

Els drets humans i les seves garanties: nocions bàsiques

Marco Aparicio Wilhelmi
Gerardo Pisarello Prados

P07/03049/02232

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. De què es parla quan es parla de drets?	7
1.1. Els drets com a expectatives generalitzables	7
1.2. Els drets com a exigències dels subjectes més vulnerables	8
2. La titularitat dels drets	10
2.1. Drets humans i drets no humans	10
2.2. Drets humans i drets ciutadans	10
2.3. Drets individuals i drets col·lectius	11
3. Drets humans i drets fonamentals: raons per a una distinció	12
4. Els drets fonamentals i les seves garanties	15
4.1. Les garanties institucionals dels drets	15
4.1.1. Les garanties "polítiques" o primàries	15
4.1.2. Les garanties jurisdiccionals o secundàries	18
4.1.3. Altres tipus de garanties institucionals	19
4.1.4. Les garanties supraestats dels drets	19
4.2. Les garanties ciutadanes o socials dels drets	20
4.2.1. Garanties socials de participació institucional i garanties socials autònomes	21
Resum	23
Activitats	25
Exercicis d'autoavaluació	25
Solucionari	27
Glossari	28
Bibliografia	29

Introducció

El discurs dels "drets" ocupa un lloc rellevant en la vida social moderna. La seva invocació constitueix una peça central en programes polítics, decisions governamentals, i mobilitzacions socials i ciutadanes. Però:

- En quin sentit? De què es parla quan es parla de drets?

Les línies que segueixen volen explorar diferents significats de l'expressió, i també d'altres conceptes que hi estan lligats, com ara interessos, necessitats, deures o garanties.

L'estructura d'aquest mòdul didàctic és relativament senzilla. Després d'una breu proposta de definició, es procura contraposar la noció de dret a la de privilegi i explicar com els drets es podrien considerar avui "la llei dels més febles" o dels subjectes més vulnerables.

Seguidament, s'exposa de quina manera la titularitat i l'exercici dels drets pot recaure en subjectes diferents, la qual cosa permetria parlar, per exemple, de drets humans i no humans, individuals i col·lectius, o de drets ciutadans i drets de les persones.

Per a distingir nocions com la de drets humans o "drets morals" d'altres esteses com la de "drets fonamentals", es recorre al criteri de la seva protecció per part d'un ordenament jurídic determinat. En aquest sentit, s'analitzen els vincles que existeixen entre els drets i les seves garanties o mecanismes de protecció, i s'intenta donar resposta a una sèrie de qüestions bàsiques:

- Per mitjà de quines vies tutel·len els jutges, els legisladors o l'administració el contingut dels drets? I en quins àmbits espacials?
- És possible pensar la protecció dels drets més enllà dels estats?

Finalment, es tracta del que seria la pedra de toc de l'actual discurs dels drets: el paper que els ciutadans, o els destinataris dels drets, poden exercir, no solament en la seva reivindicació, sinó en la seva defensa quotidiana.

Objectius

Quan acabeu d'estudiar aquest mòdul didàctic, estareu en condicions del següent:

- 1.** Identificar les diferents categories lligades al discurs dels drets com interessos, expectatives, privilegis, deures, garanties, etc.
- 2.** Problematitzar la noció de titularitat dels drets i tractar qüestions com ara la seva atribució a estrangers i ciutadans, a subjectes col·lectius o a subjectes humans.
- 3.** Relacionar i distingir les dimensions en què es planteja el debat actual sobre els drets: històrica, moral, política i jurídica.
- 4.** Reconèixer els principals mecanismes institucionals de garantia dels drets en els àmbits estatal i supraestatal, i també el paper dels actors socials en el seu funcionament concret.

1. De què es parla quan es parla de drets?

La pregunta sobre "què" són els drets, igual com qualsevol que intenti indagar per la "naturalesa" o "l'essència" d'algun fenomen, no admet una única resposta. En la mesura que són estipulants o convencionals, les definicions teòriques no són ni vertaderes ni falses. Simplement es poden reputar més o menys útils segons la seva capacitat per a explicar una realitat concreta.

Feta aquesta advertència, podria tenir utilitat, en una primera aproximació, proposar la definició que presentem a continuació.

Els drets són pretensions o expectatives que un subjecte, de manera fundada, té que altres subjectes facin o deixin de fer alguna cosa amb relació als seus interessos o necessitats.

Vegem, amb més deteniment, l'abast d'aquests termes.

1.1. Els drets com a expectatives generalitzables

En primer lloc, un dret no pot ser una pretensió arbitrària i immotivada. És una **expectativa** que al·lega raons i arguments, que s'estima "fundada", "legítima" o, si es vol, "justa".

Un indicatiu clau d'aquesta legitimitat –present en les principals tradicions morals contemporànies– és el seu caràcter **generalitzable**, és a dir, la possibilitat que també els altres puguin al·legar una pretensió similar en circumstàncies similars.

Aquest caràcter generalitzable lliga la noció de dret a la d'**igualtat**, i resulta decisiu, per exemple, per a distingir un dret d'un privilegi.

Mentre un **dret** comporta una expectativa tendencialment generalitzable, inclusiva, igualitària, un **privilegi** comporta una pretensió tendencialment restrictiva, excloent, desigualitària.

Exemple

Les pretensions d'expressar-se lliurement, de tenir recursos garantits bàsics per a subsistir o de veure reconegudes la pròpia identitat nacional, cultural o sexual, es poden considerar expectatives universalitzables. En canvi, practicar només les pròpies creences, excloent-ne d'altres, exigir el respecte a la pròpia identitat nacional o cultural, negant la d'altres comunitats en una situació similar, o apropiant-se de certs recursos bàsics al preu que d'altres no hi puguin accedir, serien pretensions restrictives i desigualitàries.

Aquestes expectatives, com es pot veure, expressen **interessos** o **necessitats** dels subjectes que al·leguen el dret.

Hi ha qui sosté que les necessitats bàsiques són independents de les circumstàncies o condicions socials. Alhora, hi ha qui afirma que les necessitats depenen del context espacial i temporal en el qual es produeixen. En certa manera, ambdós punts de vista es complementen.

Hi ha, sens dubte, una sèrie de necessitats transculturals indispensables per a dur a terme els propis plans de vida: l'alimentació, el llenguatge, una empara, la possibilitat d'interactuar amb d'altres. Tanmateix, la manera com s'obtenen o se subministren aquests recursos depèn de l'entorn en el qual es visqui.

Per tant, els drets solen protegir necessitats en part **absolutes** i en part **relatives**. És a dir, interessos tendencialment generalitzables, però que el seu contingut pot variar en el temps i en l'espai.

Si els subjectes poguessin satisfer les seves necessitats per si mateixos i sense perills, hi hauria la possibilitat de no exigir res de la resta de la comunitat. Tanmateix, allà on hi ha una necessitat insatisfeta o amenaçada, se solen suscitar diferents tipus de reclams davant la comunitat. Aquests reclams, que poden ser el fonament d'un dret, poden ser **positius** o **negatius**.

Exemples

Al dret a la llibertat d'expressió pot correspondre l'obligació negativa de no censurar o l'obligació positiva de facilitar –mitjançant subvencions o ajuts– la publicació de revistes o diaris.

Al dret a un habitatge digne pot correspondre l'obligació negativa de no desallotjar arbitràriament o l'obligació positiva de promoure l'existència d'habitatges assequibles per a les persones amb menys recursos.

S'entén, des d'aquesta perspectiva, l'estret vincle que hi ha entre drets i deures, és a dir, entre subjectes amb pretensions i subjectes obligats a no frustrar-les, per acció o omissió.

1.2. Els drets com a exigències dels subjectes més vulnerables

En les societats actuals, no tots els subjectes ocupen la mateixa posició. No tots tenen les mateixes pretensions ni les mateixes obligacions. Encara que els drets siguin tendencialment generalitzables, és evident que incumbeixen, sobretot, els subjectes més vulnerables.

La funció dels drets

La funció dels drets és, precisament, protegir o tutelar interessos o necessitats que es consideren rellevants.

Drets positius i negatius

Els drets poden consistir en el fet que els altres s'obliguin a fer alguna cosa o bé a abstenir-se de fer-ho per tal de preservar l'interès o la necessitat que està en joc.

Els **subjectes més vulnerables** són aquells que les seves necessitats o els seus interessos es troben amenaçats o insatisfets a causa de la posició política, social, cultural o econòmica que ocupen en la comunitat.

De la mateixa manera, encara que els deures puguin ser tendencialment generalitzables, incumbeixen especialment els **subjectes amb més poder**; és a dir, a qui, també per la seva posició política, social, cultural o econòmica, poden condicionar la satisfacció dels interessos o necessitats d'altres.

La **subjecció i dependència** d'altres, en definitiva, constitueix un factor central per a determinar les posicions de vulnerabilitat i de poder en l'exercici dels drets i dels deures.

Així, el dret a la integritat física té com a correlat, entre d'altres, el deure de no torturar. Aquest deure obliga certament a tothom. Però no pesa de la mateixa manera sobre els poders de l'estat que sobre un particular que atempta sobre la vida d'un altre.

El dret a un medi ambient sa té com una de les seves contrapartides el deure de no contaminar. Aquesta obligació incumbeix a tothom. Però no pesa de la mateixa manera sobre els grans poders de mercat que sobre un particular que treu una bossa d'escombraries fora de l'horari permès.

Des d'aquesta perspectiva, els drets es poden veure com a exigències dels subjectes més dèbils davant els més forts, és a dir, com a pretensions de qui es troben en una situació de vulnerabilitat davant qui detenen qualsevol tipus de poder, tant en l'àmbit públic com en el privat.

Exemples

Es poden considerar drets dels més vulnerables davant els més poderosos els drets dels dissidents religiosos o de les minories sexuals davant el poder de les esglésies; o els drets dels camperols davant el poder dels propietaris de la terra; o els drets dels treballadors davant el poder del patró; o els drets dels pacients davant el poder dels metges; o els drets dels llogaters davant el poder del propietari d'un habitatge; o els drets dels països empobrits davant el poder dels països rics en les relacions internacionals; o els drets de les dones en aquells contextos familiars, laborals o polítics que les situen en relacions desiguals de poder amb els homes.

Vulneració dels drets

Com més gran és el poder que es té més gran és la responsabilitat –el deure de respondre, de donar compte– davant de la vulneració d'un dret.

2. La titularitat dels drets

Segons la definició proposada anteriorment, els drets són pretensions que un subjecte, algú, pot esgrimir davant altres que facin o deixin de fer alguna cosa amb relació als seus interessos o necessitats.

Normalment, s'entén que aquest "subjecte" és un ésser humà individual. I per això bona part dels drets que en les societats actuals aspiren a protegir interessos o necessitats bàsiques –el dret a la salut, a la llibertat d'expressió i d'informació, a l'educació, a la intimitat– es consideren "**drets humans**".

Tanmateix, això no vol dir que els drets solament s'hagin reconegut a éssers humans, ni que sempre s'atribueixin a tots els éssers humans, ni tampoc, que solament es reconeguin a éssers humans a títol individual.

2.1. Drets humans i drets no humans

Si s'accepta que l'objecte dels drets és protegir interessos o necessitats rellevants, res no impediria que un ordenament reconegués "drets" a **subjectes no humans**, com ara els embrions, els animals, els béns naturals i les generacions futures.

Naturalment, la falta de "voluntat autònoma" d'aquests subjectes limitaria les seves possibilitats d'exercici dels drets, però no tindria per què privar-los de la seva **titularitat**, ni impedir que la resta de la societat tingués determinades **obligacions** respecte d'ells, començant per la de minimitzar el dany que se'ls pogués produir.

Exemples

Les lleis que protegeixen certs animals davant maltractaments; les regulacions ecològiques que restringeixen l'apropiació privada de béns comuns com l'aigua o les selves; o aquelles normes que limiten l'experimentació amb embrions a partir d'un cert nivell de desenvolupament.

Protecció dels drets no humans

La protecció de subjectes no humans es podria justificar en interessos rellevants, ja siguin propis, com evitar el dany i el dolor, ja siguin instrumentals, per a satisfer-ne d'altres específicament humans.

2.2. Drets humans i drets ciutadans

No és evident que els drets s'hagin reconegut sempre a **tots** els éssers humans.

Des d'un punt de vista històric, al contrari, s'han utilitzat nombrosos criteris per a restringir la titularitat dels drets a certes persones exclouent-ne d'altres. En aquest sentit, moltes demandes històriques presentades com a "drets" han acollit, en realitat, autèntics **privilegis**.

No han faltat, per exemple, les societats en les quals els drets s'atribuïen només a les persones que es consideraven capaces d'obrar –homes, adults, propietaris–, mentre que la resta dels seus membres –dones, menors, esclaus– en restava exclosa i en una posició subalterna.

Actualment, sobretot en els països i regions més privilegiats del planeta, una part important dels drets es reconeixen exclusivament als ciutadans, mentre que un nombre creixent de persones –els estrangers "regulars" o "irregulars"– només gaudeixen, en el millor dels casos, de drets residuals i restringits.

Per aquesta raó, precisament, molts autors sostenen que els **drets de ciutadania** s'han convertit en l'últim gran **estatus de privilegi**, en contradicció amb la idea de drets humans entesos com a drets tendencialment generalitzables a totes les persones per la seva sola condició de persones.

2.3. Drets individuals i drets col·lectius

De fet, no és gens obvi que els drets humans només puguin ser drets atribuïts a **persones** o subjectes individuals. Res no impedeix, en efecte, que també els **grups** o subjectes col·lectius puguin, a raó de determinats trets compartits, tenir pretensions entorn de certs interessos o necessitats comunes.

Exemples de drets col·lectius

El dret dels sindicats a negociar amb els patrons, el dret d'una associació de consumidors o usuaris a fer valer les seves pretensions davant un prestador privat o estatal de serveis, el dret dels pobles al desenvolupament o els drets de les minories nacionals o culturals a enfortir la seva capacitat d'autogovern, a protegir la llengua o certs trets culturals que els permetin sobreviure com a tals.

Sovint, aquests drets col·lectius són **precondició** perquè s'exerceixin altres drets individuals. No en va, l'article 1 tant del Pacte internacional de drets civils i polítics com del Pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals estableix que

"[...] todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural."

Que aquests drets col·lectius puguin entrar en conflicte amb els drets d'altres individus o d'altres grups no vol dir que la mateixa categoria s'hagi de rebutjar. Com tampoc no significa que aquests conflictes no es puguin resoldre, com en tants casos, mitjançant la **ponderació** dels interessos en joc i la protecció dels subjectes més vulnerables.

Drets individuals i drets col·lectius

Si bé el dret de sindicació o el d'associació són drets de titularitat individual, el dret dels sindicats o de les associacions de consumidors i usuaris a negociar i defensar els seus interessos són drets col·lectius.

Dret a la pròpia cultura

L'autonomia política i, en general, el dret a l'autodeterminació, constitueixen requisits indispensables per a exercir el dret a la pròpia cultura.

3. Drets humans i drets fonamentals: raons per a una distinció

Malgrat que de vegades drets humans i drets fonamentals solen coincidir i s'utilitzen de manera indiferent, potser convindria distingir també entre "drets morals", "drets humans" i "drets fonamentals".

L'expressió drets morals, o més en general, **drets humans**, pertany, com el seu nom indica, a l'àmbit de la reflexió moral, política o fins i tot religiosa, i se sol reservar a aquelles pretensions o exigències considerades "fonamentades" o "justes" per una determinada concepció de valors.

Així, per exemple, hi ha tradicions polítiques i filosòfiques que vinculen els drets humans a la consecució de valors definits de manera **positiva**, com la mateixa dignitat o la mateixa autonomia de totes les persones, o a la consecució de valors definits de manera **negativa**, com la minimització del dany o l'eliminació de totes les formes d'opressió.

Aquests drets, considerats "justos", expressen així un "haver de ser" **moral o polític**. És a dir, ofereixen un **punt de vista extern** des del qual es poden enjudiciar i denunciar els privilegis i les desigualtats de poder que, per acció o omissió, es generen en la realitat social.

Expressions com ara drets positius o **drets fonamentals** estan, en canvi, més lligades a la reflexió estrictament jurídica, i se solen reservar a una sèrie de pretensions que un ordenament jurídic considera "rellevants" o "vitals" en un moment determinat.

Cada ordenament, en efecte, sol fer "visibles" aquelles pretensions i expectatives a què atorga més importància. Per a això, normalment, les "positivitza" en les normes de més valor jurídic, com les constitucions, i ofereix, d'aquesta manera, un índex determinant de la seva fonamentalitat.

Per això, molts autors consideren que drets constitucionals i drets fonamentals són expressions equivalents. D'altres, en canvi, reserven aquesta última expressió per als drets dotats de més mecanismes de protecció.

En tot cas, aquests drets considerats "rellevants" expressen un "haver de ser" **positiu o jurídic** dins del mateix ordenament. És a dir, ofereixen un **punt de vista intern** des del qual es poden enjudiciar i denunciar els incompliments

que, per acció o omissió, es produeixen en els diferents ordres de la realitat jurídica (lleis, reglaments i normes, en general, de rang inferior a aquelles que consagren drets fonamentals).

Naturalment, la divisió entre un punt de vista extern, purament moral o polític, i un punt de vista intern, purament jurídic, mai no és tan rotund.

Els drets humans i els drets fonamentals són construccions històriques, processuals, que experimenten avenços i retrocessos, i que poden coincidir o divergir entre elles.

Així, una part important dels que des de la perspectiva moral dominant o des d'un punt de vista crític es podrien considerar drets humans avui són reconeguts com a drets fonamentals en molts ordenaments jurídics.

Aquesta "**migració de la moral al dret positiu**" és un tret típic, tant del dret internacional com del dret constitucional moderns.

Exemples

En l'àmbit internacional, els drets reconeguts en la Declaració de Drets Humans de Nacions Unides del 1948 o en la Declaració Americana dels Drets i Deures de l'Home, del mateix any, constitueixen una incorporació d'expectatives morals i polítiques al dret positiu.

En l'àmbit estatal, per la seva banda, es poden considerar exemples de drets humans convertits en drets fonamentals els recollits en la Constitució italiana del 1948, en el títol I de la Constitució espanyola del 1978 o els al·ludits pel preàmbul de la Constitució francesa del 1958.

Certament, no sempre els interessos considerats fonamentals des del punt de vista jurídic són drets humans generalitzables. Penseu en aquells ordenaments que, en consagrar la propietat privada i les llibertats de mercat com a drets tendencialment absoluts, donen forma jurídica de "drets" a interessos que en realitat presenten l'estructura de privilegis.

De manera similar, els ordenaments jurídics realment existents tampoc no recullen com a fonamentals totes les necessitats i els interessos humans que la consciència crítica d'una societat o d'una època considera rellevants. Penseu en els drets socials i ambientals, no consagrats de manera explícita o només protegits de manera devaluada en la majoria d'ordenaments contemporanis. O en els drets civils, polítics i socials dels immigrants "irregulars", amb pocs feines reconeguts de manera restrictiva i discriminatòria amb relació als drets de la resta de ciutadans.

Per això, no falten els autors que adverteixen contra les temptacions del **positivisme** o del **constitucionalisme ideològic**, és a dir, contra les posicions que tendeixen a confondre moral i dret, presentant les constitucions o el dret internacional vigents com "el millor dels mons possibles".

Moral i justícia

La divisió entre un punt de vista extern, purament moral o polític, i un punt de vista intern, purament jurídic, mai no és tan taxativa.

Davant el que sostenen aquest tipus d'actituds, sempre seria possible mantenir un punt de vista extern, moral i polític, des del qual denunciar les absències i els límits del dret vigent.

En qualsevol cas, i per a allò que aquí ens interessa, la principal conseqüència de considerar un dret com a fonamental és que són el mateix ordenament jurídic i els seus poders públics els qui assumeixen la seva **protecció**. Com més gran és la fonamentalitat que un ordenament reconeix a un dret, més gran és la protecció, almenys formal, que hi atorga.

Aquesta característica es pot considerar, alhora, el punt fort i el punt feble dels drets fonamentals amb relació als drets humans.

Com a **punt fort**, es pot dir que els drets fonamentals, com que són drets positius, reconeguts en textos amb freqüència escrits i rígids, com les constitucions o els tractats internacionals, ofereixen un referent més o menys concret. En aquest sentit, són més fàcils d'identificar que molts drets humans que se situen en el pla més evanescent de la simple argumentació política o moral.

A més, en ser drets reconeguts per òrgans que poden recórrer, en última instància, per força pública, també les seves vies de protecció resulten, en principi, més eficaces.

Com a **punt feble**, tanmateix, es podria argumentar que precisament per estar consagrat en normes rígides, de reforma difícil, com les constitucions o els tractats internacionals, els drets fonamentals són menys permeables als canvis i les transformacions de fons d'allò que pot exigir una filosofia crítica dels drets humans.

De la mateixa manera, el fet que la seva protecció s'encomani **al mateix poder** també els exposa a més manipulacions i usos interessats. És més, no és infreqüent que quan els poders públics o privats estan involucrats en vulneracions greus de drets fonamentals, i no hi ha mecanismes suficients de pressió social, les vies de protecció es desvirtuïn o resultin estèrils.

4. Els drets fonamentals i les seves garanties

Com hem vist fins aquí, la percepció d'una necessitat o d'un interès insatisfets o amenaçats pot conduir a la formulació d'un dret. I encara que "positivitzar" i "fer visible" aquesta necessitat en termes de dret és un primer indicatiu del valor que el mateix ordenament hi atorga, això no equival a assegurar la seva satisfacció. És més, hi ha una percepció difosa que un dret sense garanties és poc més que un "dret en el paper".

Les garanties, precisament, són mecanismes de protecció dels interessos o de les necessitats que constitueixen l'objecte d'un dret.

Graus de protecció dels drets

Recordeu que el major o menor grau de protecció d'un dret és un element central per a determinar el seu caràcter més o menys fonamental dins d'un ordenament jurídic concret.

4.1. Les garanties institucionals dels drets

En qualsevol ordenament jurídic, les primeres garanties que es reconeixen als drets són les institucionals.

Per **garanties institucionals** es pot entendre, des d'aquest punt de vista, tots aquells mecanismes de protecció i tutela dels drets encomanats a òrgans institucionals com el govern, el legislador, l'administració o els jutges.

En ordenaments caracteritzats per una certa divisió de poders, els mecanismes institucionals de garantia admeten, almenys, dues variants:

- 1) Les garanties "**polítiques**" corresponen a aquelles vies de tutela la posada en marxa de les quals s'encomana al poder legislatiu –ordinari o constitucional–, al govern o a l'administració.
- 2) Les garanties **jurisdiccionals** corresponen a aquelles vies de tutela l'impuls de les quals es confia a òrgans de tipus jurisdiccional, és a dir, a tribunals ordinaris o especials, com els tribunals constitucionals.

4.1.1. Les garanties "polítiques" o primàries

Les garanties polítiques es poden considerar les garanties primàries dels drets fonamentals. Normalment, consisteixen en normes i actes que els òrgans legislatius i executius adopten en la seva tutela.

1) La garantia política, normativa, immediata d'un dret fonamental és, com ja hem apuntat, la seva garantia **constitucional**, és a dir, la decisió del legislador constituent d'incloure un dret en la norma amb més valor jurídic dins de l'ordenament.

Pel caràcter normalment rígid de les constitucions modernes, pel seu paper com a font suprema de producció normativa dins d'un ordenament, i també pel seu valor simbòlic, el reconeixement constitucional permet definir un primer **àmbit d'indisponibilitat relativa** dels drets; és a dir, un **contingut mínim**.

Exemple

Constitucionalitzar el dret a la salut o el dret a la vida, en aquest sentit, comportaria com a mínim, d'una banda, que els poders públics no poguessin restringir-los de manera arbitrària, i d'altra, que haguessin de realitzar tots els esforços, i fins i tot el màxim de recursos disponibles, per a satisfer-los positivament.

2) Certament, aquest contingut mínim previst en les constitucions no esgota l'abast d'un dret ni el de les obligacions que, respecte d'ell, incumbeixen els poders públics i la resta de particulars. Per això, una millor protecció del dret exigeix que la garantia constitucional es complementi amb garanties **legislatives** de desenvolupament.

Tanmateix, la definició del seu contingut concret i de les obligacions que se'n deriven requereixen la seva especificació en codis o lleis dictades pel legislador.

Exemples

Bona part de les constitucions actuals consagren el dret a la propietat, o a la llibertat d'informació, o a un habitatge digne. Però:

- A quins tipus de propietat es refereix? Quines facultats i quins deures comporta per al propietari?
- El dret a emetre opinions racistes comprèn la llibertat d'informació? On se situen els límits de la llibertat d'informació quan està en joc la intimitat dels altres?
- Quines característiques ha de reunir un habitatge per a ser "digne" o un desallotjament per a considerar-se "arbitrari"?

Això significa que pràcticament tots els drets fonamentals constitucionals són, en part, **drets de configuració legislativa**.

En molts estats moderns, la legitimitat democràtica, electoral, del poder legislatiu el converteix en el principal dipositori de la tutela dels drets. Alguns ordenaments, fins i tot, hi reserven la definició dels contorns essencials dels drets –estableixen, per a això, una **reserva de llei**– amb l'objectiu d'evitar que recaigui en òrgans tecnocràtics o amb una menor legitimitat democràtica.

El contingut mínim

El contingut mínim defineix el que els poders públics, subjectes a la constitució, no poden fer ni poden deixar de fer amb relació als drets.

Tutela normativa dels drets fonamentals

La tutela normativa dels drets fonamentals resulta tant del contingut mínim constitucionalment estipulat, com del que realitzi el legislador en el seu marc.

3) Tot això no vol dir, naturalment, que les garanties constitucionals i legislatives siguin suficients perquè un dret sigui eficaç, és a dir, perquè els seus destinataris puguin satisfer, realment, la necessitat o l'interès protegit.

Juntament amb elles, és imprescindible disposar, en diferents escales espacials, d'un **aparell administratiu** material –funcionaris, equips tècnics, recursos– i amb una sèrie d'**instruments jurídics** –reglaments i actes d'execució– que permetin concretar el dret tutelat.

Aquestes **garanties administratives**, sempre condicionades per les garanties constitucionals i per les legals, solen ser garanties normatives de tancament en la protecció institucional dels drets.

Garanties administratives

Perquè un dret sigui eficaç, necessita garanties administratives per a concretar-lo.

Com resulta evident, les garanties "polítiques" constitueixen les garanties per excel·lència dels drets fonamentals. Pel seu abast potencialment general –constitucions, lleis i reglaments dirigits a tots els ciutadans o a un conjunt ampli de subjectes–, i també pels instruments organitzatius i d'execució a la seva disposició, les seues legislatives i administratives són les més idònies per a crear les infraestructures necessàries i remoure els obstacles que impedeixen la generalització dels drets.

Exemples

És indubtable, en aquest sentit, que per a garantir el dret a un habitatge digne fan falta lleis i reglaments que sancionin l'especulació urbanística, que estableixin límits als augmentos indiscriminats de lloguers o que assegurin l'existència d'habitatges accessibles per als sectors amb menys recursos. De la mateixa manera, una garantia àmplia de la llibertat d'expressió depèn en bona part de l'elaboració de lleis i reglaments que garanteixin la pluralitat informativa, impedeixin l'aparició de monopolis o estableixin mecanismes d'ajuts a ràdios o diaris veïnals.

Ara bé, si la importància de les garanties polítiques és fora de dubte, és també una lliçó històrica incontestable que la satisfacció dels drets fonamentals no es pot confiar de manera exclusiva a la discrecionalitat del poder polític.

L'experiència dels ordenaments jurídics contemporanis –fins i tot d'aquells que es defineixen com a estats democràtics de dret– ensenya que no hi ha poder polític "bo" o "innocent", immune a la burocratització i a la pressió dels grans poders privats. I que ni tan sols el control electoral periòdic no és un mecanisme suficient per a eradicar aquest risc.

Per això, la majoria dels ordenaments preveu, al costat de les garanties polítiques, primàries, dels drets, una sèrie de garanties jurisdiccionals, secundàries, destinades a activar-se quan les primeres fallen, s'incompleteixen o resulten insuficients.

4.1.2. Les garanties jurisdiccionals o secundàries

L'existència de garanties jurisdiccionals dels drets comporta la possibilitat que la **vulneració**, per acció o omissió, de les garanties primàries, es pugui impugnar davant d'un **òrgan de tipus jurisdiccional**, és a dir, davant d'un tribunal més o menys independent i imparcial.

En el llenguatge jurídic, un dret és jutjable, o es considera un dret subjectiu, precisament quan el seu titular o els seus titulars els poden invocar davant d'un tribunal per tal que s'adoptin mesures de control, de reparació o de sanció que tutel·lin el seu exercici.

Alguns autors sostenen que quan l'ordenament jurídic no preveu aquesta possibilitat, s'està davant d'un dret sense garantia, o pitjor, davant d'un simple dret al paper.

Altres autors, en canvi, afirmen que l'existència de drets sense garanties jurisdiccionals s'ha de considerar una sort d'imperfecció lògica del mateix ordenament, és a dir, una llacuna que els operadors jurídic tenen l'obligació de curular, dotant el dret d'algun mecanisme de protecció.

Segons els **òrgans** encarregats d'imposar-les, les garanties jurisdiccionals poden assumir diverses formes. De vegades, la tutela dels drets s'encomana als tribunals ordinaris de les diferents jurisdiccions (civil, penal, laboral, contencions administratiu, etcètera). De vegades, juntament amb aquestes garanties jurisdiccionals **ordinàries**, s'estableixen garanties jurisdiccionals **especials**; es tracta de mecanismes específics de tutela dels drets –com la tramitació de recursos d'empara– la resolució dels quals es confia a tribunals superiors o a tribunals de garanties constitucionals.

Les garanties jurisdiccionals també varien segons el **tipus de mesures** en què poden consistir. Naturalment, el que els jutges poden fer per a tutelar un dret depèn de la legislació processal de cada ordenament.

Així, les mesures cautelars, les accions de compliment o les mesures de reparació per danys i perjudicis, són algunes de les tècniques processals utilitzades pels **jutges ordinaris** per a prevenir o corregir vulneracions de drets produïdes en seu administrativa o en les relacions entre particulars.

Exemple

La suspensió per un jutge ordinari de l'execució d'una ordre d'expulsió representa una protecció de la llibertat de circulació i residència de la persona estrangera davant l'acte administratiu.

Per la seva banda, les declaracions de nul·litat, les recomanacions, els reenviaments, o les anomenades sentències d'efectes additius, són algunes de les tècniques processals utilitzades pels **judges constitucionals** per a prevenir o corregir vulneracions de drets produïdes en seu legislativa.

4.1.3. Altres tipus de garanties institucionals

A més de les garanties jurisdiccionals que hem descrit, alguns ordenaments solen preveure altres mecanismes de protecció secundària dels drets, com ara les defensories del poble o les procuradories i les comissions de drets humans.

A diferència dels òrgans jurisdiccionals, normalment aquests òrgans no poden recórrer a la força pública per a fer valer, en última instància, les seves decisions. Tanmateix, disposen d'una estructura que els permet rebre denúncies sobre vulneracions de drets i emetre dictàmens i recomanacions al poder legislatiu o a l'administració. La seva **eficàcia**, per tant, com a òrgans de control, depèn més aviat del prestigi, de l'**auctoritas** dels qui es troben al seu càrrec i d'altres factors com la cultura de respecte als drets que hi hagi en una societat, del paper dels mitjans de comunicació sobre això, etc.

També en aquest apartat caldria esmentar les experiències de les **comissions** creades per a l'esclarament de vulneracions de drets humans durant períodes dictatorials o situacions anàlogues.

Exemples

La Comissió Nacional que va publicar l'informe "Mai més" sobre la repressió duta a terme a l'Argentina pels governs militars des del 1976 fins al 1983, la Comissió per a l'Aclariment Històric a Guatemala, la Comissió de la Veritat i la Reconciliació a Xile, la Comissió de la Veritat al Salvador o la Comissió Veritat i Justícia del Paraguai, entre altres.

4.1.4. Les garanties supraestatals dels drets

Un element comú a tots els mecanismes de protecció analitzats és que tenen lloc en l'àmbit local, a l'interior dels ordenaments jurídics estatals. En aquest sentit, es pot dir que la introducció d'aquest tipus de garanties per als drets comporta restriccions formals a la sobirania interna de l'estat. És a dir, límits i vincles al poder d'una altra manera absolut de l'estat que, a partir de llavors, es converteix des del punt de vista intern, en un estat controlat i disciplinat pels drets.

Tanmateix, també és una experiència històrica el fet de deixar a les mans d'òrgans dels mateixos estats la custòdia dels drets, i ja se sap que pot ser una via segura cap a la seva vulneració.

Lectura complementària

En la pàgina web de l'ONG Equipo Nizkor podeu trobar abundant informació sobre la lluita pels drets humans i sobre les comissions de la veritat. <<http://www.derechos.org/nizkor/>>

Per això, el dret modern preveu, al costat de les garanties estatals, una sèrie de **garanties supraestatals** que introdueixen restriccions formals, no ja solament a la sobirania interna sinó també a la sobirania externa dels estats.

D'aquesta manera, també des d'un punt de vista **extern**, els poders fins llavors absoluts dels estats es converteixen, almenys formalment, en **poders limitats i controlats pels drets**. O dit en altres paraules, en poders que no poden fer ni poden deixar de fer allò que vulneri els drets i obligacions per ells mateixos reconeguts.

Així, serien garanties **primàries** supraestatals l'existència de declaracions, tractats i convenis en els quals s'estableixin drets i deures que els poders públics estatals s'obliguen a respectar.

Així mateix, al costat de les garanties jurisdiccionals estatals també és possible identificar una sèrie de garanties **jurisdiccionals (o semijurisdiccionals)** supraestatals, que s'activen quan les primeres s'esgoten o quan resulten de manera palmària insuficients per a la protecció del dret.

Així, hi ha garanties supraestatals, secundàries, dels drets en l'àmbit regional i en l'àmbit internacional.

Exemples

En l'àmbit regional, les garanties disposades per la Comissió i el Tribunal Interamericans de Drets Humans, per la Comissió Africana de Drets Humans i dels Pobles, o pel Tribunal Europeu de Drets Humans, ubicat a Estrasburg.

En l'àmbit internacional, les que es poden articular en el marc dels Comitès de Drets Humans de Nacions Unides, del Tribunal Internacional de Justícia de l'Haia o del Tribunal Penal Internacional de Roma.

Finalment, en els darrers anys assistim a una progressiva consolidació del principi de justícia universal, i en aquest sentit el cas d'Espanya és especialment rellevant.

Principi de justícia universal

En virtut d'aquest principi, els òrgans jurisdiccionals d'un país han d'aconseguir fets delictius considerats com a crims contra la humanitat o de lesa humanitat, malgrat que no existeixi una connexió ni espacial o territorial (el fet perseguit no té per què haver-se comès a l'interior del mateix país) ni personal (no necessàriament les víctimes o els victimaris han de ser de la mateixa nacionalitat que l'òrgan jurisdiccional que coneix del cas).

4.2. Les garanties ciutadanes o socials dels drets

Com es pot veure, són nombrosos els tipus de garanties institucionals que, des d'un punt de vista formal, se solen posar en marxa per a protegir els drets:

- polítiques i jurisdiccionals,

Exemples

La Convenció de Nacions Unides per a l'eliminació de tota forma de discriminació contra la dona o els Pactes internacionals de drets econòmics, socials i culturals i de drets civils i polítics, de 1966.

- primàries i secundàries,
- estatals i supraestatals.

El cert, tanmateix, és que tots aquests mecanismes de garantia tenen una **paradoxa**: s'encomanen a òrgans de poder que, precisament pel seu caràcter com a tals, es troben en una situació propícia per a vulnerar-los.

Al contrari, les garanties institucionals no s'articulen en el buit. Estan condemnades a l'esterilitat o a una fàcil reversió sense l'existència i promoció de sòlides i permanents **garanties socials o ciutadanes**.

Es tracta de mecanismes de tutela que, més enllà de les mediacions estatals, involucren els mateixos afectats en la construcció i protecció dels seus drets.

4.2.1. Garanties socials de participació institucional i garanties socials autònomes

Aquestes garanties socials també poden assumir diferents variants. De vegades poden actuar com a **garanties de participació institucional**, és a dir, com a instruments d'incidència indirecta o directa en la construcció de les garanties institucionals. Així, serien garanties de participació en l'àmbit **polític**, en primer lloc, el dret de sufragi, que permet escollir representants amb concepcions més o menys diferents de quins drets tutelar, i com.

De manera similar, serien garanties de participació en l'àmbit **jurisdiccional** les diferents eines processals que permeten l'accés dels ciutadans i grups vulnerables a les seues jurisdiccions en les quals es ventila la protecció d'un dret.

Ara bé, juntament amb les garanties socials de participació institucional, se solen articular també **garanties socials autònomes**, és a dir, mecanismes d'autotutela dels drets que se solen activar quan es percep que les garanties institucionals es troben bloquejades o resulten insuficients.

Serien garanties d'autotutela, en determinats supòsits, des del dret de vaga fins a la desobediència civil o la resistència, passant per diverses formes de pressió (manifestacions, accions reivindicatives) i de satisfacció directa de les necessitats i interessos tutelats pels drets, com les cooperatives de producció i consum o les xarxes i associacions veïnals.

D'una banda, no falten els processos d'**autotutela** de drets que intercalen en les seves estratègies moments de **participació institucional**. De la mateixa manera, hi ha processos participatius que deriven en processos extrainstituci-

Protecció dels drets

És ingenu confiar la protecció dels drets a la simple autolimitació del poder o a l'existència d'òrgans polítics o judicials "virtuosos".

Exemples de garanties de participació institucional

Són garanties de participació institucional les iniciatives legislatives populars, les consultes i els referèndum legislatius, i també els diferents mecanismes de participació administrativa –d'informació, de consulta, de proposta– vinculats amb la protecció de drets.

Exemples de garanties de participació jurisdiccional

Són garanties de participació jurisdiccional els recursos d'empara individuals i col·lectius, les accions de classe, populars i d'interès general.

Observació

La separació entre garanties de participació institucional i d'autotutela no és tan taxativa com podria semblar.

onals quan les garanties institucionals resulten inaccessibles. Finalment, hi ha processos d'autotutela que es dissolen quan els espais institucionals donen als seus reclams una resposta mitjanament eficaç.

D'altra banda, la majoria dels mecanismes de garantia dels drets avui existents són el producte de moviments de pressió social que van néixer, moltes vegades, en condicions d'il·legalitat.

Exemples

Penseu en els drets de sindicació o de vaga, reconeguts després de les lluites portades endavant pel moviment obrer durant el segle XIX, amb freqüència en contra de la legalitat de l'època. O en els drets civils de la minoria afroamericana als Estats Units, reconeguts legislativament i judicialment cap al 1960 gràcies al moviment de desobediència civil encapçalat, entre altres, per Martin Luther King. O a l'ampliació del dret a la llibertat ideològica aconseguida, encara contra les lleis dels seus estats, pels objectors de consciència al servei militar.

Certament, no totes les formes d'autotutela dels drets es poden justificar de la mateixa manera. Així, juntament amb les vies de **desobediència civil**, que persegueixen de manera pública i no violenta la tutela d'interessos tendencialment generalitzables, hi ha formes de **desobediència incivil**, que busquen, al contrari, la defensa de privilegis i interessos restrictius. Serien actes de desobediència incivil, en aquest sentit, l'actuació d'una empresa que no paga impostos per a maximitzar els seus guanys o la d'un patró que se serveix de treballadors immigrants en situació "d'irregularitat" amb l'objectiu explícit de burlar la legislació i els controls laborals.

La conclusió, en qualsevol cas, és que el concepte de drets humans es troba estretament lligat a la noció de **conflicte**. Mai no han caigut del cel, ni han estat el producte de les elucubracions més o menys enginyoses de polítics, juristes o experts. Són el resultat de **conquestes històriques**, de lluites moltes vegades acarnissades, inacabades i reversibles.

L'ampliació dels drets, la satisfacció creixent de les necessitats bàsiques que permeten expandir l'autonomia individual i col·lectiva de les persones, han depès sempre de l'eliminació, tant de vells privilegis, com d'antics drets convertits en privilegis.

I és que si els drets no tenen sentit sense deures, és igualment evident que no hi pot haver subjectes amb deures, amb obligacions, sense subjectes capaços d'obligar.

Per això, la "garantia social" només pot consistir en:

"[...] l'acció de tots per a assegurar a cada un el gaudi i la conservació dels seus drets."

Constitució francesa de 1793. Article 23.

Resum

En aquest mòdul didàctic hem intentat mostrar com el discurs dels **drets**, en la mesura que està lligat a la noció d'interessos i necessitats tendencialment generalitzables, enclou un fort **contingut igualitari** oposat, per exemple, a la idea de privilegi.

Aquesta empremta, tanmateix, pot estar **moderada** per diferents raons. Abans que res, per la seva titularitat i el seu exercici, que es pot restringir a raó de criteris com la ciutadania, la capacitat d'obrar o el fet de ser persona. Però també, pels mecanismes de garanties establerts per a la seva protecció. Els mecanismes esmentats, com s'ha vist, enclouen una aporia en aparença irresoluble: encomanen al poder mateix la tasca d'autolimitar-se per a la tutela dels drets, malgrat que, per la seva mateixa naturalesa, els òrgans de poder es troben en una situació propícia per a vulnerar-los.

En aquest sentit, les diferents **garanties** institucionals –legislatives, administratives o jurisdiccionals– previstes per a la protecció dels drets no es poden concebre sinó com a valuosos però incomplets instruments per a la seva defensa.

Per això, precisament, una garantia sòlida dels drets humans, més enllà de les imprescindibles mediacions de l'Estat, només pot residir en la capacitat dels seus **destinatariis i destinatàries d'apropiar-se del seu contingut** i de fer-ho valer en les institucions, fora d'elles i, si fos el cas, fins i tot en contra seva.

Activitats

1. Llegiu l'"Informe sobre la visita a España de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes" (informe presentat per la relatora especial, Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformitat amb la resolució 2003/46 de la Comissió de Drets Humans).
2. Després, contesteu les qüestions següents d'acord amb els conceptes vistos en aquest mòdul didàctic i el vostre criteri personal:
 - a) Identifiqueu en l'informe deu interessos o necessitats de les persones immigrants a Espanya que es puguin entendre com a drets.
 - b) Identifiqueu en l'informe diferents subjectes en situació de vulnerabilitat.
 - c) Identifiqueu en l'informe:
 - Garanties "polítiques" o primàries.
 - Garanties jurisdiccionals o secundàries.
 - Altres tipus de garanties institucionals.
 - Garanties ciutadanes o socials dels drets de participació institucional.
 - Garanties socials autònomes.
 - d) Quines són, segons el parer de la relatora especial, les principals vulneracions dels drets de les persones immigrants a Espanya? Quin tipus de mesures proposa l'informe per a la superació d'aquestes vulneracions?
 - e) En quina mesura l'informe mateix es pot considerar com a garantia dels drets? De quin tipus? Com i per qui podria ser utilitzat per a avançar en la protecció dels drets de les persones immigrants a Espanya?

Exercicis d'autoavaluació

Qüestionari d'elecció múltiple (trieu l'opció correcta)

1. Els drets protegeixen interessos i necessitats de les persones...
 - a) que són independents de les seves circumstàncies o condicions socials.
 - b) que varien absolutament en cada context espacial i temporal.
 - c) que són en part comuns, encara que el seu contingut pot variar relativament en el temps i en l'espai.
2. Un element clau per a distingir un dret d'un privilegi és...
 - a) el seu caràcter individual.
 - b) el seu caràcter generalitzable.
 - c) el seu caràcter abstracte.
3. El dret dels sindicats a negociar amb els ocupadors...
 - a) és un dret col·lectiu, a diferència del dret a sindicar-se lliurement.
 - b) és un dret individual, igual que el dret a sindicar-se lliurement.
 - c) és un dret col·lectiu, igual que el dret a sindicar-se lliurement.
4. L'expressió *migració de la moral al dret* indica...
 - a) que certs principis morals, en incorporar-se als textos normatius estatals i internacionals, adquireixen força jurídica.
 - b) que si els textos jurídics no incorporen certs principis morals deixen de ser dret.
 - c) que actualment els textos jurídics són el reflex dels millors valors d'una societat.
5. La qualificació d'un dret com a fonamental té a veure...

- a) amb el tipus de protecció que se li atorga en un ordenament jurídic.
- b) amb la seva capacitat per a protegir els grups més vulnerables.
- c) amb la seva importància des d'un punt de vista moral.
6. Les garanties institucionals són...
- a) mecanismes de protecció i tutela dels drets encomanats exclusivament a òrgans jurisdiccionals.
- b) mecanismes de protecció i tutela dels drets encomanats exclusivament a òrgans legislatius.
- c) mecanismes de protecció i tutela dels drets encomanats a òrgans de l'estat.
7. Las defensories del poble i les comissions de drets humans solen ser...
- a) òrgans de garantia jurisdiccional dels drets.
- b) òrgans de garantia no jurisdiccional dels drets.
- c) òrgans encarregats de redactar cartes de drets humans.
8. El Tribunal Europeu dels Drets Humans és...
- a) un mecanisme de garantia jurisdiccional i supraestatal dels drets.
- b) un mecanisme de garantia jurisdiccional i estatal dels drets.
- c) un mecanisme de garantia legislativa i supraestatal dels drets.
9. La qualificació d'un dret com a subjectiu té a veure...
- a) amb l'opinió que en tingui la persona que l'invoca.
- b) amb la possibilitat d'invocar-lo davant un tribunal.
- c) amb el fet que el seu titular sigui una persona física concreta.
10. Un acte de desobediència civil i un acte de desobediència incivil es poden distingir, entre altres elements,...
- a) perquè un és plantejat per ciutadans mentre que l'altre no.
- b) pel caràcter tendencialment generalitzable dels interessos reivindicats.
- c) per les bones maneres amb què es porta a terme.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. c)
2. b)
3. a)
4. a)
5. a)
6. c)
7. b)
8. a)
9. b)
10. b)

Glossari

drets *m pl* Expectatives tendencialment generalitzables de protecció d'un interès o una necessitat.

drets fonamentals *m pl* Interessos o necessitats considerats rellevants i, per tant, mereixedors d'especial protecció, per un ordenament jurídic positiu.

drets humans *m pl* Expectatives de les persones considerades justes des d'una certa concepció de valors morals o polítics, amb independència de si les reconeix o no un ordenament jurídic concret.

deures *m pl* Obligacions negatives i positives, de fer i de no fer, que un subjecte determinat, públic o privat, pot tenir amb relació al titular d'un dret.

garanties *f pl* Mecanismes de protecció dels interessos o necessitats que constitueixen l'objecte d'un dret.

garanties primàries *f pl* Normes i actes que els òrgans legislatius i executius adopten en tutela dels drets.

garanties secundàries *f pl* Actuacions extralegislatives, normalment de tipus jurisdiccional o semijurisdiccional, que s'activen davant de la insuficiència o inexistència de les garanties primàries d'un dret.

garanties socials o ciutadanes *f pl* Mecanismes de tutela que, més enllà de les mediacions estatals, involucren els mateixos destinataris d'un dret en la tasca de la seva protecció.

justiciabilitat *f* Possibilitat d'invocar un dret davant d'un tribunal per tal que s'adoptin mesures de control, de reparació o de sanció, que en tutel·lin l'exercici.

privilegis *m pl* Expectatives tendencialment restrictives i excloents de protecció d'un interès o una necessitat.

subjectes en situació de vulnerabilitat *m pl* Persones o grups que, per la seva posició cultural, social, política o econòmica, es troben en situació de dependència o subjecció davant altres persones o grups.

Bibliografia

Abramovich, V.; Curtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Alexy, R. (1994). *Los derechos fundamentales* (traducció al castellà d'E. Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Araujo, J. A. (1994). *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta.

Benhabib, S. (2004). *Los derechos de los otros*. Barcelona: Gedisa.

Brown, W.; Williams, P. (2003). *La crítica de los derechos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Dworkin, R. (1991). *Los derechos en serio* (traducció al castellà de M. Gustavino). Barcelona: Ariel.

Ferrajoli, L. (1999). *La ley del más débil* (traducció al castellà de P. Andrés i A. Greppi). Madrid: Trotta.

Fioravanti, M. (1996). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.

Pitch, T. (2003). *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta.

Tafalla, M. (2003). *Los derechos de los animales*. Barcelona: Idea Books.

