

I. Estado y derechos humanos: una relación esencial hacia la constitución del Estado de derecho

1.1. INTRODUCCIÓN

Existe un consenso general en afirmar que el concepto de “Estado de derecho” se refiere a una forma de organización jurídico-política caracterizada: a) por la incorporación al ordenamiento jurídico constitucional de unos valores considerados fundamentales para la comunidad, es decir, los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales; b) por la consagración del principio de legalidad, que implica que la actuación de los poderes públicos esté enmarcada dentro de lo que establecen la Constitución y la ley, en virtud de lo cual pueden ser objeto de control judicial, y c) por la funcionalización del ejercicio de dichos poderes a la garantía del goce de todos los derechos humanos.¹

Esta moderna concepción del Estado representa una conquista histórica de los pueblos contra el absolutismo de las monarquías autoritarias (*Ancien Régime*) en el que las personas eran consideradas súbditas y portadoras solamente de deberes frente al poder inmutable del monarca, cuya legitimidad estaba basada en la voluntad divina. Con la Revolución francesa de 1789 se produce una fractura de época² y se sustituye la antigua legiti-

¹ Andrés Ibáñez, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la Jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 10.

² También la Revolución de Estados Unidos representó un hito histórico importante, sin embargo, no se dio una ruptura de época, ya que senci-

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

midad basada en la ética católica medieval por una nueva legitimidad fundada en los derechos naturales de las personas como fundamento, orientación y límite del poder.

De lo anterior se desprende que el Estado es un producto histórico cuyo desarrollo y construcción no puede concebirse como un proyecto estático y limitado, sino en permanente evolución para poder dar respuesta a las nuevas necesidades y desafíos de la comunidad. Por ello, en este proceso se puede observar el avance y la superación de una concepción restringida y limitada del Estado hacia otra más acorde con las exigencias de nuestro tiempo y del constitucionalismo contemporáneo.

1.2. LA VERSIÓN LIBERAL DEL ESTADO

En un primer momento, el Estado de derecho, en su versión *liberal*, tenía como objetivo primordial limitar el poder público a través de varios mecanismos, como el principio de división de poderes, el respeto a la ley y la vigencia de los derechos civiles y políticos como garantías de la obligación estatal de no interferir en la libertad y autonomía de los individuos. Sin embargo, no hay que olvidar que en sus orígenes este Estado era particularmente clasista, lo cual se ve reflejado en: *a)* que el sufragio estaba condicionado por la capacidad tributaria y económica de las personas, por lo que los únicos que podían votar eran los hombres, los blancos y los propietarios; *b)* la *no* intervención estatal en el mercado y en las relaciones laborales para compensar y neutralizar las desigualdades producidas por estas, pero *sí* en la represión de las huelgas y las manifestaciones obreras; *c)* la consolidación de una sociedad individualista, elitista y clasista, siendo la burguesía la clase dominante y la única que tenía el poder para determinar el

llamente “no tenía ningún «antiguo régimen» que derribar. Ciertamente, también esta Revolución tenía que provocar su propia ruptura, que en este caso consistía en la separación definitiva de la «madre patria», en la proclamación de la independencia; pero se trataba de algo bien distinto, que no implicaba en absoluto la necesidad de definirse en oposición respecto al pasado, como sucedía en el caso de la Revolución francesa”, en Fiorovanti, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996, p. 78.

Estado y derechos humanos: una relación esencial...

destino de toda la comunidad; *d*) la sacralización de la propiedad privada individual, la acumulación de capital y el sometimiento de la economía a intereses particulares, y *e*) el reconocimiento y protección de los derechos civiles y políticos que en la práctica solo eran ejercidos por aquellas personas cuya libertad no estaba restringida por la pobreza, el hambre y el analfabetismo.³

Por tanto, el acceso al poder y a las decisiones políticas estaba limitado a las personas más ricas y cultas, manteniendo en teoría el discurso de una igualdad formal —ante la ley—, pero con grandes desigualdades materiales que hacían imposible el uso de la libertad por parte de los sectores sociales desaventajados. A su vez, el Estado y la sociedad se mantenían en constante oposición y eran concebidos como dos sistemas independientes: el primero como una organización racional orientada a la consecución de la libertad, la convivencia pacífica, la seguridad y la propiedad y, por tanto, absteniéndose de intervenir en los problemas económicos y sociales que afectaban a la sociedad. En este contexto, su racionalidad se expresaba únicamente en: *a*) la adopción de leyes abstractas; *b*) la división de poderes como recurso racional para la garantía de la libertad, y *c*) la constitución de una organización burocrática de la administración. Por su parte, la sociedad se configuraba como un orden espontáneo dotado de una racionalidad sustentada en las leyes económicas y las relaciones de competencia entre las personas, con lo cual se generaba un sistema idóneo tanto en el ámbito económico, gracias a los resultados de la oferta y la demanda, como en el ámbito social, gracias a la igualdad ante la ley que permitía a las personas perseguir sus fines particulares sin interferencia alguna y solo limitadas por sus capacidades naturales.⁴

Esta distinción y oposición entre Estado y sociedad permitió consolidar la hipótesis que impedía al primero intervenir en las relaciones sociales y económicas para modificar el orden social existente, limitando su función al aseguramiento de las condicio-

³ Díaz, Elías, “Estado de derecho y democracia”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núms. 19-20, Universidad de Extremadura, 2001-2002, pp. 209-210.

⁴ García-Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., Madrid, Alianza, 1988, pp. 21-22.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

nes mínimas para que dicho orden funcionara. En otras palabras, el Estado simplemente ejercía numerosas tareas de vigilancia y control —casi policíacas— y se mantenía al margen e imparcial ante las desigualdades que se podían producir, ya que se consideraba que las mismas eran producto de las contingencias sociales. Por ende, la ley, de naturaleza soberana e inobjetable, no se diferenciaba cualitativamente de la Constitución, y se consideraba como la expresión de las decisiones políticas supremas sujeta solamente a un doble imperativo: *a*) que fuera una norma general y abstracta respetuosa del orden “natural” de las cosas y *b*) que se caracterizara por su neutralidad respecto de los valores de la sociedad,⁵ y en ese sentido, cualquier elección o decisión de la mayoría debía considerarse por ello mismo legítima, sin prestar la debida atención al contenido de dichas decisiones.

Como este tipo de modelo estatal se fundamentaba en el principio de la libertad negativa, ello suponía que la distribución de los beneficios sociales era el resultado de las relaciones “espontáneas” dentro del mercado y que por ello, el poder público debía limitarse a asegurar que las mismas se desarrollasen enmarcadas en la legalidad existente; en ese sentido, este modelo se basaba en “los criterios mínimos para la existencia de un Estado de derecho, es decir, los que organizan la estructura básica de un régimen político orientado a la protección de los derechos individuales [...] de tipo negativo (de protección de la persona y la propiedad) y no los positivos (de promoción del desarrollo de las personas y reducción de la desigualdad económica)”, por lo que, en consecuencia, se puede concluir que el liberalismo tradicional cumple las condiciones mínimas de un Estado de derecho, las cuales son necesarias, pero no suficientes para alcanzar un modelo de Estado democrático de derecho.⁶

⁵ Baldasarre, Antonio, *Los derechos sociales*, trad. de Santiago Perea Latorre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 60: “En el Estado de derecho liberal la restricción del acceso a la *polis*, limitado con diferentes instrumentos —sufragio electoral, selección política, privilegio de los notables, instituciones de instrucción, etc.— a los más ricos y a los más cultos, hacía que la formación y el desarrollo de la ley reflejaran sustancialmente los valores, relativamente homogéneos, compartidos por la clase dominante”.

⁶ Rodríguez Zepeda, Jesús, “Estado de derecho y democracia”, en *Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, la Democracia en América Latina*.

Estado y derechos humanos: una relación esencial...

1.3. LA VERSIÓN SOCIAL DEL ESTADO

En un segundo momento, se puede señalar que el advenimiento de la democracia en su concepción actual representó para los Estados de derecho liberal una profunda transformación en el significado de sus valores político-constitucionales que llevó a una nueva forma de conciliación entre libertad e igualdad,⁷ lo cual se concreta en la constitución del Estado social de derecho. Con la incorporación constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado asume nuevas funciones de intervención y redistribución para garantizar a la población un mínimo de bienestar social que le permita una relativa igualdad de oportunidades. En palabras de Contreras Peláez, “el Estado, así, deja de ser *negación* de la libertad para convertirse en *agente liberador*”.⁸

Es importante destacar que la incorporación normativa de estos derechos fue impulsada desde diversos sectores gubernamentales y sociales con posiciones políticas e ideológicas distintas. En Alemania, por ejemplo, fue el gobierno conservador de Bismarck quien adoptó dos leyes importantes relacionadas con el seguro obligatorio para todas las personas trabajadoras de la industria, para las inválidas y para los ancianos. En Italia, la conocida Ley Crispi de 1890 promovida por el presidente Francesco Crispi, que reformó positivamente la sanidad pública, es un ejemplo del desarrollo de estos derechos por parte de gobiernos conservadores y sobre todo fascistas. En Estados Unidos fue el liberalismo progresista del presidente Franklin D. Roosevelt quien impulsó el *New Deal* inspirado en las ideas de John Keynes, quien sostenía los principios del liberalismo clásico pero con un papel más activo del Estado en el proceso de redistribución de las rentas; mientras que en Inglaterra y en Francia los mayores esfuerzos en esta dirección fueron obra de gobiernos socialistas.⁹

Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Contribuciones para el debate, Buenos Aires, Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara, 2004, p. 39. La cita textual corresponde a la misma página.

⁷ Baldasarre, Antonio, *op. cit.*, p. 25.

⁸ Contreras Peláez, Francisco J., *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 15.

⁹ Baldasarre, Antonio, *op. cit.*, pp. 24-26.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Por otra parte, las fuerzas sociales que impulsaron el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales estaban compuestas por: a) empresarios y empleadores motivados por el interés de dejar en manos de las instituciones públicas la carga de las “prestaciones sociales cuya erogación habría tenido para ellos la ventaja de reducir los costos del trabajo, de prevenir la conflictividad social y de regular las [...] incontrolables dinámicas relativas al acceso y a la salida del mercado del trabajo en tiempos de graves crisis y de grandes reconversiones industriales”;¹⁰ b) los sindicatos del sector industrial que buscaban dar respuestas inmediatas a un fuerte conglomerado de trabajadores que se habían transformado en un sujeto social y político importante con las revoluciones industriales del siglo XIX; c) los políticos en turno en busca de legitimación a través de la erogación de servicios sociales en respuesta a las expectativas ciudadanas, y d) diferentes movimientos de democratización del Estado que lucharon con éxito por la garantía de la libertad positiva y por la ampliación de la participación política, así como por la asimilación de las finalidades de progreso social y de la igualdad entre ciudadanos.¹¹

Por ende, el paso de un Estado “abstencionista” a un Estado “intervencionista” en materia económica y social representó un medio para contrarrestar los desequilibrios producidos por el libre juego de las fuerzas del mercado, que al poner en peligro la existencia misma del sistema, desembocó en un nuevo pacto entre las diferentes fuerzas sociales para dar estabilidad al orden social. En ese sentido, se amplió la protección de la libertad, pues la misma no solo estaba —y sigue estando— “amenazada por el despotismo, [sino] también por el hambre y la miseria, la ignorancia y la dependencia”.¹²

Consecuentemente, la justificación teórica de los derechos económicos, sociales y culturales radica en permitir liberar y

¹⁰ No es de extrañar que los principales derechos económicos, sociales y culturales hayan sido reconocidos como consecuencia de dos crisis económicas gigantescas: la de 1873 y la de 1929.

¹¹ Baldasarre, Antonio, *op. cit.*, pp. 24-26.

¹² Contreras Peláez, Francisco J., *op. cit.*, p. 16.

Estado y derechos humanos: una relación esencial...

proteger al ser humano no solamente de la violencia del Estado, sino también de la violencia del mercado. No obstante, es necesario advertir que a pesar de que hoy estos derechos pueden ser un medio para lograr una relativa igualdad en el ejercicio de la libertad, no se puede ignorar que también, en su versión mínima, pueden servir para suavizar y maquillar un sistema que dentro de sus parámetros actuales seguirá produciendo desigualdad, miseria y segmentación social y que, por tanto, podrían tener una función anestésica para desinflar los conflictos sociales como producto de la violenta estructuración de la sociedad que realmente los causan.¹³

En síntesis, este segundo modelo de Estado se caracteriza por: a) ser intervencionista, con el objetivo de lograr mayor participación e igualdad real de los grupos tradicionalmente excluidos; b) reformar algunos aspectos del modelo capitalista de producción pero sin romper con él, y c) tratar de que toda la población pueda gozar y ejercitar en igualdad de condiciones el goce y ejercicio de los derechos civiles y políticos a través de la satisfacción de sus necesidades básicas como la salud, la educación, la vivienda, la seguridad social, entre otras.¹⁴ En este contexto, el Estado asume un papel más activo dentro de las relaciones económicas y sociales, ya que no puede limitarse a garantizar unas condiciones mínimas en donde estas se desarrollen, sino que ha de regular todo el sistema social y económico para evitar la consolidación de una sociedad diferenciada entre personas excluidas e incluidas.

Por tanto, mientras que en un primer momento el Estado (liberal) se basaba en la justicia conmutativa, el Estado contemporáneo (social) debe fundamentarse en la justicia distributiva; mientras que en el primero se reconocen ciertos derechos que en teoría implican la no intervención estatal (los derechos civiles y políticos) y su accionar se restringe a asegurar la igualdad formal, en el segundo se reconocen algunos derechos que se traducen en la satisfacción de ciertas necesidades básicas para el desarrollo de la dignidad humana (los derechos económicos, sociales y

¹³ Sobre un análisis detallado al respecto, véase García Manrique, Ricardo, *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, Madrid, El Viejo Topo, 2013.

¹⁴ Díaz, Elías, "Estado de derecho y democracia"..., *cit.*, pp. 210-214.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

culturales) y su accionar trata de asegurar una relativa igualdad material.¹⁵

En ese orden de ideas, el Estado ya no se limita a distribuir una serie de potestades y derechos formales, sino que trata de distribuir y redistribuir los bienes económicos de la sociedad para tratar de alcanzar una relativa igualdad en recursos y de oportunidades que permita una participación política real de todas las personas. Esto significa que el Estado se transforma y evoluciona para poder dar respuesta a las expectativas y prescripciones que manda la Constitución —la realización de todos los derechos humanos—, ya que es indudable que “la libertad política es irreal si no va acompañada de la libertad de las dependencias económicas; que la propiedad ha de tener como límite su funcionalidad para los sistemas social y económico, y los derechos de los que participan en hacerla productiva; que la seguridad no se extiende solo a la dimensión jurídica, sino a la dimensión existencial en general; que la igualdad no lo es solo frente a la ley, sino que se debe extender, en la medida de lo posible, a las cargas y beneficios, y que la participación se amplía a los bienes y servicios, y a las formas de democracia social”.¹⁶

1.4. EL CONSTITUCIONALISMO Y EL ESTADO DE DERECHO CONTEMPORÁNEO

El análisis de la evolución del Estado nos permite concluir que el Estado de derecho es un modelo organizativo que se ha desarrollado en respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de carácter social, económico, político y cultural, y que en una doble vía pretende lograr una mayor participación de los individuos y, al mismo tiempo, una mayor responsabilidad de los poderes públicos. Por tanto, “es siempre una realidad de carácter procesual, perfectible y abierta en el tiempo”,¹⁷ pero con unos elementos y exigencias básicas e indispensables sin los cuales no puede hablarse de un verdadero Estado de derecho.

¹⁵ García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, pp. 26-27.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 34, 35 y 56.

¹⁷ Díaz, Elías, “Estado de derecho y democracia”..., *cit.*, p. 205.

Estado y derechos humanos: una relación esencial...

En esta línea, existe un consenso en señalar que dichos elementos esenciales son: *a)* el imperio de la ley; *b)* la división de poderes; *c)* la legalidad de la administración cuya actuación debe estar acorde con la ley y bajo suficiente control judicial, y *d)* la garantía jurídica y la efectiva realización material de los derechos humanos.¹⁸ Mediante un análisis teórico y normativo de cada uno de estos elementos, poniendo mayor énfasis en el relacionado con la vigencia de los derechos humanos, es posible poner a prueba la hipótesis de que algunos de nuestros Estados latinoamericanos sí son Estados de derecho en términos teórico-normativos, pero que *no* lo son en términos de prácticas institucionales.

1.4.1. El imperio de la ley

El desarrollo histórico del Estado de derecho ha tenido siempre como finalidad la elaboración de distintas maneras de limitar el poder por la vía de su regulación jurídica, siendo el uso del método democrático el de mayor preponderancia en las sociedades actuales.¹⁹ El principio del imperio de la ley se constituye en un elemento fundamental del Estado de derecho en el sentido de que la ley: *a)* debe ser creada por los órganos representativos de la voluntad general a través de los procedimientos formalmente establecidos y *b)* a su vez, debe estar subordinada a los contenidos constitucionales. Por tanto, la validez de la ley depende no solo de las normas procedimentales de su creación, sino también de las normas sustanciales de sus contenidos, es decir, de su coherencia con la Constitución y el respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos en ella,²⁰ ya que la legalidad en un auténtico Estado de derecho está condicionada a la no lesión

¹⁸ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 9ª ed., Madrid, Taurus Ediciones (1966), 1998, p. 44.

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, "Jurisdicción y democracia", en *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 29, jul, 1997, Madrid, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, p. 3; Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, FCE, 1989, p. 204.

²⁰ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. de Gerardo Pisarello et al., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 168.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

de ciertos valores (derechos humanos) por y para los cuales se ha constituido el orden jurídico y político, y que se manifiestan en unas normas que ninguna ley puede violar.²¹

Si analizamos la mayoría de los marcos constitucionales, es posible encontrar en sus postulados el reconocimiento normativo del principio del imperio de la ley, ya que, por lo general:

- a) se estipula que los parlamentos, congresos o asambleas legislativas son el único órgano legitimado para la realización de la función legislativa;
- b) se definen los pasos a seguir para la adopción de las leyes, al determinarse el procedimiento necesario para la formación, sanción y promulgación de la ley;
- c) se sanciona la supremacía constitucional sobre el resto del ordenamiento jurídico y se deja claramente establecido que en casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, se aplicará la primera, y
- d) se reconocen una serie de principios y derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que no pueden ser quebrantados por ninguna ley.

En este último punto considero necesario resaltar dos cuestiones. En primer lugar, los derechos humanos reconocidos no se limitan a los estipulados en nuestras constituciones políticas, sino que también se incluyen todos aquellos derechos reconocidos por la comunidad internacional a través de las normas generales o consuetudinarias y de las normas convencionales concretadas en los tratados internacionales ratificados por los Estados. En segundo lugar, no se puede concluir contundentemente que la mayoría de nuestras constituciones consideren que existan diferencias o algún tipo de jerarquía entre los derechos por ella reconocidos, pues todos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales, representan los valores y contenidos que los constituyentes consideraron fundamentales para la convivencia nacional y para el fortalecimiento y la conservación del Estado de derecho. Aunque este no es el lugar para realizar un análisis de la naturaleza jurídica de los derechos, basta decir que

²¹ García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, pp. 52-53.

Estado y derechos humanos: una relación esencial...

independientemente de ello, su simple reconocimiento impone a los poderes públicos un amplio abanico de obligaciones de hacer y de no hacer para asegurar el fin supremo de la sociedad y el Estado: la dignidad humana.²²

Los derechos humanos reconocidos en nuestras constituciones vinculan e imponen límites a los procesos democráticos nacionales en el sentido de que ni siquiera las mayorías representadas en los parlamentos pueden adoptar ningún tipo de legislación que sea contraria a su vigencia. De esta forma, ninguna mayoría legislativa podría decidir, por ejemplo, la condena de un inocente o la privación de los derechos de una minoría, y tampoco podría dejar de decidir las medidas necesarias para que a una persona le sea asegurada su subsistencia en condiciones de dignidad.²³ Por tanto, la democracia no solo se limita a responder a las preguntas de *quién* decide —los parlamentos— y del *cómo* se decide —procedimiento establecido para la toma de decisiones—, sino también sobre el *qué* se decide, que en el caso de los derechos humanos como valores fundamentales pactados por la sociedad, no pueden ser desnaturalizados por ninguna ley aun a pesar de que la misma sea adoptada por el órgano correspondiente y siguiendo las normas de procedimiento establecidas.²⁴

²² Para un análisis al respecto, véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pról. de Luigi Ferrajoli, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004. También remito a mis trabajos, Mejía R., Joaquín A., *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, pról. de Felipe González, México, IIDH-Centro de Estudios de Actualización en Derecho-Editorial UBIJUS, 2015; Mejía R., Joaquín A., *Aportes teóricos para promover los derechos sociales desde el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, pról. de Ricardo García Manrique, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio, 2012; Mejía R., Joaquín A., *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito convencional de la ONU*, pról. de Francisco Quintana, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio, 2011.

²³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pról. de Norberto Bobbio, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., 6ª ed., Madrid, Trotta, (1995), 2004, p. 865.

²⁴ Ferrajoli, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 104.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Por ello es que en la cultura jurídico-política contemporánea, la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos se han constituido en los elementos esenciales de legitimación y deslegitimación de cualquier poder, y entre ellos mantienen una relación triádica que les permite a cada uno definirse, completarse y adquirir sentido en función de los otros,²⁵ por lo que es muy difícil encontrarnos con algún gobierno que no se autodefiniera como democrático y que no contemple dentro de su discurso y sus prioridades —aunque sea de manera formal— la defensa de los derechos humanos de la población.

En consecuencia, las constituciones, ubicadas en el más alto nivel del ordenamiento jurídico, tienen un carácter normativo que vincula y limita el accionar de todos los poderes públicos y, por tanto, los mismos quedan sometidos, por un lado, al respectivo control de constitucionalidad de sus actos por parte de un poder judicial independiente e imparcial, y por otro, al escrutinio público de personas y comunidades, organizadas o no, para asegurar a través del voto, de la manifestación pública y pacífica en el marco del derecho a la libertad de asociación y expresión, la efectiva garantía de todos los derechos humanos.

Pero además, se debe tomar en cuenta el avance del derecho internacional de los derechos humanos y su interrelación con el derecho interno que ha provocado un fuerte impacto en el ámbito interno de los Estados. Por un lado, se ha erosionado la noción tradicional del principio de soberanía, pues con la adopción de los instrumentos internacionales de derechos humanos, un Estado ya no puede tratar a su arbitrio a las personas sujetas a su jurisdicción, en tanto que su protección ha dejado de ser solo un asunto nacional y se ha constituido en una cuestión esencialmente internacional.²⁶

Por otro lado, el derecho internacional de los derechos humanos ha venido a fortalecer la protección de la persona humana

²⁵ Corte IDH, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/1987, 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8, párr. 26.

²⁶ Truyol y Serra, Antonio, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 29.

Estado y derechos humanos: una relación esencial...

ofrecida por el derecho interno, particularmente a través del derecho constitucional, razón por la cual este le dispensa un tratamiento especial que se refleja en la forma en que es incorporado, en su ubicación jerárquica y en su aplicación directa en el ámbito nacional.²⁷ En este sentido, se ha generado un nuevo sistema de fuentes de interpretación del derecho que ha innovado el escenario del derecho constitucional al elevar los parámetros del control de constitucionalidad a un bloque de convencionalidad, rompiendo la tradición dogmática de interpretación literal de la ley por parte de los órganos de justicia, para que estos se acerquen a una interpretación en torno al principio *pro homine* y a la tutela de los derechos humanos.²⁸

Bajo esta lógica, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por los Estados y la jurisprudencia emanada de los órganos supranacionales con competencia para interpretar tales instrumentos, se incorporan a nuestras constituciones a través de las cláusulas abiertas (art. 1 de la Constitución mexicana, art. 63 de la Constitución hondureña, por ejemplo) y complementan los derechos expresamente contenidos en los textos constitucionales. Teniendo en cuenta que los tratados internacionales tienen rango constitucional y supralegal, y son de aplicación directa e inmediata, el impacto de la interrelación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional es fundamental en la manera en que debe realizarse la interpretación y la práctica constitucional en nuestros países. Por tanto, la consolidación del valor normativo de la Constitución permite afirmar que lo que los autores clásicos llamaron “imperio de la ley”, en el Estado de derecho actual es “imperio de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos”.

²⁷ Para un análisis al respecto puede consultarse Mejía R., Joaquín A, *Una mirada a la justicia constitucional hondureña desde la óptica de los derechos humanos*, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio-Editorial Guaymuras, 2012, con la colaboración de Omar Menjívar y Víctor Fernández.

²⁸ Jinestas, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Santiago de Querétaro, Fundap, 2012, p. 270.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

1.4.2. La división o separación de poderes

Esta exigencia constituye el resultado histórico de la lucha contra el absolutismo del *Ancien Régime* para evitar la concentración del poder. Para ello, se consolida un sistema de equilibrios entre los tres poderes del Estado mediante el mutuo control y limitación, especialmente en lo que se refiere a la garantía de los derechos humanos. Así, en términos generales, el poder legislativo crea las leyes que los poderes ejecutivo y judicial aplican y ejecutan en sus áreas respectivas, el poder judicial se encarga de la administración de justicia, y el poder ejecutivo se constituye en el administrador general del Estado.

Si bien es cierto, existe una relativa primacía del poder legislativo como *creador* del derecho, ello no implica que sea un poder ilimitado, pues está condicionado por: a) la Constitución, que a su vez le otorga al poder judicial la función de velar por la garantía de la constitucionalidad de las leyes que dicho poder crea, y b) el propio sistema democrático que permite la crítica de la opinión pública mediante el ejercicio de los derechos de libertad de expresión, manifestación pacífica, libertad de prensa, etc., que se constituyen en una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática y que son esenciales para hablar de un auténtico Estado de derecho.²⁹

Dentro de este marco, nuestras constituciones establecen la forma de gobierno republicana, democrática y representativa, ejercida por tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, todos ellos complementarios e independientes y sin relaciones de subordinación, lo cual significa que ni el poder ejecutivo ni el poder judicial pueden ser considerados legisladores en sentido estricto y formal, y que ni el poder legislativo ni el poder ejecutivo pueden juzgar ni inmiscuirse indebidamente en la función judicial. Es importante matizar que el principio de separación de poderes no debe entenderse como si los tres poderes no tuvieran ningún tipo de relaciones de cooperación entre ellos, todo lo contrario, al distribuirse y dividirse las funciones del Estado, se

²⁹ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/1987, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párr. 70.

Estado y derechos humanos: una relación esencial...

necesita de una serie de relaciones y controles recíprocos para llevar a buen término la finalidad misma del Estado de derecho, es decir, el pleno desarrollo de la dignidad humana. La importancia de esta limitación recíproca radica en que se constituye en una garantía frente a todo tipo de absolutismo.

Indudablemente, la independencia del poder judicial constituye un elemento irremplazable en este modelo de Estado, pues requiere que la administración de justicia se realice a través de un sistema procesal regular, ordenado y coherente, y que garantice adecuadamente la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Este punto es, en efecto, central para comprobar si existe o no un genuino Estado de derecho, pues cuando faltan las garantías procesales, cuando los detenidos y procesados no son respetados, cuando hay amplias zonas de la actividad pública fuera del control judicial, cuando hay injerencia política en las decisiones judiciales, cuando existe una amplia discrecionalidad de los poderes públicos, etc., puede afirmarse que no existe un auténtico Estado de derecho,³⁰ dado que si el sistema de administración de justicia no se constituye en una garantía de total imparcialidad, eficiencia y buen servicio, no se podrá lograr el fin por el que el Estado ha sido constituido y el pacto social consensuado, es decir, la preservación de la justicia y de la paz social, y como consecuencia, tampoco se podrá preservar la confianza de la ciudadanía en el imperio de la ley y en las instituciones democráticas.

Por tanto, el poder judicial tiene el papel fundamental de controlar la constitucionalidad de los actos estatales y declarar inconstitucionales e inconvencionales aquellos que contradigan la norma suprema y los tratados internacionales de derechos humanos. De ello se desprende la necesidad de contar con un sistema de justicia constitucional que asegure la supremacía de la Constitución y de los tratados. Obviamente, debido a la importancia del poder judicial tanto en el control de la constitucionalidad como en el control de convencionalidad,³¹ se requiere de

³⁰ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática...*, cit., pp. 46-48.

³¹ Para un análisis sobre el control de convencionalidad en la región, consúltese Mejía R., Joaquín A.; Becerra R., José de Jesús y Flores, Rogelio (coords.), *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio-Editorial Guaymuras, 2016.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

jueces competentes, independientes e imparciales, pues la independencia de la judicatura, además de ser un derecho humano, es consecuencia esencial del principio de separación de poderes en una sociedad democrática y en un Estado de derecho.³²

Por tal razón, la legitimidad democrática de los jueces no está condicionada por el consenso del electorado, ya que el juez, para el correcto ejercicio de sus funciones de tutela de los derechos humanos, únicamente debe estar sometido a la Constitución, lo que implica que incluso sus decisiones, cuando se trata de garantizar tales derechos, pueden entrar en conflicto con las orientaciones de las mayorías (electorales).³³ En ese sentido, los límites y vínculos a la mayoría establecidos por la Constitución, es decir, la tutela de los derechos humanos y la sujeción de todos los poderes públicos a la ley (valores que son expresión del principio de igualdad), sumados al principio de independencia judicial, determinan el carácter democrático y garantista de la jurisdicción.

En ese orden de ideas, la naturaleza del poder judicial por sí sola es suficiente para explicar el carácter no consensual ni representativo de su legitimación y para fundar su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría. Por tanto, debido a que la legitimidad del juicio reside en la garantía de imparcialidad del juzgador para determinar la verdad, dicha legitimidad no puede ni debe depender del consenso de la mayoría, “que, desde luego, no hace verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero”,³⁴ y consecuentemente, la misma se constituye en una garantía de la propia democracia y de los derechos humanos de la población.

³² Véase al respecto, CIDH, Séptimo informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, OEA/Ser. L/V/II.61. doc. 29, rev. 1, octubre de 1983, cap. IV; Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser. L/V/II.96. doc. 10, rev. 1, abril de 1997, cap. III; consúltese también, Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54, párr. 112; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71, párr. 73; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párrs. 129-130.

³³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 595.

³⁴ Ferrajoli, Luigi, “Jurisdicción y democracia...”, cit., pp. 3-6.

1.4.3. La legalidad de la Administración

La legalidad constituye una exigencia para que la Administración se someta a la Constitución y a las leyes, y esté controlada por un sistema de responsabilidad que asegure su accionar conforme a derecho. Para dicho fin, se establece un control jurisdiccional contra las posibles infracciones legales llevadas a cabo por los órganos de aquella. De este modo, en el Estado de derecho, a diferencia de lo que ocurría en el *Ancien Régime*, la actuación de la administración está fiscalizada jurídicamente a través de un sistema de recursos que pueden ser usados por los particulares contra las posibles infracciones legales administrativas. En ese sentido, la discrecionalidad de los poderes públicos es reducida y limitada por la ley y la Constitución, al contrario de lo que sucede en un Estado absolutista con amplios poderes discrecionales y sin ningún tipo de control jurisdiccional.³⁵

Por tanto, aunque la administración goce de cierta autonomía en el ámbito de sus competencias, tiene que ejercer sus funciones dentro de los parámetros de las leyes aprobadas por los parlamentos, y debe estar vinculada por la Constitución; de esta forma, el ejercicio de sus actuaciones puede ser objeto de *control político* por parte del poder legislativo y de *control jurídico* por parte del poder judicial, especialmente en lo referente a la constitucionalidad y convencionalidad de sus actuaciones, que deben enmarcarse dentro del respeto de los derechos humanos de la población.

1.4.4. La efectiva realización de los derechos humanos

El objetivo y la finalidad de todo Estado de derecho y de sus instituciones es lograr la garantía y plena efectividad de los derechos humanos, ya que los mismos representan el conjunto de valores más importantes para la sociedad, y por tanto, se constituyen en un elemento esencial del sistema de legitimidad institucional.

Una de las tesis centrales del contractualismo contemporáneo es la creación de una organización social (el Estado) que promue-

³⁵ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática...*, cit., pp. 49-50.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

va y proteja los valores y necesidades fundamentales de la comunidad, que una vez incluidas en las constituciones se constituyen en parámetros de legitimidad de todo el sistema político.³⁶ Por ello, con la incorporación de los derechos humanos en la Constitución, la actividad del Estado no se ve agotada en la garantía de una libertad formal, sino que busca la creación de un régimen que permita la satisfacción de esas necesidades sustanciales, lo cual “es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado”.³⁷ En ese sentido, el Estado y el derecho no son un hecho natural sino un fenómeno artificial y convencional, construido por los individuos para la tutela de sus necesidades y sus derechos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales.³⁸

De esta forma, las constituciones se constituyen en un sistema de reglas, formales y sustanciales, cuyos destinatarios son los titulares del poder, por lo que no representan únicamente el complemento del Estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, sino que también son un programa político para el futuro.³⁹ Consecuentemente, se puede decir que se pasa de un concepto formal de Estado de derecho a uno material, ya que la Constitución no se restringe a establecer límites estatales frente a la libertad del individuo, sino que ordena la vida de la comunidad conforme a principios materiales para que la libertad de la persona tenga un contenido real.⁴⁰

³⁶ Prieto Sanchís señala que bajo esta *concepción instrumental* del Estado y sus instituciones, su legitimidad descansa en la protección de los individuos, de sus derechos e intereses —tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales que procuran bienes materiales imprescindibles para todos—, Prieto Sanchís, Luis, “Derechos fundamentales”, en *Derechos fundamentales, constitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra Editores, 2002, pp. 19-20.

³⁷ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 35-36.

³⁸ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho...*, cit., pp. 172-173.

³⁹ *Ibidem*, p. 171.

⁴⁰ García Macho, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 122-123.

Estado y derechos humanos: una relación esencial...

En virtud de lo anterior, cambia la base de legitimación política del Estado, pues este no solo tiene el deber de no empeorar las condiciones de vida de las personas sometidas a su jurisdicción, sino que también tiene el deber de mejorarlas. Lógicamente, esta doble obligación responde a la clase de bienes o necesidades asegurados por dos tipos de garantías: a) las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones, que “sirven para defender o conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia” de las personas, como la vida y las libertades, y b) las garantías sociales o positivas que sirven para adquirir condiciones de vida dignas, como el trabajo, la salud, la vivienda o la educación.

Si analizamos nuestras constituciones, observamos que todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales juegan un papel esencial en las bases que sostienen la legitimidad del Estado, pues los mismos expresan la protección de la persona frente al poder público, los intereses de los débiles frente a los más fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes frente a las mayorías, y los intereses de las mayorías marginadas y empobrecidas frente a una minoría que concentra el poder político y económico.⁴¹

Por tanto, cuando el Estado cumple con su obligación de propiciar las condiciones para la plena realización de las personas mediante la efectiva realización de todos estos derechos reconocidos constitucionalmente, fomenta que exista una igualdad real en derechos, y con ello se mejora la calidad de la democracia y del Estado de derecho, y así, los derechos humanos se constituyen en técnicas a través de las cuales la igualdad formal y sustancial resulta asegurada o perseguida, ya que mientras los derechos civiles y políticos garantizan la igualdad formal o política, los derechos económicos, sociales y culturales posibilitan la igualdad sustancial o social. Los primeros tutelan las diferencias para las que promueven la tolerancia, por lo que son derechos a ser personas diferentes a las demás; las segundas remueven las desigualdades que se ven como intolerables, por lo que son derechos a ser personas iguales a las otras en las condiciones mínimas de vida y de dignidad.⁴² Por tal razón, el logro de la igualdad, tanto jurídica

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., pp. 862-864.

⁴² *Ibidem*, p. 907.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

como económica y social, es lo que distingue en su contenido a un régimen democrático de uno no democrático.⁴³

Es consonancia con lo anterior, nuestras constituciones conciben a los derechos humanos como el orden y la base fundamental sobre la que descansa el Estado y sus instituciones, cuyas prácticas para ser legitimadas deben tratar de asegurar el respeto de la dignidad humana. Consecuentemente, el nivel de legitimidad de nuestros sistemas políticos no se encuentra únicamente en la normatividad y en el discurso, sino también en el impacto real que tales prácticas tienen en las relaciones sociales y en la vida diaria de la comunidad. De ello se desprende que aunque el reconocimiento normativo de una serie de presupuestos relativos a estos derechos es necesario, no es suficiente para concluir de forma contundente que un sistema político se encuentra legitimado, dado que también es fundamental acercarnos a la cotidianidad política y social para ratificar tal afirmación.

1.5. CONCLUSIÓN

Nuestras constituciones han previsto que si la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado, es necesario garantizar su inviolabilidad a través de la garantía del goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social, mediante un sistema económico que se fundamente en principios de eficiencia en la producción y justicia social en la distribución de la riqueza, así como en la coexistencia armónica de los factores de la producción que hagan posible la dignificación del trabajo. Todo esto significa garantizar la igualdad en derechos y no solamente de los derechos civiles y políticos, sino también de los derechos económicos, sociales y culturales, pues en las condiciones actuales, las personas se enfrentan tanto a las amenazas provenientes de los propios poderes públicos como a las provenientes de los poderes privados, especialmente económicos, que en muchas ocasiones actúan bajo el amparo de los primeros.

⁴³ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad...*, cit., p. 221.

Estado y derechos humanos: una relación esencial...

Por tal razón, para protegerse de los poderes públicos, nuestras constituciones han garantizado normativamente la división y el control de dichos poderes, sustrayendo de las mayorías legislativas coyunturales *todos* los derechos humanos, tanto los civiles y políticos que delimitan los espacios de no injerencia para las personas, como los económicos, sociales y culturales que además las protegen de los poderes privados, en virtud de lo cual, aparte de imponer controles al Estado, lo obligan a prestar ciertos bienes y servicios esenciales para la dignidad humana, y a ponerlos a salvo de los embates del mercado.⁴⁴

Sobre la base de todo lo anterior podemos afirmar que un verdadero Estado de derecho se caracteriza: *a)* en un plano formal, por el respeto del principio de legalidad, en virtud del cual todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) están subordinados a las leyes y a la Constitución, en el sentido de que disciplinan sus formas de ejercicio, que a su vez están sometidas a control de legalidad por parte de jueces imparciales e independientes y *b)* en un plano sustancial, por la funcionalización de dichos poderes al servicio de la promoción y protección de los derechos humanos establecidos en la Constitución.⁴⁵ Por ende, los derechos humanos desempeñan una función clasificatoria, ya que sin ellos no se puede hablar de Estado de derecho, y una función cualificadora, pues su presencia o ausencia sirve como elemento de examen de la legitimidad de cualquier Estado.⁴⁶

En ese orden de ideas, no hay duda de que los derechos humanos constituyen la razón de ser del Estado de derecho, dado que su falta o abusiva limitación impide su existencia “y favorece la implantación de un sistema político absolutista, arbitrario o totalitario”.⁴⁷ En consecuencia, para hablar de un auténtico Estado de derecho se requiere: *a)* el sometimiento del Estado a su propia legalidad en relación con la protección de la libertad real

⁴⁴ Pisarello, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, en *Sistema*, núm. 144, Madrid, 1998, pp. 102-103.

⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 857.

⁴⁶ Ansuátegui, Francisco Javier, “Las definiciones del Estado de derecho y los derechos fundamentales”, en *Sistema*, núm. 158, Madrid, 2000, p. 107.

⁴⁷ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática...*, cit., pp. 54-55.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

de las personas y b) el control de los poderes privados a través, entre otras cosas, de la garantía de unos derechos económicos, sociales y culturales que protejan a los ciudadanos “de las desigualdades de hecho que el propio mercado, librado a su sola lógica, produce [...] y que] dé un contenido real a las libertades civiles y políticas [que] permitan a todos y todas participar en la permanente elaboración del rumbo de la sociedad”.⁴⁸

Por tanto, si el Estado de derecho y la democracia son procesos abiertos y en constante evolución y perfeccionamiento para lograr proteger los valores primordiales de la comunidad, es inconcebible que en la actualidad cualquier Estado permanezca pasivo ante las desigualdades, puesto que la historia ya nos ha demostrado que las graves injusticias sociales y económicas en los dos últimos siglos no se han resuelto con la inhibición del Estado de los procesos económicos; desafortunadamente, cada vez es mayor la hegemonía del discurso neoliberal que postula y convence a cualquier precio que el Estado tampoco sirve para producir justicia social y bienestar general.⁴⁹

Sin embargo, si los poderes públicos se empeñan en desconocer que el Estado mismo se ha constituido con el fin de asegurar una sociedad justa, libre, culta y con bienestar económico y social, no habrá razón para la obediencia, dado que cuando se reduce la intervención y autonomía del Estado en todos los ámbitos de las relaciones políticas, sociales, culturales y económicas, se crea un escenario propicio para la regresión y la profundización del empobrecimiento y la frustración de las grandes mayorías, con su consecuente multiplicación y agravamiento de los conflictos sociales y las crisis políticas, y el estancamiento del proceso de democratización, lo cual revierte sobre el propio Estado y reduce su autoridad y su legitimidad.⁵⁰

⁴⁸ Pisarello, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”..., *cit.*, p. 106.

⁴⁹ López Calera, Nicolás María, *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 24, 30-31.

⁵⁰ Kaplan, Marcos, *El Estado latinoamericano*, México, IJ-UNAM, 1996, p. 274.