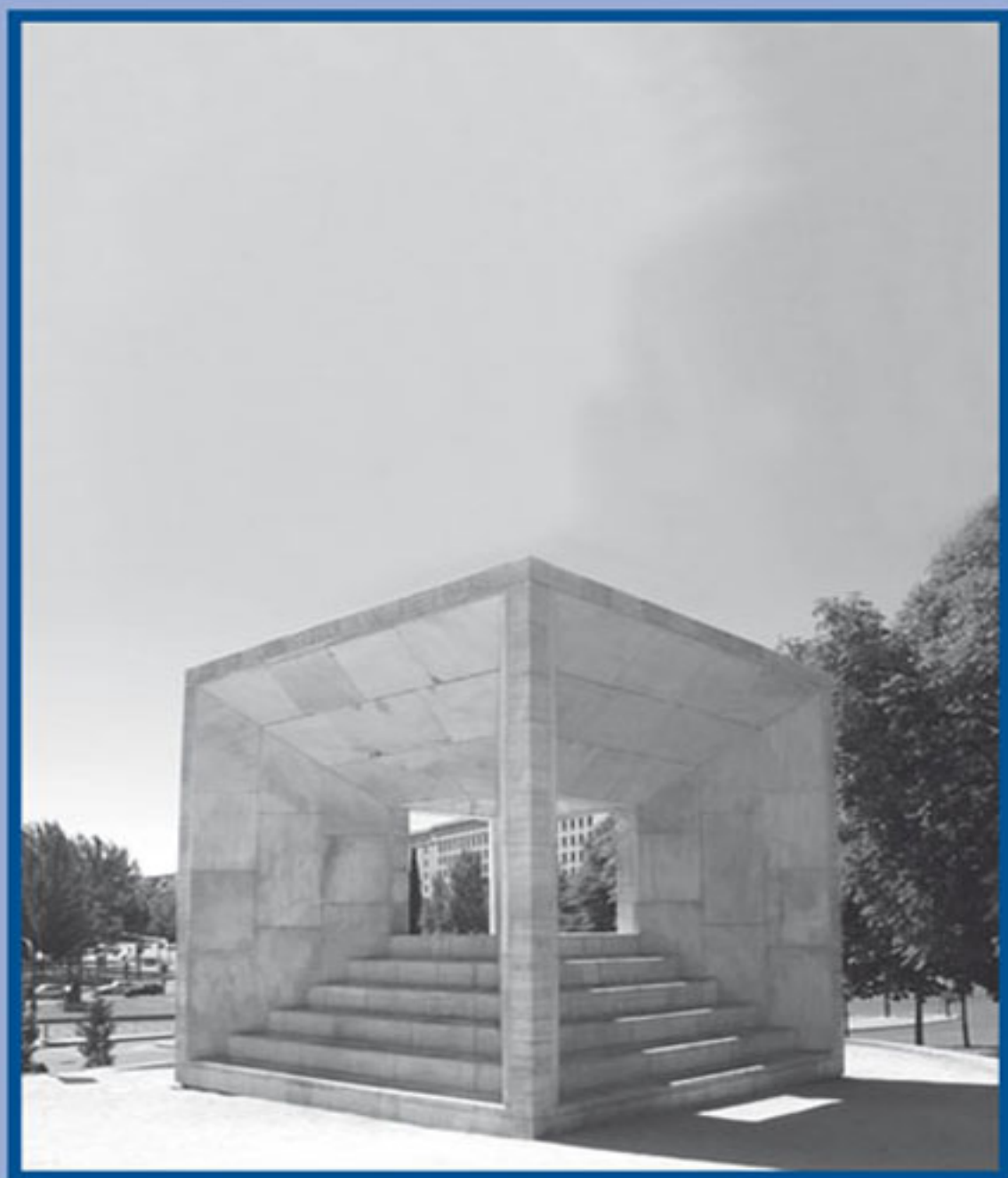


FRANCISCO J. ANSUÁTEGUI ROIG



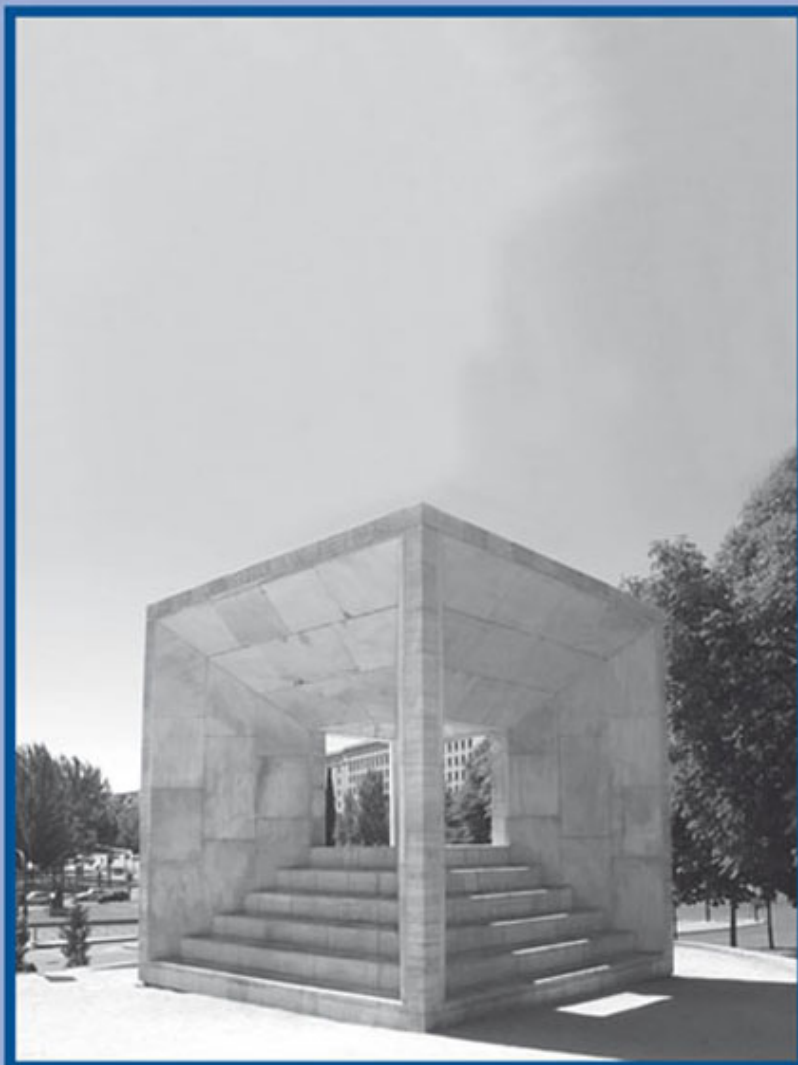
De los derechos y el Estado de Derecho
Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos

Universidad
Externado
de Colombia

SERIE DE TEORIA JURIDICA Y FILOSOFIA DEL DERECHO

N^o 47

FRANCISCO J. ANSUÁTEGUI ROIG



De los derechos y el Estado de Derecho
Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos

Universidad
Externado
de Colombia

SERIE DE TEORIA JURIDICA Y FILOSOFIA DEL DERECHO

N^o 47

Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho
N.º 47

De los derechos y el Estado de Derecho
Aportaciones a una teoría jurídica de los
derechos

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

De los derechos y el Estado de Derecho

**Aportaciones a una teoría
jurídica de los derechos**

Universidad Externado de Colombia

Serie orientada por LUIS VILLAR BORDA
Director del Departamento de Gobierno Municipal

ISBN 978-958-710-247-5
ISBN 978-958-710-938-2 EPUB

© FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, 2007
© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2007
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono: (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2007

Ilustración de cubierta: Monumento a la Constitución española de 1978

Composición: Departamento de Publicaciones

ePub x Hipertexto Ltda. / www.hipertexto.com.co

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Las opiniones expresadas en esta obra son de responsabilidad del autor.

A Javier y Álvaro

PRESENTACIÓN

Los derechos humanos, centro de las preocupaciones y controversias contemporáneas, son enfocados desde muy diversas ópticas. Su análisis se hace a través de teorías históricas que se ocupan de su génesis y evolución: filosóficas, dirigidas hacia su fundamentación; sociológicas, tendientes a desentrañar su función dentro de la sociedad y, por último, más no menos importantes, jurídicas, que estudian la incorporación de tales derechos a los órdenes jurídicos nacionales y al derecho internacional. Corresponde principalmente a los filósofos del derecho, los constitucionalistas y los internacionalistas, desarrollar el tema desde el punto de vista de la teoría jurídica, o sea como derechos fundamentales, denominación generalmente aceptada para designar el fenómeno de los derechos humanos positivizados, esto es, incluidos en el ordenamiento jurídico, preferentemente en las constituciones políticas o en las declaraciones y resoluciones de la comunidad mundial.

El autor de esta obra, profesor FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, se propone hacer un aporte a una

teoría jurídica de los derechos humanos, partiendo de la necesaria vinculación conceptual entre derechos, democracia y Estado de Derecho. El sistema democrático y constitucional es evidentemente el marco idóneo para la consagración y realización efectiva de los derechos fundamentales. Para demostrarlo, el autor procede a hacer una exposición sistemática de estos conceptos a fin de poder llegar a definirlos tanto en los diversos modelos de Estado de Derecho, como en la estructura de los derechos fundamentales. Incursiona luego en la problemática del positivismo jurídico y la antigua polémica en torno a la separación del Derecho y la moral. Comparte con HART y PECES-BARBA la idea de un positivismo "suave", que más adelante vinculará con la Declaración Universal de Derechos Humanos y una concepción de la ética pública. Temas todos, como se observa, actuales y controversiales, lo que acrecienta el interés por el presente estudio que la Universidad Externado de Colombia ofrece en su Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, gracias a la generosa contribución del distinguido profesor español.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG es catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid, en el Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas; licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y doctor en Derecho de la Universidad Carlos III, habiendo recibido el premio extraordinario de doctorado en ese mismo centro académico. Es profesor titular de filosofía del derecho en esta Universidad y lo ha sido también en la Universidad de Jaén. Es autor de numerosos libros, entre ellos *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión* (Madrid 1994), *Textos básicos de la teoría del derecho* (Madrid 1994), *El positivismo jurídico*

neoconstitucionalista (Madrid 1996), *Poder, ordenamiento jurídico, derechos* (Madrid 1997), *Problemas de eutanasia* (Madrid 1999), *Una discusión sobre derechos colectivos* (Madrid 2001) y *Fragmentos de teoría del derecho* (Madrid 2005). Igualmente ha participado en numerosas obras colectivas. Es autor de una larga serie de artículos y reseñas en revistas científicas y en la prensa diaria. El profesor Ansuátegui es sub-director de la excelente revista *Derechos y Libertades* del Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.

La Universidad Externado de Colombia y particularmente su Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho expresan su reconocimiento al profesor ANSUÁTEGUI por esta valiosa cooperación, que afianza aun más los estrechos nexos entre nuestra Universidad y la Carlos III de Madrid.

Bogotá, agosto de 2007

LUIS VILLAR BORDA

INTRODUCCIÓN

Se reúnen en este volumen algunos de los trabajos que he elaborado durante los últimos años y que son buena muestra de los temas y cuestiones en los que se ha centrado mi interés investigador. En mi opinión, todos ellos adquieren sentido en el marco de una reflexión sobre los rasgos que caracterizan la institudonalizadón jurídica de los derechos fundamentales. Como el lector podrá observar, los trabajos pueden ser incluidos dentro de lo que podríamos considerar la Teoría jurídica de los derechos que, sin olvidar nunca la caracterización positiva de los mismos, intenta desarrollar un discurso general y crítico.

Creo necesario en este momento mostrar de manera muy sintética el hilo argumental que vincula a los diferentes trabajos aquírecopilados. La institudonalizaciónjurídica de los derechos implica una relación conceptual entre derechos, democracia, y Estado de Derecho. Esta relación, que se articula a través de una recíproca vinculación entre los tres elementos aludidos, constituye una de las ideas-guía que se reproduce de manera recurrente, explícita o

implícitamente, en los distintos trabajos recopilados. A partir de lo anterior, he agrupado los diferentes trabajos en dos grandes grupos, referidos respectivamente a las dimensiones internas y a las dimensiones externas de la institucionalización jurídica de los derechos. En la parte referida a las dimensiones internas me planteo, en primer lugar, la relación conceptual entre los derechos fundamentales y el Estado

de Derecho, comprensible siempre y cuando se comparta un concepto material o sustancial del mismo ("Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales", publicado en *Sistema*, n.º 158, 2000). El análisis de los diferentes rasgos de las caracterizaciones formal y material del Estado de Derecho, y la constatación de sus diferentes consecuencias, nos sitúa en óptimas condiciones para analizar la relación que se establece entre el Estado de Derecho y el Estado Constitucional así como el sentido que en el interior del mismo adquiere el discurso sobre la crisis de la ley ("Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado Constitucional", V. ZAPATERO [ed.], *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, 2, Universidad de Alcalá de Henares, 2002). Es precisamente en el seno del Estado Constitucional donde se constata de manera evidente la presencia de determinados contenidos y dimensiones morales, que se manifiestan principalmente a través de los derechos fundamentales. Esa presencia está tras el debate que, desde el interior de las propias filas positivistas, se produce en torno a la posibilidad de seguir manteniendo la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral ("Positivismo jurídico y sistemas mixtos", que se publicará en el Libro Homenaje a Mario Losano, en prensa).

Si la estructura jurídica del Estado de Derecho constituye el escenario necesario para la puesta en marcha y el correcto funcionamiento de un sistema de derechos en el interior de un Estado, parece justificado plantearse la cuestión de las exigencias implícitas en la articulación de un sistema de derechos que trascienda las fronteras de los Estados. En este sentido, me he preguntado en diversos trabajos por las condiciones y los problemas de la construcción de tal sistema. Así, he planteado algunas dimensiones de la universalidad de los derechos y los rasgos que deberían caracterizar una estructura jurídica política, vinculada a la transnacionalización del Estado de Derecho, y respetuosa por tanto con los derechos ("Derechos y Estado de Derecho: las exigencias de la universalidad", en J. MONLEÓN [ed.], *Europa, final de Milenio*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Fundación Instituto Internacional del Teatro del Mediterráneo, 2001). Parece evidente, junto a lo anterior, que cualquier intento de universalizar el Estado de Derecho y los derechos implica la identificación de un mínimo moral común y compartido, referido a un núcleo de derechos. En este contexto he explorado la capacidad de la Declaración Universal de 1948 a la hora de constituir ese núcleo compartido ("La Declaración Universal de Derechos Humanos y la ética pública", *Anuario de Filosofía del Derecho*, xvi, 1999). No obstante, de la misma manera que en el marco estatal los sistemas de derechos descansan sobre la base constituida por los sistemas democráticos participativos, y son parte de ellos, también la presencia de esquemas democráticos y participativos parece imprescindible a la hora de constituir sistemas de derechos que trasciendan las fronteras de los Estados. Esta reflexión ha guiado el análisis crítico que he efectuado en relación con el

Proyecto de Constitución Europea ("Constitucionalismo y Constitución Europea", F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, J. A. LÓPEZ GARCÍA, A. DEL REAL ALCALA Y R. RUIZ RUIZ [eds.], *Derechos fundamentales y valores en un mundo multicultural*, Madrid, Dykinson, 2005).

Es evidente que el trabajo intelectual exige un clima propicio, como aquel del que he podido disfrutar y disfruto tanto en la Universidad Carlos III de Madrid -y en su Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"- como en la Universidad de Jaén. Los trabajos que se recopilan en este libro se han beneficiado de los comentarios y discusiones que en los momentos -menos de los que yo desearía- que otras ocupaciones universitarias han permitido, he podido tener con mis compañeros de ambas universidades.

Para mí es una gran satisfacción que esta recopilación de trabajos vea la luz en la colección que dirige el profesor LUIS VILLAR BORDA en la Universidad Externado de Colombia, al que le agradezco su ofrecimiento y su gentileza. Quiero agradecer también la amabilidad y los buenos oficios de ANDRÉS BRICEÑO, que ha facilitado la presente publicación.

Dedico el libro a mis hijos, JAVIER y ÁLVARO, siendo consciente de que esta es una muy pobre forma de compensarles por el tiempo que, muy a mi pesar, no siempre logro dedicarles.

Majadahonda, 6 de diciembre de 2005

PRIMERA PARTE
DERECHOS Y ESTADO DE DERECHO

CAPÍTULO PRIMERO

LAS DEFINICIONES DEL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Introducción

Cuando se propone el tema de las relaciones entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho el ámbito de cuestiones al que podemos estar haciendo referencia es ciertamente amplio. En esta ocasión nos centraremos en la cuestión del lugar que ocupan los derechos fundamentales en el concepto de Estado de Derecho. La posición de la que voy a partir aquí es la siguiente: *sin derechos fundamentales no se puede hablar de Estado de Derecho.*

Ciertamente, como se podrá observar a lo largo de la exposición, esta idea necesita de ulteriores matizaciones o aclaraciones. En el ámbito de las ciencias sociales, en el de las reflexiones sobre la ordenación de la vida social humana (ese es el ámbito en el que adquiere sentido exclusivo el Derecho), en definitiva, en el ámbito en el que el objetivo último de la reflexión es el ser humano y sus conductas, y la necesidad de coordinación intersubjetiva de las mismas de acuerdo con determinados criterios, las

afirmaciones tajantes, como lo pudiera parecer la anterior, no son demasiado recomendables. Por ello, suelen ser necesarias matizaciones que bien pueden ayudar a explicar el sentido de lo que se quiere decir. La afirmación según la cual sin derechos fundamentales no se puede hablar de Estado de Derecho debe ser entendida a la luz de dos afirmaciones ulteriores:

1. Hay diversas clases de derechos fundamentales (se habla al respecto de categorías, de generaciones...), lo cual explica que no todos los derechos responden a un mismo esquema ni en lo conceptual ni en lo que se refiere a las posibilidades técnicas de actuación derivadas.

2. Hay diversos tipos de Estado de Derecho, lo cual supone que, si bien en todos ellos encontramos elementos comunes, entre los que (al menos esa es mi propuesta) se encuentra la presencia de derechos fundamentales, en función de la configuración de esos elementos, podemos hablar de diferentes modelos de Estado de Derecho, tras los cuales se halla la insuprimible presencia de concepciones más amplias.

Hechas esas aclaraciones, me propongo explicar en qué sentido los derechos fundamentales son imprescindibles para poder hablar de Estado de Derecho. Lo haré centrándome en una de las posibles perspectivas desde las cuales se puede enfocar la cuestión. Como sabemos, la idea de "derechos" permite muchas aproximaciones, de igual manera que lo mismo es posible también en relación con el concepto de Estado de Derecho. Estamos en presencia de ámbitos en los que las interrelaciones entre Derecho, moral y política son evidentes. Me interesa en esta ocasión analizar, entre otras cosas y siquiera brevemente, de qué manera la presencia de derechos fundamentales caracteriza el

funcionamiento de un específico modo de articulación y ejercicio del Poder político por parte del Estado, que eso es de lo que hablamos cuando hacemos referencia al Estado de Derecho. Porque, si bien es cierto que el Derecho, o al menos un cierto modo de organización de la convivencia humana social, ha acompañado desde siempre al ser humano (*Ubi homo ibi ius, ubi ius ibi homo*) -aunque adquiere rasgos propios y distintivos en la Modernidad-, y también lo es que el Estado es la forma moderna de organización y estructuración del Poder político (al menos en nuestro contexto socio-político-cultural, y por ello podemos pensar en él desde BODINO, MAQUIAVELO Y HOBBS), no lo es menos que la idea de Estado de Derecho no es el mero resultado de cualquier tipo de unión o combinación de los conceptos de Estado y Derecho. Por el contrario, 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 la tesis que defenderé es que esa articulación viene condicionada por la presencia de un específico tipo de instituciones jurídicas, como son los derechos fundamentales^{1}.

Cuando afirmamos que sin derechos fundamentales no se puede hablar de Estado de Derecho nos estamos introduciendo, más o menos conscientemente, en el ámbito de los problemas relacionados con la definición del Estado de Derecho. Ello puede parecer más o menos evidente desde el momento en que afirmamos que los derechos fundamentales son un rasgo insuprimible de la definición de dicho concepto. Sin embargo la cuestión se complica cuando nos cercioramos de que el de Estado de Derecho es un *concepto esencialmente controvertido*^{2}, de lo que se deriva la consecuencia de la inutilidad de emplear con

él determinadas estrategias definitorias. En efecto, podría parecer que ciertos desacuerdos respecto de los rasgos básicos, y por tanto respecto del concepto de Estado de Derecho, obedecen en realidad al hecho de que por las partes en contienda se están utilizando definiciones de distinto tipo. Esto es lo que ocurre, en mi opinión, en el caso de la crítica que EUSEBIO FERNÁNDEZ dirige al concepto de Estado de Derecho propuesto por ELÍAS DÍAZ. Ello, con independencia de que esos desacuerdos puedan ser también expresión de la existencia de distintas concepciones de un mismo concepto. Pero en esta ocasión no me voy a centrar en esta posibilidad. Además, de la afirmación según la cual los derechos fundamentales son un rasgo del concepto de Estado de Derecho se desprenden consecuencias importantes en lo que se refiere a la estructura normativa, y la articulación, del propio Estado de Derecho. Al respecto, en la última parte del trabajo haré una referencia al modelo de Estado de Derecho propuesto por LUIGI FERRAJOLI, en el entendido de 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.

2. Conceptos esencialmente controvertidos y tipos de definiciones

GENARO CARRIÓ señaló hace ya algunos años la estrecha vinculación entre las controversias en las que se enzarzan los juristas y los problemas del lenguaje. Es cierto que los juristas trabajamos con palabras,

nuestra herramienta es el lenguaje y los problemas de los términos que lo integran condicionan en gran medida nuestros acuerdos y desacuerdos. En el marco de la Filosofía del Derecho estamos constantemente sometidos a la posibilidad de enfrascarnos en disputas que, en definitiva, obedecen muchas veces casi exclusivamente a falta de acuerdos en el significado básico y compartido que atribuimos a las palabras, términos y conceptos que utilizamos en nuestros discursos. Esto es algo que también puede afectar muy frecuentemente a aproximaciones teóricas que comparten gran parte de nuestro ámbito de estudio y dedicación, como la filosofía política y la filosofía moral, por ejemplo. En efecto, en su trabajo titulado "Lenguaje, interpretación y desacuerdos en el terreno del Derecho"^{3}, CARRIÓ explicaba, entre otras cosas, que son las peculiaridades propias del lenguaje -recuérdese que, en términos generales, el lenguaje utilizado en el Derecho y por los juristas es un lenguaje natural- las que están detrás de muchas disputas. En ese sentido, afirmaba que dado que el lenguaje está integrado por símbolos conceptuales, "no hay ninguna relación necesaria entre las palabras, por un lado, y, por el otro, los objetos, circunstancias, hechos o sucesos, en relación con los cuales aquellas cumplen sus múltiples funciones"^{4}. Por ello, la relación que existe entre los términos del lenguaje y la realidad a la que estos se refieren es convencional. Las definiciones serían el resultado de esas convenciones y nos permitirían identificar los usos "correctos" de los términos. No obstante, la mayor o menor corrección de esos usos, va a venir determinada por la operatividad de los mismos, por la mayor o menor capacidad de generar acuerdo y entendimiento en el empleo del lenguaje. Carrió señalaba que, en ocasiones, el olvido de la naturaleza convencional de los significados de

los términos del lenguaje es la causa de determinadas controversias. En efecto, "las palabras no tienen otro significado que el que se les *da* (por quien las usa, o por las convenciones lingüísticas de la comunidad)"^{5}. Por ello, y esta es una de las afirmaciones básicas de la aproximación analítica a los problemas del lenguaje, no podemos decir que existan significados consustanciales a los términos del lenguaje. No existe una correspondencia exacta, por tanto, entre una palabra y un único significado. Nada impide que una palabra pueda ser entendida de diferentes modos, que pueda tener distintos significados. Lo cual no implica, en el otro extremo, que seamos absolutamente libres, si queremos permanecer en un ámbito en el que la comprensión sea posible, a la hora de atribuir significados: "Es verdad que quien se vale de una palabra apartándose del significado usual que en contextos análogos ella recibe, o escogiendo como único aceptable uno de los significados usuales con exclusión de los otros, corre el riesgo de que los demás no lo entiendan, o lo entiendan mal, si no hace explícita la estipulación o ella no resulta del contexto"^{6}. Los desacuerdos son aún más posibles, e incluso más arriesgados, si los términos que utilizamos tienen una determinada carga emotiva^{7}.

Las anteriores circunstancias están presentes de modo particular en los denominados *conceptos esencialmente controvertidos*, condicionando el acuerdo o desacuerdo en torno a la comprensión y utilización de los mismos. Existen conceptos, que ocupan posiciones nucleares y básicas en los modelos culturales, respecto a los cuales no hay un uso general claramente definido y que se considere correcto por todos. Son términos y conceptos en relación con los cuales no acaban las disputas, ya que los individuos que participan en ellas creen que su interpretación es

correcta y que sus argumentos son los más convincentes. En ocasiones, podemos pensar que la prolongación de esos debates se puede deber a condicionantes o causas psicológicas de los intervinientes en los debates, o al mantenimiento por parte de éstos de determinadas posiciones metafísicas. Pero Gallie afirma que en ciertos casos hay disputas en las que ninguna de las posiciones o explicaciones que se hacen de esos conceptos son necesariamente las únicas correctas. Las disputas en torno a estos conceptos son auténticas; son discusiones que, a pesar de que los argumentos que intervienen en ellas son respetables, no se pueden resolver a través de los mismos. Los conceptos en torno a los cuales se generan estas disputas son "conceptos esencialmente controvertidos" (cec) (*essentially contested concepts*), que inevitablemente implican controversias sin fin en relación con los usos más convenientes que de ellos pueden hacer los sujetos que intervienen en el debate^{8}.

Para GALLIE, los CEC se caracterizan por tener los siguientes rasgos: 1. Deben ser valorativos o evaluativos; tienen una carga valorativa o se refieren a realidades que se valoran, ya sea desde una perspectiva positiva o negativa; 2. Tienen una estructura interna compleja, en el sentido de que están compuestos por distintos elementos a partir de los cuales se configura un conjunto que es precisamente la entidad que recibe una determinada valoración; 3. Los elementos componentes del concepto no tienen una ordenación jerárquica predeterminada: pueden recibir una distinta importancia, con lo cual son posibles comprensiones o perspectivas distintas del concepto; 4. Tienen un carácter abierto: su consideración y su aplicabilidad puede variar en función de circunstancias cambiantes;

5. Además -y esto no sería una característica de los CEC, sino una nota referida a las partes que intervienen en el debate en relación con los mismos, aunque imprescindible para comprender los CEC-, cada parte reconoce que el uso que hace del concepto es contestado por las otras, y cada parte aprecia de alguna manera los diferentes criterios asumidos por las otras; las partes deben ser conscientes de que el uso que se hace del concepto se enfrenta a otros usos, frente a los cuales debe mantenerse.

Según GALLIE, las anteriores características, imprescindibles para identificar un CEC, no son suficientes, no obstante, para diferenciarlos de los conceptos considerados, como resultado de un determinado análisis, *radicalmente confusos*. Para ello, es necesario añadir a las ya señaladas dos condiciones adicionales: 6. Los cec se deben derivar de un ejemplo cuya autoridad y valor son reconocidos por todos los sujetos que emplean el concepto; 7. El enfrentamiento entre los diferentes usos debe permitir una óptima realización o materialización del ejemplo que se utiliza como punto de partida.

Pues bien, gran parte de los términos en torno a los cuales gira la discusión en el ámbito de la filosofía política y jurídica son conceptos esencialmente controvertidos^[9]. En efecto, en los dominios de estas perspectivas se carece de la seguridad que la conexión con la materialidad física permite en otras aproximaciones a la realidad, en donde las posibilidades en los empleos de los términos y conceptos son menores. Junto a esto, no hay que olvidar tampoco que en el ámbito de la filosofía jurídico- política la dimensión ideológica y axiológica adquiere un importante protagonismo. Si a lo anterior añadimos que una de las funciones de la filosofía del Derecho es la aproximación crítica a los conceptos y