

LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PODER*

María Isabel Garrido Gómez **

RESUMEN

En el presente artículo me propongo dar cuenta de la relación existente entre los derechos fundamentales y el Poder. Desde este punto de vista, se aprecia que los derechos fundamentales constituyen un núcleo básico dentro de los Estados de Derecho en sentido amplio; y que el modelo organizativo que asumen los Estados contemporáneos de nuestra área cultural es el de la democracia. En este sentido, se apuesta por la democracia material, quedando centrado el problema en la distribución del Poder y su limitación.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales, Poder, garantía de los derechos fundamentales, límites al Poder.

SUMARIO

1. Algunos presupuestos. 2. La acción del Poder y su influencia en los derechos fundamentales. 2.1. El Poder como creador de los derechos fundamentales. 2.2. La garantía de los derechos fundamentales por el Poder jurificado. 3. La acción de los derechos fundamentales y su influencia en el Poder. 4. Conclusión.

1. ALGUNOS PRESUPUESTOS

En el estudio de la relación entre los derechos fundamentales y el Poder, se debe aclarar qué se entiende por el término *derechos fundamentales* y cuáles son los presupuestos del Poder constituido como Estado de Derecho. En este sentido, en el ideal consagrado en la actualidad del vigente Estado constitucional de Derecho, los derechos fundamentales son su razón de ser. Unidos a la Constitución escrita concurren dos caracteres: el de la legitimidad y el de su función. En cuanto a la legitimidad, el constitucionalismo moderno está ligado a los principios iusnaturalistas, mediante la racionalización del Derecho vigente, y a la revolución democrática de la segunda mitad del setecientos que deja de fundamentar la legitimidad en el consenso racional de los ciudadanos. Por lo que respecta a la función, se desea una Constitución escrita con los objetivos de impedir un gobierno arbitrario, de instaurar un gobierno limitado y de garantizar los derechos de los ciudadanos para impedir que sean violados por el Estado¹.

* Fecha de recepción: 10 de mayo de 2009. Fecha de aceptación: 8 de julio de 2009. Este artículo ha sido realizado dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos". CSD2008-00007, y del Proyecto "Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX" (DER-2008-03941/JURI) del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica (2008-2010).

** Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alcalá (España). Correo-e: misabel.garrido@uah.es

¹ MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo moderno*, trad. de F.J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neira, Trotta-Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998, pp. 23 y ss.

Para iniciar el presente estudio, el término *derechos fundamentales* hay que entenderlo como derechos humanos positivados en el plano estatal². Así, los derechos humanos y los fundamentales coinciden en el sujeto, es decir, en tener como titulares a las personas y a los grupos, aunque el concepto de los fundamentales tiene como elemento central la norma; pudiendo concluir que, normalmente, aluden a derechos que se hallan en los niveles más altos del Ordenamiento jurídico debido a su contenido y no al contrario. Cuando hablamos de derechos fundamentales la expresión es muy precisa, siendo los derechos que se recogen en las Constituciones de los Estados y son apoyados por el Ordenamiento jurídico y el sistema de garantías correspondiente. No son universales ni gozan de generalidad, porque su reconocimiento, protección y eficacia están circunscritos a los límites territoriales del Estado constitucional al igual que a la vigencia de la Constitución de la que se trate³.

Desde el razonamiento práctico, los derechos requieren que nos situemos en una esfera de estructuras complejas, dentro de las cuales hay que resaltar la del Derecho como sistema normativo institucional, siendo los derechos jurídicos un tipo particular de los institucionales dependiente de grupos organizados de personas que poseen comportamientos con un marco de referencia compuesto por reglas interrelacionadas, reglas que confieren facultades y reglas que imponen deberes y obligaciones, cabiendo la posibilidad de formas mixtas, las cuales determinan las condiciones de existencia, las consecuencias jurídicas y el ámbito temporal de aplicación del conjunto de reglas de los sistemas jurídicos⁴.

Desde una comprensión amplia, los derechos humanos y los fundamentales no conforman categorías distintas y aisladas, sino que su conexión es evidente, pues los fundamentales se identifican con la trascipción normativa de los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, y con la absorción al plano de las pretensiones y

² MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, B., "Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual", en BALLESTEROS, J. (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 42 y 43.

³ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 165-168.

⁴ LAPORTA, F.J., "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 4, 1987, pp. 32 y 33; PÁRAMO ARGÜELLES, J.R., "El concepto de *derecho*: Una introducción bibliográfica", *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 4, 1986-1987, pp. 199 y ss., y 207; RUIZ MIGUEL, A., "Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 323; WELLMAN, C., *An Approach to Rights. Studies in the Philosophie of Law and Morals*, Kluwer Academia Publishers, Dordrecht, 1997, pp. 12 y ss.

aspiraciones fuertes de las personas situadas en el plano de la moralidad. Desde el ámbito de la regulación jurídica, reparamos que existe un acercamiento entre los dos conceptos, debido a que, primeramente, su radio de acción fue nacional, desenvolviéndose, posteriormente, en el internacional, e intentándose un proceso de universalización, caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sincrónicamente, al incluir en sus textos un catálogo de derechos y al ser desarrollados por el legislador ordinario, el punto de partida de las Constituciones es el de la dignidad humana. Ahora bien, como hemos subrayado, conviene tener en cuenta que la distinción entre los términos *derechos humanos* y *derechos fundamentales* se desprende de que en los primeros utilizamos el término *derechos* en su versión débil, ya que si no están positivados, entonces nadie podrá hacerlos valer frente a los demás ni frente a los poderes públicos, estando simplemente en condiciones de afirmar que el legislador debe reconocerlos en toda sociedad civilizada y crear instrumentos de protección, de tal forma que, en el supuesto de ser violados, se pueda acudir a una instancia creada a tal efecto para obtener la solución que corresponda⁵.

En suma, la diferencia entre los derechos humanos y los fundamentales depende del lugar en el que se ponga el acento de su validez y de qué tipo de validez es al que se dé primacía. En los derechos humanos, partimos de una validez axiológica en la que nos situamos en un nivel del discurso prejurídico, descansando su fundamento en las razones que se entienden como suficientes o buenas para que el legislador las recoja, valorándolas y regulándolas. Es decir, en este caso nos ceñimos al plano de las aspiraciones humanas, entendidas esencialmente como necesidades básicas, que son las que el legislador debe atender para que las personas y los grupos puedan desenvolver su vida dignamente adaptada a los estándares vigentes en la sociedad⁶. En cambio, cuando hablamos de derechos fundamentales nos referimos al plano normativo jurídico, sobre todo al constitucional, sin olvidar las demás normas de desarrollo, estimando que su validez es formal y, por lo tanto, que tales derechos valen en función de su acogimiento por el Derecho positivo según la consideración que, siguiendo el procedimiento democrático, han llevado a cabo los representantes de la ciudadanía, sin desconocer que haya pautas morales externas al bloque constitucional que sirven de crítica a los ya regulados, pudiendo ser

⁵ ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Edit. Club Universitario, San Vicente (Alicante), 1998, p. 151; JACQUES, R., con la colaboración de J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, París, 1999, pp. 35 y ss.

⁶ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., "Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto", *Sistema*, n.º 46, 1982, pp. 45-61. L. Hierro explica lo que es un derecho basándose en la idea de necesidad, lo cual indica el aspecto objetivo del interés o deseo que se trata de satisfacer conforme a los fines del sistema normativo en el que esa necesidad tiene su lugar (PÁRAMO ARGÜELLES, J.R. de, "El concepto de *derecho*: Una introducción bibliográfica", cit., p. 206).

acogidas tales posiciones en textos posteriores con la creación de nuevas normativas, modificando las vigentes, completándolas o derogándolas. Por añadidura, los derechos fundamentales deben responder a ciertos valores inmersos en la historicidad, indicativa de que las necesidades que representan son acordes con las que coyunturalmente se reclaman. Lo señalado conduce a hacer ostensible la trascendencia que tienen como fenómeno socio-jurídico en aras del aumento de bienes estimados merecedores de tutela; del hecho de haber sido ampliada la titularidad de algunos derechos típicos a sujetos diferentes del hombre; y de la consideración del hombre conforme a las distintas formas de estar en la sociedad⁷.

Con esta perspectiva, se debe subrayar que los derechos fundamentales conforman un núcleo básico dentro de los Estados de Derecho en sentido amplio, constituyendo también un elemento legitimador indispensable al tiempo que exigen e implican ese Estado de Derecho. Como demuestra la historia, la teoría de los derechos dispone una nueva forma de entender el poder político y la dimensión estatal desde finales del siglo XVIII⁸. Según la teoría liberal de los derechos fundamentales, son derechos de libertad del individuo frente al Estado. La libertad de éstos, desde una visión jurídica, precede al poder público, el cual habrá de procurar los presupuestos e instituciones para su garantía jurídica, y los derechos fundamentales como derechos de libertad son normas de distribución de competencias entre los individuos (sociedad) y el Estado. Delimitan la esfera en la que el individuo y sus estructuras sociales son competentes para la regulación de conductas y la organización de prestaciones⁹.

Con la llegada del Estado social las cosas cambiarían, ya que el primer presupuesto sería la obligación que tienen los poderes públicos de intervenir para que la igualdad jurídico-política que asegura el

⁷ BOBBIO. N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Debate, Madrid, 1991, p. 114. Sobre el tema, ver además: SCHNEEWIND, J.B., *The Invention of Autonomy. A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Nueva York, 1998; y TAYLOR, J.S. (ed.), *Personal Autonomy. New Essays on Personal Autonomy and its Role in Contemporary Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido), 2005.

⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos humanos. Historia, fundamento y realidad*, Egido, Zaragoza, 1997, pp. 31 y 32, refiriéndose a Pérez Luño. Igualmente, ver: ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., "Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales", *Sistema*, n.º 158, 2000, pp. 98 y ss.; ASÍS ROIG, R. de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 1999, pp. 43 y ss.

⁹ BÖCKENFÖRDE, E.W., "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", trad. de I. Villaverde Menéndez, en BÖCKENFÖRDE, E.W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de F.J. Bastida, trad. de J.L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 48; PÉREZ LUÑO, A.E., "Sobre el Estado de Derecho y su significación constitucional", *Sistema*, n.º 57, 1983, pp. 51-76.

Estado de Derecho se transforme en una auténtica igualdad social, económica y cultural, lo que conmina a una actitud correctora de las desigualdades. Esta clase de Estado lleva aparejados los derechos sociales, cuya teoría, adelantada en la obra de von Stein *Geschichte der sozialen Bewegung* (1850), toma cuerpo en la formulación doctrinal de Heller (*Rechtsstaat oder Diktatur*, 1929) y de los autores del siglo XIX pertenecientes al socialismo democrático, regulándose inicialmente en las Constituciones de México de 1917 y de Weimar de 1919¹⁰, y poniendo de manifiesto que son los que permiten que las personas que carecen de recursos satisfagan sus necesidades básicas. El concepto de *necesidad* se posiciona entre las nociones de *supervivencia* y *abundancia* de las que se derivan niveles de subsistencia y de vida decente en relación con el nivel de vida general de una comunidad. De ahí que se hable de derechos de libertad porque tienen como meta crear las condiciones para el pleno desarrollo de la autonomía; y de ahí que los derechos sociales sean integrables dentro de los derechos participativos, pues determinan una participación en los beneficios del progreso de la vida social. En este orden de ideas, los poderes públicos tienen la responsabilidad de proporcionar a los ciudadanos las prestaciones imprescindibles para que desplieguen su personalidad y se integren socialmente, eliminando el abstencionismo¹¹.

¹⁰ HELLER, H., *Teoría del Estado*, edic. y estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, trad. de G. Niemeyer, Comares, Granada, 2004; STEIN, L. von, *Movimientos sociales y Monarquía*, trad. de E. Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Al respecto, ver también PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "Los derechos económicos sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1999, pp. 34 y ss.

¹¹ AÑÓN ROIG, M.J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 261 y ss.; BEEN, S.I. y PETERS, R.S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. de R.J. Vernengo, Edit. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1984, pp. 164 y ss.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., "El Estado social: desarrollo y revisión", en FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Filosofía política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 106-110; GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 2005, pp. 18 y ss.; GILBERT, N. y TERRELL, P., *Dimensions of Social Welfare Policy*, Allyn & Bacon, Needham Heights (Massachusetts), 2004, pp. 13 y ss.; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., al interpretar la teoría de N. Bobbio en el "Prólogo" al libro de Id. *Igualdad y libertad*, trad. de P. Aragón Rincón, Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona-Paidós, Barcelona, 2000, p. 47; PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 230; PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1998, pp. 73 y ss.; TUORI, K., K., *Positivismo crítico y Derecho moderno*, trad. de D. Mena, revisión de L. Trueba, Fontamara, México, D.F., 1998, p. 22.

2. LA ACCIÓN DEL PODER Y SU INFLUENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. El poder como creador de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales no aparecen aislados los unos de los otros, todos son partes de una unidad superior, de una regulación o campo normativo. Se trata, por tanto, de partes de un sector, o conjunto de normas más amplio, que únicamente en su conexión mutua pueden ser plenamente entendidas con armonía y lógica interna. La idea de sistema de los derechos fundamentales nos conduce a la interdependencia entre los derechos en cuestión junto a la fijación de tres notas comunes que son: la unidad, la plenitud y la coherencia. Así apreciamos la idea de una unidad de sentido, el proceso de sistematización corre paralelamente a la evolución del Estado moderno, siendo una de las notas más representativas de los Ordenamientos jurídicos más evolucionados en los que actúa como un elemento básico de la seguridad jurídica. Desde este punto de vista, su estructura constituye "un todo único, claramente delimitado y específico", con unas características informadoras que se manifiestan en cada uno de los elementos que lo conforman¹².

Desde la conexión entre los derechos fundamentales y el Poder, se ha discutido mucho sobre la relación Derecho-Política pues en la sociedad moderna la mayoría de las leyes son expresión de una voluntad política, siendo evidente que de su conveniencia depende el establecimiento de un sistema planificador o de iniciativa privada. A partir de la obra de Maquiavelo *II Principe* lo político y la Política asumirían una autonomía auténtica, conformándose como un campo normativo particular. Dicho libro marcó un hito, en contraste con la época precedente, en la que la actividad política, singularmente la concerniente al arte del gobierno y de la dirección de la vida en sociedad, era eminentemente ética¹³.

Pero hemos de preguntarnos en qué consiste la citada autonomía. Desde un principio nos encontramos con el problema de qué entendemos por Política. Se dice que hay hechos o problemas que se politizan, es decir, que van adquiriendo progresivamente las notas de lo político. Todo fenómeno social se puede transformar en político en la medida en que fija nuevas decisiones, se exterioriza como un conflicto, compele a la intervención del Poder, motiva nuevos reajustes en la distribución de bienes y obliga a considerar

¹² PÉREZ LUÑO, A.E., "El sistema de los derechos fundamentales", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y RAMIRO AVILÉS, M.A. (coords.), *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid-Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 380 y 381.

¹³ RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1999, p. 117.

cuáles son los fines que la comunidad debe perseguir como bien público¹⁴. Como dijera ya Aristóteles, el hombre es un *zōn politikon*, vive en sociedad y, de este modo, es capaz de sobrevivir, hablar y desarrollar una cultura. El hombre no político era, para el filósofo, un ser defectuoso, cuya insuficiencia residía en haber perdido, o en no haber adquirido la dimensión y la plenitud de la simbiosis con la *polis*¹⁵. Más tarde, sería Tomás de Aquino quien tradujera con autoridad el término *zōn politikon* aristotélico por "animal político y social", observando que "es propio de la naturaleza del hombre que éste viva en una sociedad de muchos"¹⁶.

Se ha demostrado que existen dos dimensiones próximas y afines en su cometido y en su meta, buscando las diferencias en la función desempeñada puesto que el Derecho garantiza la estabilidad del orden social, y la Política representa, en cierto modo, el elemento dinámico de ese orden. La Política pertenece, como el Derecho, a las formas de la vida social y representa un punto de vista sobre la justicia; pero éste está conformado por reglas más rígidas y generales que no pueden ser traspasadas. Los actos políticos explicitan necesidades, tendencias o intereses que pueden no ser coincidentes, o que entran en conflicto y se contradicen en el proceso que conduce a una decisión hasta que rompen en un acuerdo o en un resultado unitario. A su vez, la Política está subordinada a la justicia, pero el ámbito de su actividad es más amplio que el del Derecho. Éste es una forma de actividad política porque los sistemas jurídicos son resultado, en gran parte, de una serie de decisiones de esta naturaleza fuera del servicio a intereses particulares e ideologías¹⁷. La actividad política es actividad social que se da en la convivencia humana, o que está referida a esa convivencia. Muestra contenidos subjetivos, como decisiones personales remitidas a la conducta de otros, y contenidos objetivos institucionales que encierran reglas y formas de organización impuestas¹⁸.

Puntualizando todas estas ideas, la fórmula organizativa que en los Estados contemporáneos de nuestra área cultural está vigente es la democracia, pero no nos sirve una de corte procedimental, ya que en el Estado constitucional de Derecho los derechos fundamentales operan una transformación primaria por referirse al funcionamiento de los mecanismos democráticos, en lo relativo a su alcance y límites,

¹⁴ RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, cit., p. 118.

¹⁵ ARISTÓTELES, *Política*, Libro I, 1.253 a.

¹⁶ AQUINO, T. de, *Suma de Teología*, I-II, q. 61 a 5.

¹⁷ RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, cit., pp. 119 y 120.

¹⁸ BRIEKSborn, N., *Filosofía del Derecho*, trad. de C. Gancho, Herder, Barcelona, 1993, p. 200, el cual afirma que "la vinculación del Derecho a la Política no tiene por qué fortalecer necesariamente al Derecho, sino que puede también debilitarlo. La fortaleza y la debilidad del Derecho dependen en gran medida de la política jurídica" (*Id., id.*, p. 199).

a causa de que la democracia no siempre es un resultado posible, posible en condiciones moralmente aceptables, ni siempre es un resultado adecuado o deseable. En contraste, la material supone la consideración de una serie de valores, dichos valores son, por su vinculación con el liberalismo, la libertad y la igualdad formal y, por su vinculación con el socialismo ético, la igualdad material y la solidaridad¹⁹. Consiguientemente, una solución al dilema consiste en que, como dice Bobbio, las reglas formales son necesarias, no obstante, no sean suficientes y, al menos, sea deseable que haya unos requisitos de contenido²⁰.

Sintéticamente, la democracia material se vincula con la defensa de una sucesión de valores que forman parte de ella y con los derechos fundamentales, evidenciándose que las normas en las que se establecen, referidas a las fuentes y a las formas de producción de las normas primarias, indican qué se debe o no decidir y, por ello, sus contenidos sustanciales. Así, la teoría del *coto vedado* de Garzón Valdés es, a mi parecer, un buen supuesto de lo que acabamos de decir. Dentro de este coto, se encontrarían los derechos fundamentales no negociables que son condición necesaria de la democracia representativa, y sólo fuera de él serían posibles el disenso, la negociación y la tolerancia²¹. En función del aludido coto vedado en los sistemas democráticos, se propugna que las reacciones de los grupos minoritarios como actitudes de disenso son ético-políticamente imprescindibles si son reflejo de alguna discriminación relevante; si constituyen una reacción frente a la violación del principio de la mayoría; y si expresan una propuesta de ampliación del coto por la explicitación deductiva de nuevos derechos básicos, o a través de "la presentación de una nueva constelación fáctica que requiera la inclusión de nuevos derechos dentro de aquél". Su aceptabilidad ético-política se plasma en "hacer valer deseos secundarios en un proceso de negociación parlamentaria" o cuando "en una votación ciudadana se procura ampliar la agenda de temas que deberían ser objeto de discusión en el Parlamento". Pero son ético-políticamente inadmisibles en el caso de que se "intenten imponer situaciones de privilegio", cuando "pretendan sustituir el

¹⁹ BEETHAM, D., *Democracy and Human Rights*, Polity Press, Cambridge (Reino Unido), 2000, pp. 20 y ss.; MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, cit., p. 156; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "Reflexiones sobre la democracia en la sociedad", en LÓPEZ GARCÍA, REAL ALCALÁ, J.A. del y RUIZ RUIZ, R. (eds.), *La democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 50 y 51.

²⁰ BOBBIO, N., "Democracia: las técnicas", trad. de J. Fernández Santillán, en BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2005, p. 461.

²¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 2006, p. 864; GARZÓN VALDÉS, E., "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías", *Isonomía*, n.º 12, 2000, pp. 20 y ss.

punto de vista moral como puntos de vista culturales, étnicos o de género", y cuando "aspiren a erigirse en colectivos portadores de derechos morales". Además, en los tiempos que corren, la democracia suele pasar de comprenderse como política a ser social, prolongándose hasta la democracia solidaria o tolerante, lo que indica que la base de los derechos cívico-políticos se amplíe a los socio-económicos, para pasar a los de solidaridad²².

Mas, si los derechos fundamentales encarnaran los requisitos sustanciales que se precisan y la democracia fuera el fundamento de la limitación del poder de la mayoría, representando el Estado constitucional un modo de juridificarla, el sistema democrático sería el que justificaría los mecanismos contramayoritarios que el constitucionalismo lleva consigo. La raíz de este planteamiento se encuentra en Kelsen, quien considera que la democracia es una forma de Estado o de sociedad en la que la voluntad colectiva se crea por el pueblo²³. "Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo". De ahí que tengamos que pensar en la función que desempeñan los derechos fundamentales como criterios de legitimidad del Derecho y del Estado en relación con el principio de las mayorías; y que mantengamos que tales derechos se constituyen como sus límites, porque el origen democrático de una ley no es garantía suficiente para determinar su justicia. El foco del problema reside en que la democracia constitucional es un ideal complejo que se puede descomponer en dos grandes partes, una referida a la distribución del poder y otra a su limitación, dándose por supuesto que los derechos son por definición *de* las minorías y *contra* la mayoría. Sin embargo, no es forzoso que coincidan el grupo de los que no son beneficiarios de un derecho y del de quienes se oponen a que sean reconocidos, además de que no siempre tiene que ser malo que la mayoría se oponga a las pretensiones de una minoría²⁴.

En definitiva, el enfrentamiento se produce entre dos posibilidades consideradas como únicas, la del modelo de supremacía parlamentaria incondicionada, propia del Estado legislativo de

²² GARZÓN VALDÉS, E., "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías", cit., pp. 33 y 34.

²³ BAYÓN, J.C., "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., PÁRAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 75 y 76; KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo Tapia y L. Legaz, edic. y estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2002, pp.19 y 85.

²⁴ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., "Los límites de los derechos fundamentales", en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., PÁRAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, cit., pp. 446 y 447. Ver además BAYÓN, J.C., "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", cit., pp. 76, y 97 y ss.; GAXIE, D., *La démocratie représentative*, Montchrestien, París, 2003, pp. 60 y ss.

Derecho, y la del Estado constitucional, estimada como una forma de constitucionalismo fuerte, de modo que el tipo que se considere preferible lo habrá de ser para cualquier comunidad política. No obstante, como apunta Bayón, dos prejuicios son los que hay que intentar eliminar, dado que la experiencia nos demuestra que, entre las dos posibilidades que habitualmente se muestran cerradas, hay una tercera opción denominada constitucionalismo débil, concesora de la última palabra a la mayoría parlamentaria ordinaria. Al igual que nos demuestra que, si la justificación del modelo que ha de seguirse como preferible se encuentra en el equilibrio entre sus valores intrínseco e instrumental, el que se ha de aceptar dependerá del contexto, por lo que no ha de valer de igual manera para todas las comunidades políticas, justificándose procedimientos de decisión distintos según las condiciones sociales que imperen en ese momento y lugar²⁵.

2.2. La garantía de los derechos fundamentales por el poder jurificado

En el tema de los derechos fundamentales, adquiere cada vez más trascendencia la cuestión de sus garantías. Como dice Bobbio, este aspecto es más relevante que el del concepto y el fundamento, si bien, si existen aquéllas y se elaboran distintas técnicas garantistas es porque previamente se ha determinado que hay unos derechos que merecen ser protegidos²⁶. Sin embargo, observamos, por ejemplo, que algunos de los que se recogen formalmente en las Constituciones no son justiciables en la práctica, o lo son insatisfactoriamente. Puede que se atribuyan por la Constitución en alguno de sus preceptos, mas puede que carezcan de protección si no hay una norma que establezca los mecanismos precisos para el supuesto de que se violen²⁷. Esto hace que caigamos en la paradoja de hallarnos ante derechos que, desde el punto de vista formal, reúnen los requisitos referentes a la validez jurídica de los Ordenamientos, pero que, desde una perspectiva deóntica, se sitúan en un nivel bastante cercano al de los derechos humanos. En definitiva, la cuestión radica en si es invocable un derecho que se proclama y no se salvaguarda por estar desprovisto de garantías idóneas, lo cual depende de si se considera que las garantías son un elemento constitutivo, es decir, una condición *sine qua non* para que exista²⁸.

²⁵ BAYÓN, J.C., "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", cit., pp. 127 y 128.

²⁶ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 78 y ss.

²⁷ GUASTINI, R., "La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana", trad. de A. Greppi, en GUASTINI, R., *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, D.F., 2003, pp. 233 y ss.

²⁸ PALOMBELLA, G., "Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría", trad. de A. García Figueroa, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22, 1995, p.

Doctrinalmente, la teoría sobre el garantismo jurídico que más auge ha tenido ha sido la de Ferrajoli, la cual pretende determinar un marco en el que el Derecho no quede abandonado a lo que diga la política, habiendo de ser regulada jurídicamente y dar un alcance lo más amplio posible al Estado social de Derecho ante la crisis de la justicia que se manifiesta en grandes masas sociales que no poseen ni los derechos más elementales²⁹. Por otro lado, destaca la defensa de los derechos por el Derecho, siendo una de las tesis básicas la centralidad de la razón jurídica y de la virtualidad de la legalidad en el interior del Estado constitucional y democrático de Derecho. En definitiva, la función más importante del Estado es la de garantizar los derechos fundamentales mediante el respeto del principio de legalidad³⁰. En un primer momento, Ferrajoli desea alcanzar una legitimación formal del poder entendida como el respeto de ese principio, tal legitimidad se comprende en cuanto que todo poder político se ha de subordinar a las leyes, cosa que ha de ser vigilada por jueces independientes aun cuando la realidad demuestre que al Derecho no le es siempre dable cumplir con los valores e intereses que se propone. Sin embargo, la concurrencia de la legitimación formal no es suficiente, ya que tiene que darse "una legitimación sustancial fundada en el efectivo respeto de los derechos fundamentales y en el cumplimiento de los deberes jurídicos fundamentales por los poderes públicos". Con lo que todos los poderes políticos habrán de servir a la garantía de los derechos y asumir los deberes públicos impuestos constitucionalmente, al tiempo que la mencionada legitimación sustancial requiere un plano de exigencias referido a que los derechos estén realmente protegidos y realizados.

Mas el garantismo de Ferrajoli supera el legalismo en sentido fuerte, pues es una filosofía política que faculta la crítica y la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas, planteándose el problema de modelar las técnicas legislativas y judiciales para la efectividad de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales³¹. Igualmente, la tesis de Ferrajoli es una tesis metodológica de aproximación al Derecho que ampara la separación entre efectividad y normatividad y se mantiene en el nivel metajurídico del enjuiciamiento externo del mismo, en el jurídico de

535; PÉREZ LUÑO, A.E., "El concepto de los derechos humanos y su problemática actual", *Derechos y Libertades*, n.º 1, 1993, p. 192. En relación con este tema, ver BAÑO LEÓN, J.M., "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24, 1988, pp. 155 y ss.

²⁹ Cfr. MORA MOLINA, J.J., *El garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Un estudio de Filosofía del Derecho sobre la frágil relación entre la Democracia, la Constitución y el Estado de Derecho*, Universidad de Huelva, Huelva, 2004, pp. 45 y ss.

³⁰ Cfr. LÓPEZ CALERA, N.M., *Introducción a los derechos humanos*, Comares, Granada, 2000, p. 37.

³¹ Cfr. LÓPEZ CALERA, N.M., *Introducción a los derechos humanos*, cit., pp. 37-40.

su enjuiciamiento interno y en el sociológico de la relación Derecho-práctica social efectiva. En el primer nivel, la separación entre el Derecho y la Moral es absoluta, y se atribuye a la teoría del Derecho una función de análisis y crítica de la deslegitimación de las instituciones jurídicas positivas; en cambio, en el nivel interno, se promueve un nuevo modelo de juez y de jurista, combinado con un nuevo modelo de política³². En concreto, las garantías primarias para los derechos sociales positivos son las que debe establecer el legislador por medio de mandatos claros dirigidos a la Administración, y las secundarias consisten en vías de reclamación, si es que se infringen, porque los derechos sociales poseen una estructura y un contenido que les diferencian de los individuales³³.

Toda la construcción ferrajoliana se hace desde una teoría jurídica pura, eliminados los aspectos morales y políticos, e históricos y sociológicos. Desde esta perspectiva, la posición de Ferrajoli se ha atacado duramente, como es el caso de A. Pintore, por convertir los derechos en un instrumento insaciable que devora la democracia, el espacio político y la autonomía moral de la que se hacen derivar³⁴. Otra crítica valiosa, aunque separadora de los derechos y las garantías, es la de Palombella, argumentativa de que las garantías no han de contemplarse como lagunas del Derecho positivo, sino que han de estimarse como una medida para distinguir la existencia y la operatividad jurídica verificada de la previsión de un derecho subjetivo³⁵. Desde este momento, se puede salvar la pretensión de no subordinar su existencia y su valor normativo a ninguna otra condición fuera de las que se asientan en su definición. También se hace posible no tomar en vano esa normatividad con arreglo a la inexistencia de garantías, y no convertir en excesivamente ambigua la frontera que hay entre el discurso descriptivo y el normativo. Y, aún menos, la frontera que se erige entre la naturaleza empírica de la operatividad de un derecho y las protecciones que son precisas para que sea factible con respecto al valor contrafáctico y deontológico que

³² GASCÓN ABELLÁN, M., "La teoría general del garantismo", en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, p. 183.

³³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 917 y 918. Y sobre la cuestión, cfr. CARBONELL, M., "La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli", en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (eds.), *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Trotta, Madrid, 2005, p. 183.

³⁴ MARTÍ MARMOL, J.L., "El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales", en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., p. 365; PINTORE, A., "Derechos insaciables", en CABO, A. de y PISARELLO, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. de P. Andrés, A. de Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, M. Criado y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2007, p. 243.

³⁵ PALOMBELLA, G., "Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría", cit., p. 539.

el Ordenamiento atribuye a las disposiciones que confieren derechos³⁶.

De este modo, la cuestión de las garantías incide en que haya derechos con una mayor cota de resistencia que otros en supeditación a lo que haya decidido el Poder. En síntesis, el que, por ejemplo, los derechos sociales se encuentren recogidos en las Constituciones es un paso importante pero perfeccionable. Es importante porque vincula al legislador ordinario, y perfeccionable para que las estructuras jurídicas, económicas y sociales hagan factible el ejercicio de esos derechos. Por otra parte, no hay que obviar que su efectividad en relación con el reconocimiento jurídico varía de unos derechos a otros. Así, encontramos algunos en los que tal reconocimiento influye poco, pues su disfrute real depende principalmente de las condiciones fácticas del desarrollo socio-económico del país; y otros que suelen depender de normas jurídicas administrativas. Sin embargo, en último término, la determinación de la eficacia jurídica de los derechos sociales se subordina a las posibilidades que el sistema jurisdiccional tenga articuladas en los Derechos positivos correspondientes y a las condiciones sociales, económicas y políticas de los pueblos, reconduciéndose, a la vez, todo ello a las concepciones jurídico-políticas y sociales vigentes³⁷.

La Constitución se plantea como una garantía que cumple una función abstracta de defensa de la regularidad del orden jurídico. Se trata de una garantía objetiva cuya naturaleza es preventiva, ya que no es necesario que se active cuando se haya producido algún daño a derechos o a intereses, no teniendo que haber sido afectados los sujetos legitimados porque la legitimación se confiere por la ley³⁸. En este sentido, se aprecia la vinculación entre los derechos y las garantías, dado que no se les puede atribuir un contenido que no consista en garantizar. Así, se evidencia que el control abstracto de constitucionalidad nace para defenderse de mayorías que se podían llegar a oponer al orden constitucional, siendo los poderes públicos los protagonistas de esta clase de procedimientos³⁹. Las garantías de la libertad de los ciudadanos que provienen del Estado de Derecho son variadas y reenvían al reconocimiento de derechos fundamentales tanto materiales como procesales, a la garantía de

³⁶ PALOMBELLA, G., "Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría", cit., pp. 539-540 y nota 29.

³⁷ CASTRO CID, B. de, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993, pp. 172 y ss.

³⁸ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de R.J. Vernengo, Porrúa, México, D.F., 2003, pp. 232-235; LÓPEZ PINA, A. (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991.

³⁹ HÄBERLE, P., *Las garantías del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, trad. de J. Brage Camazano, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 23 y ss.

ciertas formas organizativas y procedimentales, a la separación de la legislación y a la ejecución de la ley, junto al mandato de irretroactividad, que lo que hacen es limitar el contenido y alcance del Poder⁴⁰. En particular, se estatuye un control del Poder ejecutivo por el legislativo, un control del Parlamento en el ejercicio del Poder legislativo ordinario por una Corte jurisdiccional, una autonomía del gobierno local en todas sus formas y grados frente al gobierno central y un Poder judicial independiente del político. Mas, en la garantía y ejercicio de los derechos fundamentales, se entrecruzan intereses privados y públicos, lo que hace que la restricción de una libertad individual revierta en la colectividad y viceversa⁴¹. Hay que ver si se ha producido el desarrollo legislativo y reglamentario de un derecho, en caso negativo, el obligado a actuar sería el legislador, hallándonos ante una laguna jurídica. Fuera de esto, hay que estimar el nivel de cumplimiento o de incumplimiento de las garantías, catalogándolo de ineffectividad sustancial, si se produce la inobservancia de normas y garantías primarias, y de efectividad o ineffectividad jurisdiccional, si hay observancia o no de las normas y las garantías secundarias⁴².

3. LA ACCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INFLUENCIA EN EL PODER

La idea de los derechos fundamentales como límites al Poder se une en sus inicios a los límites del Poder religioso vinculado al político. En la esfera del contractualismo, el pacto es relevante, de manera que el Poder no puede transgredir los derechos y su actuación y organización han de estar presididas por ellos, siendo uno de los dilemas que acompañan a su efectiva realización el de las garantías en el caso de que se trate de derechos consistentes en una no-interferencia⁴³. Un primer acercamiento muestra que el concepto de *derechos fundamentales* puede entenderse de dos maneras, como límites de la actuación de los poderes públicos, pero también como pautas de lo que deben hacer. En el primer sentido, se trata de reglamentar o de regular; en el segundo, de guiar⁴⁴. De ahí se

⁴⁰ BÖCKEFÖRDE, E.W., "La democracia como principio constitucional", en BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 125.

⁴¹ BOBBIO, N., *Liberalismo y democracia*, trad. de J.F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2000, pp. 19 y 20.

⁴² AÑÓN ROIG, M.J., "Derechos fundamentales y Estado constitucional", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 40, 2002, pp. 34-36.

⁴³ ASÍS ROIG, R. de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2000, pp. 25-27 y 107; HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., "El imperio de la ley y la crisis de la ley", en HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México, D.F., 2001, pp. 17 y ss.

⁴⁴ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *Principios, fines y derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000, p. 121.

desprende la importancia que tienen en un Estado de Derecho, pudiendo afirmar con De Asís que hay un Poder legítimo cuando: a) Se regula por el Derecho; b) existe una participación directa o indirecta en relación con su ejercicio; c) gracias al Derecho, defiende y promueve el disfrute de las libertades; y d) teniendo como instrumento al Derecho, faculta para que haya fórmulas que dejen la vía abierta al disenso. El primer punto se relaciona con una actuación racional y con el sentido del Estado de Derecho; y el segundo se identifica con el consentimiento y la controvertida obediencia al Derecho en un Estado democrático, siendo el tercero y el cuarto los que se proyectan directamente sobre los derechos fundamentales⁴⁵.

Si analizamos el cómo se manda, la separación funcional de los poderes y la distribución territorial que les corresponde encarnan valores prolongados en los derechos a la seguridad jurídica o a la jurisdicción, y en garantías procesales y penales que entrañan los derechos a un proceso justo, a la defensa, a un procedimiento y a un juez preestablecido, a la legalidad penal y al *non bis in idem*. Y en la cuestión de qué se manda, la versión liberal incluye los derechos apoyados en principios de libertad y seguridad jurídica. Por otro lado, la necesidad de que los derechos fundamentales se protejan de la actuación del legislador, de la Administración y de los jueces viene dada por la misma Constitución, que en algunos supuestos se remite al legislador para que delimite su ámbito de extensión. Si bien, en otros supuestos, la exigencia de actuación legislativa deriva de la necesidad de fijar las bases sobre las que el derecho se pueda llegar a ejercitar, no obstante, no se pueda fijar una regla general que establezca la amplitud competencial, debido a que guarda una estrecha conexión con la amplitud que la Constitución haya establecido⁴⁶. A continuación estudiaré cómo actúan los derechos fundamentales con respecto al legislador, a la Administración y al juez.

a) *En cuanto al poder del legislador*

El Estado de Derecho traduce un modelo político-jurídico que, básicamente, se sintetiza en el desenvolvimiento de los miembros de la sociedad desde el reconocimiento de su igualdad, y la restricción en las atribuciones de los órganos estatales en lo que respecta a su

⁴⁵ ASÍS ROIG, R. de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, cit., pp. 100 y 101. Sobre el tema, ver además HALPIN, A., *Rights and Law. Analysis and Theory*, Hart Publishing, Oxford, 1997, pp. 50 y ss.

⁴⁶ NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 62 y ss.; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., con la colaboración de R. de Asís, C.R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 350 y 351.

actuación⁴⁷. Implica un Estado sometido a Derecho, contrapuesto a cualquier fórmula de absolutismo o totalitarismo, jurídicamente hablando o, por lo menos, insuficientemente regulado y sometido. Sin embargo, en los tiempos que corren estamos atravesando una crisis, concretada en lo que Ferrajoli llama crisis de la legalidad, del valor vinculante que los poderes públicos asocian a las reglas, y en la falta de adecuación estructural entre el Estado de Derecho y las funciones del *Welfare State*, aumentada por el carácter selectivo y desigual que proviene de la crisis del Estado social. A lo que se une la crisis del Estado nacional, expresada en los cambios de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, como consecuencia, en un debilitamiento del constitucionalismo; siendo claro que la situación descrita corre el riesgo de desembocar en una crisis de la democracia⁴⁸.

Pero, en este orden de cosas, el legislador no puede desempeñar un poder omnímodo, sino que los derechos fundamentales juegan como límite también para él. Siguiendo a Rawls, el método que debe utilizarse para poner de manifiesto la razonabilidad de los principios éticos y del respeto a los derechos fundamentales es análogo al empleado para determinar la razonabilidad de los criterios de la lógica inductiva, pudiendo someterse al test los principios que se obtienen. Desde lo expuesto, el análisis sería susceptible de llevarse a cabo internamente. Aquí, cada modelo o idea de racionalidad elaboraría los elementos de la actividad legislativa; permitiría diferenciar algunas disciplinas que desarrollan un rol director de otras que son meramente auxiliares; definiría la irracionalidad; y concretaría las técnicas que han de ser utilizadas para que aumente el grado de racionalidad. Pero hay otra forma de análisis, denominado externo, puesto que su finalidad es la de poner en relación los diversos planos mencionados según principios de compatibilidad y de dependencia, aparte de la incompatibilidad que pueda concurrir⁴⁹.

La pregunta que procede en nuestras democracias es saber quiénes son los que lideran la acción política y la respuesta radica en los Gobiernos. Son ellos los que no sólo ejercen la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, sino que, incluso, desempeñan un papel decisivo en el proceso legislativo. En el primer supuesto, suele ser así por mandato constitucional y, en cuanto a su hegemonía, éste es uno de los signos característicos de los actuales Parlamentos. En efecto,

⁴⁷ COSSÍO DÍAZ, J.R., *Estado social y derechos de prestación*, prólogo de M. Aragón Reyes, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 30.

⁴⁸ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, introducción de P. Andrés Ibáñez, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2006, pp. 15 y ss.

⁴⁹ RAWLS, J., *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, selección, trad. y presentación de M.A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 2002, p. 71.

más allá del tenor literal de los textos constitucionales, es el Ejecutivo quien desempeña a estos efectos el papel más importante. Dos series de datos pueden ilustrar la situación: 1) En la mayoría de los países, la mayor parte de los textos presentados al Parlamento son elaborados en el seno de la Administración y remitidos por el Gobierno al Parlamento para su debate y aprobación. Las iniciativas legislativas redactadas por los Grupos parlamentarios son numerosas, aun cuando muy pocas son tomadas en consideración y dan lugar a una ley; y 2) el monopolio del Gobierno en el proceso legislativo se manifiesta, además, en que consigue con facilidad que el Parlamento apruebe las medidas que propone⁵⁰. O, dicho en otros términos, prácticamente todos los proyectos de ley que presenta son aprobados por el Parlamento.

No obstante, la vinculación del legislador a los derechos fundamentales es menor que la que tiene el juez, ya que el margen general de acción de aquél es mayor, cabiendo sostener que la práctica muestra que es fácil ver cómo el legislador introduce, como por ejemplo y como uno de los supuestos más ilustrativos, continuas diferencias de trato, otorgando beneficios o cargos a ciertos grupos, por lo que la pregunta que procede hacernos es cómo se debe conciliar esa contradicción aparente y la respuesta descansa en la razonabilidad.

En este supuesto, el juicio de mínimos consistiría en interpretar los parámetros de racionalidad de la clasificación legislativa y de proporcionalidad de la diferencia de trato flexiblemente. Ello desemboca en que el objetivo sea declarar la constitucionalidad de la norma legislativa, siendo aplicable a la racionalidad de la clasificación legislativa y a un juicio mínimo de proporcionalidad de la diferencia de trato, sin embargo, hay una distinción entre ambos. En el supuesto del juicio mínimo de racionalidad de la clasificación legislativa, existe una mayor complejidad; mientras que, en el juicio de proporcionalidad, el juicio de mínimos representa una de las opciones que hay que elegir de las que se plantean formalmente en la doctrina del tribunal, en el juicio de racionalidad de la clasificación legislativa hay una contradicción con la doctrina establecida, pues, a veces, se tratan diferentemente casos que de hecho son similares. La solución que se da es apelando a la razonabilidad de la norma, esto es, si una norma no es perfectamente racional, su constitucionalidad dependerá de argumentos basados en juicios de valor, en el contexto social del caso⁵¹.

⁵⁰ Centre International de Documentation Parlementaire de L'Union Interparlementaire, *Les Parlements dans le monde. Recueil de Données Comparatives*, Bruylant, Bruselas, 1987, pp. 995 y 1046-1047.

⁵¹ GLÜCK, G., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 122-131.

Con esta visión, la razonabilidad se puede entender como concepto subsidiario de la estricta racionalidad, esto se debe a que la decisión del legislador es razonable cuando representa el punto de equilibrio entre las exigencias contrapuestas que no se pueden obviar en el caso concreto y, si es admisible por la comunidad, cuando ésta es entendida como un auditorio ideal. Ambos criterios muestran una reciprocidad⁵², explicándose como interdicción de la arbitrariedad.

En política, la propia definición de los términos de un problema es un juego de poder en el que no se busca, como pudiera ocurrir en la comunidad científica, un conocimiento desinteresado de la realidad, debido a que se trata siempre de alcanzar un conocimiento orientado hacia la acción, a tomar unas decisiones que afectan a los ciudadanos. En esta definición de los hechos entran en juego numerosos actores, con intereses aun contrapuestos o, al menos, no coincidentes, utilizando criterios distintos a la hora de calificar como relevantes unos u otros. No obstante, el legislador es incitado a actuar y, con demasiada frecuencia, no puede eludir su actuación, aceptándose que un responsable político se equivoque, lo que no se le perdona es que afirme que no sabe cómo resolver una situación. De ahí que, pese a las dificultades indicadas, haya de definir con el máximo rigor posible los términos de la cuestión, al igual que sus causas sin violar los derechos fundamentales⁵³.

b) En cuanto a poder de la administración

En lo tocante a la Administración, lo primero que hay que tener en cuenta es el control de los hechos determinantes, pues toda acción discrecional de la Administración se apoya en una realidad fáctica que actúa como supuesto de hecho de la norma que ha de aplicarse⁵⁴. Sus resoluciones se deben diferenciar por estar sometidas al principio de legalidad y, por ende, al respeto a los derechos fundamentales por ser discrecionales, por consiguiente, la cuestión es saber encontrar un plano intermedio en el que se respeten los dos principios. Para ello, se ha precisado que el margen de discrecionalidad para que haya eficacia ha de usarse con arreglo a los fines que persiga la actividad, de forma que son atacables los actos que, llevándose a cabo en el

⁵² ATIENZA, M., "Para una razonable definición de 'razonable'", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 4, 1987, p. 199. Sobre todo, ver BERNAL PULIDO, C., *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 68 y 69.

⁵³ El recurso cada vez más frecuente por parte de los Gobiernos a las Agencias u organismos de evaluación constituye una ayuda importante a la hora de definir con la máxima objetividad posible los términos del problema y de indicar a los órganos políticos las alternativas a su disposición.

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 31-49. En el mismo sentido, ver también Id., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000.

seno de los poderes que la ley reconoce, se dirijan a un fin que sea distinto del que en principio se determinó, figura que se conoce con el nombre de desvío de poder, o supongan una medida innecesaria o desproporcionada para alcanzar esos fines, es decir, exceso de poder⁵⁵. De la misma manera, se establecen una serie de requisitos que se deben cumplir, siendo el primero el de la motivación de las decisiones adoptadas para impedir el capricho o la pura subjetividad del órgano que las dicta, aunque tal motivación puede ser sucinta siempre que sea suficientemente indicativa. Otro requisito es el de la necesidad de justificarlas objetivamente, esto es, tienen que venir respaldadas por los datos objetivos sobre los que opera, ya que en los actos discrecionales, al concurrir cierta libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la actuación decisional, lo que hace que la Administración haya de aportar todo el material probatorio que acredite que aquéllas se apoyan en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad, sin olvidar la congruencia con los motivos y fines. A lo que hay que adjuntar que la presunción de legalidad de los actos administrativos pretende garantizar su ejecutabilidad y evitar que, dada la oposición de un particular, se produzca su paralización, trasladando al afectado la carga de impugnarlos y de promover el proceso⁵⁶.

En la discrecionalidad administrativa plena, la Administración para desarrollar sus actividades debe estar autorizada por el Ordenamiento jurídico. Pero puede suceder que, además de autorizarla para tales efectos, la faculte para decidir la solución que crea más conveniente al interés público. Satisfacción que constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa, remitiendo a su estimación las condiciones que no sean regladas -constituidas por la competencia, el procedimiento y el fin-, enfocadas a la integración última del supuesto de hecho, al contenido concreto dentro de los límites de la decisión aplicable o a los dos elementos. El dato decisivo que plantea una potestad discrecional de este tipo se apoya en las materias de naturaleza política, sobre ellas se ha de actuar según criterios de conveniencia y oportunidad. En su operatividad procede, con miras a fijar preliminarmente los límites y las directrices impuestas, una interpretación que se extiende a la investigación de los fines de la ley (interpretación teleológica aplicada al momento causal), siguiéndola una ulterior actividad para proceder conforme a los criterios

⁵⁵ BARRY, N. (ed.), *Limited Government, Individual Liberty and the Rule of Law. Selected Works of Arthur Asher Shenfield*, E. Elgar, Cheltenham, 1998; LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 167 y 168.

⁵⁶ FERNÁNDEZ, T.R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 82-92.

antedichos, referentes a los intereses concurrentes y a las varias direcciones de conducta factibles para la solución de un conflicto⁵⁷.

Por su parte, la discrecionalidad técnica vinculada ha sido muy discutida debido a la gran variedad e inseguridad de criterios que se hacen valer para identificar tal categoría. Salvando la polémica, se puede definir como “aquella que se ha de conducir con arreglo a las reglas propias de las artes particulares o disciplinas de donde se deduce la máxima de decisión”. El elemento distintivo en el condicionamiento de su ejercicio se halla en la observancia de una valoración de tipo científico, derivado de la disciplina técnica a la que pertenece.

En su desenvolvimiento pasa por momentos distintos, debiendo primero constatar el hecho para apreciar el relieve que reviste respecto a los intereses a tutelar; y, luego, decidir con qué medios intervenir. Así, la discrecionalidad varía según la especie de los intereses satisfechos. La apreciación técnica permite un control de la aplicación que se haga, lo que no excluye que, como juicio axiológico, sea por sí controvertible por la posibilidad de que el valor venga considerado desde puntos de vista divergentes al participar de la naturaleza discrecional o vinculada de la actividad estatal con la que se conecte. Dice Betti que únicamente se ha de discernir según que la determinación técnica tenga que verificarse en el supuesto constituyente de la facultad discrecional, en cuyo caso una inexactitud provocaría una tergiversación de los hechos o una falsa aplicación de la norma; o que la apreciación técnica haga referencia a la exigencia que se establezca al ejercicio de la facultad discrecional de conformarse según los criterios de las disciplinas particulares, artes o profesiones, caso en el que una disconformidad puede entrar dentro del uso inadecuado o aberrante del poder. Y si, contrariamente, la apreciación técnica se produce en la génesis de una decisión de la autoridad judicial ordinaria o se conecta con las premisas de tal decisión, entonces participa del carácter vinculado de la apreciación⁵⁸.

⁵⁷ ALESSI, R., *Principi di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1971, pp. 198 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo*, t. I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 478 y ss.; SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 347 y ss.

⁵⁸ BETTI, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. y prólogo de J.L. de los Mozos, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1975, p. 149; MANAI, D., *Le juge entre la loi et l'équité: Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, Payot, Lausana, 1985, pp. 57 y ss. Igualmente, cfr. el libro de IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998.

c) *En cuanto al poder del juez*

En lo tocante a los parámetros de la discreción judicial, Iglesias Vila desarrolla sus diversos sentidos y los resume en el compendio de ciertas cualidades personales de los jueces cuando desempeñan su función. La aplicación del Derecho es una actividad que requiere la cualidad personal de la sensatez y de la prudencia. Pero la mayoría de la doctrina otorga a este significado un valor secundario, pues enlaza el discernimiento y el juicio con las dificultades de comprensión del Derecho y del lenguaje jurídico en los supuestos en los que se deben aplicar pautas abstractas e imprecisas. Otra designación, que podemos denominar débil, da cuenta de las situaciones a las que el Derecho no otorga una solución clara, necesitándose un conocimiento del lenguaje normativo para llegar a identificar la respuesta jurídica correcta. También hay autores que entienden por discreción judicial el margen de libertad que posee el órgano de adjudicación en la determinación de los hechos. Esta noción se une a los problemas de naturaleza epistémica, ya que hay una falta de información para determinar la versión de los hechos que más se acerca a la realidad. Por esta razón, la discreción en dicho campo es reconducible a la que hemos llamado débil. En tercer lugar, hablamos de discreción judicial como definitividad cuando nos referimos al carácter de algunas decisiones judiciales, caso de las que no están sometidas a revisión y hacen referencia a atribuciones de competencias relativas a la instancia a la que corresponde declarar en último grado, la cual es concretada por el Derecho. Finalmente, existe la discreción fuerte, según la terminología de Dworkin, que remite a la elección entre variados cursos de acción que tienen igual grado de validez y admisibilidad, y que debe distinguirse de la explícita, extensible a los ámbitos en los que la autoridad competente deja explícitamente la determinación del resultado de su decisión al arbitrio de los jueces⁵⁹.

Concretando más, el elemento principal de la discreción judicial es la elección entre diversas posibilidades reales mutuamente excluyentes, de manera que, en un sentido fuerte, tener discreción significa que no hay una respuesta correcta. La vinculación recae en la presencia o ausencia de ciertos hechos relacionados con los comportamientos lingüísticos en una comunidad o los actos

⁵⁹ IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 25 y ss. Sobre la discreción judicial, ver, entre otros: BARAK, A., *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven, 1989; DAVIS, K., *Discretionary Justice: a Preliminary Enquiry*, University of Illinois Press, Urbana, 1969; GALLIGAN, D., *Discretionary Powers*, Clarendon Press, Oxford, 1986; HAWKINS, K. (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1992; SCHAUER, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

normativos de una autoridad⁶⁰. Mas la respuesta a los interrogantes planteados depende del sistema jurídico del que partamos. Dentro del sistema europeo-continental, las decisiones judiciales terminan con un fallo que debe justificarse en una norma general. La resolución no puede ser arbitraria, se ha de deducir de las normas previas y de los hechos, aun cuando el juez cree normas generales, decidiendo desde varias de ellas y construyendo un enunciado. Ahora bien, la pregunta que surge es ¿son parte del Ordenamiento jurídico? La respuesta hay que vincularla, entre otros factores, con los distintos sentidos que tiene la actividad interpretativa. La interpretación en sentido estricto supone atribuir un significado a una formulación normativa que ofrece dudas en relación a su sentido, sólo se interpreta el texto oscuro. Concepción que supone aceptar que existen textos claros. En sentido amplio, sin embargo, se llama interpretación a cualquier operación por la que se atribuye significado a una formulación normativa, con independencia de que existan o no dudas al respecto. La interpretación se produce siempre, en los casos difíciles y fáciles, porque no es más que una especie de traducción de un enunciado normativo a otro lingüístico que significa lo mismo⁶¹.

Como esgrime Guastini, ambas definiciones suponen configurar de forma diferente la actitud del intérprete. Quien adopta una concepción restrictiva tiende a ocultar el componente volitivo y decisorio de la actividad interpretativa, partiendo de la premisa de que los términos tienen normalmente una significación clara que el intérprete debe limitarse a descubrir y reconocer. Por el contrario, quien adopta una concepción amplia, parte de que el significado de las palabras viene atribuido por quienes ordinariamente usan tales expresiones. Por tanto, su significación es mudable y toda decisión interpretativa tiene algo de discrecional⁶².

Pero la cuestión que mejor ilustra el tema de los derechos fundamentales como límites a la acción judicial se aprecia a la hora de que los derechos manifiesten su incompatibilidad, hallándonos ante una actividad de desarrollo y concreción del Derecho, por lo que es fundamental especificar cuál es el tipo de razonamiento justificativo que se debe dar. En el supuesto de que lo que pretendamos sea simplemente justificar la aplicación judicial de las normas, nos conformamos con el silogismo judicial; pero si de lo que se trata es de justificar las resoluciones de los poderes discrecionales, no debemos conformarnos con lo que acabamos de decir, puesto que se ha de ver qué criterios son los que se han de emplear para producir la evaluación de los

⁶⁰ GARRIDO GÓMEZ, M.I., "La discreción judicial en los Estados de Derecho contemporáneos", en VARIOS AUTORES, *La modernización de la Justicia en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, pp. 125 y ss.

⁶¹ ASÍS ROIG, R. de, "La creación del Derecho", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, FERNÁNDEZ, E. y ASÍS ROIG, R. de, con la colaboración de M.J. Fariñas, A. Llamas, J. Ansuátegui, J.P. Rodríguez y J.M. Sauca, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 214 y ss.

⁶² GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1983.

instrumentos que han de determinar el medio óptimo para efectuar o maximizar el fin perseguido. Esta operación habrá de hacerse considerando los fines y valores que se contienen en el Ordenamiento jurídico y mirar hacia las consecuencias que se producirán, no quedándose en hacer prevalecer el balance de intereses que lleva a cabo⁶³.

Aparte de ello, en los Estados de Derecho contemporáneos, la motivación de las sentencias es una exigencia de los derechos fundamentales para que no se produzca la arbitrariedad del Poder, para controlarlo y para garantizar jurídicamente los derechos y libertades de los ciudadanos, siendo la sentencia un acto público que representa el ejercicio de un poder. La justificación judicial en el plano interno consiste en que la resolución del juez se infiera de sus premisas conforme a las líneas de inferencia que han sido aceptadas, dándose un razonamiento lógico que dirige la conclusión prevista en el fallo. Sin embargo, se requiere una justificación externa cuando las premisas de hecho y normativas, o ambas de forma simultánea, precisan de argumentaciones nuevas, siendo completa la motivación cuando contiene los dos planos⁶⁴. En este sentido, dice Gascón Abellán que "motivar exige aportar razones lo bastante sólidas para descartar la arbitrariedad y, por consiguiente, también (o sobre todo) las que no avalan la reconstrucción de los hechos que se justifica: la justificación no será completa si no se justifica también por qué no se han atendido estas pruebas"⁶⁵.

Desde esta perspectiva, el Derecho positivo tiene que responder a una sistematicidad que construya un mecanismo de seguridad que remite a valores, como la libertad y la igualdad⁶⁶. Ya que no es posible asegurar la racionalidad, ésta es la causa en la que se apoya la razonabilidad de las decisiones judiciales que es propia de un Estado de Derecho para excluir la arbitrariedad del decisor⁶⁷. Por medio de la motivación de las sentencias se pretende que el juzgador manifieste las razones de su decisión apoyándose en el derecho del justiciable y del interés legítimo de la comunidad en conocerlas; que se compruebe que la decisión judicial que se adopta es consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento; que las partes o la comunidad tengan la información necesaria para recurrir, si procede, la decisión; y que los tribunales competentes posean la información

⁶³ LIFANTE VIDAL, I., "Poderes discrecionales", en GARCÍA FIGUEROA, A. (ed.), *Racionalidad y Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 123-126.

⁶⁴ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 193 y 194.

⁶⁵ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 227 y 228.

⁶⁶ ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 32.

⁶⁷ GARCÍA HERRERA, M.A., "Poder judicial y Estado social", en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Trotta, Barcelona, 1996, p. 74.

que se precisa para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho⁶⁸. Pero, yendo más allá, las razones se deben a la necesidad de garantizar los derechos de quien es parte en un proceso. El primer grupo de razones se explica porque es una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad". Con respecto a la segunda clase, hemos de decir que un Estado de Derecho implica que los poderes públicos queden sometidos al Derecho y que los órganos jurisdiccionales ejerzan su control, control que sólo se legitima en la aplicación del Derecho y de ahí la necesidad de que hayan de motivar sus resoluciones. Desde la visión del Estado democrático, lo que se pretende es el convencimiento de las partes y de la opinión pública, por lo que si el Poder judicial emana del pueblo, entonces éste debe conocer la forma en la que se ejerce para controlar a sus titulares⁶⁹.

4. CONCLUSIÓN

Una conclusión sucinta del estudio abordado nos lleva a afirmar que los derechos fundamentales son reconocidos por el Derecho y, de forma simultánea, actúan como límites al Poder⁷⁰. La existencia de derechos fundamentales lo condiciona y caracteriza, puesto que son piezas que se consideran clave en ese Ordenamiento, fruto de la acción del Poder. En efecto, si partimos de un modelo de coordinación, como es nuestro caso, advertimos que las normas de derechos fundamentales pertenecen al sistema jurídico porque satisfacen los criterios de identificación del sistema y porque existe una decisión que es tomada por el Poder en cuanto se incluyen los enunciados normativos que, por medio de la positivación, se convierten en derechos fundamentales⁷¹. Ahora bien, el Poder no puede transgredir esos derechos, hacedores de que esa racionalización tenga en ellos su elemento inspirador, actuando como límites de su actividad y organización⁷².

⁶⁸ ASÍS ROIG, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba Martínez, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 111.

⁶⁹ GÓMEZ MONTORO, A.J., "El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en ARAGÓN REYES, M. y MARTÍNEZ SIMANCAS SÁNCHEZ, J. (dirs.), *La Constitución y la práctica del Derecho*, t. I, Aranzadi-BCH, Pamplona-Madrid, 1998, pp. 492 y ss. Y la STC 117/1986, de 8 de octubre, f.j. 5.

⁷⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1997, pp. 1-4.

⁷¹ ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 43.

⁷² ASÍS ROIG, R. de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, cit., p. 27.