solo 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 costosas.

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.

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, jueces, seguridad,

defensa, etc.), medidas de respeto por parte 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. En este sentido, todas las garantías pueden ser vistas, en definitiva, como obligaciones positivas del Estado; entre otras cosas, porque todos los derechos tienen una dimensión social.

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”, sino en planteamientos de orden político. 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. 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 programáticos. La imprecisión y la bruma teórica que ha envuelto tradicionalmente a los derechos sociales provienen 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.

Esta línea de argumentación se ha convertido en un común denominador en la arena jurídica, y sin duda lastra el impulso de cualquier derecho que no pertenezca al conjunto de los derechos civiles. El error es la clasificación en sí 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 prestación¹³. A mi juicio, sin embargo, la distinción entre estos

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

derechos no solo no es rígida, ni esencialista, sino que es en la fluidez de sus límites donde encontramos las mejores razones para hacer de ellos una pieza clave del constitucionalismo actual. 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 ellos intercalados formando más que subgrupos separados, un grupo continuo.

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 nicaragüense esta vía queda abierta en el art. 46 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 Humanos. 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. Estas 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 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.º 3 y la 10 del Comité del PIDESC¹⁴ establece una tipología de obligaciones por parte de los Estados: obligación de respetar, de proteger y de facilitar todo derecho.

El artículo 46 Cn. da 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 nuestra *Constitución* 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 realizado los respectivos órganos aplicadores o interpretativos que existan.

14 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y su **entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.**

El contenido del artículo 46 Cn. debe servir como un criterio interpretativo que, en algunos supuestos, es también parámetro de validez, y que se proyecta sobre todos los derechos reconocidos en la *Constitución*, de un modo concordante con muchas otras constituciones en la región. La vía abierta por este artículo debe servir y ser 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.

C) LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS Y GARANTÍAS

Ferrajoli, 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 jurídica¹⁵.

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 derechos subjetivos garantizados, que pueden ser positivas o negativas), y garantías secundarias o jurisdiccionales, 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 primarias. 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

15 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.

para la reparación de la inobservancia de las primeras representada por los actos ilícitos o por los actos inválidos.

Por su parte, la *Constitución* nuestra de 1987 y sus reformas, establece a partir del Título IV, Capítulos I al V el Título VII un sistema diferenciado de garantías y derechos, que se hallan reforzadas, indistintamente y entremezclados para derechos civiles, políticos, sociales, laborales, de familia, entre otros y que estos, de acuerdo a esta concepción, 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 mismos y del recurso de amparo constitucional o de inconstitucionalidad. 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 no.

De otro lado, que a pesar de las garantías de los derechos dispuestas por la propia Constitución y dado que estos 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 supralegal de los derechos hace que al final sean los tribunales 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 considerar 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 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.

Las últimas reformas constitucionales realizadas en el 2014 desnaturalizaron el Estado Constitucional. Los retrocesos a la institucionalidad por la concentración de poder; la sujeción de los poderes a un solo poder, contribuyen al retroceso y disminución del Estado de Derecho, convirtiendo al Estado Constitucional en un Estado de Poder, por ende con ello se exponen y se trastocan los derechos fundamentales y las garantías en ellos establecidos poniéndose en riesgo el debido proceso, la propiedad y sus garantías cuando se expropia después que se destruyen propiedades o se confiscan las mismas, se detiene a las personas mediante la figura ilegal del secuestro; se cambian sentencias, no de la noche a la mañana, sino de una hora a la siguiente. Todos: gobierno, partidos políticos, ciudadanos, empresarios, iglesias, sociedad civil estamos llamados a la búsqueda de un dialogo que genere consensos que eviten tales contrastes jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, Josep: (2001) “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* n.º 24.
- Alexy, Robert: (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*, (traducción de Ernesto Garzón). Madrid, CEC.

- Añón, María José (ed.): (2004) *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Atienza, Manuel: (2001), *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- Betegón, Jerónimo y OTROS: (1997) *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill.
- Bin, Roberto: (2000) “Diritti e fraintendimenti”, *Ragion Práctica* n.º 14.
- De Otto, Ignacio, (1987) *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona,; Ariel.
- Ferrajoli, Luigi, (1995) *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi, (1999) *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta,
- Fioravanti, Maurizio (1995) *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta.
- Jiménez Campo, Javier: (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta.
- Nino, Carlos S: (1996) *Ética y Derechos humanos*, Ariel, Barcelona,, y “Justicia” en Ernesto GARZÓN y F. J. LAPORTA (eds.): *El Derecho y la justicia*, Madrid, Trotta.
- Requejo Pages, Juan Luis, (1995) *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*. Madrid: McGraw-Hill.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y su **entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.**
- Pecesbarba, Gregorio: (1995) *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE.
- Pérez Luño, Antonio Enrique: (1998) *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (6.ª ed.), Madrid, Tecnos.
- Pisarello, Gerardo (eds.): (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.

Prieto, Luis: (2003) *Estudios sobre derechos fundamentales, Justicia constitucional*, Madrid, Trotta.

Prieto, Luis: (2003) *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta.

Troper, Michel: (1999) “La máquina y la norma. Dos modelos de constitución”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* n.º 22.

Zagrebelsky, Gustavo: (1995) *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta.