

De nuevo sobre la relación entre el Derecho y el Poder*

Por RAFAEL DE ASÍS ROIG

Universidad de Jaén

Las propuestas sobre el significado de la expresión Estado de Derecho pueden, en lo básico, ser el resultado de dos tipos de investigaciones. Por un lado, aquellas que pretenden describir el uso correcto de esa expresión y que varían, además de por los rasgos que integran cada propuesta, por el ámbito de conocimiento en el que se sitúan —por ejemplo, el de la ciencia jurídica constitucional, el de la ciencia política, o el de la filosofía jurídica y política—. Por otro, aquellas que pretenden con esa expresión describir una manera correcta de entender la relación entre el Derecho y el Estado. Ahora bien, igual que en el caso anterior, este segundo tipo de investigación está condicionado por el ámbito del que se extraen los criterios de corrección. Pues bien, este trabajo se enmarca en este segundo tipo de investigación y dentro de él me referiré a diferentes formas de entender como correcta, desde un punto de vista moral, la relación Derecho y Poder.

Adelanto ya que en estas páginas no defenderé un modelo correcto de relación entre Derecho y Estado, sino más bien, presentaré algunos de los puntos aspectos más significativos de ciertos modelos. De todas formas, desde el examen de esta presentación, podrá deducirse la opción por un modelo concreto como es el representado por lo que denominaré como modelo democrático exigente. Esta consideración debe circunscribirse al ámbito de la teoría de la justicia y en este sen-

* Agradezco a F. Javier Ansuategui y M. C. Barranco los comentarios que hicieron a un borrador de este trabajo. Igualmente agradezco al Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas la ayuda suministrada para su realización.

tido supone entender dicho modelo como correcto desde un punto de vista político y moral, pero no implica considerar que ése sea el significado correcto desde otros puntos de vista. En definitiva se trata de una opción por una forma de entender la relación entre el Derecho y el Estado y no de una opción sobre el significado correcto de la expresión Estado de Derecho.

Como acabo de señalar, el término Estado de Derecho ha servido en ocasiones para ejemplificar un modelo de relación correcta desde un punto de vista moral y político entre el Estado y el Derecho. En esta línea, es posible destacar en la actualidad tres grandes modelos de Estado de Derecho que se corresponden con otros tantos modelos de relación entre el Derecho y el Estado, y que podemos identificar con los términos liberal, democrático y garantista. Ciertamente, como señalé al comienzo, no son los únicos modelos posibles. En este sentido, en *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*¹, tuve ocasión de referirme, tomando como referencia a la filosofía del Derecho, a otros cuatro modelos de Estado de Derecho, a saber, el restringido, el estricto, el exigente y el que denominé como modelo enfrenado. Ahora bien, estos modelos o bien es difícil presentarlos en el ámbito de la teoría de la justicia, o bien son susceptibles de integrar, en lo básico, dentro de los tres tipos planteados.

Así, por ejemplo, es difícil presentar un concepto restringido de Estado de Derecho, que se caracteriza por la ausencia de contenidos de moralidad, como modelo propio de la Teoría de la Justicia². En efecto, se trata de un modelo que no asume criterios de corrección moral y que sólo tendría sentido, en este ámbito, si se defendiese la idea de que no es posible sostener criterios de moralidad o que es correcto moralmente mantener una idea de Estado de Derecho vacía de contenidos morales. En todo caso, esto no es obstáculo para proponer este modelo en otros ámbitos.

¹ Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 1999.

² Incluso se ha criticado, con carácter general, que el modelo restringido sea un modelo de Estado de Derecho. *Vid.*, en este sentido, ANSUATEGUI ROIG, F. J., «Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales», en *Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid*, 2000 (ahora también en *Sistema*, en prensa). Por otro lado, según J. A. López García, este modelo de Estado de Derecho sí que recoge unos contenidos de moralidad que se desprenden de la idea de moral interna. Estos contenidos de moralidad consistirían, según este autor, «en el (deber de) respeto, con independencia de fines, de los rasgos identificadores del Estado de Derecho (restringido)...». LÓPEZ GARCÍA, J. A., «Algunas reflexiones a propósito de los modelos de Estado de Derecho», en prensa. No obstante, como creo haber señalado, la moral interna que defiende el modelo restringido, aunque pueda parecer paradójico, no es moral. Dicho de otra forma, los rasgos que componen esa expresión no poseen necesariamente una justificación moral. Otra cosa es que los miembros del poder político y jurídico deban respetarlos para actuar conforme a las exigencias de un Estado de Derecho y que ese respeto, en definitiva, pueda presentarse como una obligación moral. Sobre el tema, *vid.* próximamente ESCUDERO ALDAY, R., *Positivismo y moral interna del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, en prensa.

Por otro lado, el modelo estricto se caracteriza, entre otras cosas, por la defensa de la autonomía individual, siendo difícil diferenciarlo en la práctica del modelo liberal, que se caracteriza por la defensa de los derechos individuales. En efecto, aunque desde un punto de vista teórico es posible distinguir la defensa de la autonomía individual de la de los derechos individuales, en la práctica se trata de una distinción que pocas veces se tiene en cuenta³.

Por su parte, el llamado modelo exigente⁴, que intenta combinar democracia y derechos⁵, es finalmente bien un modelo democrático, bien un modelo garantista. Será un modelo democrático si hace predominar precisamente las dimensiones procedimentales de la democracia sobre los derechos; mientras que se convertirá en garantista si, por el contrario, sitúa los derechos por encima de dichas dimensiones⁶.

Por último, el que denominé como modelo enfrentado, representado por la concepción del Estado Constitucional, o no es un modelo de Estado de Derecho (que es por otro lado lo que suelen señalar algunos de sus defensores)⁷, o se identifica con el modelo garantista al des-

³ La distinción entre autonomía individual y derechos individuales puede hacerse, al menos, por dos caminos estrechamente conectados. El primero sería aquel que a través de la exaltación de la autonomía de la voluntad justifica el posible rechazo de los derechos individuales. Dicho de otra forma, se defiende la corrección de cualquier decisión autónoma de los individuos, incluso cuando esta supone renunciar a un derecho individual. El segundo camino sería aquel que sitúa a la autonomía de la voluntad por encima de los derechos individuales entendiendo que estos expresan o pueden expresar una limitación excesiva de la libre voluntad de los sujetos apoyada además en el ejercicio del poder jurídico-político. LÓPEZ GARCÍA, J. A., en su trabajo citado, entiende que el modelo estricto es un modelo no jurídico importado de la ciencia (e ideología) económica. Sin embargo, aunque es cierto que lo que defiende este modelo es la desregularización y la idea del Estado mínimo, no tiene que estar necesariamente conectado con la economía, o dicho de otra forma, lo está al igual que lo pueden estar el resto.

⁴ Tomo el nombre del trabajo de PISARELLO, G., «Por un concepto exigente de Estado de Derecho», *Sistema* 144, 1998.

⁵ En efecto, este modelo se caracteriza, entre otras cosas por la defensa de los derechos individuales, políticos y sociales. En este sentido, justifica una forma democrática de poder limitada por los derechos individuales y sociales.

⁶ Tal vez resulte procedente señalar como aunque estemos utilizando el término derechos para identificar a los llamados derechos individuales y sociales, no son estos sus únicos sentidos. En efecto, que duda cabe que la idea de democracia se caracteriza al menos, por la defensa de una serie de contenidos traducibles también derechos: los derechos de participación. En este sentido, afirmar que el modelo exigente se convierte en democrático si hace prevalecer la dimensiones procedimentales de la democracia sobre los derechos, sólo se entiende si incluimos en esas dimensiones a los derechos participación y, por tanto suponemos que lo que caracteriza a este modelo es la prevalencia de estos derechos sobre los otros.

⁷ Vid., por ejemplo, ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 34. Sobre el planteamiento de G. Zagrebelsky puede consultarse el *Anuario de Filosofía del Derecho*, tt. XIII y XIV, 1996-97. También ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «¿Crisis del positivismo jurídico?: Dos respuestas italianas, Zagrebelsky y Scarpelli», en *Derechos y Libertades*, 2, 1994, pp. 113 y ss.

tacar, en definitiva, la relevancia de los derechos individuales y sociales⁸.

Pues bien, la diferenciación entre modelo liberal, democrático y garantista, surge, en primer lugar, por el tipo de contenido de moralidad que se incluye en cada uno y que principalmente aparece bajo la forma de derechos. Ahora bien, en este punto, es posible a su vez distinguir los modelos atendiendo, además, en primer lugar al supuesto carácter sustantivo o procedimental que presentan dichos contenidos de moralidad, y, en segundo lugar, a quien es el encargado de desarrollarlos y garantizarlos en última instancia.

Atendiendo al catálogo de los derechos que se incorporan, en términos generales puede afirmarse que el modelo liberal se caracteriza por la defensa de los derechos individuales (aunque es posible que se abra a dimensiones participativas), mientras que el garantista lo hace por la defensa de los derechos individuales y sociales.

Por su parte, el democrático en este punto posee dos variantes que podríamos entender como débil y exigente. El modelo democrático débil asume una idea de democracia en sentido formal (básicamente pluralismo y participación), si bien presupone la defensa de la autonomía individual⁹, y con ella los derechos individuales. El democrático exigente se caracteriza por integrar y compaginar la defensa de la democracia en sentido débil, con los derechos sociales. Este modelo puede presentar al menos dos variantes según la concepción de los derechos que se maneje. La primera podríamos describirla mediante el uso del término sustancial, y en definitiva se caracterizaría por la defensa de un contenido sustancial derivado de los derechos individuales y sociales que, a la postre, se situarían en un plano superior al de las decisiones democráticas y que hacen que esta versión del modelo democrático coincida, en lo básico, con el modelo garantista. La segunda, por su parte, se caracteriza por la defensa de un contenido procedimental o formal derivado de los derechos individuales y sociales que, también se sitúan en un plano superior respecto a las decisiones democráticas, pero que acercan (eso sí no identifican) esta versión al modelo democrático débil. El siguiente criterio de distinción entre estos modelos guarda relación precisamente con la diferenciación entre contenidos de moralidad sustancial y procedimental.

En efecto, otra de las formas de diferenciar estos tres modelos consiste en prestar atención al carácter sustancial o procedimental de los contenidos de moralidad que incorporan en su concepto de Estado de Derecho. En lo que aquí me interesa, defender contenidos de morali-

⁸ Es importante advertir como, el modelo garantista puede variar según la forma de entender y justificar los derechos, es decir, por la adopción de una teoría de los derechos.

⁹ Sobre la relación entre autonomía individual y democracia *vid.* Ross, A., *¿Por qué democracia?*, trad. de R. J. Vernengo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 111 y ss.

dad significa afirmar que el Derecho en ese ámbito debe seguirlos, o dicho de otra manera, implica señalar la existencia de unos contenidos de moralidad determinantes de la corrección de un Derecho que quiera integrarse en un modelo correcto de relación entre Derecho y Estado. Lo anterior implica que existe un ámbito normativo que vale, en términos de corrección, no porque así lo declara un órgano jurídicamente competente sino porque está en conformidad con una teoría moral. Pues bien, en este punto es posible diferenciar dos tipos de teoría moral: por un lado, aquellas que se caracterizan por la defensa de una serie de principios y criterios que son predominantemente de carácter sustancial; por otro, las que aluden a una serie de criterios de carácter predominantemente procedimental. Así, mientras las primeras presentan criterios de corrección que sirven para evaluar el contenido de las decisiones, sin que para ello tenga una relevancia directa quien y cómo las toma, las segundas precisamente se centran en este segundo tipo de cuestiones (la corrección de la decisión no depende tanto de su contenido sino de cómo y quién la toma).

Vaya por delante que es difícil hablar de criterios de moralidad meramente procedimentales, ya que incluso aquellos que se presentan como tales esconden tras de sí ciertas dimensiones sustanciales. Ahora bien, esto no obsta para establecer esta diferencia, siempre y cuando seamos conscientes de lo anterior.

En todo caso, esta distinción adquiere relevancia en este trabajo ya que es posible referirse también a dos concepciones de los derechos que varían por su carácter predominantemente sustancial o predominantemente formal y que, finalmente, repercuten en dos formas de entender la relación entre el Derecho y el Estado.

Ahora bien, esta manera de diferenciar entre distintos tipos de teorías de los derechos puede utilizarse en un sentido distinto al aludido anteriormente. Señalé antes la dificultad de catalogar una teoría moral como meramente procedimental o formal. Pues bien, esta dificultad se acrecienta si proyectamos nuestra reflexión en una teoría moral concreta como la que representan los derechos. En este ámbito, suele ser habitual entender que los derechos representan ciertos contenidos de moralidad de carácter sustancial. Por ello, la distinción entre éticas procedimentales y sustanciales presenta ciertos problemas cuando se proyecta en los derechos.

En este sentido, la diferenciación puede llevarse a cabo para aludir el grado de sustantividad de la teoría que se defiende o, dicho de otra manera el grado de determinación de dichos contenidos sustantivos. Así, desde este punto de vista, una teoría de los derechos predominantemente sustancial defiende un alto grado de determinación en los derechos y presenta a estos como los criterios con los que evaluar el contenido de las decisiones y de las normas. Por su parte, una teoría de los derechos predominantemente procedimental, considera a los derechos como instrumentos que facilitan el ejercicio de la libertad de elección pero que difícilmente suministran criterios conclu-

yentes para evaluar el contenido de las decisiones y de las normas. Así, los derechos se caracterizan por su alto grado de indeterminación, lo que no es otra cosa que afirmar que aunque existen ámbitos sustanciales que deben ser descartados, más allá de estos la corrección de la decisión o de la norma difícilmente puede ser planteada en términos de contenidos.

Y es precisamente en este punto en donde esta forma de entender la teoría de los derechos como teoría predominantemente procedimental se relaciona con la diferenciación entre éticas procedimentales y sustanciales. En efecto, cuando se relacionan los derechos con las éticas procedimentales suele hacerse para defender dos tipos de ideas. Por un lado la idea de que los derechos están en las estructuras del procedimiento correcto (que es el camino que aquí seguiré), por otro, la idea de que los derechos son el resultado del procedimiento correcto (que puede en cierto sentido ser compatible con lo anterior si con ello se quiere decir que la decisión o la norma que respeta el procedimiento, también respeta los derechos porque estos están en el procedimiento).

En este sentido, trasladar la teoría de los derechos al ámbito de una ética procedimental puede suponer considerar que los derechos indican un procedimiento correcto para tomar decisiones o elaborar normas. Si nos fijamos bien, esta forma de entender los derechos es algo que puede ser asumido por lo que antes he denominado como teorías de los derechos predominantemente sustanciales y predominantemente procedimentales. Para ambas la decisión o la norma correcta es aquella que se adopta en virtud de un procedimiento correcto que es el que respeta a los derechos. Sin embargo, normalmente las sustanciales asumen lo anterior dotando de un alto grado de determinación a los derechos desde el que además es posible resolver el problema del contenido correcto de la decisión o de la norma. Por el contrario, las predominantemente procedimentales, destacan la indeterminación de los derechos, lo que unido a la defensa de la participación como instrumento desde el que tratar ese problema, le hace abrirse a la democracia (eso si no a una democracia ilimitada sino a aquella que respeta el mínimo contenido determinado de los derechos).

Pues bien, teniendo en cuenta esto, es posible catalogar el modelo garantista como un modelo predominantemente sustancial y el modelo democrático como un modelo predominantemente procedimental. Así, el primero me proporciona criterios morales con los que catalogar como correcta una decisión o una norma que afectan a su contenido, sin prestar atención a quién y cómo ha tomado esa decisión o ha creado esa norma o subrayando que esta es una cuestión secundaria o, mejor, que adquiere importancia desde lo anterior. Por su parte, el segundo me proporciona criterios morales con los que catalogar como correcta una decisión o una norma que afectan, principalmente a quién y cómo ha tomado esa decisión o ha creado esa norma, si bien

acotando parcialmente, al menos en la versión exigente, el ámbito de su actuación ¹⁰.

Permítaseme que haga una pequeña reflexión sobre la posible proyección de la distinción anterior en el ámbito de la teoría del Derecho. En efecto, creo que existen dos corrientes en ese ámbito que puede identificarse, al menos parcialmente, con estas dos formas de entender los derechos. Una de ellas es precisamente la del garantismo y la otra la del llamado positivismo jurídico renovado ¹¹. Ambos planteamientos se presentan como neopositivistas y pretenden dar cuenta de la presencia de los derechos en el Derecho, corrigiendo, de alguna manera, los rasgos que tradicionalmente servían para identificar al positivismo (o a lo que algunos llaman como el paleopositivismo ¹²). Estos rasgos pueden resumirse en los tres siguientes: la defensa de una concepción sistemática del Derecho presidida por las ideas de unidad, coherencia y plenitud; la defensa de una conexión aleatoria entre el Derecho y la moral (es decir, todo Derecho expresa una opción moral, pero no hay unos contenidos determinados de moralidad que necesariamente deban estar presentes en un Derecho para ser considerado como tal); la consideración que el criterio último de validez normativa es formal.

Pues bien, tanto el garantismo como el positivismo renovado subrayan el carácter mixto de los sistemas jurídicos y por tanto, pare-

¹⁰ En efecto, la decisión aparece mínimamente acotada desde una determinada forma de entender los derechos que adquiere dimensiones sustanciales de carácter mínimo. Así, en este punto es posible integrar por ejemplo a las posiciones que al respecto mantienen en España Gregorio Peces-Barba (al que mas adelante me referiré y que en este punto presenta una construcción que puede resultar problemática) y Elías Díaz, si bien, ciertamente este último se acerca más o tiene más en cuenta, de forma clara, dimensiones sustanciales. Vid. al respecto DÍAZ, E., «Derechos humanos y Estado de Derecho», en LÓPEZ GARCÍA, J. A., y DEL REAL, J. A., *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén, 2000, pp. 123 y ss. Por otro lado, esa distinción puede tener sus excepciones, en el sentido de poder presentar una configuración garantista procedimental y democrática sustancial. Ahora bien, esta última sería difícilmente distinguible de la garantista sustancial. Respecto a una posible posición garantista procedimental, independientemente de que no es lo que precisamente defiende el principal exponente de esta corriente (L. Ferrajoli), sería quizá más coherente en cuanto a sus resultados últimos (la exaltación de la figura del juez) que el garantismo sustancial, eso si proyectando los contenidos procedimentales en el proceso de decisión judicial.

¹¹ Vid. sobre lo primero FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, trad. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, R. Cantarero y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 1997, y más en concreto para el tema que nos ocupa, *Derechos y garantías*, trad. de P. Andrés Ibañez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999. Sobre lo segundo, vid. PECES-BARBA, G., *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, y más concretamente, para el tema que nos ocupa, «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 11, Dykinson, 1999 (trabajo que se publicó como epílogo a la primera edición de la obra de G. ZAGREBELSKY citada, *El derecho dúctil*, pero que, sin embargo, no ha aparecido en sucesivas ediciones).

¹² Vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, cit., pp. 19 y ss.

cen ya desde este momento enfrentarse al positivismo estricto (que me parece un término mejor que el de paleopositivismo ¹³). Ahora bien, para saberlo habría que examinar como funciona ese carácter mixto (ya que el positivismo estricto puede también referirse a dicho carácter en lo que podríamos denominar como decisiones intermedias pero no así en las decisiones últimas). Evidentemente, esta tarea requeriría de una atención mucho mayor de la que podemos aquí realizar. Sin embargo, tal vez sea oportuno apuntar algunas consideraciones ¹⁴.

Pues bien, lo relevante de esta consideración del carácter mixto del sistema, o lo problemático, aparece en el ámbito de la interpretación de la Constitución y más en concreto en la forma de calificar como correcta una decisión de ese tipo entre las posibles.

Imaginemos así un supuesto en el que desde un mismo enunciado constitucional referido a un derecho, es posible elaborar tres tipos de Leyes: L1, L2 y L3. Todas y cada una son el resultado de una determinada manera de entender ese precepto constitucional. Supongamos que el Parlamento adopta L2, pero que existe un conjunto de sujetos que estando legitimados interponen un recurso creyendo que L2 es incorrecta. El órgano encargado de resolver esta controversia entiende que L2 es incorrecta ya que le parece que la interpretación correcta sería L3 (alguien podría pensar que esto es extralimitarse en su función pero para el garantismo no hacerlo sería provocar una laguna y este órgano tiene la obligación de colmar lagunas constitucionales, además de intentar lograr la mayor coherencia) ¹⁵. Ahora bien, el garantismo no puede justificar la corrección de L3 diciendo que es la adoptada por el

¹³ Y también que el de normativismo ensimismado. *Vid.* esta expresión en el prólogo que Andrés Ibáñez, P., hace a la obra de L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, cit., p. 9. De todas formas, esta defensa del carácter mixto de los sistemas es difícilmente compatible con el positivismo jurídico salvo que queramos modificar completamente su significado.

¹⁴ Antes de hacerlo creo importante subrayar como el garantismo establece una distinción entre vigencia (formal) y validez (sustancial) que conlleva negar algunos de los rasgos de la idea de sistema (en concreto la coherencia y la plenitud) y por tanto le hacen separarse más del positivismo estricto. *Vid.* FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 876 y ss; *Derechos y garantías*, cit., pp. 24 y ss.

¹⁵ Aunque no es este el lugar, ya lo he apuntado, para detenerse en el examen del garantismo y su concepción sobre el Derecho, tal vez sea oportuno aclarar que evidentemente, lo anterior no implica que el juez constitucional pueda, según este planteamiento, elaborar decisiones que tengan la consideración formal de una Ley, sino más bien establecer que la interpretación correcta del enunciado constitucional sea la que expresa L3. Por otro lado, ciertamente el garantismo asumiría creo, sin dificultad, el ejemplo cuando el enunciado constitucional expresase una norma de derechos sociales. En cambio tal vez existiría una mayor dificultad si se tratara de una norma de derechos individuales dada la defensa que este planteamiento hace de la idea del Estado liberal mínimo y del Estado social máximo (*vid.* FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 866). Otro ejemplo que podría servirnos, y sobre el que el garantismo suele detenerse es el de las llamadas omisiones legislativas. En todo caso su tratamiento podría hacerse de forma similar.

competente ya que estaría hablando en términos de vigencia. Su pronunciamiento tendría que ir más allá de lo formal diciendo que el contenido de L3 es el correcto. Para ello aludiría al enunciado constitucional, si bien, esto sería un mero recurso justificatorio, o dicho de otra manera, esto sólo se entendería si se afirmase que los derechos poseen un significado independiente del que puedan dar los órganos jurídicamente competentes lo que supone mantener una teoría moral, en este caso predominantemente sustancial, sobre los derechos que, por otro lado incluso podría llegar a decir que tampoco L3 vale ya que lo correcto es L1. En efecto, nótese que tanto el Parlamento como el órgano que revisa su decisión expresan, según su entender, formas correctas de entender la Constitución. Y lo mismo hace el garantismo. Ahora bien, para este existe una forma correcta que invalida las anteriores y que no queda más remedio que pensar que aun tomando como referencia la Constitución se sitúa por encima de esta ¹⁶.

Si nos centramos ahora en el positivismo renovado, el problema presenta las mismas características. Ahora bien, existen tres puntos que permiten diferenciar estos planteamientos. El primero se traduce en el ya mencionado carácter predominantemente sustancial o procedimental que se atribuye a los derechos. Para el garantismo la corrección es una cuestión de contenidos de las decisiones ¹⁷, mientras que el positivismo renovado presta atención al procedimiento ¹⁸. Esto a su vez, conlleva, como segundo punto de distinción y como apuntaré más adelante, que normalmente el garantismo de protagonismo en su concepción sobre el Derecho al juez, mientras que el positivismo renovado lo haga con el Parlamento. Por último, el garantismo entien-

¹⁶ Aunque L. Ferrajoli, parte de una definición de los derechos que considera formal, entiende que se trata finalmente de «vínculos sustanciales normativamente impuestos... tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado». O, también, principios sustanciales «relativos a lo que no es lícito decidir y a lo que no es lícito no decidir». *Derechos y garantías*, cit., pp. 51 y 52 (respectivamente).

¹⁷ Lo que no implica, como ya hemos visto, desatender el procedimiento, sino precisamente ajustar este al contenido altamente determinado que expresan los derechos.

¹⁸ Ciertamente esta cuestión no está del todo clara en los planteamientos de G. Peces-Barba. En efecto, aunque en su trabajo *Ética, Poder y Derecho*, pretende describir lo que denomina como la ética pública (que se expresa a través de los derechos), como una ética procedimental, en «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», afirmaciones de este tipo se combinan con otras que dan a entender lo contrario (tales como la idea de que los derechos establecen directamente límites a los contenidos de las decisiones —p. 125—). Sin embargo, y obviando estos puntos oscuros, es posible pensar que cuando G. Peces-Barba habla de contenidos materiales no está haciendo referencia a contenidos sustanciales sino a lo que hemos denominado como contenidos predominantemente procedimentales. Vid. PECES-BARBA, G., «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», cit., p. 127. Vid sobre este problema ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «La Declaración universal de derechos humanos y la ética pública», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVI, 1999, pp. 199 y ss. Sobre la posición de G. Peces-Barba, puede consultarse el trabajo de BARRANCO AVILÉS, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 239 y ss.

de que estos criterios de moralidad son criterios de validez (y por tanto también para esta posición de corrección moral), mientras que el positivismo renovado en ocasiones parece plantearlos sólo como criterios de corrección moral ¹⁹.

Es precisamente este punto el que separa claramente el garantismo del positivismo si bien el primero puede afirmar que se trata de un planteamiento sólo válido en los Estados constitucionales y que da cuenta de los derechos una vez juridificados. De ser así, el problema del garantismo no sería ya el de ser fiel o no al positivismo sino más bien el de ser un planteamiento de filosofía jurídica ²⁰.

Volviendo al ámbito de éste trabajo, se habrá observado como la reflexión anterior ha girado en torno a dos modelos que expresan otras tantas formas de entender la relación entre el Estado y el Derecho, y ha dejado a un lado el modelo liberal. Sin embargo, lo dicho vale también para este modelo. En este sentido podríamos diferenciar un modelo liberal fuerte y un modelo liberal débil, caracterizando al primero por la consideración de los derechos individuales como contenidos predominantemente sustanciales y al segundo por la consideración de los derechos individuales como contenidos predominantemente procedimentales, lo que además permitiría acercar este modelo al democrático débil e incluso, aunque con más problemas, al exigente procedimental. Lo que ocurre es que normalmente el liberal es sustantivo, más allá de la defensa de la autonomía individual que es algo que, por otro lado, como hemos visto presumen las diferentes versiones del democrático ²¹.

¹⁹ Vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, cit., pp. 19 y ss.; PECES-BARBA, G., «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», cit., pp. 125 y 126. De todas formas, esto tampoco está claro en los planteamientos de G. Peces-Barba. Incluso podría pensarse que esta interpretación es errónea, maxime si tenemos en cuenta que, en ocasiones, se refiere a la ética pública como componente necesario del Derecho («Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», cit., p. 123), o a la moralidad pública como contenido identificador del Derecho («Derecho y Poder: el poder y sus límites», en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, cit., pp. 97 y ss.).

²⁰ En todo caso, la virtualidad del garantismo dependería de si es cierto uno de los presupuesto de los que parte y que no es otro que la afirmación de que el positivismo jurídico estricto (el que llama como paleopositivismo) es incapaz de dar cuenta del funcionamiento de los derechos en los sistemas constitucionales. Pues bien, creo que en este punto el garantismo se equivoca. Como ha señalado L. Prieto, «esto es algo que puede ser asumido por el positivismo sin necesidad de ninguna corrección, por más que en el Estado decimonónico no fuese habitual establecer dichas exigencias sustantivas, justamente por la carencia de Constituciones normativas y no por culpa de las tesis positivistas». Vid. PRIETO, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 27. Ahora bien, en relación con la cita de L. Prieto, lo que habría que discutir es si el positivismo es capaz de dar cuenta de los derechos como criterios sustanciales, o mejor, como criterios sustanciales altamente determinados. Sobre la posición de L. Prieto, vid. recientemente BARRANCO AVILÉS, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., pp. 253 y ss.

²¹ No obstante tal vez la construcción de Eusebio Fernández sobre el Estado de Derecho podría seguir este camino y también su forma correcta de entender la rela-

Un último punto que sirve para diferenciar entre estos modelos se refiere al órgano encargado de desarrollar y garantizar los contenidos de moralidad que se defienden. Lo común en este punto, consiste en considerar a los derechos como la fuente de corrección moral indiscutible y a partir de aquí se plantea cómo deben ser desarrollados y garantizados por el Derecho, cuestión ésta en la que vuelve a adquirir relevancia el manejo de una concepción predominantemente sustancial o predominantemente procedimental.

La actividad que consiste en desarrollar el significado de los derechos, en el ámbito de las teorías predominantemente sustanciales, no es discrecionalidad o, quizá mejor, posee una discrecionalidad muy baja. Existe un contenido sustancial determinado que excluye (o que debe excluir), al menos de forma relevante, la discrecionalidad²², por lo que el problema de la garantía, o mejor, de la comprobación de que el desarrollo es correcto adquiere una enorme relevancia.

Si proyectamos la reflexión anterior en los modelos liberal y garantista, que como señalé mantenían una visión de los derechos predominantemente sustancial, el desarrollo de los derechos puede recaer en órganos parlamentarios, pero siempre y cuando se entienda que dicha competencia está limitada en cuanto a sus resultados, por lo que el problema de la garantía, o mejor, de la comprobación de que el desarrollo es correcto adquiere una enorme relevancia.

En lo que se refiere a las teorías predominantemente procedimentales, la actividad de desarrollo de los derechos, posee una alta discrecionalidad. Los criterios de moralidad (los derechos) expresan básicamente procedimientos pero no información, o mejor, no información precisa sobre el contenido de las decisiones. Existe una importante discrecionalidad y lo que se exige es un desarrollo ajustado al procedimiento que se deduce de esa forma de entender los derechos (en donde no hay discrecionalidad o al menos esta es muy baja).

Si proyectamos esta reflexión en el modelo democrático, el desarrollo de los derechos recae necesariamente en órganos parlamentarios, siendo esta una dimensión esencial que, por otro lado, no implica dejar sin importancia el problema de las garantías.

ción entre el Derecho y el Estado, que es capaz de abrirse a los derechos sociales. Vid. su trabajo «Hacia un concepto restringido del Estado de Derecho», en LÓPEZ GARCÍA, J. A. y DEL REAL, J. A., *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, cit., pp. 103 y ss.

²² Vid. FERRAJOLI, L., «El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad», en AA.VV., *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 24 y 28. Digo que debe excluir una discrecionalidad relevante porque L. Ferrajoli asume que detrás del pronunciamiento sobre la validez de las normas hay un juicio de valor (vid. *Derecho y razón*, cit., p. 875), asumiendo cierta discrecionalidad. Lo que ocurre es que es a los jueces (y también a los juristas) a quienes les corresponde llevar a cabo ese juicio de valor y por tanto determinar la validez de las normas (en términos de contenido). Y afirmar esta posibilidad implica, entre otras cosas, disminuir de forma relevante la discrecionalidad.

Así, y en relación con ese problema, estos dos tipos de teorías sobre los derechos pueden llegar a idénticas conclusiones, pero desde caminos distintos y con diferente significado. Más en concreto, como veremos, el problema de las garantías de los derechos en ambas teorías va a centrarse en un órgano judicial, si bien difieren en la forma de entender a este y en el alcance de su actuación.

Las concepciones de los derechos predominantemente sustanciales, desde el conocimiento de qué decisiones poseen un contenido correcto o, al menos, cuáles son los contenidos que no pueden poseer las decisiones, entienden que la garantía de los derechos (de los criterios de corrección moral), debe quedar en manos de un órgano imparcial, de un órgano desinteresado que no pretenda falsear dichos criterios. De esta forma, la idea de la imparcialidad se proyecta tanto en el desarrollo de los derechos como en la garantía de este desarrollo²³.

Esta forma de entender la imparcialidad y la alta determinación de los contenidos de moralidad suele llevar, como ocurre en el modelo garantista, a exaltar la figura de los órganos judiciales como los verdaderos garantes de los criterios de corrección moral²⁴.

Por su parte, las concepciones de los derechos predominantemente procedimentales, también pueden asumir esa idea de la imparcialidad si bien con unos resultados distintos. Este tipo de posiciones, como he señalado, desconocen, por regla general, el contenido correcto de las decisiones, o mejor, hacen depender la corrección de la decisión que desarrolla los derechos del cumplimiento de una serie de procedimientos y del mantenimiento de una visión procedimental de los mismos que admite plurales contenidos sustanciales. En este sentido, en lo referente a la garantía el órgano imparcial puede tener sentido pero siempre y cuando su actuación se dirija principalmente al análisis del sometimiento a las exigencias procedimentales. De esta forma, la idea de la imparcialidad no se proyecta en el desarrollo de los derechos y sí en su garantía pero dándole un alcance exclusivamente procedimental.

La importancia del procedimiento y la escasa información que en materia de contenidos suministran los derechos en las posiciones predominantemente procedimentales suele llevar, como ocurre en el modelo democrático, a exaltar la figura de los órganos parlamentarios, lo que no tiene porque llevar consigo la minusvaloración de un poder judicial, respetuoso con el procedimiento democrático y que

²³ Ahora bien, se trata de una imparcialidad que sólo tiene sentido en los casos difíciles, ya que en los fáciles, lo que se exige al órgano es precisamente compromiso con esos criterios. En todo caso, esta idea no está del todo clara en los planteamientos de L. Ferrajoli. En efecto, aunque su posición culmina con la exaltación del poder judicial, no está claro que esto sea consecuencia de su presunto carácter imparcial. Vid. al respecto, mi trabajo *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, cit., pp. 100 y 101.

²⁴ Vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, cit., p. 26.

controla su actuación desde los criterios procedimentales que caracterizan esta posición.

Resulta importante señalar como la visión procedimental de los derechos que defiende el modelo democrático supone defender una serie de límites con los que evaluar la corrección de las decisiones. Pero además, esto no es obstáculo para abrirse al examen de la corrección del desarrollo discrecional de los derechos también en lo que se refiere a su contenido. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurría con los otros modelos, este examen cuenta con mínimos referentes sustantivos, por lo que adquiere enorme relevancia el tipo de órgano que lo efectúa. Y en este punto, el modelo se decantará por un órgano parlamentario²⁵.

Con carácter general, de lo anterior se deduce que las posiciones predominantemente sustanciales sobre los derechos, que en este análisis se corresponden con el modelo liberal y el garantista, tienden a exaltar la relevancia que, en lo que a los derechos se refiere, debe tener el Poder judicial, mientras que las predominantemente procedimentales, hacen lo mismo con el Parlamento.

Pues bien, desde las reflexiones anteriores es posible destacar finalmente tres modelos de relación entre el Derecho y el Poder en el ámbito de la teoría de la justicia: el liberal, el garantista y el democrático.

Tanto el modelo liberal como el garantista van a defender un tipo de relación entre el Derecho y el Poder presidida por el respeto a unos derechos, entendidos en términos sustanciales, y que para el primero vienen representados por los derechos individuales y para el segundo además por los derechos sociales. Estos derechos, para ambos modelos son contenidos sustanciales desde los que evaluar las decisiones del poder proyectadas en el Derecho, siendo en última instancia un órgano de naturaleza judicial el que debe preservar dichos contenidos.

Por último el modelo democrático puede ser entendido de dos formas: débil o exigente. Básicamente la diferencia entre uno y otro radica en el contenido de derechos que incorporan a la hora de establecer la relación entre el Derecho y el Poder. Así, el modelo democrático débil se caracteriza por defender una serie de contenidos de moralidad en forma de derechos individuales, protección del pluralismo y participación, mientras que el democrático exigente incorpora también derechos sociales. Ahora bien, en ambos modelos, estos contenidos son entendidos en términos procedimentales y desde ellos se evalúan las decisiones del poder proyectadas en el Derecho. Un Derecho que no reconoce estos contenidos o un Poder que no los respeta no pueden

²⁵ En este sentido, desde el modelo es posible defender, por ejemplo la existencia de un control de la constitucionalidad de las decisiones parlamentarias que pueda ir más allá de lo meramente procedimental, pero que debe ser llevado a cabo por un órgano de naturaleza parlamentaria.

ser considerados como correctos desde un punto de vista moral. El órgano encargado de defender y proteger esos contenidos debe ser en última instancia, en estos modelos, un órgano de naturaleza parlamentaria, aunque se abre también a la posibilidad de que sea de naturaleza judicial, siempre y cuando su actuación esté presidida por el respeto a dichos criterios.

Así las cosas creo que la opción por un modelo de relación entre el Derecho y el Estado presidida por los derechos humanos, pasa por el examen de las consideraciones que he venido realizando hasta aquí. Dicho de otra forma, entiendo que optar por un modelo u otro exige tomar partido por una determinada visión de los derechos y con ella por un modelo de garantía de los mismos, pero además, dada la necesaria proyección del tema en el ámbito jurídico, es necesario también dar cuenta del funcionamiento real que los rasgos de los modelos tienen en la práctica jurídica.

Ciertamente, un examen detenido de estas cuestiones exigirían como mínimo llevar a cabo una serie de reflexiones sobre qué teoría de los derechos es la más correcta, siendo esto algo que difícilmente puedo realizar en esta sede²⁶. Así como adelanté al comienzo, expondré sólo algunas consideraciones que permitan entender los problemas que poseen los modelos anteriores.

En este sentido, considero difícil defender como modelos correctos de relación ente el Derecho y el Estado, desde los derechos, a los que denominé como liberal y democrático débil. Estos modelos defienden una idea de los derechos insuficiente y hasta inconsistente (la defensa de derechos individuales y no de derechos sociales).

Es este un problema que no afecta al modelo garantista y el democrático exigente. Como he venido subrayando posicionarse por un modelo u otro puede estar condicionado por la manera de entender los derechos y, en este caso, por mantener una visión predominantemente sustancial o procedimental de los mismos. Aclaro ya desde el principio que me parece mucho mas satisfactoria una visión procedimental.

Obviamente tanto el abandono de los modelos liberal y democrático débil como la defensa de una teoría de los derechos procedimental exigen exponer las razones de este posicionamiento. No obstante se trata de una tarea que excedería los límites de un trabajo como este. Por eso, seguiré otro camino en la justificación que tiene que ver más con las consecuencias de estos modelos.

Defender una visión predominantemente sustancial de los derechos implica, como he señalado, establecer una serie de límites en los contenidos posibles de las decisiones sobre los derechos, que deben ser respetados por los órganos que los desarrollan y garantizan. Ahora

²⁶ Al respecto vid. próximamente *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: una aproximación desde el dualismo*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001.

bien, esto supone que, o bien entiendo que esos contenidos sustanciales son compartidos por toda la humanidad y que por tanto su desarrollo y garantía es una cuestión poco conflictiva (en términos de corrección), o bien entiendo que el órgano encargado de garantizarlos en última instancia comparte esta visión sustancial de los derechos. En este sentido, la defensa de esta posición me parece complicada por dos motivos. En primer lugar porque es difícil pensar en unos contenidos sustanciales determinados que sean correctos para todos, y en segundo lugar porque también es difícil pensar que esos contenidos sustanciales sean al menos compartidos por el poder judicial (y lo mismo vale en relación con el Parlamento). A ello se podría contestar que precisamente por la complejidad de los contenidos sustanciales es por lo que se deja en manos de un órgano imparcial su garantía. Sin embargo, no me parece que este sea un argumento válido, ya que a través de él lo que se está haciendo es dejar en manos de órganos imparciales la determinación de los contenidos de moralidad sustanciales (los derechos). Y esto implica, en primer lugar elevar no ya a autoridad jurídica a esos órganos sino también a autoridad moral; y, en segundo lugar, aceptar la posibilidad de que una actuación política como es aquella en la que se decide sobre derechos pueda ser presentada como imparcial²⁷. El garantismo, de esta forma, lo que hace es presentar como algo ajeno a la política este tipo de decisiones y, de esta manera presenta una realidad artificial que sirve para justificar, finalmente mediante el recurso de la imparcialidad, la decisión política judicial²⁸.

La visión predominantemente procedimental tiene por su parte el problema de presentar un contenido sustancial mínimo en los derechos y también el de dejar en manos de las mayorías su significado último. No obstante, me parece que representa más fielmente la reali-

²⁷ Como ha señalado A. Calsamiglia, toda decisión interpretativa es una cuestión política. Vid. CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977, pp. 34 y 77. Y este carácter se acrecienta cuando estamos en presencia de derechos. De todas formas, es importante advertir que esto no tiene por qué resultar contradictorio con el garantismo ya que este defiende el carácter valorativo del examen de constitucionalidad. Lo que ocurre es que al mismo tiempo defiende la idea de que los derechos están sustraídos del ámbito de la política (vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, cit., p. 47). Con ello, finalmente es el juez el encargado de exponer lo correcto de los derechos (que es algo político) pero presentándose como un órgano imparcial.

²⁸ Resulta significativo como este tipo de planteamientos va de la mano de una crítica al funcionamiento de las democracias que es bastante acertado, pero que no tiene en cuenta el hecho de que esos males no son algo consustancial a ese modelo sino más bien patologías que deben ser resueltas. En este sentido, representa una especie de huida hacia delante, Vid. GASCÓN, M., «El Imperio de la Ley. Motivos para el desencanto», en *Jueces para la Democracia*, 22, 1998, p. 35. Sobre este problema pueden consultarse los trabajos de PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, Principios, Derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 7, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5 y ss., y de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbordadas*, Civitas, Madrid, 1999.

dad jurídica y en ese sentido, además de poseer razones morales que la justifican, no transforma la realidad ni se presenta, necesariamente, como recurso justificatorio de la actuación de aquellos que tienen la última palabra sobre los derechos. Por otro lado, como vimos, no es sinónimo de ausencia de control ni tiene porqué llevar a reducir el espacio de la crítica jurídica²⁹. En relación con esto último presenta límites a las decisiones democráticas (los derechos como expresión de una ética procedimental), configura parámetros críticos con los que enjuiciar el funcionamiento real de las democracias³⁰, y asume la posibilidad de enjuiciamiento crítico de los contenidos de esas decisiones³¹, eso sí asumiendo que no existe una única respuesta correcta.

²⁹ Como tampoco lleva a ello un planteamiento positivista estricto. *Vid.* en contra, FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, cit., p. 33.

³⁰ En efecto, el modelo democrático exigente expone una serie de requisitos de la decisión sobre los derechos que adquieren una dimensión crítica en relación con el funcionamiento real de las democracias en el ámbito de los Estados sociales.

³¹ Sobre todo al establecer requisitos necesarios para el desarrollo de los derechos individuales, políticos y sociales.