

# *Los derechos humanos y/o derechos fundamentales en el marco de un Estado de Derecho*

Krúpskaya Rosa Luz Ugarte Boluarte\*  
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v10i9.312>

\* Abogada UNSAAC y magíster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid (España), Instituto Bartolomé de las Casas. Con maestría concluida en Derecho, mención en Política Jurisdiccional, por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctoranda en Derechos Fundamentales, Área de Derecho Internacional Público por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Profesora de la Universidad Alas Peruanas y Universidad San Juan Bautista en las materias de Derechos Humanos, Derecho Internacional Público, Derecho Jurisdiccional Internacional. Directora Nacional de la Liga Peruana Pro Derechos Humanos (LIPPRODEH) y miembro del Movimiento Amplio de Mujeres.



Lex



## I. INTRODUCCIÓN

La noción del Estado de Derecho tiene cerca de dos siglos de existencia desde que surgiera como fruto tardío de la Ilustración. Una vida tan larga implica que ha pasado por distintas etapas en función de las modalidades del pensamiento jurídico y político de cada tiempo, si bien siempre ha considerado como uno de sus supuestos la existencia de una Constitución que incluya unos derechos fundamentales y la división de poderes. Configurada en sus orígenes como un amplio programa político en la línea del liberalismo progresista, típico de una burguesía en ascenso, va perdiendo cada vez más en abstracción y amplitud de horizonte intelectual, para ganar en precisión y tecnicidad destinadas a “garantizar la seguridad de una burguesía consolidada frente a las injerencias del Estado.”<sup>1</sup> El siglo XIX es el siglo del “Estado de Derecho”, es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII. La expresión “Estado de Derecho” es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea...<sup>2</sup> Para Elías Díaz, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo nuclear y potencialmente democrático que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad (de la Ilustración) como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico y, unido a ello (como siempre ocurre), también de carácter ético y cultural.<sup>3</sup> Mientras que para Ferrajoli, la gran innovación institucional de la que nació el Estado de Derecho fue la positivización y constitucionalización de derechos a través de la “incorporación limitativa” al ordenamiento jurídico de los deberes correspondientes impuestos al ejercicio de los poderes públicos”.<sup>4</sup> En esta nueva forma de Estado, lo que destacaba en primer plano era “la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad”. La sociedad, con sus propias exigencias, empezaba a

<sup>1</sup> Manuel García Pelayo, *Obras completas*, tomo III, p. 3030.

<sup>2</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, tercera edición, Madrid, España, Editorial Trotta, 1999, p. 21.

<sup>3</sup> Elías Díaz, José Luis Colomer (eds.), *Estado, justicia, derechos. Filosofía y pensamiento*, Alianza Editorial, p. 78.

<sup>4</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trota, p. 860.

concebirse como instrumento de garantía de los derechos.<sup>5</sup> Es así que el Estado de Derecho es una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual, hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades, y que, a su vez, ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad.<sup>6</sup>

Javier Ansuátegui señala que para hablar de Estado de Derecho hacen falta determinados requisitos; y en función de esos requisitos, podemos hablar de determinados modelos de Estado de Derecho y afirmar que existen diversos tipos de Estado de Derecho, lo cual supone que, si bien en todos ellos encontramos elementos comunes, se encuentra la presencia de los derechos fundamentales....<sup>7</sup> Entonces queda explícito que al hablar de Estado de Derecho, debemos entender que hay diversas clases de derechos fundamentales, y no todos estos son iguales. Estos modelos son originariamente históricos, y, de acuerdo con la propuesta de Elías Díaz, se presentan como una meta a alcanzar.<sup>8</sup>

Existen varios tipos o modelos de Estado de Derecho, entre los cuales están los siguientes: el Estado Liberal, que se caracteriza básicamente por la presencia de los derechos liberales; el Estado Social, que se caracteriza por los derechos sociales o prestaciones; y el Estado Democrático, que conlleva el perfeccionamiento de los mecanismos de participación política y por lo tanto de la democracia. En este trabajo pretendemos acercarnos al debate doctrinal suscitado respecto a la definición del Estado de Derecho y sus matices característicos. Entonces queda claro que al hablar de Estado de Derecho, debemos entender que hay diversas clases de derechos fundamentales. En este marco desarrollamos los antecedentes históricos de los derechos humanos y/o fundamentales, acercándonos a los derechos fundamentales dentro del concepto histórico del mundo moderno, para observar cómo este surge progresivamente a partir del tránsito a la modernidad, frente a la idea central de dignidad humana. Seguidamente, abordamos las definiciones de los derechos humanos y fundamentales, dejando establecido en el trabajo monográfico que los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” son utilizados muchas veces como sinónimos. Hacemos un breve acercamiento a las posiciones doctrinales encaminadas a explicar al respecto el alcance de ambas expresiones, mencionando en cada una de estas las críticas a la denominación que estas adquieren. También abordamos los límites al poder en ese Estado de Derecho, estableciendo que la idea de los derechos humanos nace –entre otros presupuestos– de la idea de limitar el poder, es decir, nace en

<sup>5</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, tercera edición, Madrid, España, Editorial Trotta, 1999, p. 23.

<sup>6</sup> *Idem.*, Elías Díaz, p. 79.

<sup>7</sup> Francisco Javier Ansuátegui, “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, Universidad Carlos III de Madrid, *Revista Sistema* N° 158, septiembre 2000, p. 92.

<sup>8</sup> *Idem.*, Francisco Javier Ansuátegui, p. 99.

el tránsito a la modernidad, contra el absolutismo del antiguo régimen. Desarrollamos los límites de hecho y los jurídicos. Finalmente, tocamos la relevancia teórica y práctica de la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales en un Estado de Derecho, haciendo mención de las posturas en torno del debate doctrinal de los derechos humanos y fundamentales, así como de la necesidad de sus fundamentos.

## II. ALGUNAS DEFINICIONES DE ESTADO DE DERECHO

### 1. QUÉ SE ENTIENDE POR ESTADO DE DERECHO

El concepto de Estado de Derecho es complejo y variado, al punto que nos encontramos con diversas definiciones. Así, **Eusebio Fernández** señala que el “Estado de Derecho es, en primer lugar, el imperio de la ley, subordinación de todos, incluido el propio Estado y sus representantes, a la legalidad, pero no a una legalidad con cualquier contenido, sino a una legalidad selectiva... una legalidad que no lesiona ciertos valores por y para los cuales se constituye el orden jurídico y político y que se expresan en unas normas o principios que la ley no puede violar.”<sup>9</sup> Al respecto, comenta el Dr. **Ansuátegui** que se trata de “un derecho atento y sensible a determinados valores y a los derechos fundamentales. Sin esa legalidad selectiva no se puede hablar de Estado de Derecho. De lo anterior, parece claro que se puede extraer que el Estado de Derecho se asienta sobre el principio de legalidad y la seguridad jurídica que la vigencia de este produce”.<sup>10</sup> **Ansuátegui** considera a esta definición como léxica, porque señala que es una concepción tradicional, clásica, respecto a la definición del Estado de Derecho, caracterizada básicamente por el sometimiento al Derecho, sobre el otro componente básico, que son las garantías de los derechos.

**Elías Díaz** dice respecto del Estado de Derecho: “El Estado de Derecho es un Estado con Derecho... (donde se da el) sometimiento del Estado al Derecho, a su propio Derecho, regulación y control de los poderes y actuaciones todas del Estado por medio de leyes, creadas estas además según determinados procedimientos de alguna abierta y libre participación popular, con respecto, pues, para derechos fundamentales concordes con tal organización institucional... El Estado de Derecho es, así, una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual... hecha por gentes e individuos, sectores sociales frente a poderes despóticos o ajenos...”.<sup>11</sup> La definición de **Elías Díaz** es explicativa. En *Estado de Derecho y sociedad democrática* dice que todo Estado crea y utiliza un Derecho, funciona con un sistema normativo jurídico, tiene un orden jurídico y finalmente señala un sistema de legalidad. Señala también que las características que corresponden, como exigencias

<sup>9</sup> Eusebio Fernández, “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *Sistema* N° 138, 1997, p. 102.

<sup>10</sup> Francisco Javier Ansuátegui, “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, Universidad Carlos III de Madrid, *Sistema* N° 158, septiembre de 2000, p. 100.

<sup>11</sup> Elías Díaz, “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, *Sistema* N° 125, 1997, pp. 7 y 8.

imprescindibles, a todo auténtico Estado de Derecho pueden concretarse fundamentalmente en las siguientes notas:

1. Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general.
2. División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
3. Legalidad de la Administración: regulación por la ley y control judicial.
4. Derechos y libertades fundamentales, garantía jurídica coformal y realización material.<sup>12</sup>

**Ansuátegui Roig**, haciendo un balance entre estas dos definiciones, considera oportuno señalar la diferencia entre la propuesta de Eusebio Fernández y la de Elías Díaz. Esta radicaría en el contenido... (de) esa legalidad....<sup>13</sup> Indica que Eusebio Fernández presenta un concepto restringido de Estado de Derecho, mientras que Elías Díaz propone un concepto maximalista, porque considera que el Estado de Derecho, para existir, necesita asegurar todos los derechos, incluidos los sociales.

**Gerardo Pisarello**, en un artículo título “Por un concepto exigente de Estado de Derecho” (a propósito de un artículo de **Eusebio Fernández**), hace una crítica tanto a la propuesta de Elías Díaz como a la de Eusebio Fernández. Es así que realiza un contrapunto entre estas dos propuestas y hace la siguiente aclaración: “Al definir y mostrar las diversas posturas que se tiene sobre el Estado de Derecho, cabe ir concluyendo que a Eusebio Fernández le preocupa que Elías Díaz incorpore al concepto de Estado de Derecho no solo los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales”. Eso es confundir, alega, [el Estado de Derecho con el Estado social], y una cosa no tiene que ver necesariamente con la otra. Al concepto restringido de Estado de Derecho,<sup>14</sup> añade, páginas adelante, el mismo **Pisarello**, que “el error de **Elías Díaz**, por su parte, consistiría en confundir los principios del Estado de Derecho con los del Estado social. Según su postura, dentro de las exigencias del Estado de Derecho figurarían además del imperio de la ley, la división de poderes y la legalidad de la Administración –la garantía formal y efectiva realización no solo de derechos de libertad sino también de derechos económicos sociales y culturales–”.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 2da. edición, Madrid, Talleres Artes Gráficas Luis Pérez, 1966, p. 18.

<sup>13</sup> Francisco Javier Ansuátegui, “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, Universidad Carlos III de Madrid, *Sistema* N° 158, septiembre de 2000, p. 98.

<sup>14</sup> Gerardo Pisarello, “Por un concepto exigente de Estado de Derecho (a propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, *Sistema* 144, mayo de 1998 (Universidad Nacional de Tucumán, Argentina), p. 100.

<sup>15</sup> Gerardo Pisarello, “Por un concepto exigente de Estado de Derecho (a propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, *Sistema* 144, mayo de 1998 (Universidad Nacional de Tucumán, Argentina), p. 98.

A la luz de este debate doctrinal, consideramos que no se pueden olvidar, así hablemos de un Estado de Derecho puro o con los matices propios de cada modelo, los derechos innegables por su condición de derechos naturales, inherentes a todo ser vivo, mujer o varón. Consideramos que sí se debe considerar dentro de la definición de Estado de Derecho los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del marco general de la igualdad ante la ley. Cómo se puede negar el ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales.

Considera **Pisarello** que “todos estos derechos constitucionales provienen de grandes luchas, conquistas de la libertad humana, la igualdad ante la ley, contra todo tipo de opresión y a favor de la dignidad humana; estos derechos son producto de la interacción del hombre con la sociedad”. Concluye al final que, en síntesis, está de acuerdo con Eusebio Fernández en que el Estado de Derecho supone el sometimiento del propio Estado a su legalidad, y que es indispensable proteger la libertad de los ciudadanos de la injerencia ilegítima de los poderes públicos, y que el Estado de Derecho también significa controles para los poderes privados, para el mercado, y garantías de derechos sociales de prestación para todos los ciudadanos, que los protejan de las desigualdades de hecho que el propio mercado, librado a su sola lógica, produce.<sup>16</sup> **Ansuátegui Roig** sustenta que para poder hablar de Estado de Derecho es necesaria una específica articulación de los mecanismos jurídicos y de ejercicio del poder político en el marco de un determinado ordenamiento jurídico. Y que esta articulación viene condicionada por la presencia de un específico tipo de instituciones jurídicas, como son los derechos fundamentales. Que sin derechos fundamentales no se puede hablar de Estado de Derecho.<sup>17</sup> Entendiendo que estos derechos fundamentales son un rasgo del concepto de Estado de Derecho y que desprenden consecuencias importantes en lo que se refiere a la estructura normativa y la articulación del propio Estado de Derecho, y que este está sometido a una doble vinculación: por una parte, a la ley entendida como expresión de la voluntad general; y por otra, a los derechos fundamentales, considerados el núcleo del sistema de legitimidad en que se basa el Estado de Derecho.

**Ansuátegui Roig** comenta frente al modelo de Estado de Derecho propuesto por **Luigi Ferrajoli**, que los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho son imprescindibles para hablar de Estado de Derecho. Los derechos fundamentales constituyen un elemento esencial, porque estos caracterizan el funcionamiento y ejercicio

<sup>16</sup> *Ídem.*, Gerardo Pisarello, p.106.

<sup>17</sup> Francisco Javier Ansuátegui, “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, Universidad Carlos III de Madrid, *Sistema* N° 158, septiembre de 2000, p. 92.

del poder político por parte del Estado de Derecho.<sup>18</sup> Agrega que dicho modelo ejemplifica bien la incidencia concreta de la presencia de las normas de derechos fundamentales en el ordenamiento de un Estado de Derecho, y sirve para mostrar las implicaciones normativas y estructurales de la afirmación según la cual sin derechos fundamentales no se puede hablar de Estado de Derecho.<sup>19</sup> En este sentido, para Elías Díaz, “los derechos humanos constituyen la razón de ser del Estado de Derecho: la cultura de este y de aquellos es la común cultura de la Ilustración. Los complejos mecanismos jurídicos y políticos que se articulan y se institucionalizan en ese especial tipo de Estado que permite denominarse Estado de Derecho es algo que se ha ido inventando y construyendo en el tiempo como propuestas coherentes para una mejor garantía, protección y efectiva realización de exigencias sociales y morales calificadas como derechos fundamentales”.<sup>20</sup>

Gustavo Zagrebelsky señala que “El Estado de Derecho indica un valor y alude solo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. El propio Estado constitucional, que es la forma de Estado típico de nuestro siglo....<sup>21</sup> Por supuesto que todo Estado genera, crea, un derecho, es decir, produce normas jurídicas, y que, de un modo u otro, las utiliza, las aplica y se sirve de ellas para organizar y hacer funcionar el grupo social, para orientar políticas, así como para resolver conflictos concretos surgidos dentro de él.”<sup>22</sup> Rafael de Asís, en *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, propone al respecto lo que él denomina “modelo restringido de Estado de Derecho”: es “el Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente”. Tiene una legalidad, eso es evidente, pero esa legalidad no es necesariamente selectiva.

Nosotros consideramos válida la postura de Elías Díaz, cuando enuncia una lista de derechos fundamentales de la persona humana y considera que el Estado de Derecho debe brindar la protección necesaria, y dentro de ese catálogo considera el derecho a la vida, a la libertad de pensamiento, los derechos económicos y sociales tendientes a una efectiva nivelación e igualdad socioeconómica, los derechos políticos tendientes a la institucionalización de la democracia, el derecho de igualdad ante la ley, entre otros.

<sup>18</sup> Francisco Javier Ansuátegui, “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, Universidad Carlos III de Madrid, *Sistema* N° 158, septiembre de 2000, p. 91.

<sup>19</sup> *Ídem.*, Francisco Javier Ansuátegui, p. 93.

<sup>20</sup> Elías Díaz, José Luis Colomer (eds.), *Estado, justicia, derechos. Filosofía y pensamiento*, Alianza Editorial, p. 77.

<sup>21</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, Madrid, tercera edición, España, Editorial Trotta, 1999, p. 21.

<sup>22</sup> *Ídem.*, Elías Díaz, p. 78.

Consideramos que todo Estado de Derecho, antes de cualquier posición económica, política, de época, etc., debe ser una entidad formada por voluntades individuales. Es una persona jurídica que actúa a través de una administración y de sus funcionarios, y debe garantizar el bienestar de todos sus miembros, asegurando servicios sociales gratuitos como son la educación, salud, alojamiento y alimentación para todos. Claro, este sería un Estado ideal, y a la par que brinda estos derechos, debe garantizar la igualdad jurídica ante la ley, no permitir la discriminación por razón de sexo, proveer de tutela jurisdiccional efectiva en casos de discriminación; creemos que el papel de todo Estado es lograr la redistribución de todo entre los ciudadanos, para no permitir desigualdades, y reconocer en cada uno de los ciudadanos capacidad para los mismos derechos. Tutelar la igualdad de oportunidades en mujeres y varones, redistribuir la burocracia administrativa, luchar contra las prácticas discriminatorias en función del sexo, así como lograr la igualdad de mujeres y hombres en la vida social, en la política, en la educación, en las garantías judiciales, en el acceso a la justicia, etc.

## 2. CARACTERÍSTICAS DE UN AUTÉNTICO ESTADO DE DERECHO

### 2.1 El imperio de la ley

Constituye la nota primaria y fundamental del Estado de Derecho (*Rule of Law*), en el contexto ideológico-político en que tiene sentido y aplicabilidad la noción del Estado de Derecho. En el Estado de Derecho, la ley es la concretización racional de la voluntad popular..., la ley ordinaria se conecta y subordina a la ley fundamental (Constitución) y el control de constitucionalidad de las leyes asegura precisamente esa conexión y subordinación<sup>23</sup> que impera sobre gobernantes y ciudadanos, pero precisando que –como ya se señalaba en el artículo 6 de la Declaración francesa de 1789– “la ley es la expresión de la voluntad general”, es decir, creada (pero no bajo unos mínimos) con libre participación y representación de los integrantes del grupo social.<sup>24</sup>

### 2.2 La existencia de un régimen de separación de poderes

Para Elías Díaz, la existencia de un régimen de separación de poderes significa la creación de las leyes (función legislativa) por poder legislativo, y que la aplicación de las leyes (funciones ejecutiva y judicial) corresponde, bajo esas dos formas, a los poderes ejecutivo y judicial. No se trata propiamente de una rígida separación, sino más bien de una distribución o división de funciones y poderes, necesitada de una serie de relaciones, controles e intervenciones mutuas y recíprocas.<sup>25</sup> Al respecto, el tema de la división de poderes del Estado y formas de gobierno

<sup>23</sup> Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 2da. edición, Madrid, Talleres Artes Gráficas Luis Pérez, 1966, p. 19.

<sup>24</sup> Elías Díaz, “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, *Sistema* 125, 1995, p. 9.

<sup>25</sup> Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 2da. edición, Madrid, Talleres Artes Gráficas Luis Pérez, 1966, p. 20.

tiene larga data y ha sido tratado tanto por la teoría clásica, que desarrolla las propuestas de Montesquieu sobre organización del poder del Estado, como por el constitucionalismo moderno: **Karl Loewenstein**, que explora de manera detallada la evolución de ambas teorías y la dimensión particular con que fueron desarrolladas por Aristóteles, Tomás de Aquino, Maquiavelo, Hobbes, Rousseau; y los representantes de lo que llama la sociología histórica: Mosca, Pareto, Michels y Weber. La tesis que subyace el análisis de **Loewenstein** es que la existencia y tipo de Estado gira en torno al poder y a la forma en que este se organiza, se ejerce y se detenta.

Un análisis del tema de la separación de poderes debe tomar en cuenta, en primer lugar, la teoría clásica formulada por John Locke en 1660 y por Montesquieu en 1748. El punto de partida es la concepción filosófico-política de la existencia una y trina de poderes que se organizan en forma independiente, la necesidad de establecer límites a dichos poderes que se organizan en forma independiente, así como la necesidad de establecer límites a dichos poderes por medio de pesos y contrapesos. Esta posición, que es el meollo del modelo clásico para la organización del Poder del Estado, ha sido perfeccionada por el constitucionalismo contemporáneo, al establecerse mecanismos de interrelación y cooperación entre los órganos del Estado, sin afectar su independencia.

Los poderes separados se convierten en órganos de referencia, caracterizados por funciones especialmente adscritas: hacer las leyes, aplicarlas y resolver los conflictos provocados por dicha aplicación. Estas funciones corresponden, sucesivamente, a los órganos legislativo, ejecutivo y jurisdiccional. **José Dromí** apunta que “en la división de poderes el término no corresponde al contenido, pues propiamente no es tal, sino una distribución de facultades de los órganos jerarquizados del Estado”. El autor añade que tomando la expresión en un sentido literal, “no existe ni podrá existir jamás división de poderes”, pues “su confusa denominación la convierte en una institución propensa en la teoría y en la práctica a diversas interpretaciones y contradictorias aplicaciones.”<sup>26</sup>

La innovación radica en que el Estado Constitucional moderno se basa en el principio de la distribución del poder, en la cooperación interórganos y en la correcta interrelación y control de los órganos estatales. Una vez que el poder se encuentra adecuadamente distribuido, el ejercicio del poder político está necesariamente controlado. En esta perspectiva, el desarrollo de la estructura del Estado constituye la médula y el punto central de lo que debe contener la parte orgánica de toda Carta Política. El diseño de los órganos del Estado, sus funciones, atribuciones, prerrogativas y limitaciones, en suma, el modelo político que se propone, define, a decir de Hesse, el destino de una Constitución.

<sup>26</sup> Enrique Bernales Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, p. 367.

### 2.3 El principio de legalidad

La Administración, en su actuación, deberá siempre respetar esa primacía de la ley, ajustando a ella su modo de proceder; la Administración realizará sus actos basándose en una ley preexistente. La ley constituye el límite de la Administración.

Señala **Gustavo Zagrebelsky** que en el Estado de Derecho el principio de legalidad supone la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del Derecho. En todas las manifestaciones del Estado de Derecho, la ley se consideraba como la expresión de la centralización del poder político, con independencia de los modos en que esta se hubiese determinado históricamente y del órgano, o conjunto de órganos, en que se hubiese realizado.<sup>27</sup> Mientras que para Elías Díaz, el principio de Legalidad se manifiesta, sobre todo, a través de un sistema de control y responsabilidad de la Administración,<sup>28</sup> **Zagrebelsky** considera que el principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento.<sup>29</sup> Al respecto, Elías Díaz considera que toda la potestad normativa de la Administración debe estar sometida al imperio de la ley y a la fiscalización de sus disposiciones. Precisamente por la importancia creciente de las funciones legisladoras del poder ejecutivo en la actualidad, como escribe Enterría, resulta “fundamental para la sociedad actual organizar técnicas eficaces de control respecto de estos poderes normativos de la administración”.<sup>30</sup>

### 2.4 Derechos y libertades fundamentales

E. Díaz, respecto a esta característica, señala que puede muy bien afirmarse que el objetivo de todo Estado de Derecho y de sus instituciones básicas, que estamos analizando, se centra en la pretensión de lograr una suficiente *garantía y seguridad* jurídica para los llamados derechos fundamentales de la persona humana, exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho.<sup>31</sup> *El respeto a los derechos fundamentales es condición imprescindible para hablar de Estado de Derecho.* La cuestión radica, como se acaba de señalar, en la amplitud que se otorga en cada caso a esos derechos fundamentales, cuya protección se considera más necesaria dentro de un Estado de Derecho en donde se incluyen derechos individuales, políticos y sociales.

<sup>27</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, tercera edición, Madrid, España, Editorial Trotta, 1999, p. 24.

<sup>28</sup> Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 2da. edición, Madrid, Talleres Artes Gráficas Luis Pérez, 1966, p. 23.

<sup>29</sup> *Idem.*, Gustavo Zagrebelsky, p. 24.

<sup>30</sup> Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 2da. edición, Madrid, Talleres Artes Gráficas Luis Pérez, 1966, p. 24.

<sup>31</sup> *Idem.*, Elías Díaz, p. 25.

### III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO DE DERECHO

Francisco Rubio Llorente señala que en primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los ciudadanos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, que garantizan un estatus jurídico y son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de Constitución Española (art. 10.1. de la CE).<sup>32</sup> Ansuátegui resalta que se observa la interdependencia entre concepciones de Estado de Derecho y de derechos fundamentales,<sup>33</sup> y que se expresa en el tipo y en el número de derechos fundamentales recogidos en las Constituciones, en la configuración de sus contenidos y límites, en la configuración de sus mecanismos de tutela, en la mayor o menor amplitud de su titularidad, o en las posibilidades y condiciones en las que se puede desarrollar la actuación legislativa respecto a los derechos.<sup>34</sup>

Luigi Ferrajoli considera que los derechos fundamentales desempeñan una función clasificatoria respecto al concepto de Estado de Derecho, en el sentido de que sin derechos fundamentales no se puede hablar de Estado de Derecho. Para Ferrajoli, los derechos fundamentales constituyen un elemento imprescindible del Estado de Derecho, esto es, su dimensión sustancial o material. Los derechos fundamentales son poderosos mecanismos de protección de la autonomía individual y de la dignidad humana.

#### 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El término “derechos fundamentales” (*droits fondamentaux*) aparece en Francia hacia el año 1770, en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. La expresión ha alcanzado un especial relieve en Alemania, donde bajo la denominación de los *Grundrecht* se ha articulado, de modo especial tras la Constitución de Weimar de 1919, el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico- político. Este es su sentido en la actual *Grundgesetz* de Bonn, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, promulgada en el año 1949.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Francisco Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina Jurisprudencia)*, Editorial Ariel, S.A. 8STC 25/1981, FJ 5º, p. 76.

<sup>33</sup> Francisco Javier Ansuátegui, “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, Universidad Carlos III de Madrid, *Sistema* Nº 158, septiembre de 2000, p. 110.

<sup>34</sup> *Ídem.*, Francisco Javier Ansuátegui.

<sup>35</sup> Antonio E. Pérez Luño, “Los derechos fundamentales”. *Temas clave de la Constitución Española*. Colección dirigida por Pedro de Vega, sexta edición, p. 29.

Los derechos fundamentales son un concepto histórico del mundo moderno que surge progresivamente a partir del tránsito a la modernidad. En la prehistoria, aparece una serie de textos donde están presentes algunos elementos que serán básicos a la hora de conformar el concepto, pero que no son propiamente textos de derechos fundamentales. Peces-Barba<sup>36</sup> señala “que la idea central, que podemos encontrar en todo momento histórico, será la de la dignidad humana. En cada tiempo se realiza de acuerdo con las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas y solo en el mundo moderno a través de los derechos fundamentales. Una serie de rasgos que identifican el paso de la Edad Media a la Edad Moderna son imprescindibles para explicar su génesis. La persona reclamará su libertad religiosa, intelectual, política y económica, en el paso progresivo desde una sociedad teocéntrica y estamental a una sociedad antropocéntrica e individualista”.

Las estructuras del mundo medieval serán progresivamente sustituidas por unas nuevas, aunque algunas permanecerán hasta la Revolución Liberal en el siglo XIII. Allí aparecerá la filosofía de los derechos fundamentales como aproximación moderna a la dignidad humana, en medio de los rasgos característicos que se interinfluyen. El profundo cambio en la situación económica, con la aparición y progresiva maduración del capitalismo y con el creciente protagonismo de la burguesía, favorecerá la mentalidad individualista frente al enmarcamiento de los hombres en estatus. En el contexto histórico que acabamos de señalar, los derechos fundamentales se iniciarán en tres ámbitos: en la reflexión de la tolerancia para poner fin al enfrentamiento religioso, en los límites del poder ante el fortalecimiento del Estado como poder absoluto, y en la necesaria humanización en el ámbito penal y procesal.

Peces-Barba<sup>37</sup> señala que desde el origen y hasta nuestros días se producirá un triple proceso de evolución: la positivización, la generalización y la internacionalización. Por el proceso de positivización se pasa de la filosofía de los derechos fundamentales a las Constituciones. Desde el siglo XIX, el proceso de positivización se incrementará, y hoy en todos los países democráticos los derechos fundamentales están en las Constituciones y en las leyes que las desarrollan por la peculiaridad del sistema jurídico anglosajón. Los derechos fundamentales suponen la respuesta del Derecho a las necesidades básicas de los individuos y de las comunidades, y son, en la cultura jurídica y política moderna, un instrumento de organización social que favorece el desarrollo moral de las personas.

<sup>36</sup> Peces-Barba, “Derecho Positivo de los derechos Humanos”, p.11.

<sup>37</sup> Gregorio Peces-Barba, “Derecho positivo de los derechos humanos”, p. 13.

## 2. DEFINICIONES RESPECTO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 2.1 Diferencias centrales

Los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar al respecto el alcance de ambas expresiones. Así, se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término “derechos fundamentales” para designar los derechos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivizados en las declaraciones y convenciones internacionales; así ocurre con la libertad e igualdad de la persona, que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.<sup>38</sup>

**Antonio E. Pérez Luño**<sup>39</sup> señala: “Entendemos que el término ‘derechos humanos’ aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los ‘derechos fundamentales’. Entonces, los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción ‘derechos fundamentales’ se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en la norma constitucional”.

### 2.2. Concepto de derechos humanos

El profesor **Peces-Barba** dice que la expresión “derechos humanos” es sin duda de rancio abolengo. Estrechamente emparentada con otras bien conocidas, como “derechos naturales”, “derechos morales”, “derechos fundamentales”, o no tan conocidas, tiene frente a ellas en su haber al menos una doble ventaja: la de gozar de una mayor popularidad, por haber sido empleada como rótulo en declaraciones internacionales, y la de mostrar de modo inmediato que tales derechos solo son reivindicables por hombres; pero eso sí, por todos y cada uno de ellos. **Eusebio Fernández** manifiesta que en el concepto contemporáneo de los derechos humanos fundamentales encontramos la plasmación teórica y práctica de ese conjunto de necesidades, exigencias, derechos y deberes que pueden valer como criterios mínimos de fundamentación de los principios básicos de una sociedad y un orden jurídico justo”.<sup>40</sup> Sin

<sup>38</sup> Antonio E. Pérez Luño, “Los Derechos Fundamentales”. *Temas clave de la Constitución Española*. Colección dirigida por Pedro de Vega, sexta edición, p. 44.

<sup>39</sup> Antonio E. Pérez Luño, “Los Derechos Fundamentales”. *Temas clave de la Constitución Española*. Colección dirigida por Pedro de Vega, sexta edición, p. 46.

<sup>40</sup> Eusebio Fernández, “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”. *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 1993, p. 46

embargo, creemos que la postura de **Gregorio Peces-Barba** corre el peligro de obstaculizar en demasía la determinación de qué pretensiones humanas han de convertirse en derechos fundamentales. Sin olvidar, y no deja de tener su gran importancia para el tema, que al fin y al cabo son los seres humanos, o algunos de ellos, los que deciden qué ha de convertirse en norma jurídica, y los que, hasta cierto punto y límite, crean y mantienen las situaciones de escasez.

Agrega **Eusebio Fernández** que sacrificar el concepto de derechos humanos al cumplimiento de unas condiciones o medios que, de la misma forma que son de una manera podrían cambiar y ser de otra, es quizá tener una visión demasiado estática y complaciente del Derecho, de la sociedad, del sistema económico y de los mismos derechos humanos en la situación presente.<sup>41</sup> El término “derechos humanos” es sin duda uno de los más usados en la cultura jurídica y política actual, tanto por los científicos y los filósofos que se ocupan del hombre, del Estado y del Derecho, como por los ciudadanos. No en vano se puede decir que la idea de derechos humanos tiene un significado similar al que tuvo durante los siglos XVII y XVIII la de Derecho natural.<sup>42</sup> Es también un término emotivo que suscita sentimientos entre sus destinatarios y respecto del cual la tentación de manipulación es permanente. Peces-Barba señala que a veces se puede tener la sensación de que muchos activistas de los “derechos humanos” no saben muy bien lo que quieren decir al usar esa palabra, o la usan entre sí con diferentes sentidos, con acentos incluso contradictorios, en contenidos parciales.<sup>43</sup>

La cultura de los derechos humanos se inclina a la visión subjetiva, al referente individual, a la titularidad de los derechos, más que al sistema de normas que la sostiene y ampara. El sujeto y su protección es núcleo central necesario para la comprensión del problema, y el elemento unificador último que comunica a todos los términos usados como sinónimos de derechos humanos. **Gregorio Peces Barba** señala que no hay duda de que el termino más común y el que todos los hombres comprenden o intuyen es el de “derechos humanos”. Por otro lado, se utiliza el término para identificar a un sistema de Derecho positivo cuando se dice por ejemplo que los derechos humanos están reconocidos y protegidos por la constitución a través del recurso de amparo. Se utiliza el término “derechos humanos” para referirnos a una pretensión moral o a un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica, pero en el primer caso a la pretensión moral se la reviste de los signos de lo jurídico, al llamarlo derecho.

<sup>41</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez, “Curso de derechos fundamentales. Teoría general”, Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1995, p. 49.

<sup>42</sup> *Ídem.*, Gregorio Peces-Barba Martínez, p. 21.

<sup>43</sup> *Ídem.*, Gregorio Peces-Barba Martínez, p. 22.

María del Carmen Barranco<sup>44</sup> señala que “en realidad este fenómeno de los derechos humanos supone una dimensión moral y una jurídica de Derecho positivo al mismo tiempo. Puede desprenderse, de los dos usos que encontramos, la existencia de derechos que no necesitan al derecho positivo, y derechos positivizados cuya raíz ética no se tiene en cuenta o al menos no se subraya suficientemente. Son formulaciones reduccionistas que engañan y enmascaran su sentido integral. En el contexto de la doctrina, existen diferentes acepciones para identificar los derechos en cuestión. Así, hay autores que los consideran como “derechos sociales”, “derechos individuales”, “derechos civiles”, “derechos políticos” o “derechos ciudadanos o del ciudadano”; sin embargo, entre ellas, la acepción “derechos fundamentales” es el término que en el panorama lingüístico goza de mayor aceptación y, por consiguiente, de uso.

Ignacio Ara Pinilla define los derechos humanos como las facultades que el hombre se atribuye como inherentes a su condición, reflejadas en el consenso social obtenido a partir de la realización de las exigencias de liberación de los condicionamientos que puedan sufrir la formación y la expresión de la voluntad de los individuos. Desde esta perspectiva, el deber general correlativo a la consideración de los derechos humanos en el contexto normativo no se concretará en la realización de ninguna labor de imperialismo educativo sino, de manera fundamental, en la contribución a la superación de las circunstancias que hacen que el hombre se plantee la lucha por su libertad como un objetivo vitalmente secundario y el máximo suministro de nuestra información acerca de los diferentes sistemas de valores existentes e ideados en el mundo para que el individuo, liberado de condicionamientos ambientales (económicos, culturales, políticos, educativos, sociales, etc.) pueda determinar convenientemente las exigencias de su dignidad.<sup>45</sup>

### 2.3 Críticas a la denominación de derechos humanos

María del Carmen Barranco Avilés señala que respecto de la denominación de derechos humanos debe hacerse, una vez analizado el sentido de la expresión en algunos de sus defensores, una breve referencia a las críticas dirigidas a su uso. En este sentido, los reproches fundamentales le vienen dados, en definitiva, por la imprecisión, ambigüedad, vaguedad y emotividad del término. Buena muestra de que carece de contornos precisos y se presta a las más diversas interpretaciones es que autores con conceptos tan dispares entre sí, como los estudiados en los anteriores apartados, hablan de “derechos humanos”.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> María del Carmen Barranco Avilés, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1996, p. 24.

<sup>45</sup> Ignacio Ara Pinilla, “Hacia una definición explicativa de los derechos humanos”. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, 1993, p. 107.

<sup>46</sup> María del Carmen Barranco Avilés, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1996, p. 30.

En opinión de G. Peces-Barba, que además considera que no es posible utilizar el término “derecho” fuera del marco jurídico-positivo, el carácter ambiguo de la denominación “derechos humanos” supone un obstáculo para distinguir entre las dimensiones ética y jurídica de la categoría. A su parecer, es la dificultad de saber si al hablar de “derechos humanos” se significa una pretensión moral o un “derecho subjetivo” la que inhabilita al término para su utilización científica. El uso de “derechos humanos” debería reservarse a los contextos “no científicos” de donde es difícil eliminarlo. “El consentimiento universal, que se desprende de su utilización generalizada” y que es el argumento principal esgrimido por los autores partidarios de la expresión, “no es razón para aceptarla como base de un proceso de reflexión que lleve a la comprensión de lo que se quiere identificar”.

#### 2.4 Problemas actuales de los derechos humanos

Naturalmente, si nos preguntamos hoy por los problemas más urgentes en torno a los derechos humanos, tenemos que reconocer que la tarea más apremiante es la de su eficaz protección, ya que el mayor escándalo de nuestro tiempo consiste en que, a pesar de las declaraciones internacionales y las proclamadas de todo tipo, los más elementales derechos de los hombres son violados en todas las latitudes. Sin embargo, como decía **Ortega**, lo urgente tampoco puede llevarnos a olvidar lo importante, y sigue siendo una importante tarea filosófica la de preguntarnos por el fundamento de los derechos humanos, es decir, si hay un fundamento racional para tales derechos, que coexista con el pluralismo axiológico o incluso que lo sustente racionalmente.<sup>47</sup> **Ortega** señala que comprende hasta cierto punto el “realismo” exigido por razones que tienen que ver con tomarse en serio la importancia de los adecuados mecanismos de protección de los derechos. Es la única forma de que la retórica no los convierta en papel mojado. **Jesús González** señala que los derechos humanos no son eficazmente respetados por no estar suficientemente fundamentados. Sin llegar a estos extremos, podríamos tachar de “fundamentalistas” aquellos planteamientos que cuestionan cualquier tipo de propuesta normativa por carecer de una justificación que se entienda indiscutible; o dicho de otro modo, una cierta obsesión por hallar algún tipo de fundamento último e indiscutible de los derechos humanos puede contribuir, si tal empresa fracasa, en el peor de los casos, a quebrar ese frágil consenso existente sobre el catálogo de los mismos, y en el mejor, a adoptar actitudes intelectualmente conservadoras.<sup>48</sup> La concepción de los derechos humanos es un fruto del humanismo racionalista triunfante en la moderna civilización occidental...<sup>49</sup>

<sup>47</sup> *Ídem*, p. 39

<sup>48</sup> Jesús González Amuchástegui, “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, 1993, p. 50.

<sup>49</sup> Ángel La Torre, “Concepto y problemas actuales de los derechos humanos”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, 1993, p. 58.

### 3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pérez Luño<sup>50</sup> entiende que los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica. Los derechos fundamentales están abiertos a esa dimensión ética que se pierde con una excesiva orientación constitucionalista o administrativista a la que se reduciría la idea de los derechos, con la terminología “libertades públicas” o “derechos públicos subjetivos”. Los derechos fundamentales pueden comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral y también la relevancia jurídica, que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento y en instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades.

Pérez Luño<sup>51</sup> señala que “los derechos fundamentales son los garantizados constitucionalmente a los ciudadanos, en cuanto miembros de un determinado Estado; los derechos humanos se refieren a los formulados también positivamente en los textos constitucionales con validez general para todos los hombres, y sin hallarse, por tanto, reducidos a un determinado grupo de personas”. Esta tesis pretende verse avalada por el hecho de que algunas Constituciones, entre ellas la española de 1978, marcan expresamente esta diferencia cuando proclaman derechos humanos. Los derechos fundamentales expresan en la cultura moderna la proyección en la realidad del poder y del Derecho, de la ética pública de la modernidad. Son su dimensión subjetiva, que permite a los seres humanos elegir libremente sus planes de vida (ética privada), despejando los obstáculos sociales que los impiden, favoreciendo su participación en las instituciones públicas para contribuir a las decisiones colectivas, en una línea más acorde con esos objetivos y promocionando la satisfacción de necesidades básicas o removiendo los obstáculos que impiden esa satisfacción.

El poder político y el Derecho constituyen el cauce para que la eficacia social de esa moralidad sea real. Por eso parece razonable sostener que los derechos fundamentales solo pueden entenderse plenamente cuando la moralidad que representan está incorporada al Derecho positivo, con el impulso último del hecho fundante básico que sostiene el ordenamiento, y que es el poder político, el Estado.<sup>52</sup> El profesor Rafael de Asís manifiesta que “los derechos fundamentales son figuras jurídicas que poseen un carácter problemático... en virtud de ese carácter, los derechos poseen un concepto abierto que se proyecta en los distintos problemas que acompañan a su realización, hasta el punto de que puede afirmarse que no es posible establecer un concepto riguroso de los derechos sin que se atienda a los

<sup>50</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 3ra. edición, Madrid, Tecnos, 1988, p. 45.

<sup>51</sup> *Ídem.*, Antonio Pérez Luño, p. 44.

<sup>52</sup> G. Peces-Barba Martínez, “Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, 1993, p.76.

distintos problemas que los acompañan. Una de las explicaciones de esta interdependencia entre el concepto y los problemas puede residir en el carácter histórico que poseen muchos de los derechos fundamentales y en su relación con el desarrollo moral de los individuos, desarrollo que tiene un final utópico... los aspectos a destacar a la hora de plantearse cualquier análisis teórico de estos derechos...”<sup>53</sup>

### 3.1 Críticas a la concepción de derechos fundamentales

En lo sustancial, quedan resumidas en la crítica de **A. Fernández Galiano**. Este autor se dirige contra la exigencia de juridicidad como componente del concepto de “derechos fundamentales” de **G. Peces-Barba**. El corolario de esta tesis no puede ser otro que el de considerar como origen de los derechos humanos no el Derecho natural, sino las fuentes del ordenamiento jurídico positivo. La objeción del Prof. **Fernández Galiano** frente al sentido de que en **G. Peces-Barba** tienen los derechos fundamentales se cifraría, pues, en el peligro que corre de desembocar en “positivismo ideológico”. **A. E. Pérez Luño**, como ya dijimos, no ve las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales” como sinónimos. Entre **A. Fernández Galiano** y **G. Peces-Barba** no existen concepciones contrapuestas de una misma realidad (sería la de los derechos humanos), sino una alusión a categorías diferentes (en la concepción del profesor Pérez-Luño, los derechos humanos y los derechos fundamentales). No obstante, no es esto lo que se deduce de la exposición de **G. Peces-Barba**. Tanto en derechos fundamentales como en el curso de derechos fundamentales, su pretensión es sustituir “derechos humanos” por “derechos fundamentales” para hacer hincapié en las dos vertientes que en su opinión conforman el concepto al que en definitiva ambas expresiones aluden. Sin embargo, en la concepción de derechos humanos del profesor **Peces-Barba** se introducen dos restricciones que alejan su obra del positivismo ideológico:

- a) La vinculación de los derechos con la idea de “dignidad humana”.
- b) Su conexión con el poder organizado en el Estado de Derecho. Supone una condición al uso de “derechos fundamentales” para cualificar un “derecho subjetivo”; el poder del que proceda la cualificación debe situarse en un Estado de Derecho.

Salvan la crítica de **A. Fernández-Galiano**, pero queda sin resolver el problema de qué denominación hay que dar a aquellas mismas exigencias éticas de dignidad de individuos en el seno de un Estado imposible de ser calificado como Estado de Derecho. **María del Carmen** cita, en “El discurso de los derechos”, a **M. Atienza**, dando énfasis a la tesis que este defiende, y dice así: “... desde la defensa de derechos humanos, critica la denominación

<sup>53</sup> Rafael de Asís Roig, “Derechos y fuerzas: doce problemas de los derechos fundamentales”. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, 1993, pp.111 y 112.

derechos fundamentales. Por un lado, como los otros términos que se proponen para sustituir derechos humanos, porque son intentos metafísicos de justificar determinadas listas de derechos que se consideran necesarios desde un cierto contexto ideológico, pocas veces explicitado”. Acepta la posibilidad de utilizar la expresión en el sentido de **G. Peces-Barba**, pero ve más inconvenientes que ventajas en la sustitución de “derechos humanos” puesto que “esta denominación recuerda demasiado a los conceptos ‘fundamentales’ que algunos fenomenólogos pretendieron descubrir en el Derecho, con el carácter de esencias apriorísticas”.<sup>54</sup>

En **M. Atienza**, la objeción para adoptar “derechos fundamentales” como expresión sustituta de derechos humanos es el riesgo de enmascarar una concepción “iusnaturalista”. Como vemos, es la propia de **A. Fernández Galiano**. Parece, hasta el momento, que la denominación que propone **G. Peces-Barba** puede ser objeto de la crítica de ambigüedad que él mismo dirigía a “derechos humanos”. En definitiva, **G. Peces-Barba**, al hablar de derechos se refiere a su uso ambiguo por cuanto significa dos cosas distintas, que en la historia del pensamiento jurídico han expresado un enfrentamiento permanente: el punto de vista iusnaturalista y el positivista. Detrás de cada uno de los dos sentidos en que se usa la expresión “derechos humanos” existen una tradiciones culturales no solo dispares sino en el límite incompatibles. Así, para introducir claridad en el nivel técnico, propone “derechos fundamentales” para eliminar la ambigüedad que apreciaba en “derechos humanos”. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, por ejemplo, **A. Fernández Galiano** utiliza a lo largo de su discurso indistintamente “derechos naturales”, “derechos humanos” y “derechos fundamentales”.

### 3.2 Los límites de los derechos fundamentales

La idea de los derechos humanos nace –entre otros presupuestos– de la idea de limitar el poder, es decir, nace en el tránsito a la modernidad, contra el absolutismo del antiguo régimen; sin embargo, no obstante que tienen el carácter inherente de límites, a su vez también son limitados; esto es, los derechos no son absolutos, ya que se oponen a él, y por consiguiente tienen límites. En efecto, desde la aparición del Derecho en sentido moderno, uno de los aspectos que han servido para descubrir su significado ha sido el de los límites.<sup>55</sup> Por otra parte, dado que los derechos fundamentales cumplen una función objetiva de desarrollo de

<sup>54</sup> María del Carmen Barranco Avilés, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1996, p 38.

<sup>55</sup> Asís, R. de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 15.

los valores al servicio de la comunidad, y siendo que la comunidad tiene variadas pretensiones por satisfacer o libertades por garantizar, en muchos de los casos, para cumplir aquel propósito, un derecho debe ceder frente a otro derecho, actuando, en ese caso, el último como límite del primero.

Pero los límites del sistema jurídico no son exclusivos de los derechos fundamentales, sino que abarcan a todo el ordenamiento. Eso quiere decir que cualquier norma, no solo las de derechos fundamentales, se puede ver afectada por esos límites.<sup>56</sup> Pero, dadas las características del presente trabajo, se abordará únicamente lo concerniente a los límites de los derechos fundamentales. En este contexto, los límites de los derechos se refieren a las situaciones comprendidas en el supuesto de hecho del derecho, y por consiguiente, el primer paso en este tema, para saber si estamos discutiendo de límites, es configurar el supuesto de hecho, es decir, el haz de derechos y libertades a los que abarca el Derecho.<sup>57</sup> Para una mejor comprensión de lo que significan los límites de los derechos fundamentales, es preciso ubicarse en el contexto en el que se pretende formular dicho significado; de ahí que una primera división consiste en los límites de hecho y límites de derechos.

### *3.2.1 Límites de hecho de los derechos fundamentales*

Los límites de hecho o extrajurídicos son situaciones sociales o económicas, como el analfabetismo o la escasez que “limitan el ejercicio de los derechos”, como por ejemplo la libertad de expresión o el derecho a la cultura para el que no sabe leer o escribir, o el derecho al trabajo en caso de escasez y de paro.<sup>58</sup> Dentro de este concepto subyacen otros dos tipos de límites: de ejercicio y de eficacia. El primero tiene que ver con la defensa de los derechos humanos, y el segundo, con los límites de existencia o de posibilidad de existencia real de esos derechos para algunas personas que sufren esas consecuencias. Como hemos visto, si esa escasez o ese analfabetismo están generalizados, puede incluso ponerse en entredicho la validez, es decir, la existencia jurídica misma del derecho de que se trate. Pero en todo caso, esos límites de hecho no forman parte de las restricciones de los derechos que se producen a través de los límites jurídicos.

En la tesis de **Haberle** y en su consideración de los derechos como institución, estos límites de hecho pueden ser relevantes, puesto que solo los que son generalmente ejercidos pueden considerarse desde el punto de vista de la institución. El profesor alemán potencia con esos argumentos su defensa del estado social frente a la concepción liberal de los derechos. En

<sup>56</sup> *Ídem.*, Peces-Barba, G., p. 590.

<sup>57</sup> *Ídem.*, Peces-Barba, G., pp. 589-590.

<sup>58</sup> *Ídem.*, Peces-Barba, G., p. 588.

segundo lugar, hay que distinguir, como hace **I. de Otto**, entre límites de los derechos y situaciones que no se encuentran incluidas en el supuesto de hecho de la norma reguladora de un derecho, es decir, entre límites y “delimitación conceptual del contenido mismo del derecho”. En efecto, muchas veces se presentan como límites, los que no son sino situaciones al margen y no comprendidas en la protección del derecho.

### *3.2.2 Límites jurídicos de los derechos fundamentales*

El significado institucional de un derecho fundamental se pondría en peligro si quizás solo una minoría o incluso apenas algunos individuos pudieran efectivamente ejercer el derecho fundamental, y si además la mayoría de los titulares no fuese ya reclutada por la idea de los derechos fundamentales. En los casos de abuso del derecho y los Límites materiales y formales, los primeros señalan contenidos normativos que limitan en diversos niveles la producción normativa, la interpretación y aplicación y el ejercicio del derecho, mientras que los formales establecen competencia a operadores jurídicos para limitar en determinados supuestos el ejercicio de derecho o incluso para suspenderlos temporalmente. No serán tampoco idénticos los límites, si son establecidos en una norma principal o en una norma regla.<sup>59</sup>

En segundo lugar, entre los límites jurídicos generales de los derechos fundamentales se encuentran los llamados bienes constitucionales. Estamos en el ámbito del ordenamiento jurídico de un sistema político democrático, y los derechos deben ser valorados como situados en ese conjunto y consiguientemente están condicionados por la existencia de esos bienes constitucionales, que si resultan de igual o superior rango, limitan a los derechos cuando deriven de ellos soluciones contradictorias. Los bienes constitucionales pueden encontrarse en normas de la propia Constitución o en leyes orgánicas, en principios de organización de poderes e instituciones o en otros principios.<sup>60</sup>

## 4. RELEVANCIA TEÓRICA Y PRÁCTICA DE LA DISTINCIÓN ENTRE “DERECHOS HUMANOS” Y “DERECHOS FUNDAMENTALES”

Las expresiones doctrinales “derechos humanos” y “derechos fundamentales” contribuyen a esclarecer la pluralidad significativa de estos términos y su consiguiente grado de equivocidad, así como a avanzar una propuesta de cómo deben ser empleados con precisión y rigor.

### 4.1. Relevancia teórica de los derechos fundamentales

La relevancia teórica de esta diferenciación tuvo como consecuencia generar determinadas polémicas y controversias doctrinales, como la suscitada en la filosofía jurídica entre los profesores **Antonio Fernández-Galiano** y **Gregorio Peces-Barba**. Estas son sus tesis:

<sup>59</sup> *Ídem.*, Peces-Barba, G., p. 590.

<sup>60</sup> *Ídem.*, Peces-Barba, G., p. 592.

**Gregorio Peces-Barba** sostiene que los derechos fundamentales solo alcanzan su plenitud cuando:

1. Están respaldados por una norma jurídica positiva, normalmente con rango constitucional o de ley ordinaria.
2. De tal norma se derivan un conjunto de facultades o derechos subjetivos.
3. Los titulares pueden contar para la protección de tales derechos con el aparato coactivo del Estado.

Esta propuesta del profesor **Peces-Barba** es objetada por **Fernández-Galiano** considerando que no se puede negar cualquier virtualidad jurídica a aquellos derechos humanos no reconocidos por la legislación positiva, y que los derechos humanos no se deben relegar porque estos no estén considerados en un orden jurídico positivo. **Fernández-Galiano** sostiene que admitir este concepto repugna a la conciencia y a la dignidad humana, pues no se puede concebir que esta dignidad dependa solo de la vigencia de normas jurídicas.

Estas posiciones teóricas, en apariencia irreductibles, no se hallan en el fondo tan alejadas. Señala **Pérez Luño**<sup>61</sup> que “el equívoco, que pudiera inducir a pensar en una polémica entre dos tesis incompatibles o alternativas, nace de que ambos planteamientos no se sitúan en el mismo plano”. Agrega **Pérez Luño**,<sup>62</sup> respecto de la tesis de **Fernández Galiano**, que “con independencia de que en el curso de sus argumentos utilice como sinónimos los términos “derechos fundamentales”, “derechos humanos” o “derechos naturales”, se está refiriendo preferentemente a los derechos humanos, en cuanto noción prescriptiva de unos valores de la persona humana enraizados en una normatividad suprapositiva, pero que deben ser reconocidos, garantizados y regulados en cuanto a su ejercicio por el Derecho positivo”.

Por su parte, **Peces-Barba**, al margen de que en ocasiones equipare los “derechos humanos” con los “derechos fundamentales” o las “libertades públicas”, es obvio que sitúa el plano orbital de su reflexión en torno al concepto de los derechos fundamentales. **Pérez Luño**, frente a esta tesis, considera que “de ahí que se halle en lo cierto cuando advierte que no pueden existir derechos fundamentales que no hayan sido reconocidos por el ordenamiento jurídico estatal”. Por ello, le parece ineludible “la distinción de los derechos fundamentales aún no incorporados al Derecho positivo y tras esta recepción, cuando ya forman parte del cuerpo legal de una comunidad”. Ahora bien, **Peces-Barba** concibe los derechos fundamentales, desde una perspectiva dualista, como la síntesis de la filosofía de tales derechos, es decir, de los valores al servicio de la persona humana, con el derecho de los derechos fundamentales, que

<sup>61</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, tercera edición, Madrid, Tecnos, 1988, p. 45.

<sup>62</sup> *Ídem.*, Antonio Enrique Pérez Luño, p. 49.

se refiere a la inserción de esos valores en normas jurídico-positivas. Con ello elude incurrir en un enfoque positivista, para el cual la positivización de los derechos fundamentales no tiene un nuevo carácter declarativo de reconocimiento de unos derechos o valores previos, sino constitutivo, es decir, que se trata de dar vida en el ordenamiento jurídico estatal a unas normas que regulan situaciones subjetivas, con independencia de su contenido material y sin hacer remisión a fuentes legitimadoras ajenas al propio orden jurídico positivo.

Pérez Luño<sup>63</sup> considera que las tesis de los profesores **Fernández-Galiano** y **Peces-Barba** no se hallan tan distantes como un análisis superficial de la literalidad de sus respectivas argumentaciones pudiera sugerir. Por el contrario, será un acuerdo básico entre ambos al entender los derechos humanos como una categoría previa, legitimadora e informadora de los derechos fundamentales, así como el reconocimiento (expreso en **Peces-Barba**, implícito en **Fernández-Galiano**) de que los derechos fundamentales son una categoría descriptiva de los derechos humanos positivizados en el ordenamiento jurídico. Se desprende de ambos planteamientos teóricos la común aceptación de que los derechos fundamentales tienen su fundamento en un sistema de valores previo: el orden objetivo y universal de una axiología ontológica en **Fernández-Galiano**, y la filosofía humanista de siglo democrático en **Peces-Barba**.

La tesis que propone **Pérez Luño** respecto de la noción de derechos fundamentales no coincide con las libertades públicas, con las que, en ocasiones, se la confunde. Al igual que los derechos fundamentales, las libertades públicas aluden a facultades y situaciones subjetivas reconocidas por el ordenamiento jurídico. Ambas categorías se mueven en la esfera de la positividad. Sin embargo, mientras las libertades públicas se refieren a los derechos tradicionales de signo individual y tienen como finalidad prioritaria garantizar las esferas de autonomía subjetiva, los derechos fundamentales tienen un significado más amplio y comprenden, junto a las libertades tradicionales, los nuevos derechos de carácter económico, social y cultural.

#### 4.2. Relevancia práctica de los derechos fundamentales

Al respecto, **Pérez Luño** señala que “la proyección de las nociones expuestas a supuestos de la experiencia práctica permite advertir que mientras es plenamente legítimo y correcto denunciar como ejemplo de violación de los derechos humanos los crímenes de la Alemania nazi, el *apartheid* de Sudáfrica o la negación de las libertades políticas o sindicales que tiene lugar en el Chile de Pinochet... carece de sentido hacerlo apelando a los derechos fundamentales, ya que ninguno de estos sistemas políticos reconocía o reconoce en su ordenamiento jurídico positivo tales derechos”.

<sup>63</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, tercera edición, Madrid, Tecnos, 1988, p. 51.

## 5. EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS Y LA NECESIDAD DEL FUNDAMENTO

En este sentido, parece que ya el mismo término que estamos empleando para hablar de estas figuras da una idea respecto de cuál es nuestra posición. Creo que la mejor forma de enfrentarse al problema del concepto de los derechos fundamentales es a través del modelo dualista propuesto en varios trabajos por el profesor **Peces-Barba**. Desde este modelo, los derechos solo serían comprensibles analizando tanto su componente filosófico como el jurídico. Se trataría así de ciertas realidades que poseen un referente ético, pero que solo adquieren la categoría de derecho con su inclusión en el ordenamiento. En este sentido, me parece importante destacar dos notas a tener en cuenta en lo referente a la aceptación del modelo dualista.

La primera se refiere a la necesaria distinción de lo que es el ámbito ético y el jurídico; la segunda guarda relación con la importante conexión que poseen, desde este planteamiento, los problemas del concepto y del fundamento. Parece que a la hora de investigar sobre el concepto de estos derechos, es necesario partir de una noción casi intuitiva de lo mismo que se matiza con el análisis de su fundamento o justificación. Este análisis sirve, a su vez, para alcanzar un concepto más o menos definitivo. Así, el concepto de los derechos fundamentales no puede perder de vista cuál es su fundamento. Y en relación con este punto, solo apuntaré cuatro notas:

- a) Es posible encontrarlo en la libertad moral, entendida como momento utópico caracterizado por la satisfacción y realización de las pretensiones y necesidades básicas.
- b) En virtud de ello, los derechos se identificarían con la libertad jurídico-social, parte de la libertad social entendida como libertad instrumental hacia la libertad moral.
- c) La libertad social varía y evoluciona en la historia.
- d) Es posible entender esa evolución como fruto del diálogo en torno a la realización de la libertad moral.<sup>64</sup>

## IV. QUÉ ES EL GARANTISMO, A MODO DE INTERPRETAR EL ESTADO DE DERECHO

La propuesta de **Ferrajoli** se conoce por el nombre de “garantismo”, y nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que la han avalado, ocultado y alimentado, casi siempre en nombre de la

<sup>64</sup> Rafael de Asís Roig, “Derechos y fuerza: doce problemas de los derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, 1993, pp.112 y 113.

defensa del Estado de Derecho y del ordenamiento democrático.<sup>65</sup> “Estado de derecho” es uno de esos conceptos amplios y genéricos que tienen múltiples y variadas ascendencias en la historia del pensamiento político. La teoría jurídica del Estado, elaborada por la ciencia alemana del Derecho público en el siglo pasado y después por el normativismo de **Norberto Bobbio**, puede querer decir dos cosas: gobierno *sub lege* o sometido a las leyes, o gobierno *per leges* o mediante leyes generales y abstractas.<sup>66</sup>

El garantismo puede ser entendido de acuerdo con tres acepciones, que son: el modelo normativo de Derecho, la teoría jurídica de la validez y de la eficacia y el garantismo como una filosofía política. Nos interesa ahora el modelo normativo de Derecho, que es propio del Estado de Derecho. A grandes rasgos, estas son las tres acepciones de “garantismo”:

Una primera acepción del “garantismo” designa un modelo normativo de “estricta legalidad”, Estado de Derecho que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, y en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.<sup>67</sup>

Una segunda acepción, es la teoría del Derecho y crítica del Derecho, que designa una teoría jurídica de la “validez” y de la “efectividad” como categorías distintas no solo entre sí sino también respecto de la “existencia” o “vigencia” de las normas. “Normativista” es la teoría que contribuye a fundar una teoría de la divergencia entre normatividad y realidad, entre Derecho válido y Derecho efectivo, uno y otro vigentes. La perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal y por tanto irrealizado y pendiente de realización de sus propias fuentes de legitimación jurídica.

Una tercera acepción es la filosofía del Derecho y crítica de la política. “Garantismo” en este caso designa una filosofía política que impone al Derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses, cuya tutela y garantía constituyen precisamente la finalidad de ambos. Elaborada en los orígenes del moderno Estado de Derecho, es común, por otra parte, a toda perspectiva no conservadora, sea reformista o revolucionaria.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, quinta edición, Editorial Trotta, 2001, p. 851.

<sup>66</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Quinta Edición, Editorial Trotta, 2001, p. 855.

<sup>67</sup> *Ídem.*, Luigi Ferrajoli, p. 852.

<sup>68</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, quinta edición, Editorial Trotta, 2001, p. 853.

Para Ferrajoli, el garantismo es el principal rasgo funcional de esa formación moderna específica que es el Estado de Derecho. Consiste en vincular los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, y supone una estructuración compleja del ordenamiento jurídico, con consecuencias muy concretas en lo que se refiere a la organización de los poderes públicos y al ejercicio de su capacidad normativa.

Entre los elementos de una teoría general del garantismo, está el carácter vinculado, el poder público en el estado de derecho, la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas. El principal presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo está en la separación entre Derecho y moral, y, más en general, entre ser y debe ser, elaborada en los orígenes del Estado de Derecho.<sup>69</sup>

El término “Estado de Derecho”, en este sentido, es sinónimo de “garantismo”. Por eso designa no simplemente un “Estado legal” o “regulado por la ley”, sino un modelo de Estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado:

a. En el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público legislativo, judicial y administrativo está subordinado a leyes generales y abstractas.

b. En el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales.<sup>70</sup> Gracias a estas dos fuentes, no existen en el Estado de derecho poderes sin regulación y actos de poder incontrolables: en él todos los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos.

La técnica garantista es siempre la de la incorporación limitativa de los derechos civiles y, correlativamente, de los deberes públicos a los niveles normativos superiores del ordenamiento. La declaración constitucional de los derechos de los ciudadanos, repetimos, equivale a la declaración constitucional de los deberes del Estado.<sup>71</sup> El garantismo es una doctrina de la fundamentación externa del Estado en los derechos vitales de los ciudadanos. Es el esquema de justificación del Estado en cuanto instrumento de tutela de los derechos fundamentales. Es lícito, entonces, reconocerlo como la primera aunque embrional doctrina de la democracia.

<sup>69</sup> *Ídem.*, Luigi Ferrajoli, p. 854.

<sup>70</sup> *Ídem.*, Luigi Ferrajoli, pp. 856 y 857.

<sup>71</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, quinta edición, Editorial Trotta, 2001, p. 852.

## V. LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN UN ESTADO DE DERECHO

La igualdad ante la ley fue un concepto subversivo hasta fines del siglo XVIII. Es la revolución liberal iniciada en Francia la que modifica radicalmente una serie de concepciones, consagrando la igualdad como uno de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano. Hoy es considerado uno de los derechos fundamentales que toda Constitución democrática reconoce.<sup>72</sup> La igualdad ante la ley no supone que todos los seres humanos sean iguales unos a otros, en sentido material; ello sería simplemente negar la realidad. Al contrario, es correcto decir que una de las grandes riquezas del ser humano es que cada uno de nosotros es diferente en muchos aspectos.

Entonces, la igualdad ante la ley no borra las diferencias naturales, sino que establece una igualdad básica de derechos, a partir de la cual podemos realizarnos mejor en medio de nuestras diferencias. La Declaración Universal de los Derechos Humanos añade el complemento indispensable del “derecho a igual protección de la ley”. En nuestras sociedades, la discriminación por sexo ha perjudicado a la mujer, que en general fue puesta en condiciones de sometimiento al varón. La discriminación social de la mujer fue y es aún hoy día muy extensa. La discriminación jurídica también lo fue, particularmente en la situación de sometimiento de la mujer al marido y en la negación de derechos políticos a la mujer. Resulta así que la condición de subordinación de las mujeres es una realidad innegable.

En el mundo, el reconocimiento del derecho a la igualdad entre las personas no ha logrado garantizar la vigencia real de los derechos de la mujer. A pesar de que se han realizado notables esfuerzos para adecuar la legislación a las exigencias del derecho a la igualdad, la realidad demuestra que no basta hacer modificaciones al sistema jurídico estatal, sino que es absolutamente necesario un cambio de los patrones culturales. Por tanto, la habitual postergación de las mujeres en las sociedades de los países de la región andina exige mucho más que cambios legislativos; exige sobre todo emprender políticas educativas y de promoción de la igualdad entre los ciudadanos y ciudadanas. Solo mediante programas y políticas constantes se logrará, a mediano y largo plazo, concretar las aspiraciones de la mujer, como son el acceso irrestricto al mercado laboral en puestos de mayor importancia y de mayor retribución económica, aumento de su participación en la política y la erradicación de las diversas formas de violencia contra la mujer.

Estamos de acuerdo con la propuesta de **Pisarello** cuando sostiene, en el artículo en mención, que “se debe también agregar a su catálogo de derechos protegidos en el Estado de Derecho, la protección de las minorías, mujeres, niños, etnias, los derechos en relación

<sup>72</sup> Enrique Bernales Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, Ciedla, Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 93.

a la paz y al medio ambiente, a las nuevas tecnologías. Esto debe materializar la tan ansiada igualdad jurídica, por motivos de raza, credo, sexo, etc. Solo así creo que se podría hablar de un Estado de Derecho. Y considero que es función de un Estado de Derecho, o de un Estado constitucional de Derecho... garantizar la división y el control de esos poderes, sustrayendo de las mayorías legislativas coyunturales ciertos derechos de libertad que delimiten un ámbito de no injerencia para los individuos”.<sup>73</sup>

Gustavo Zagrebelsky, a este respecto, dice, a grandes rasgos, que lo que caracteriza al “Estado constitucional” actual es ante todo la separación entre los distintos aspectos o componentes del Derecho, que en el Estado de Derecho del siglo XIX estaban unificados o “reducidos” en la ley. Para expresar cumplidamente la soberanía histórico-política de la clase social dueña de la ley y para hacerse posible en la práctica la “soberanía” de la ley, debía suponer también la reconducción y, por tanto, la reducción a la propia ley de cualquier otro aspecto del derecho.<sup>74</sup> Los Estados no deben olvidar la universalidad de la discriminación que sufren las mujeres en cada sociedad, con diversos matices, de acuerdo a su historia y su cultura. Es el caso que en América Latina su particularidad tiene raíces profundas y se relaciona con la propia conformación de la región a través de los procesos de conquista, mestizaje, colonización y construcción social del ser femenino y del ser masculino.

El valor de la igualdad consiste precisamente en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás. La igualdad radica en el desvalor asociado a otro género de diferencias: a todas aquellas “de orden económico y social” de las que provienen....<sup>75</sup> Llamaré igualdad formal o política a la primera forma de igualdad, e igualdad sustancial o social a la segunda, un juicio de valor.

En todos los casos, la igualdad jurídica, tanto formal como sustancial, puede ser definida como igualdad en los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son, en efecto, las técnicas mediante las cuales la igualdad resulta en ambos casos asegurada o perseguida. Las garantías de los derechos de libertad (o “derechos de”) aseguran la igualdad formal o política. Las garantías de los derechos sociales (o “derechos a”) posibilitan la igualdad sustancial o social. Unas tutelan las diferencias, para las que postulan la tolerancia; las otras remueven o compensan las desigualdades que postulan como intolerables. El derecho a la igualdad puede ser concebido, en efecto, como un metaderecho, tanto con respecto a la libertad asegurada por

<sup>73</sup> Gerardo Pisarello, “Por un concepto exigente de Estado de Derecho (a propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”. *Sistema* 144, mayo de 1998 (Universidad Nacional de Tucumán, Argentina), p. 102.

<sup>74</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, tercera edición, Madrid, España, Editorial Trotta, 1999, pp. 40-41.

<sup>75</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, quinta edición, Editorial Trotta, 2001, p. 906.

los derechos de libertad como a la fraternidad prometida con los derechos sociales: redefinir los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales no son negociables y corresponden a “todos” y en igual medida, en tanto que condiciones de la identidad de cada uno como persona y/o como ciudadano. Es su igualdad, y al mismo tiempo su nexo con el valor de la persona, lo que permite identificar a su conjunto con la esfera de la tolerancia, y a sus violaciones, con la esfera de lo intolerable.

Con el desarrollo de los derechos sociales se ha extendido correlativamente el campo de lo intolerable. Entre igualdad jurídica y derechos fundamentales existe una relación biunívoca: no solo la igualdad es tal en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales, sino que también los derechos fundamentales son tales en cuanto constitutivos de la igualdad dentro de un Estado de Derecho.

## V. CONCLUSIONES

Una idea clara que debe quedar al final de este trabajo es que pretendió acercarse al debate doctrinal sobre el Estado de Derecho. Es así que al hablar de Estado de Derecho, ineludiblemente se tiene que hablar de los derechos fundamentales y/o derechos humanos. Y que estos son parte del funcionamiento y el ejercicio del poder político por parte del Estado de Derecho.

Siendo los derechos fundamentales un rasgo insuprimible de la definición de Estado de Derecho, se desprenden de este consecuencias importantes en la estructura normativa.

El modelo organizativo del Estado de Derecho ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico, ético y cultural. Responde a exigencias concretas de certeza y aseguramiento de los derechos fundamentales. Es claro que todo Estado crea y utiliza un Derecho que funciona con un sistema normativo jurídico, y que este tiene un sistema de legalidad.

Es muy difícil lograr una definición exacta respecto al concepto de Estado de Derecho, pues existen muchas definiciones, cada una de ellas con matices distintos o con elementos comunes. En fin, como señala **Ansuátegui** en “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, es un terreno muy movedizo. En la misma obra cita a **Scarpelli**, quién señala que “no existe la definición de un concepto, sino posibles definiciones y elecciones entre definiciones”.

Estamos de acuerdo en que todo Estado de Derecho supone el sometimiento del propio Estado a su legalidad, y que es indispensable proteger la libertad de los ciudadanos de la injerencia ilegítima de los poderes públicos. Y en que el Estado de Derecho ejerce control sobre los poderes privados y garantiza los derechos sociales a todos los ciudadanos, y los protege de todas las desigualdades.

Sería mejor hablar de un Estado democrático de Derecho, término mucho más amplio y generoso, menos estrecho que el otro, pues añade al Estado de Derecho soberanía popular, pluralismo político y participación ciudadana en la vida política, social, cultural y económica, de manera que, conforme dice **García Pelayo**, las prestaciones sociales del Estado satisfagan demandas planteadas por los ciudadanos, no arbitradas por los poderes públicos ni concedidos como actos de benevolencia.

En el caso de la Constitución Española de 1978, además de situar en el art. 1 la Declaración de su carácter de Estado Social y Democrático y la opción por los valores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, ha dedicado todo el capítulo tercero del título sobre los derechos y deberes fundamentales al reconocimiento de un complejo de principios de índole social. Y es que el debate sobre el Estado de Derecho adquirió en España una actualidad prioritaria tras la promulgación del texto constitucional de 1978, cuyo artículo 1,1 proclama: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...”. Este precepto obliga a reconsiderar, en función de su correcta interpretación teórica sobre el Estado de Derecho, la tesis de Elías Díaz sobre el Estado democrático de Derecho.

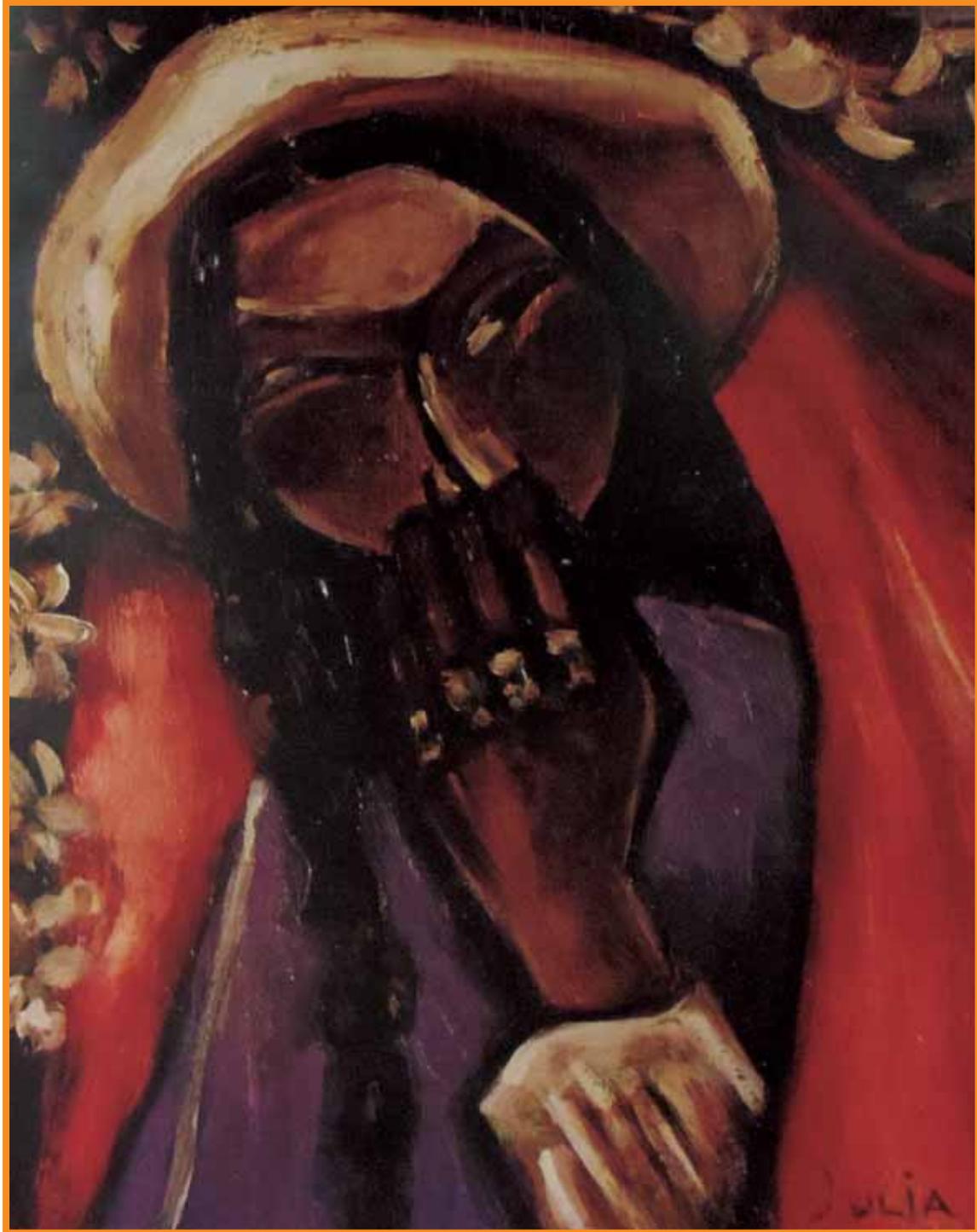
Finalmente, los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho son imprescindibles para hablar de Estado de Derecho, y es que los mismos constituyen un elemento esencial, pues caracterizan el funcionamiento y ejercicio del poder político por parte del Estado de Derecho. Los derechos humanos tienen incidencia concreta en el ordenamiento de un Estado de Derecho, y sirven para mostrar las implicaciones normativas y estructurales de la afirmación según la cual sin derechos fundamentales no se puede hablar de Estado de Derecho. Los derechos humanos constituyen la razón de ser del Estado de Derecho: la cultura de este y de aquellos es la común cultura de la Ilustración. Complejos mecanismos jurídicos y políticos se articulan y se institucionalizan en ese especial tipo de Estado denominado Estado de Derecho, el mismo que se ha ido inventando y construyendo en el tiempo como propuesta coherente para una mejor garantía, protección y efectiva satisfacción de exigencias sociales y morales calificadas como derechos fundamentales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Adela Cortina, “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”. *Derechos y libertades*, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, año 1, febrero-octubre de 1993, número 1.
2. Ángel La Torre, “Concepto y problemas actuales de los derechos humanos”. *Derechos y Libertades*, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, año 1, febrero-octubre de 1993, número 1.
3. Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1995.
4. Enrique Bernaldes Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, Ciedla, Konrad-Adenauer-Stiftung.
5. Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, segunda edición, Artes Gráficas Luis Pérez, 1966.
6. Elías Díaz, *Estado, justicia, derechos*, Manuales / Filosofía y Pensamiento, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
7. Elías Díaz, “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”. *Sistema* 125/1995.
8. Eusebio Fernández, “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”. *Derechos y Libertades*, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, año 1, febrero-octubre de 1993, número 1.
9. Eusebio Fernández García, “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”. *Sistema* N° 138/1997.
10. Ignacio Ara Pinilla, “Hacia una definición explicativa de los derechos humanos”. *Derechos y Libertades*, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, año 1, febrero-octubre de 1993, número 1.
11. Gregorio Peces-Barba Martínez, “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”. *Derechos y Libertades*, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, año 1, febrero-octubre de 1993, número 1.
12. Gregorio Peces-Barba Martínez, “Curso de derechos fundamentales. Teoría general”, Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1995.
13. Javier Ansuátegui Roig, “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”. *Sistema* N° 55/2000.

14. Javier Ansuátegui Roig, “Seminario de Filosofía del Derecho”, Área de Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid.
15. Jesús González Amuchástegui, “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, año 1, febrero-octubre de 1993, número 1.
16. Francisco Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, primera edición, Barcelona, España, Editorial Ariel S.A., 1995.
17. Gerardo Pisarello, “Por un concepto exigente de Estado de Derecho” (a propósito de un artículo de Eusebio Fernández). *Sistema* Nº 144 /1998.
18. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Editorial Trotta.
19. Luis Prieto Sanchís, “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, año 1, febrero-octubre de 1993, número 1.
20. Manuel García Pelayo, *Obras completas*, tomo III.
21. María del Carmen Barranco Avilés, “El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual”. *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1996.
22. Miguel A. Aparicio, *Introducción al sistema político y constitucional español*, edición puesta al día, Barcelona, Editorial Ariel, S.A.
23. Rafael de Asís, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Universidad de Jaén, Dykinson.
24. Rafael de Asís Roig, “Derechos y fuerzas: doce problemas de los derechos fundamentales”. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, año 1, febrero-octubre de 1993, número 1.





*Mujer.* Colección Banco Central de Reserva del Perú.