

## 4. Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas

Marco Aparicio Wilhelmi  
Gerardo Pisarello

INTRODUCCIÓN; 2. ¿DE QUÉ SE HABLA CUANDO SE HABLA DE DERECHOS?; 2.1. Los derechos como expectativas generalizables; 2.2. Los derechos como expectativas de los sujetos más vulnerables; 3. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS; 3.1. Derechos humanos y derechos no humanos; 3.2. Derechos humanos y derechos dados; 3.3. Derechos individuales y derechos colectivos; 4. DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES: RAZONES PARA UNA DISTINCIÓN; 5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS; 5.1. Las garantías institucionales de los derechos; 5.1.1. Las garantías "políticas" o primarias; 5.1.2. Las garantías jurisdiccionales ordinarias; 5.1.3. Otros tipos de garantías institucionales; 5.1.4. Las garantías estatales de los derechos; 5.2. Las garantías ciudadanas o sociales de los derechos; 5.2.1. Garantías sociales de participación institucional y garantías sociales autónomas; 6. CONCLUSIONES; 7. LECTURAS COMPLEMENTARIAS.

## 1. 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 quieren explorar diferentes significados de la expresión, y también de otros conceptos ligados a ella, como intereses, necesidades, deberes o garantías. La estructura de este tema es relativamente sencilla. Tras una breve propuesta de definición, se procura contraponer la noción de derecho a la de privilegio y explicar cómo los derechos se podrían considerar hoy "la ley de los más débiles"

o de los sujetos más vulnerables. Seguidamente, se expone de qué manera la titularidad y el ejercicio de los derechos puede recaer en sujetos diferentes, lo que 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 marales" 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: ¿por medio 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 trata 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 ejercer, no sólo en su reivindicación, sino en su defensa cotidiana.

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

La pregunta sobre “qué” son los derechos, 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 estipulaciones convencionales, las definiciones teóricas no son ni verdaderas ni falsas. Simplemente se pueden reputar más o menos útiles según su capacidad para explicar una realidad concreta. Hecha esta advertencia, podría tener utilidad, en una primera aproximación, proponer la definición que presentamos a continuación:

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.

### **2.1. 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 esta legitimidad –presente en las principales tradiciones morales contemporáneas– es su carácter generalizable, es decir, la posibilidad que también los otros 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 comporta una expectativa tendencialmente generalizable, inclusiva, igualitaria, un privilegio comporta una pretensión tendencialmente restrictiva, excluyente, desigualitaria.

Los pretensiones de expresarse libremente, de tener recursos garantizados básicos para subsistir o de ver reconocidas la propia identidad nacional, cultural o sexual, se pueden considerar expectativas universalizables. En cambio, practicar sólo las propias creencias, excluyendo otras, exigir el respeto a la propia identidad nacional o cultural,

negando la de otras comunidades en una situación similar, o apropiarse de ciertos recursos básicos al precio de que otros no puedan acceder a ellos, serían pretensiones restrictivas y desigualitarias.

Estas expectativas, como se puede ver, expresan intereses o necesidades de los sujetos que alegan el derecho. La función de los derechos es, precisamente, proteger o tutelar intereses o necesidades que se consideran relevantes.

Hay quienes sostienen que las necesidades básicas son independientes de las circunstancias o condiciones sociales. A la vez, hay quienes afirman que las necesidades dependen del contexto espacial y temporal en que se producen. En cierto modo, ambos puntos de vista se complementan.

Hay, sin duda, una serie de necesidades transculturales indispensables para llevar a cabo los propios planes de vida: la alimentación, el lenguaje, una vivienda, la posibilidad de interactuar con otros. Sin embargo, la forma en que se obtienen o se suministran estos recursos depende del entorno en el que se viva. Por lo tanto, los derechos 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, se daría la posibilidad de no exigir nada del resto de la comunidad. Sin embargo, allá dónde hay una necesidad insatisfecha o amenazada, se suelen suscitar diferentes tipos de reclamos ante la comunidad. Estos reclamos, que pueden ser el fundamento de un derecho, pueden ser positivos o negativos. Los derechos pueden consistir en el hecho de que los otros se obliguen a hacer algo o bien a abstenerse de hacerlo para preservar el interés o la necesidad que está en juego.

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 diarios. Al derecho a una vivienda digna puede corresponder la obligación negativa de no desalojar arbitrariamente 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 hay entre derechos y deberes, es decir, entre sujetos con pretensiones y sujetos obligados a no frustrarlas, por acción u omisión.

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

En las sociedades actuales, no todos los sujetos ocupan la misma posición. No todos tienen las mismas pretensiones ni 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 debido a 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; es decir, 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. Este deber obliga ciertamente a todo el mundo. Pero no pesa del mismo modo sobre los poderes del estado que sobre un particular que atenta sobre la vida de otro. Cuanto mayor es el poder que se tiene mayor es la responsabilidad –el deber de responder, de rendir cuentas– ante de la vulneración de un derecho. El derecho a un medio ambiente tiene como una de sus contrapartidas el deber de no contaminar. Esta obligación incumbe a todo el mundo. Pero no pesa del mismo modo sobre los grandes poderes de mercado que sobre un particular que tira una bolsa de basura fuera del horario permitido.

Desde esta perspectiva, los derechos se pueden ver como exigencias de los sujetos más débiles frente los más fuertes, es decir, como pretensiones de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad ante quienes detentan cualquier tipo de poder, tanto en el ámbito público como en el privado.

Se pueden considerar derechos de los más vulnerables ante los más poderosos los derechos de los disidentes religiosos o de las minorías sexuales ante el poder de las iglesias; o los derechos de los campesinos ante el poder de los propietarios de la tierra; o los derechos de los trabajadores ante el poder del patrón; o los derechos de los pacientes ante el poder de los médicos; o los derechos de los inquilinos ante el poder del propietario de una vivienda; o los derechos de los países empobrecidos ante el poder de los países ricos en las relaciones internacionales; a los derechos de las mujeres en aquellos contextos familiares, laborales o políticos que las sitúan en relaciones desiguales de poder con los hombres.

### 3. La titularidad de los derechos

---

Según la definición propuesta anteriormente, 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 este "sujeto" es un ser humano individual. Por eso, 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– se consideran derechos "humanos".

Aun así, esto no quiere decir que los derechos solamente se hayan reconocido a seres humanos, ni que siempre se atribuyan a todos los seres humanos, ni tampoco, que solamente se reconozcan a seres humanos a título individual.

#### 3.1. Derechos humanos y derechos no humanos

Si se acepta que el objeto de los derechos es proteger intereses o necesidades relevantes, nada impediría que un ordenamiento reconociera "derechos" a sujetos no humanos, como por ejemplo los embriones, los

animales, los bienes naturales o las generaciones futuras. La protección de estos sujetos se podría justificar en intereses relevantes, ya sean propios, como evitar el daño y el dolor, ya sean instrumentales, para satisfacer otros específicamente humanos.

Ejemplos de la vida común de estas situaciones serían las leyes que protegen ciertos animales ante maltratos; las regulaciones ecológicas que restringen la apropiación privada de bienes comunes como el agua o las selvas; o aquellas normas que limitan la experimentación con embriones a partir de un cierto nivel de desarrollo.

Naturalmente, la falta de “voluntad autónoma” de estos sujetos limitaría sus posibilidades de ejercicio de los derechos, pero no tendría por qué privarlos de su titularidad, ni impedir que el resto de la sociedad tuviera determinadas obligaciones respecto de ellos, empezando por la de minimizar el daño que se les pudiera producir.

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

No es evidente que los derechos se hayan reconocido siempre a todos los seres humanos. Desde un punto de vista histórico, al contrario, se han utilizado numerosos criterios para restringir la titularidad de los derechos a ciertas personas excluyendo a otras. En este sentido, muchas demandas históricas presentadas como “derechos” han acogido, 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– quedaba excluida y en una posición subalterna. Actualmente, sobre todo en los países y regiones más privilegiados del planeta, una parte importante de los derechos se reconoce exclusivamente a los ciudadanos, mientras que un número creciente de personas –los extranjeros “regulares” o “irregulares” sólo disfrutaban, en el mejor de los casos, de derechos residuales y restringidos.

Por esta razón, precisamente, muchos autores sostienen que los derechos de ciudadanía se han convertido en el último gran estatus de pri-

vilegio, en contradicción con la idea de derechos humanos entendidos como derechos tendencialmente generalizables a todas las personas por su sola condición de personas.

### 3.3. Derechos individuales y derechos colectivos

No es nada obvio que los derechos humanos sólo puedan ser derechos atribuidos a personas o a 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. Si bien el derecho de sindicación o el de asociación son derechos de titularidad individual, el derecho de los sindicatos o de las asociaciones de consumidores y usuarios a negociar y defender sus intereses son derechos colectivos.

También lo serían 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 ciertas características culturales que les permitan sobrevivir como tales.

A menudo, estos derechos colectivos son precondición para que se ejerzan otros derechos individuales. Así, la autonomía política y, en general, el derecho a la autodeterminación, constituyen requisitos indispensables para ejercer el derecho a la propia cultura. No en vano, el artículo 1 tanto del Pacto internacional de derechos civiles y políticos como del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales establece que:

"[...] todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación. En virtud de este derecho determinan libremente su estatuto político y procuran también por su desarrollo económico, social y cultural".

Que estos derechos colectivos puedan entrar en conflicto con los derechos de otros individuos o de otros grupos no quiere decir que la propia categoría se deba rechazar. Como tampoco significa que estos conflictos no se puedan resolver, como en tantos casos, mediante la ponderación de los intereses en juego y la protección de los sujetos más vulnerables.

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

---

Pese a que a veces derechos humanos y derechos fundamentales suelen coincidir y los términos se utilizan de forma indiferente, quizás convendría distinguir también entre "derechos morales", "derechos humanos" y "derechos fundamentales".

La expresión derechos morales, o más en general, derechos humanos, pertenece, como su nombre indica, al ámbito de la reflexión moral, política o incluso religiosa, y se suele reservar a aquellas pretensiones o exigencias consideradas "fundamentadas" o "justas" por una determinada concepción de valores.

Así, por ejemplo, hay tradiciones políticas y filosóficas que vinculan los derechos humanos a la consecución de valores definidos de manera positiva, como la igual dignidad o la igual autonomía de todas las personas, o a la consecución de valores definidos de manera negativa, como la minimización del daño o la eliminación de todas las formas de opresión.

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 se suelen reservar 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 lo cual, normalmente, las "positiviza" en las normas de mayor valor jurídico, como las constituciones, y ofrece, de este modo, un indicio determinante de su carácter fundamental. Por eso, muchos autores 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.

Estos derechos considerados "relevantes" expresan un "deber ser" positivo o jurídico dentro del mismo 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 rotunda. Los derechos humanos y los derechos fundamentales son construcciones históricas, procesuales, que experimentan adelantos y retrocesos, y que pueden coincidir o divergir entre ellas.

Así, una parte importante de los que desde la perspectiva moral dominante o desde un punto de vista crítico se podrían considerar derechos humanos hoy son 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. La división entre un punto de vista externo, puramente moral o político, y un punto de vista interno, puramente jurídico, nunca es taxativa.

En el ámbito internacional, los derechos reconocidos en la Declaración universal de los derechos humanos de Naciones Unidas de 1948 o en la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre, del mismo año, constituyen una incorporación de expectativas morales y políticas al derecho positivo. En el ámbito estatal, por su parte, se pueden considerar ejemplos de derechos humanos convertidos en derechos 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. Pensad 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 forma similar, los ordenamientos jurídicos realmente existentes tampoco recogen como fundamentales todas las necesidades y los intereses humanos que la conciencia crítica de una sociedad o de una época considera relevantes. Pensad en los derechos sociales y ambientales, no consagrados de forma explícita o sólo protegidos de forma devaluada en la mayoría de ordenamientos contemporáneos. O en los derechos civiles, políticos y sociales de los inmigrantes "irregulares", a duras penas reconocidos de manera restrictiva y discriminatoria en relación con los derechos del resto de ciudadanos.

Por eso, no faltan autores que advierten contra las tentaciones del positivismo o del constitucionalismo ideológicos, es decir, contra las posiciones que tienden a confundir moral y derecho, presentando las constituciones o el derecho internacional vigentes como "el mejor de los mundos posibles".

Ante quienes sostienen este tipo de actitudes, siempre sería posible mantener un punto de vista externo, moral y político, desde el que denunciar las ausencias y los 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 mismo ordenamiento jurídico y sus poderes públicos quienes asumen su protección. Cuanto más intenso es el carácter fundamental que un ordenamiento reconoce a un derecho, mayor es la protección, al menos formal, que le otorga. Esta característica se puede considerar, a la vez, el punto fuerte y el punto débil de los derechos fundamentales en relación con los derechos humanos.

Como punto fuerte, se puede decir que los derechos fundamentales, como son 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 este 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 recurrir, en última instancia, a la fuerza pública, también sus vías de protección resultan, en principio, más eficaces.

Como punto débil, sin embargo se podría argumentar que precisamente por estar consagrados en normas rígidas, de reforma difícil, como

las constituciones o los tratados internacionales, los derechos fundamentales son menos permeables a los cambios y a las transformaciones de fondo de lo que puede exigir una filosofía crítica de los derechos humanos. Del mismo modo, el hecho de que su protección se encomiende al mismo 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 hay mecanismos suficientes de presión social, las vías de protección se desvirtúen o resulten estériles.

## 5. Los derechos fundamentales y sus garantías

Como hemos visto hasta aquí, la percepción de una necesidad o de un interés insatisfecho o amenazado puede conducir a la formulación de un derecho. Y aunque "positivizar" y "hacer visible" esta necesidad en términos de derecho es un primer indicio del valor que el mismo ordenamiento le otorga, esto no equivale a asegurar su satisfacción. Es más, hay 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 de las necesidades que constituyen el objeto de un derecho. De hecho, 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.

### 5.1. Las garantías institucionales de los derechos

En cualquier ordenamiento jurídico, las primeras garantías que se reconoce a los derechos son las institucionales. Por garantías institucionales se puede entender 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:

- a. Las garantías "políticas", que corresponden a aquellas vías de tutela cuya puesta en marcha se encomienda al poder legislativo –ordinario o constitucional–, al gobierno o a la administración.
- b. Las garantías jurisdiccionales, que corresponden a aquellas vías de tutela cuyo impulso se confía a órganos de tipo jurisdiccional, es decir, a tribunales ordinarios o especiales, como los tribunales constitucionales.

### 5.1.1. Las garantías "políticas" o primarias

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

- a. La garantía política, normativa, inmediata de un derecho fundamental es, como ya hemos apuntado, la garantía constitucional, es decir, la decisión del legislador constituyente de incluir un derecho en la norma con más 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 o esencial. El contenido mínimo 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 este sentido, comportaría como mínimo, de una parte, que los poderes públicos no pudieran restringirlos de manera arbitraria, y de otra, que debieran realizar todos los esfuerzos, e incluso emplear el máximo de recursos disponibles, para satisfacerlos positivamente.

- b. Ciertamente, este contenido mínimo previsto en las constituciones no agota el alcance de un derecho ni el de las obli-

gaciones en que, respecto de él, incumben a los poderes públicos y al resto de particulares. Por ello, una mejor protección del derecho exige que la garantía constitucional se complemente con garantías legislativas de desarrollo. En efecto, la definición de su contenido concreto y de las obligaciones que de él se derivan requiere su especificación en códigos o leyes dictados por el legislador.

Buena parte de las constituciones actuales consagran el derecho a la propiedad, o a la libertad de información, o a una vivienda digna. Pero: ¿a qué tipos de propiedad se refiere? ¿Qué facultades y qué deberes comporta para el propietario? La emisión de opiniones racistas, ¿forma parte de la libertad de expresión? ¿Dónde se sitúan los límites de la libertad de información cuando está en juego la intimidad de los otros? ¿Qué características debe reunir una vivienda para ser "digna" o un desalojo para considerarse "arbitrario"?

En realidad, prácticamente todos los derechos fundamentales constitucionales son, en parte, derechos de configuración legislativa. La tutela normativa de los derechos fundamentales resulta tanto del contenido mínimo constitucionalmente estipulado, como del que, en su marco, desarrolle el legislador.

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 –para lo cual establecen una reserva de ley– con el objetivo de evitar que recaiga en órganos tecnocráticos o con una menor legitimidad democrática.

- c. Todo esto 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 con ellas, es imprescindible disponer, en diferentes escalas espaciales, de un aparato administrativo material –funcionarios, equipos técnicos, recursos– y con una serie de instrumentos jurídicos –reglamentos y actos de ejecución– que permitan concretar el 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–, y también 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 este 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 la aparición de monopolios o establezcan mecanismos de ayuda 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 se puede confiar de forma exclusiva a la discrecionalidad del poder político.

La experiencia de los ordenamientos jurídicos contemporáneos –incluso de aquellas 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 este riesgo.

Por ello, 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.

### 5.1.2. Las garantías jurisdiccionales o secundarias

La existencia de garantías jurisdiccionales de los derechos comporta la posibilidad que la vulneración, por acción u omisión, de las garantías primarias, se pueda impugnar delante de un órgano de tipo jurisdiccional, es decir, delante de 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 los pueden invocar ante un tribunal para 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 delante de un derecho sin garantía, o peor, delante de un simple derecho "sobre el papel". Otros autores, en cambio, afirman que la existencia de derechos sin garantías jurisdiccionales se debe considerar una suerte de imperfección lógica del mismo ordenamiento, es decir, una laguna que los operadores jurídicos tienen la obligación de llenar, dotando al derecho de algún mecanismo de protección.

Según los órganos encargados de imponerlas, las garantías jurisdiccionales pueden asumir varias formas. A veces, la tutela de los derechos se encomienda a los tribunales ordinarios de las diferentes jurisdicciones (civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etcétera). A veces, junto con estas garantías jurisdiccionales ordinarias, se establecen garantías jurisdiccionales especiales; se trata de 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 que pueden consistir. Naturalmente, lo que los jueces pueden hacer para tutelar un derecho depende de la legislación procesal de cada ordenamiento. Así, 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.

La suspensión por un juez ordinario de la ejecución de una orden de expulsión representa una protección de la liber-

tad de circulación y residencia de la persona extranjera ante el acto administrativo. Por su parte, las declaraciones de nulidad, las recomendaciones, los reenvíos, o las denominadas 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.

### 5.1.3. Otros tipos de garantías institucionales

Además de las garantías jurisdiccionales que hemos descrito, algunos ordenamientos suelen prever otros mecanismos de protección secundaria de los derechos, como por ejemplo las defensorías del pueblo o las procuradurías y las 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. Aun así, 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 haya en una sociedad, del papel de los medios de comunicación sobre esto, etc. También en este apartado haría falta mencionar las experiencias de las comisiones creadas para el esclarecimiento de vulneraciones de derechos humanos durante periodos dictatoriales o situaciones análogas.

Como 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 hasta 1983, la Comisión para la Aclaración Histórica en Guatemala, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Chile, la Comisión de la Verdad en El Salvador o la Comisión Verdad y Justicia de Paraguay, entre otras. En la página web de la ONG Equipo Nizkor se puede encontrar abundante información sobre la lucha por los derechos humanos y sobre las comisiones de la verdad, <http://www.derechos.org/nizkor/>

#### 5.1.4. Las garantías supraestatales 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 este sentido, se puede decir 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 el hecho de que dejar en manos de órganos de los mismos estados la custodia de los derechos puede ser una vía segura hacia su vulneración. Por ello, el derecho moderno prevé, junto a las garantías estatales, una serie de garantías supraestatales que introducen restricciones formales, no ya únicamente a la soberanía interna sino también a la soberanía externa de los estados.

De este 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 vulnera los derechos y obligaciones por ellos mismos reconocidos. Así, serían garantías primarias supraestatales la existencia de declaraciones, tratados y convenios en los que se establezcan derechos y deberes que los poderes públicos estatales se obligan a respetar.

A modo de ejemplo: 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.

Asimismo, junto a las garantías jurisdiccionales estatales también es posible identificar una serie de garantías jurisdiccionales (o semijurisdiccionales) supraestatales, que se activan cuando las primeras se agotan o cuando resultan de forma palmaria insuficientes para la protección del derecho. Así, hay garantías supraestatales, secundarias, de los derechos en el ámbito regional y en el ámbito internacional.

En el ámbito regional, las garantías dispuestas por la Comisión y el Tribunal Interamericano 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. En el ámbito internacional, los que se pueden articular en el marco de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas, del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya o del Tribunal Penal Internacional de Roma.

Finalmente, en los últimos años asistimos a una progresiva consolidación del principio de justicia universal, y en este sentido el caso de España es especialmente relevante. En virtud de este principio, los órganos jurisdiccionales de un país han de perseguir hechos delictivos considerados como crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad, pese a que no exista una conexión ni espacial o territorial (el hecho perseguido no tiene por qué haberse cometido en el interior del mismo país) ni personal (no necesariamente los víctimas o los victimarios deben ser de la misma nacionalidad que el órgano jurisdiccional que conoce del caso).

## 5.2. Las garantías ciudadanas o sociales de los derechos

Como se puede ver, son numerosos los tipos de garantías institucionales que, desde un punto de vista formal, se suelen poner en marcha para proteger los derechos: políticas y jurisdiccionales, primarias y secundarias, estatales y supraestatales. Lo cierto, sin embargo, es que todos estos mecanismos de garantía tienen un propósito: se encomiendan a órganos de poder que, precisamente por su carácter como tales, se encuentran en una situación propicia para vulnerarlos. Es ingenuo confiar la protección de los derechos o la simple delimitación del poder o la existencia de órganos políticos o judiciales "virtuosos".

Por el contrario, las garantías institucionales no se articulan en el vacío. Están condenadas o a la esterilidad o a una fácil reversión sin la existencia y promoción de sólidos y permanentes garantías sociales o ciudadanas. Se trata de mecanismos de tutela que, más allá de las mediaciones estatales, involucran a los mismos afectados en la construcción y protección de sus derechos.

### **5.2.1. 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. También lo serían las iniciativas legislativas populares, las consultas y los referéndums legislativos, y también los diferentes mecanismos de participación administrativa –de información, de consulta, de propuesta– vinculados con la protección de derechos.

De forma similar, serían garantías de participación en el ámbito jurisdiccional las diferentes herramientas procesales que permiten el acceso de los ciudadanos y grupos vulnerables a las sedes jurisdiccionales en las que se ventila la protección de un derecho, como por ejemplo los recursos de amparo individuales y colectivos, o las acciones de clase, populares y de interés general.

Ahora bien, junto con las garantías sociales de participación institucional, se suelen articular también garantías sociales autónomas, es decir, mecanismos de autotutela de los derechos que se suelen activar cuando se percibe que las garantías institucionales se encuentran bloqueadas o resultan insuficientes. Serían garantías de autotutela, en determinados supuestos, desde el derecho de huelga hasta la desobediencia civil o la resistencia, pasando por varias 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.

Dicho esto, la separación entre garantías de participación institucional y de autotutela no es tan taxativa como podría parecer. Por un lado, no faltan los procesos de autotutela de derechos que intercalan en sus estrategias momentos de participación institucional. Del mismo modo, hay procesos participativos que derivan en procesos extrainstitucionales cuando las garantías institucionales resultan inaccesibles. Finalmente, hay procesos de autotutela que se disuelven cuando los

espacios institucionales dan a sus reclamos una respuesta medianamente eficaz. Por otro lado, 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.

Se puede pensar, por ejemplo, en los derechos de sindicación o de huelga, reconocidos tras las luchas llevadas a cabo 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 a los Estados Unidos, reconocidos legislativamente y judicialmente hacia 1960 gracias al movimiento de desobediencia civil encabezado, entre otros, por Martin Luther King. O a la ampliación del derecho a la libertad ideológica conseguida, incluso contra las leyes de sus estados, por los objetores de conciencia al servicio militar.

Ciertamente, no todas las formas de autotutela de los derechos se pueden justificar del mismo modo. Así, junto con las vías de desobediencia civil, que persiguen de forma pública y no violenta la tutela de intereses tendencialmente generalizables, hay 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 patrón que se sirve de trabajadores inmigrantes en situación "de irregularidad" con el objetivo explícita de rehuir 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 encamizadas, 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 ello, la "garantía social" sólo puede consistir en: "[...] la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y la conservación de sus derechos", como recogía el artículo 23 de la Constitución francesa de 1793.

## 6. Conclusiones

---

En este tema hemos intentado mostrar cómo el discurso de los derechos, en la medida que está ligado a la noción de intereses y necesidades tendencialmente generalizables, incluye un fuerte contenido igualitario opuesto, por ejemplo, a la idea de privilegio. Esta huella, sin embargo, puede estar moderada por diferentes razones. Antes que nada, por su titularidad y su ejercicio, que se puede restringir en razón de criterios como la ciudadanía, la capacidad de obrar o el hecho de ser persona. Pero también, por los mecanismos de garantía establecidos para su protección. Los mecanismos mencionados, como se ha visto, contienen una aporía en apariencia irresoluble: encomiendan al propio poder la tarea de auto limitarse en tutela de los derechos, pese a que, por su misma naturaleza, los órganos de poder se encuentran en una situación propicia para vulnerarlos.

En este sentido, las diferentes garantías institucionales –legislativas, administrativas o jurisdiccionales– previstas para la protección de los derechos no se pueden concebir sino como valiosos pero incompletos instrumentos para su defensa. Por esto, 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.

## 7. Lecturas complementarias

---

Abramovich, V., Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

- Alexy, R., *Los derechos fundamentales* (traducción al castellano de E. Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- Aparicio Wilhelmi, M. (caord.), *Caminos hacia el reconocimiento. Pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Girona, Servicio de Publicaciones de la Universitat de Girona, 2005.
- Araujo, J. A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.
- Benhabib, S., *Los derechos de los otros*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- Brown, W., Williams, P., *La crítica de los derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2003.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio* (traducción al castellano de M. Gustavino), Barcelona, Ariel, 1991.
- Escobar, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Alcalá de Henares, Trama Editorial, 2005.
- Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil* (traducción al castellano de P. Andrés y A. Greppi), Madrid, Trotta, 1999.
- Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 1996.
- Gorgorella, R., *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- Nino, C. S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- Pisorello, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid: Trotta, 2007.
- Pitch, T., *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003.
- Tafolla, M., *Los derechos de los animales*, Barcelona, Idea Books, 2003.