

## **Los derechos humanos y sus garantías**

Marco Aparicio Wilhelmi (Universidad de Girona)

Gerardo Pisarello (Universidad de Barcelona)

### **Índice**

#### 0. Introducción

##### 1. ¿De qué se habla cuando se habla de derechos?

1.1. Los derechos como exigencias generalizables

1.2. Los derechos como exigencias de los sujetos más vulnerables

##### 2. La titularidad de los derechos

2.1. Derechos humanos y derechos no humanos

2.2. Derechos humanos y derechos ciudadanos

2.3. Derechos individuales y derechos colectivos

##### 3. Derechos humanos y derechos fundamentales: razones para una distinción

##### 4. Los derechos fundamentales y sus garantías

4.1. Las garantías institucionales de los derechos

4.1.1. Las garantías «políticas» o primarias

4.1.2. Las garantías jurisdiccionales o secundarias

4.1.3. Otros tipos de garantías institucionales

4.1.4. Las garantías supra-estatales de los derechos

4.2. Las garantías ciudadanas o sociales de los derechos

4.2.1. Garantías sociales de participación institucional y garantías

sociales autónomas

##### 5. Conclusiones

## **0. Introducción**

El discurso de los «derechos» ocupa un lugar relevante en la vida social moderna. Su invocación constituye una pieza central en programas políticos, decisiones gubernamentales y movilizaciones sociales y ciudadanas. Pero ¿en qué sentido? ¿De qué se habla cuando se habla de derechos? Las líneas que siguen pretenden explorar diferentes significados de la expresión, así como de otros conceptos ligados a ella como intereses, necesidades, deberes o garantías. El esquema expositivo es relativamente sencillo. Tras una breve propuesta de definición, se procura contraponer la noción de derecho a la de privilegio y explicar cómo los derechos podrían considerarse hoy «la ley de los más débiles» o de los sujetos más vulnerables. Seguidamente, se muestra de qué manera la titularidad y el ejercicio de los derechos puede recaer en sujetos diferentes, lo cual permitiría hablar, por ejemplo, de derechos humanos y no humanos, individuales y colectivos, o de derechos ciudadanos y derechos de las personas. Para distinguir nociones como la de derechos humanos o «derechos morales» de otras extendidas como la de «derechos fundamentales», se recurre al criterio de su protección por parte de un ordenamiento jurídico determinado. En este sentido, se analizan los vínculos que existen entre los derechos y sus garantías o mecanismos de protección y se intenta dar respuesta a una serie de cuestiones básicas: ¿a través de qué vías tutelan los jueces, los legisladores o la administración el contenido de los derechos? ¿Y en qué ámbitos espaciales? ¿Es posible pensar la protección de los derechos más allá de los Estados? Finalmente, se aborda lo que sería la piedra de toque del actual discurso de los derechos: el papel que los ciudadanos, o los destinatarios de los derechos, pueden desempeñar, no sólo en su reivindicación, sino en su cotidiana defensa.

## 1. ¿De qué se habla cuando se habla de derechos?

La pregunta acerca de «qué» son los derechos, al igual que cualquiera que intente indagar por la «naturaleza» o la «esencia» de algún fenómeno, no admite una única respuesta. En la medida en que son estipulativas o convencionales, las definiciones teóricas no son ni verdaderas ni falsas. Simplemente pueden reputarse más o menos útiles según su capacidad para explicar una realidad concreta.

Hecha esta advertencia, podría tener utilidad, en una primera aproximación, proponer la siguiente definición: **los derechos son pretensiones o expectativas que un sujeto, de manera fundada, tiene de que otros sujetos hagan o dejen de hacer algo en relación con sus intereses o necesidades.** Veamos, con más detenimiento, el alcance de estos términos.

### 1.1. Los derechos como expectativas generalizables

En primer lugar, un derecho no puede ser una pretensión arbitraria e inmotivada. Es una expectativa que alega razones y argumentos, que se estima «fundada», «legítima» o, si se quiere, «justa». Un indicio clave de esa legitimidad –presente en las principales tradiciones morales contemporáneas– es su carácter **generalizable**, es decir, la posibilidad de que también los demás puedan alegar una pretensión similar en circunstancias similares.

Este carácter generalizable liga la noción de derecho a la de **igualdad**, y resulta decisivo, por ejemplo, para distinguir un **derecho** de un **privilegio**.

Mientras un derecho entraña una **expectativa tendencialmente generalizable, inclusiva, igualitaria**, un privilegio comporta una **pretensión tendencialmente restrictiva, excluyente, desigualitaria**. Así, por ejemplo, la pretensión de expresarse libremente, de tener garantizados recursos básicos para subsistir o de ver reconocidas la propia identidad nacional, cultural o sexual, pueden reputarse expectativas universalizables. En cambio, practicar sólo las propias creencias, con exclusión de las demás, exigir el respeto a la propia identidad nacional o cultural, negando la de otras comunidades en similar situación, o apropiarse de ciertos recursos básicos al precio de que otros no puedan acceder a los mismos, serían pretensiones restrictivas y desigualitarias.

Estas expectativas, como puede verse, expresan **intereses** o **necesidades** de los sujetos que alegan el derecho. La función de los derechos, precisamente, es proteger o tutelar intereses o necesidades que se consideran relevantes. Hay quien sostiene que las necesidades básicas son independientes de las circunstancias o condiciones sociales. Al mismo tiempo, hay quien afirma que las necesidades dependen del contexto espacial y temporal en el que se producen. En cierto modo, ambos puntos de vista se complementan. Existen, sin duda, una serie de necesidades transculturales indispensables para llevar a cabo los propios planes de vida: la alimentación, el lenguaje, un cobijo, la posibilidad de interactuar con otros. Sin embargo, la forma en que esos recursos se obtienen o se suministran dependen del entorno en el que se viva. Los derechos, por tanto, suelen proteger **necesidades** en parte **absolutas**, y en parte **relativas**. Es decir, intereses tendencialmente generalizables, pero cuyo contenido puede variar en el tiempo y en el espacio.

Si los sujetos pudieran satisfacer sus necesidades por sí mismos y sin peligros cabría la posibilidad de no exigir nada del resto de la comunidad. Sin embargo, allí donde existe una necesidad insatisfecha o amenazada suelen suscitarse diferentes tipos de reclamos frente a la comunidad. Estos reclamos, que pueden ser el fundamento de un derecho, pueden ser **positivos** o **negativos**, es decir, pueden consistir en que los demás se obliguen a hacer algo o bien a abstenerse de hacerlo con el objeto de preservar el interés o la necesidad que están en juego. Así, por ejemplo, al derecho a la libertad de expresión puede corresponder la **obligación negativa** de no censurar o la **obligación positiva** de facilitar –mediante subvenciones o ayudas– la publicación de revistas o periódicos. Al derecho a una vivienda digna, por su parte, puede corresponder la obligación negativa de no realizar desalojos arbitrarios o la obligación positiva de promover la existencia de viviendas asequibles para las personas con menos recursos. Se entiende, desde esta perspectiva, el estrecho vínculo que existe entre **derechos y deberes**, es decir, entre sujetos con pretensiones y sujetos obligados a no frustrarlas, por acción u omisión.

## **1.2. Los derechos como exigencias de los sujetos más vulnerables**

En las sociedades actuales, no todos los sujetos ocupan idéntica posición. No todos tienen las mismas pretensiones ni todos las mismas obligaciones. Aunque los derechos sean tendencialmente generalizables, es evidente que incumben sobre todo a los **sujetos más vulnerables**, es decir, a aquellos cuyas necesidades o intereses se encuentran amenazados o insatisfechos a causa de la posición política, social, cultural o económica que ocupan en la comunidad. Del mismo modo, aunque los deberes puedan ser tendencialmente

generalizables, incumben especialmente a los **sujetos con más poder**, esto es, a quienes, también por su posición política, social, cultural o económica, pueden condicionar la satisfacción de los intereses o necesidades de otros. La **sujeción y dependencia** de otros, en definitiva, constituye un factor central para determinar las posiciones de vulnerabilidad y de poder en el ejercicio de los derechos y de los deberes.

Así, el derecho a la integridad física tiene como correlato, entre otros, el deber de no torturar. Ese deber obliga ciertamente a todos. Pero no pesa del mismo modo sobre los poderes de Estado que sobre un particular que atenta sobre la vida de otro. El derecho a un medio ambiente sano tiene como una de sus contrapartidas el deber de no contaminar. Esa obligación incumbe a todos. Pero no pesa del mismo modo sobre los grandes poderes de mercado que sobre un particular que saca una bolsa de basura fuera del horario permitido. Mientras **mayor** es el **poder** que se tiene, en definitiva, **mayor** es la **responsabilidad** –el deber de responder, de dar cuenta– ante la vulneración de un derecho.

Desde esta perspectiva, los derechos pueden verse como **exigencias de los sujetos más débiles frente a los más fuertes**, esto es, como pretensiones de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad frente a quienes detentan cualquier tipo de poder, tanto en el ámbito público como en el privado. Así, pueden considerarse derechos de los más vulnerables frente a los más poderosos los derechos de los disidentes religiosos o de las minorías sexuales frente al poder de las iglesias; o los derechos de los campesinos frente al poder de los propietarios de la tierra; o los derechos de los trabajadores frente al poder del empleador; o los derechos de los pacientes

frente al poder de los médicos; o los derechos de los arrendatarios frente al poder del propietario de una vivienda; o los derechos de los países empobrecidos frente al poder de los países ricos en las relaciones internacionales; o los derechos de las mujeres en aquellos contextos familiares, laborales o políticos que las sitúan en relaciones desiguales de poder con los hombres.

## 2. La titularidad de los derechos

Según la definición arriba propuesta, los derechos son pretensiones que un sujeto, **alguien**, puede esgrimir frente a otros para que hagan o dejen de hacer algo en relación con sus intereses o necesidades. Normalmente, se entiende que ese «sujeto» es un ser humano individual. De ahí que buena parte de los derechos que en las sociedades actuales aspiran a proteger intereses o necesidades básicas –el derecho a la salud, a la libertad de expresión y de información, a la educación, a la intimidad– sean considerados «**derechos humanos**». Ello no quiere decir, sin embargo, que los derechos **sólo** se hayan reconocido a seres humanos, ni que siempre se atribuyan a **todos** los seres humanos ni, tampoco, que sólo se reconozcan a seres humanos a título **individual**.

### 2.1. Derechos humanos y derechos no humanos

En primer lugar, si se acepta que el objeto de los derechos es proteger intereses o necesidades relevantes, nada impediría que un ordenamiento reconozca «derechos» a **personas o sujetos no humanos**, como los embriones, los animales, los bienes naturales o las generaciones futuras. La

protección de estos sujetos podría justificarse en intereses relevantes, ya sean propios, como evitar el daño y del dolor, ya sean instrumentales para la satisfacción de otros específicamente humanos. Naturalmente, la falta de «voluntad autónoma» de estos sujetos limitaría sus posibilidades de **ejercicio** de los derechos, pero no tendría porqué privarlos de su **titularidad**, ni impedir que el resto de la sociedad tuviera determinadas **obligaciones** respecto de ellos, comenzando por el ya aludido de minimizar el daño que se les pudiera producir. Este es el sentido, por ejemplo, de las leyes que protegen a ciertos animales frente a maltratos; de las regulaciones ecológicas que restringen la apropiación privada de bienes comunes como el agua o las selvas; o de aquellas normas que limitan la experimentación con embriones a partir de un cierto nivel de desarrollo.

## **2.2. Derechos humanos y derechos ciudadanos**

En segundo término, tampoco es evidente que los derechos se hayan reconocido siempre a **todos** los seres humanos. Desde un punto de vista histórico, por el contrario, se han utilizado numerosos criterios para restringir la titularidad de los derechos a ciertas personas con exclusión de otras. En ese sentido, muchas demandas históricas presentadas como «derechos» han albergado en realidad auténticos **privilegios**.

No han faltado, por ejemplo, las sociedades en las que los derechos se atribuían sólo a las personas que se consideraban **capaces de obrar** –hombres, adultos, propietarios– mientras que el resto de sus miembros –mujeres, menores, esclavos– permanecía excluidos y en una posición subalterna. Actualmente, sobre todo en los países y regiones más privilegiados del

planeta, una parte importante de los derechos se reconocen exclusivamente a los **ciudadanos**, mientras que un número creciente de personas –los extranjeros «regulares» o «irregulares»– sólo gozan, en el mejor de los casos, de derechos residuales y restringidos. Por esa razón, precisamente, muchos autores sostienen que los **derechos de ciudadanía** se han convertido en el último gran **status de privilegio**, en contradicción con la idea de derechos humanos entendidos como derechos tendencialmente generalizables a todas las personas por su sola condición de tales.

### **2.3. Derechos individuales y derechos colectivos**

Finalmente, no es nada obvio que los derechos humanos sólo puedan ser derechos atribuidos a **personas o sujetos individuales**. Nada impide, en efecto, que también los **grupos o sujetos colectivos** puedan, en razón de determinados rasgos compartidos, tener pretensiones en torno a ciertos intereses o necesidades comunes. Son **derechos colectivos**, por ejemplo, el derecho de los sindicatos a negociar con los empleadores, o el derecho de una asociación de consumidores o usuarios a hacer valer sus pretensiones frente a un prestador privado o estatal de servicios (si bien el derecho de sindicación o de asociación serían derechos de titularidad individual, el derecho de los sindicatos o de las asociaciones de consumidores y usuarios a negociar y defender sus intereses serían derechos colectivos). También son derechos colectivos el derecho de los pueblos al desarrollo o los derechos de las minorías nacionales o culturales a fortalecer su capacidad de autogobierno, a proteger la lengua o ciertos rasgos culturales que les permiten sobrevivir como tales.

En ocasiones, estos derechos colectivos son precondition para la realizaci3n de otros derechos individuales. As3, por ejemplo, la autonom3a pol3tica y en general, el derecho a la autodeterminaci3n, constituyen requisitos indispensables para el ejercicio del derecho a la propia cultura. Que estos derechos colectivos puedan entrar en conflicto con los derechos de otros individuos o de otros grupos no quiere decir que la propia categor3a deba rechazarse. Como tampoco significa que esos conflictos no puedan resolverse, como en tantos casos, mediante la **ponderaci3n** de los intereses en juego y la protecci3n de los sujetos m3s vulnerables.

### **3. Derechos humanos y derechos fundamentales: razones para una distinci3n**

A pesar de que a veces suelen coincidir y se utilizan de manera indistinta, quiz3s convendr3a distinguir tambi3n entre «derechos morales», «derechos humanos» y «derechos fundamentales».

La expresi3n **derechos morales**, o m3s en general, **derechos humanos**, pertenece, como su nombre lo indica, al 3mbito de la **reflexi3n moral, pol3tica o incluso religiosa**, y suele reservarse a aquellas pretensiones o exigencias consideradas «**fundadas**» o «**justas**» por una determinada concepci3n de valores. As3, por ejemplo, hay tradiciones pol3ticas y filos3ficas que vinculan los derechos humanos a la consecuci3n de valores definidos de manera positiva, como la **igual dignidad** o la **igual autonom3a** de todas las personas, o a la consecuci3n de valores definidos de manera negativa, como la **minimizaci3n del da1o** o la **eliminaci3n de todas las formas de opresi3n**.

Estos derechos, considerados **«justos»**, expresan así un **«deber ser» moral o político**. Es decir, ofrecen un **punto de vista externo** desde el que se pueden enjuiciar y denunciar los privilegios y las desigualdades de poder que, por acción u omisión, se generan en la realidad social.

Expresiones como **derechos positivos** o **derechos fundamentales** están en cambio más ligadas a la **reflexión estrictamente jurídica**, y suelen reservarse a una serie de pretensiones que un ordenamiento jurídico considera **«relevantes»** o **«vitales»** en un momento determinado. Cada ordenamiento, en efecto, suele hacer «visibles» aquellas pretensiones y expectativas a las que otorga más importancia. Para ello, normalmente, las «positiviza» en las normas de mayor valor jurídico, como las constituciones, y ofrece, de esa manera, un indicio determinante de su fundamentalidad. Muchos autores, por eso, consideran que **derechos constitucionales** y **derechos fundamentales** son expresiones equivalentes. Otros, en cambio, reservan esta última expresión para los derechos dotados de mayores mecanismos de protección.

En todo caso, estos derechos considerados **«relevantes»**, expresan un **«deber ser» positivo o jurídico** dentro del propio ordenamiento. Es decir, ofrecen un **punto de vista interno** desde el que se pueden enjuiciar y denunciar los incumplimientos que, por acción u omisión, se producen en los diferentes órdenes de la realidad jurídica (leyes, reglamentos y normas, en general, de rango inferior a aquellas que consagran derechos fundamentales).

Naturalmente, la división entre un punto de vista externo, puramente moral o político, y un punto de vista interno, puramente jurídico, nunca es tan tajante. Los derechos humanos y los fundamentales son **construcciones históricas**,

**procesuales**, que experimentan avances y retrocesos y que pueden coincidir o diverger entre sí.

Así, una parte importante de los que desde la perspectiva moral dominante o desde un punto de vista crítico podrían considerarse derechos humanos son hoy reconocidos como derechos fundamentales en muchos ordenamientos jurídicos. Esta «**migración de la moral al derecho positivo**» es un rasgo típico, tanto del derecho internacional como del derecho constitucional modernos.

Por ejemplo, constituyen una incorporación de expectativas morales y políticas al derecho positivo, en el ámbito internacional, los derechos reconocidos en la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948 o en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del mismo año. En el ámbito estatal, por su parte, pueden considerarse ejemplos de derechos humanos convertidos en fundamentales los recogidos en la Constitución italiana de 1948, en el Título I de la Constitución española de 1978 o los aludidos por el Preámbulo de la Constitución francesa de 1958.

Ciertamente, no siempre los intereses considerados fundamentales desde el punto de vista jurídico son derechos humanos generalizables. Piénsese, por ejemplo, en aquellos ordenamientos que, al consagrar la propiedad privada y las libertades de mercado como derechos tendencialmente absolutos, dan forma jurídica de «derechos» a intereses que en realidad presentan la estructura de privilegios.

De manera similar, los ordenamientos jurídicos realmente existentes tampoco recogen como fundamentales todas las necesidades e intereses humanos que la conciencia crítica de una sociedad o de una época considera relevantes. Piénsese en los derechos sociales y ambientales, no consagrados de manera explícita o sólo protegidos de manera devaluada en la mayoría de ordenamientos contemporáneos. O en los derechos civiles, políticos y sociales de los inmigrantes «irregulares», apenas reconocidos de manera restrictiva y discriminatoria en relación con los derechos del resto de ciudadanos. Por eso, no faltan los autores que advierten contra las tentaciones del **positivismo** o del **constitucionalismo ideológicos**, es decir, contra las posiciones que tienden a confundir moral y derecho, presentado las constituciones o el derecho internacional vigentes como «el mejor de los mundos posibles». Frente a lo que sostienen este tipo de posturas, siempre sería posible mantener un punto de vista externo, moral y político, desde el que denunciar las ausencias y límites del derecho vigente.

En cualquier caso, y para lo que aquí interesa, la principal consecuencia de considerar un derecho como fundamental es que son el propio ordenamiento jurídico y sus **poderes públicos** quienes asumen su **protección**. Mientras mayor es la fundamentalidad que un ordenamiento reconoce a un derecho, mayor es la protección, al menos formal, que le otorga. Esta característica puede considerarse, al mismo tiempo, el punto fuerte y el punto débil de los derechos fundamentales en relación con los derechos humanos.

Como punto fuerte, puede decirse que los derechos fundamentales, al ser derechos positivos, reconocidos en textos con frecuencia escritos y rígidos, como las constituciones o los tratados internacionales, ofrecen un referente

más o menos concreto. En ese sentido, son más fáciles de identificar que muchos derechos humanos que se sitúan en el plano más evanescente de la simple argumentación política o moral.

Además, al ser derechos reconocidos por órganos que pueden, en última instancia, recurrir a la fuerza pública, también sus vías de protección resultan, en principio, más eficaces.

Como punto débil, sin embargo, podría argumentarse que precisamente por estar consagrados en normas rígidas, de difícil reforma, como las constituciones o los tratados internacionales, los derechos fundamentales son menos permeables a los cambios y las transformaciones de fondo que una filosofía crítica de los derechos humanos puede exigir.

De igual modo, el hecho de que su protección se encomiende al propio poder también los expone a mayores manipulaciones y usos interesados. Es más, no es infrecuente que cuando los poderes públicos o privados están involucrados en vulneraciones graves de derechos fundamentales, y no existen mecanismos suficientes de presión social, las vías de protección se desvirtúen o resulten estériles.

#### **4. Los derechos fundamentales y sus garantías**

Como se ha visto hasta aquí, la percepción de una necesidad o de un interés insatisfechos o amenazados puede conducir a la formulación de un derecho. Y aunque «positivizar» y «hacer visible» esa necesidad en términos de derecho es un primer indicio del valor que el propio ordenamiento le otorga, ello no

equivale a asegurar su satisfacción. Es más, existe una percepción difundida de que un derecho sin garantías es poco más que un «derecho en el papel».

Las garantías, precisamente, son mecanismos de protección de los intereses o las necesidades que constituyen el objeto de un derecho. Como ya se ha dicho antes, el mayor o menor grado de protección de un derecho es un elemento central para determinar su carácter más o menos fundamental dentro de un ordenamiento jurídico concreto.

#### **4.1. Las garantías institucionales de los derechos**

En cualquier ordenamiento jurídico, las primeras garantías que se reconocen a los derechos son las institucionales. Por **garantías institucionales** puede entenderse, desde este punto de vista, todos aquellos mecanismos de protección y tutela de los derechos encomendados a órganos institucionales como el gobierno, el legislador, la administración o los jueces.

En ordenamientos caracterizados por una cierta división de poderes, los mecanismos institucionales de garantía admiten al menos dos variantes: las **garantías «políticas»** y las **garantías jurisdiccionales**. Las primeras corresponden a aquellas vías de tutela cuya puesta en marcha se encomienda al poder legislativo –ordinario o constitucional–, al gobierno o a la administración. Las segundas, a aquellas vías de tutela cuyo impulso se confía a órganos de tipo jurisdiccional, esto es, a tribunales ordinarios o especiales, como los tribunales constitucionales.

##### **4.1.1. Las garantías «políticas» o primarias**

Las garantías políticas pueden considerarse las **garantías primarias** de los derechos fundamentales. Normalmente, consisten en **normas** y **actos** que los órganos legislativos y ejecutivos adoptan en tutela de los mismos.

A) La garantía política, normativa, inmediata de un derecho fundamental es, como ya se ha apuntado, su **garantía constitucional**, esto es, la decisión del legislador constituyente de incluir un derecho en la norma con mayor valor jurídico dentro del ordenamiento. Por el carácter normalmente rígido de las constituciones modernas, por su papel como fuente suprema de producción normativa dentro de un ordenamiento, y también por su valor simbólico, el reconocimiento constitucional permite definir un **primer ámbito de indisponibilidad relativa** de los derechos. Es decir, un **contenido mínimo** que define lo que los poderes públicos, sujetos a la constitución, **no pueden hacer** ni **pueden dejar de hacer** en relación con los derechos. Constitucionalizar el derecho a la salud o el derecho a la vida, en ese sentido, supondría como mínimo: por un lado, que los poderes públicos no pueden restringirlos de manera arbitraria; y por otro, que deben realizar todos los esfuerzos, y hasta el máximo de recursos disponibles, para satisfacerlos positivamente.

B) Ciertamente, ese contenido mínimo previsto en las constituciones no agota el alcance de un derecho ni el de las obligaciones que, respecto de él, incumben a los poderes públicos y al resto de particulares. Por eso, una mejor protección del derecho exige que la garantía constitucional se complemente con **garantías legislativas** de desarrollo.

Buena parte de las constituciones actuales consagra el derecho a la propiedad, o a la libertad de información, o a una vivienda digna. Sin embargo la definición de su contenido concreto y de las obligaciones que de ellos se derivan -¿a qué tipos de propiedad se refiere?, ¿qué facultades y qué deberes supone para el propietario? ¿comprende la libertad de información el derecho a emitir opiniones racistas? ¿dónde se sitúan los límites de la libertad de información cuando está en juego la intimidad de otros? ¿qué características debe reunir una vivienda para ser «digna» o un desalojo para considerarse «arbitrario»?- requieren de su especificación en Códigos o leyes dictadas por el legislador. Eso significa que prácticamente todos los **derechos fundamentales constitucionales** son en parte **derechos de configuración legislativa**. Es decir, que su tutela normativa resulta tanto del contenido mínimo constitucionalmente estipulado, como del que realice el legislador en el marco de aquél.

En muchos estados modernos, la legitimidad democrática, electoral, del poder legislativo lo convierte en el principal depositario de la tutela de los derechos. Algunos ordenamientos, incluso, le reservan la definición de los contornos esenciales de los derechos –establecen, para ello, una **reserva de ley**– con el objetivo de evitar que ésta recaiga en órganos tecnocráticos o con una menor legitimidad democrática.

C) Todo ello no quiere decir, naturalmente, que las garantías constitucionales y legislativas sean suficientes para que un derecho sea eficaz, es decir, para que sus destinatarios puedan satisfacer, realmente, la necesidad o el interés protegido. Junto a ellas, es imprescindible contar, en diferentes escalas espaciales, con un aparato administrativo material –funcionarios, equipos

técnicos, recursos– y con una serie de instrumentos jurídicos –reglamentos y actos de ejecución– que permitan concretar al derecho tutelado. Estas **garantías administrativas**, siempre condicionadas por las garantías constitucionales y por las legales, suelen ser garantías normativas de cierre en la protección institucional de los derechos.

Como resulta evidente, las garantías «políticas» constituyen las garantías por excelencia de los derechos fundamentales. Por su alcance potencialmente general –constituciones, leyes y reglamentos dirigidos a todos los ciudadanos o a un conjunto amplio de sujetos–, así como por los instrumentos organizativos y de ejecución a su disposición, las sedes legislativas y administrativas son las más idóneas para crear las infraestructuras necesarias y remover los obstáculos que impiden la generalización de los derechos. Es indudable, en ese sentido, que para garantizar el derecho a una vivienda digna hacen falta leyes y reglamentos que sancionen la especulación urbanística, que establezcan límites a los aumentos indiscriminados de alquileres o que aseguren la existencia de viviendas accesibles para los sectores con menos recursos. Del mismo modo, una garantía amplia de la libertad de expresión depende en buena parte de la elaboración de leyes y reglamentos que garanticen la pluralidad informativa, impidan el surgimiento de monopolios o establezcan mecanismos de ayudas a radios o periódicos vecinales.

Ahora bien, si la importancia de las garantías políticas está fuera de duda, es también una lección histórica incontestable que la satisfacción de los derechos fundamentales no puede confiarse de manera exclusiva a la discrecionalidad del poder político. La experiencia de los ordenamientos jurídicos contemporáneos –incluso de aquellos que se definen como Estados

democráticos de derecho— enseña que no hay poder político «bueno» o «inocente», inmune a la burocratización y a la presión de los grandes poderes privados. Y que ni siquiera el control electoral periódico es un mecanismo suficiente para erradicar ese riesgo. Por eso, la mayoría de los ordenamientos prevé, junto a las **garantías políticas, primarias**, de los derechos, una serie de **garantías jurisdiccionales, secundarias**, destinadas a activarse cuando las primeras fallan, se incumplen o resultan insuficientes.

#### **4.1.2. Las garantías jurisdiccionales o secundarias**

La existencia de garantías jurisdiccionales de los derechos supone la posibilidad de que la vulneración, por acción u omisión, de las garantías primarias, pueda ser impugnada ante un órgano de tipo jurisdiccional, esto es, ante un tribunal más o menos independiente e imparcial. En el lenguaje jurídico, un **derecho es justiciable**, o se considera un **derecho subjetivo**, precisamente cuando su titular o sus titulares pueden invocarlos ante un tribunal con el objeto de que se adopten medidas de control, de reparación o de sanción que tutelen su ejercicio.

Algunos autores sostienen que cuando el ordenamiento jurídico no prevé esta posibilidad, se está ante un **derecho sin garantía**, o peor, ante un simple **derecho en el papel**. Otros autores, en cambio, afirman que la existencia de derechos sin garantías jurisdiccionales debe considerarse una suerte de imperfección lógica del propio ordenamiento, es decir, una **laguna** que los operadores jurídicos tienen la **obligación de colmar**, dotando al derecho de algún mecanismo de protección.

Según los órganos encargados de imponerlas, las garantías jurisdiccionales pueden asumir diversas formas. A veces, la tutela de los derechos se encomienda a los tribunales ordinarios de las diferentes jurisdicciones (civil, penal, laboral, contencioso-administrativa, etcétera). A veces junto a estas **garantías jurisdiccionales ordinarias**, se establecen **garantías jurisdiccionales especiales**, esto es, mecanismos específicos de tutela de los derechos –como la tramitación de recursos de amparo– cuya resolución se confía a tribunales superiores o a tribunales de garantías constitucionales.

Las garantías jurisdiccionales también varían según el tipo de medidas en las que pueden consistir. Naturalmente, lo que los jueces pueden hacer para tutelar un derecho depende de la legislación procesal de cada ordenamiento. Así, por ejemplo, las **medidas cautelares**, las **acciones de cumplimiento** o las **medidas de reparación por daños y perjuicios**, son algunas de las técnicas procesales utilizadas por los jueces ordinarios para prevenir o corregir vulneraciones de derechos producidas en sede administrativa o en las relaciones entre particulares. Por su parte, las **declaraciones de nulidad**, las **recomendaciones**, los **reenvíos**, o las llamadas **sentencias de efectos aditivos**, son algunas de las técnicas procesales utilizadas por los jueces constitucionales para prevenir o corregir vulneraciones de derechos producidas en sede legislativa.

#### **4.1.3. Otros tipos de garantías institucionales**

Además de las garantías jurisdiccionales arriba descritas, algunos ordenamientos suelen prever otros mecanismos de protección secundaria de los derechos, como las **defensorías del pueblo** o las **procuradurías y**

**comisiones de derechos humanos.** A diferencia de los órganos jurisdiccionales, normalmente estos órganos no pueden recurrir a la fuerza pública para hacer valer, en última instancia, sus decisiones. Sin embargo, disponen de una estructura que les permite recibir denuncias sobre vulneraciones de derechos y emitir dictámenes y recomendaciones al poder legislativo o a la administración. Su eficacia, por lo tanto, como órganos de control, depende más bien del prestigio, de la *auctoritas* de quienes se encuentran a su cargo y de otros factores como la cultura de respeto a los derechos que exista en una sociedad, del papel de los medios de comunicación al respecto, etc.

También en este apartado habría que mencionar las experiencias de las comisiones creadas para el esclarecimiento de vulneraciones de derechos humanos durante periodos dictatoriales o situaciones análogas. Así por ejemplo, la Comisión Nacional que publicó el informe “Nunca más” sobre la represión llevada a cabo en Argentina por los gobiernos militares desde 1976 a 1983, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico en Guatemala, la Comisión de Verdad y Reconciliación en Chile, la Comisión de la Verdad en El Salvador o la Comisión Verdad y Justicia del Paraguay, entre otras.

#### **4.1.4. Las garantías supra-estatales de los derechos**

Un elemento común a todos los mecanismos de protección analizados es que tienen lugar en el ámbito local, en el interior de los ordenamientos jurídicos estatales. En ese sentido, puede decirse que la introducción de este tipo de garantías para los derechos comporta **restricciones** formales a la **soberanía interna** del Estado. Es decir, límites y vínculos al poder de otro modo

absoluto del Estado que, a partir de entonces, se convierte desde el punto de vista interno, en un Estado controlado y disciplinado por los derechos.

Sin embargo, también es una experiencia histórica que dejar en manos de órganos de los propio estados la custodia de los derechos puede ser una vía segura hacia su vulneración. Por eso, el derecho moderno contempla, junto a las **garantías estatales**, una serie de **garantías supra-estatales** que introducen restricciones formales, no ya sólo a la soberanía interna sino también a la **soberanía externa** de los Estados. De ese modo, también desde un punto de vista externo, los poderes hasta entonces absolutos de los estados se convierten, al menos formalmente, en poderes limitados y controlados por los derechos. O dicho en otras palabras, en poderes que no pueden hacer ni pueden dejar de hacer aquello que vulnere los derechos y obligaciones por ellos mismos reconocidos.

Así, por ejemplo, serían **garantías primarias supra-estatales** la existencia de Declaraciones, Tratados y Convenios –como la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer o los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, de 1966– en los que se establecen derechos y deberes que los poderes públicos estatales se obligan a respetar.

Del mismo modo, junto a las garantías jurisdiccionales estatales también es posible identificar una serie de **garantías jurisdiccionales (o semi-jurisdiccionales) supra-estatales** que se activan cuando las primeras se agotan o cuando resultan palmariamente insuficientes para la protección del derecho. Así, por ejemplo, serían garantías supra-estatales, secundarias, de los

derechos en el ámbito **regional**, las dispuestas por la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos, por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, o por el Tribunal europeo de derechos humanos, ubicado en Estrasburgo. De modo similar, serían garantías supra-estatales de los derechos en el ámbito **internacional** las que pueden articularse en el marco de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de la Corte Internacional de Justicia de La Haya o del Tribunal Penal Internacional de Roma.

#### **4.2. Las garantías ciudadanas o sociales de los derechos**

Como puede verse, son numerosos los tipos de garantías institucionales que, desde un punto de vista formal, suelen ponerse en marcha para proteger los derechos: políticas y jurisdiccionales, primarias y secundarias, estatales y supra-estatales.

Lo cierto, sin embargo, es que todos estos mecanismos de garantía están atravesados por una paradoja: se encomiendan a órganos de poder que, precisamente por su carácter de tales, se encuentran en una situación propicia para vulnerarlos. Es ingenuo, por ello, confiar la protección de los derechos a la simple auto-limitación del poder o a la existencia de órganos políticos o judiciales «virtuosos». Por el contrario, las garantías institucionales no se articulan en el vacío. Están condenadas a la esterilidad o a una fácil reversión sin la existencia y promoción de sólidas y permanentes **garantías sociales o ciudadanas**, esto es, de mecanismos de tutela que, más allá de las mediaciones estatales, involucren a los propios afectados en la construcción y protección de sus derechos.

#### **4.2.1. Garantías sociales de participación institucional y garantías sociales autónomas**

Estas garantías sociales también pueden asumir diferentes variantes. A veces pueden actuar como **garantías de participación institucional**, es decir, como instrumentos de incidencia indirecta o directa en la construcción de las garantías institucionales. Así, serían **garantías de participación en el ámbito político**, en primer lugar, el derecho de sufragio, que permite escoger representantes con concepciones más o menos diferentes de qué derechos tutelar, y cómo. Pero también las iniciativas legislativas populares, las consultas y referéndum legislativos, así como los diferentes mecanismos de participación administrativa –de información, de consulta, de propuesta– vinculados a la protección de derechos. De modo similar, serían **garantías de participación en el ámbito jurisdiccional** las diferentes herramientas procesales –recursos de amparo individuales y colectivos, acciones de clase, populares y de interés general– que permiten el acceso de los ciudadanos y grupos vulnerables a las sedes jurisdiccionales en las que se ventila la protección de un derecho.

Ahora bien, junto a las garantías sociales de participación institucional, suelen articularse también **garantías sociales autónomas**, es decir, mecanismos de auto-tutela de los derechos que suelen activarse cuando se percibe que las garantías institucionales se encuentran bloqueadas o resultan insuficientes. Por ejemplo, serían garantías de auto-tutela, en determinados supuestos, desde el derecho de huelga hasta la desobediencia civil o la resistencia, pasando por diversas formas de presión (manifestaciones, acciones reivindicativas) y de

satisfacción directa de las necesidades e intereses tutelados por los derechos, como las cooperativas de producción y consumo o las redes y asociaciones vecinales.

Tampoco aquí, naturalmente, la separación entre garantías de participación institucional y de auto-tutela es tan tajante como pudiera padecer. Por un lado, no faltan los procesos de auto-tutela de derechos que intercalan en sus estrategias momentos de participación institucional. Del mismo modo, hay procesos participativos que derivan en procesos extra-institucionales cuando las garantías institucionales resultan inaccesibles. Por fin, hay procesos de auto-tutela que se disuelven cuando los espacios institucionales dan a sus reclamos una respuesta medianamente eficaz.

Por otra parte, la mayoría de los mecanismos de garantía de los derechos hoy existentes son el producto de movimientos de presión social que nacieron, muchas veces, en condiciones de ilegalidad. Piénsese en los derechos de sindicación o de huelga, reconocidos tras las luchas llevadas adelante por el movimiento obrero durante el siglo XIX, con frecuencia en contra de la legalidad de la época. O en los derechos civiles de la minoría afroamericana en los Estados Unidos, reconocidos legislativa y judicialmente hacia 1960 gracias al movimiento de desobediencia civil encabezado, entre otros, por Martin Luther King. O en la ampliación del derecho a la libertad ideológica conseguida, aún contra las leyes de sus estados, por los objetores de conciencia al servicio militar.

Ciertamente, no todas las formas de auto-tutela de los derechos pueden justificarse del mismo modo. Así, junto a las vías de **desobediencia civil**, que

persiguen la tutela pública y no violenta de intereses tendencialmente generalizables, existen formas de **desobediencia incivil**, que buscan, por el contrario, la defensa de privilegios e intereses restrictivos. Serían actos de desobediencia incivil, en este sentido, la actuación de una empresa que no paga impuestos para maximizar sus ganancias o la de un empleador que se sirve de trabajadores inmigrantes en situación de «irregularidad» con el objetivo explícito de burlar la legislación y los controles laborales.

La conclusión, en cualquier caso, es que el concepto de derechos humanos se encuentra estrechamente ligado a la noción de conflicto. Nunca han caído del cielo, ni han sido el producto de las elucubraciones más o menos ingeniosas de políticos, juristas, o expertos. Son el resultado de conquistas históricas, de luchas muchas veces encarnizadas, inacabadas y reversibles. La ampliación de los derechos, la satisfacción creciente de las necesidades básicas que permiten expandir la autonomía individual y colectiva de las personas, han dependido siempre de la eliminación, tanto de viejos privilegios, como de antiguos derechos convertidos en privilegios. Y es que si los derechos no tienen sentido sin deberes, es igualmente evidente que no puede haber sujetos con deberes, con obligaciones, sin sujetos capaces de obligar. Por eso, la «garantía social» solo puede consistir, como reza el artículo 23 de la Constitución francesa de 1793, en «la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos».

## **5. Conclusiones**

A lo largo de estas líneas, se ha intentado mostrar cómo el discurso de los derechos, en la medida en que está ligado a la noción de intereses y

necesidades tendencialmente generalizables, encierra un fuerte contenido igualitario opuesto, por ejemplo, a la idea de privilegio. Esa impronta, sin embargo, puede venir moderada por diferentes razones. Ante todo, por su titularidad y su ejercicio, que puede restringirse en razón de criterios como la ciudadanía, la capacidad de obrar o el hecho de ser persona. Pero también por los mecanismos de garantías establecidos para su protección. Dichos mecanismos, como se ha visto, encierran una aporía en apariencia irresoluble: encomiendan al propio poder político la tarea de auto-limitarse para la tutela de los derechos, pese a que, por su misma naturaleza, los órganos de poder se hallan en una situación propicia para vulnerarlos. En ese sentido, las diferentes garantías institucionales -legislativas, administrativas o jurisdiccionales- previstas para la protección de los derechos no pueden concebirse sino como valiosos pero incompletos instrumentos para su defensa. Por eso, precisamente, una garantía sólida de los derechos humanos, más allá de las imprescindibles mediaciones del Estado, sólo puede residir en la capacidad de sus destinatarios y destinatarias de apropiarse de su contenido y de hacerlo valer en las instituciones, fuera de ellas y, llegado el caso, incluso en su contra.

## **Glosario**

**Derechos:** expectativas tendencialmente generalizables de protección de un interés o una necesidad.

**Derechos humanos:** expectativas de las personas consideradas justas desde una cierta concepción de valores morales o políticos, con independencia de su reconocimiento o no por un ordenamiento jurídico concreto.

**Derechos fundamentales:** intereses o necesidades considerados relevantes y, por consiguiente, merecedores de especial protección, por un ordenamiento jurídico positivo.

**Deberes:** obligaciones negativas y positivas, de hacer y de no hacer, que un sujeto determinado, público o privado, puede tener en relación con el titular de un derecho.

**Garantías:** mecanismos de protección de los intereses o necesidades que constituyen el objeto de un derecho.

**Garantías primarias:** normas y actos que los órganos legislativos y ejecutivos adoptan en tutela de los derechos.

**Garantías secundarias:** actuaciones extra-legislativas, normalmente de tipo jurisdiccional o semi-jurisdiccional, que se activan ante la insuficiencia o inexistencia de las garantías primarias de un derecho.

**Garantías sociales o ciudadanas:** mecanismos de tutela que, más allá de las mediaciones estatales, involucran a los propios destinatarios de un derecho en la tarea de su protección.

**Justiciabilidad:** posibilidad de invocar un derecho ante un tribunal con el objeto de que se adopten medidas de control, de reparación o de sanción que tutelen su ejercicio.

**Privilegios:** expectativas tendencialmente restrictivas y excluyentes de protección de un interés o una necesidad.

**Sujetos en situación de vulnerabilidad:** personas o grupos que, por su posición cultural, social, política o económica, se encuentran en situación de dependencia o sujeción frente a otras personas o grupos.

## **Bibliografía**

- Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- Alexy, Robert, *Los derechos fundamentales*, E. Garzón Valdés (trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- Ferrajoli, Luigi, *La ley del más débil*, P. Andrés y A. Greppi (trad.), Trotta, Madrid, 1999.
- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), Trotta, Madrid, 2001.
- Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1996
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, M. Gustavino (trad.), Barcelona, Ariel, 1991.
- Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

### **Actividad:**

Leed el Informe sobre la visita a España de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes (informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos). Y contestad, razonando las respuestas, a las siguientes cuestiones:

1. Identificad en el Informe 10 intereses o necesidades de las personas inmigradas en España que puedan ser entendidas como derechos.
2. Identificad en el Informe distintos sujetos en situación de vulnerabilidad.
3. Identificad en el informe referencias a:
  - a) Garantías «políticas» o primarias

- b) Garantías jurisdiccionales o secundarias
  - c) Otros tipos de garantías institucionales
  - d) Garantías ciudadanas o sociales de los derechos de participación institucional
  - e) Garantías sociales autónomas
4. ¿Cuáles son, a juicio de la Relatora Especial, las principales vulneraciones de los derechos de las personas inmigradas en España? ¿Qué tipo de medidas propone el Informe para la superación de tales vulneraciones?
5. ¿En qué medida el propio informe puede ser considerado como garantía de los derechos? ¿De qué tipo? ¿Cómo y por quién podría ser utilizado el informe para avanzar en la protección de los derechos de las personas inmigradas en España?

### **Ejercicios de autoevaluación**

1. Las necesidades básicas de las personas, origen de los derechos:
- a) Son independientes de las circunstancias o condiciones sociales del sujeto
  - b) Dependen absolutamente del contexto espacial y temporal del sujeto
  - c) Existe una serie de necesidades comunes, aunque su contenido puede variar relativamente en el tiempo y en el espacio.
2. Su carácter generalizable, vincula la noción de derecho con:
- a) El principio de seguridad jurídica
  - b) El principio de igualdad
  - c) El principio de abstracción

3. El derecho de los sindicatos a negociar con los empleadores:

a) Es un derecho colectivo, a diferencia del derecho a sindicarse libremente

b) Es un derecho individual, al igual que el derecho a sindicarse libremente

c) Es un derecho colectivo, al igual que el derecho de sindicarse libremente

4. La expresión “migración de la moral al derecho” indica:

a) El fenómeno de la positivización de los derechos humanos en textos normativos estatales e internacionales

b) El fenómeno de la positivización de los derechos humanos en textos normativos solamente internacionales

c) El fenómeno de conversión de derechos fundamentales en derechos humanos

5. La principal consecuencia de considerar un derecho como fundamental es que:

a) Son sólo los actores no institucionales quienes asumen su protección

b) Son sólo los actores políticos quienes asumen su protección

c) Son los poderes públicos y el propio ordenamiento quienes asumen su protección

6. Las garantías institucionales son:

a) Mecanismos de protección y tutela de los derechos encomendados exclusivamente a órganos jurisdiccionales

b) Mecanismos de protección y tutela de los derechos encomendados exclusivamente a órganos legislativos

c) Mecanismos de protección y tutela de los derechos encomendados a órganos del Estado

7. El Defensor del Pueblo es:

- a) Una garantía jurisdiccional
- b) Una garantía institucional
- c) Una garantía “política” o primaria

8. El derecho de sufragio es:

- a) Una garantía institucional
- b) Una garantía social participativa
- c) Una garantía social autónoma

9. El derecho de huelga es:

- a) Una garantía institucional
- b) Una garantía social participativa
- c) Una garantía social autónoma

10. La desobediencia civil es:

- a) Una garantía social participativa
- b) Una garantía social autónoma
- c) No puede ser considerada como garantía