

Cuaderno de Ejercicios 6

Cuaderno de Ejercicios 6

Los ejercicios aquí contenidos deben realizarse al hilo de la lectura de las lecciones correspondientes. A efectos de realizar oportunamente la autoevaluación, debes apuntar en tu Diarion de estudio con todo el detalle posible, tal y como se explica en las instrucciones de la asignatura, tus resultados y reflexiones.

Cuaderno de Ejercicios 6

Ejercicio 6.1

El sistema de fuentes

aprox.20.min.

Introducción: La especial protección que los sistemas jurídicos modernos pretenden otorgar a los derechos fundamentales se contiene expresado en el mismo hecho de que los derechos se encuentran en la Constitución que es la máxima fuente del Derecho. La razón por la que los derechos fundamentales se contienen en la Constitución se debe, principalmente, a que la Constitución se encuentra (normalmente) fuera del ámbito del legislador ordinario quien no puede cambiarla o alterarla salvo conseguir una mayoría suficientemente fuerte y extraordinaria. En general, esto se hace para evitar que las eventuales mayorías y el juego político pueda redundar en una merma de derechos. Éstos requieren, precisamente, limitar al legislador y, por tanto, se sitúan fuera de su alcance.

Objetivo: Comprender el alcance del hecho de que los derechos se sitúen en la norma constitucional.

Tarea: ¿Qué efectos tiene la constitucionalización de los derechos fundamentales según el siguiente texto?

"Asignando a la ley la tarea de concretar el alcance de los derechos fundamentales, los primeros constitucionalistas intentan, antes que nada, sustraer de cualquier injerencia arbitraria del ejecutivo el estatuto de estos derechos, pero dejan un amplio margen de actuación al legislador. Como consecuencia de ello el proceso de positivación legislativa va relativizando paulatinamente el propio dogma de ley como expresión de la voluntad general y garantía de la autonomía del individuo. Se confirman así los temores de Rousseau sobre los peligros de la representación de la voluntad general, la cual, a su juicio, no puede ser representada porque o es ella misma o es otra cosa. Para Rousseau la única solución coherente al problema de hacer efectiva la voluntad general era la democracia directa, que implicaba el reconocimiento en el pueblo de la titularidad y del ejercicio del poder, porque temía que de admitirse la democracia representativa se hiciese al Parlamento y no al pueblo soberano. Más tarde, Stuart Mill dirá, por experiencia directa, que "el pueblo que ejerce el poder no es siempre el pueblo sobre el que se ejerce", y que la voluntad del pueblo significa en la práctica la de la mayoría o la de quienes dicen haberla obtenido. "Entonces puede el pueblo tener el deseo de oprimir a una parte del mismo...".

Surgió así en la praxis política constitucional la exigencia de asegurar los derechos fundamentales contra el arbitrio del legislador, a través del progresivo desarrollo, ya estudiado, de las técnicas de positivación constitucional de los derechos fundamentales que así se mantenía en un rango superior al de las normas legislativas.

El principio de legalidad, mecanismo estrechamente ligado al funcionamiento del Estado de Derecho, supuso una garantía de los derechos fundamentales constitucionales al imponer al legislador la

Cuaderno de Ejercicios 6

obligación de acomodarse en el desarrollo de su labor a los principios de la constitución. La teoría de las constituciones rígidas, esto es, no modificables por vía legislativa ordinaria, de la jerarquía normativa, y la del control jurisdiccional de los actos legislativos, vinieron a asegurar la primacía de los derechos fundamentales reconocidos por vía constitucional, permitiendo la anulación de las leyes contrarias sus disposiciones.

[...]

Sería un grave error desconocer el papel que le corresponde al legislador en la concreción y desarrollo de los derechos fundamentales, hasta el punto de que en algunos momentos, como en el caso de la III República francesa, quedó incluso relegada a segundo plano la vía constitucional.

También en el sistema jurídico-político británico la actividad del Parlamento en materia de positivación de los derechos fundamentales es preponderante, si bien no exclusiva, ya que conviene no olvidar la importante labor de adaptación de los viejos textos constitucionales (Carta Magna, Habeas Corpus, Bill of Rights...) a las necesidades de los momentos y casos concretos llevados a cabo por la jurisprudencia".

[...]

Mención especial merece el papel desempeñado por la jurisprudencia de la República Federal Alemana en la positivación de los derechos fundamentales. Los jueces alemanes, apoyados por un amplio sector doctrinal, han considerado que les incumbe un rol normativo creador en aquellos supuestos en que el poder legislativo no ha desarrollado las cláusulas generales de la *Grundgesetz* [ley fundamental], o cuando las normas establecidas no se han ajustado a los principios constitucionales. Se trata de un cometido más amplio del que le corresponde de modo exclusivo al *Bundesverfassungsgericht* (Corte constitucional federal) respecto al control de constitucionalidad de las leyes, ya que puede ejercerse por todos los jueces. Esta actitud jurisprudencial ha supuesto una clara impugnación del ya aludido dogma positivista, ligado a una ideología conservadora que hacía de la legalidad formal el principio supremo del ordenamiento jurídico y del método formalista lógico-deductivo el criterio guía de la interpretación. Frente a este dogma, la judicatura alemana ha opuesto una integración creadora del ordenamiento jurídico que, en ocasiones, incluso se ha desarrollado *contra legem*, pero siempre *secundum constitutionem*, mediante la cual ha tendido a dar expresión normativa en sus decisiones a aquellos valores y directrices político sociales proclamados solemnemente por el constituyente, que la inercia o imperfección legislativa habían soslayado. Gran parte de la doctrina y la jurisprudencia germana entiende que el principio tradicional de la división de poderes, según se recoge en la *Grundgesetz*, no debe interpretarse como exigencia de una rígida separación, sino como la de un control y colaboración recíproco entre todos los poderes que ejercen funciones estatales para lograr una coordinación armónica en sus tareas. Por ello, tal principio debe ser completado por el de subsidiariedad, en virtud del cual, cuando los órganos legislativos no asumen la tarea de

Cuaderno de Ejercicios 6

desarrollar y completar positivamente las disposiciones constitucionales, tal tarea puede ser realizada por el juez.¹

¹ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique; *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 97 y ss.

Cuaderno de Ejercicios 6

Ejercicio 6.2.

Las funciones de los derechos fundamentales.
aprox.20.min.

Introducción: Como añadidura a las funciones de los derechos fundamentales que describe el prof. Peces-Barba, objetiva y subjetiva, y fuera de un ámbito esencialmente jurídico, se describe a continuación otra importante función. Ésta no se encuentra relacionada con el Derecho aunque sí que tiene una importante e indirecta influencia sobre el mismo.

Objetivo: Sopesar los efectos de una sociedad en la que se respeten los derechos fundamentales.

Tarea: ¿Qué tipo de externalidad positiva podrían generar los derechos fundamentales, de acuerdo con el siguiente texto?

"El concepto de *capital social* nos aclara el complejo mundo que estamos intentado captar y comprender. Es efecto de la inteligencia compartida y, por lo tanto, tiene ese estatus que hemos llamado "ideal". Nos sirve, además, para evaluar esa inteligencia. La *inteligencia compartida*, en todos los niveles en que se dé -amoroso, familiar, empresarial, social-, debe aumentar la capacidad individual para resolver problemas, y debe formar un capital social -instituciones, normas, costumbres, clima ciudadano- que dificulte la aparición de problemas comunes, y ayude a resolverlos, si aparecen.

Por ello, uno de los hecho decisivos para comprender la *inteligencia compartida* y la posibilidad (mejor, la necesidad de evaluarla, de hacer un "test de inteligencia compartida"), es la capacidad de gestionar bien los bienes comunes. Es un problema clásico de la sociología, la ciencia política y la ética, pero que no se ha relacionado con la inteligencia. Se llama recursos comunes a los que se comporten en el seno de las comunidades (prados, reservas pesqueras, bosques, agua subterránea, el aire). Son bienes públicos de los que puede disfrutar un grupo de gente con independiencia del esfuerzo individual invertido en su creación y mantenimiento. El capital social es uno de ellos. Un sistema de seguridades jurídicas protege al criminal, que no ha hecho nada pra constituir ese sistema. Los impuestos pagados por millonarios sirven para mejorar la seguridad social, un sistema del que, probablemente, el millonario no se va a beneficiar.

Es importante también relacionar este concepto con el de *externalidad*, que me parece uno de los más brillantes y fecundos inventados por la economía. indica que la realización de cualquier proyecto produce efectos no queridos directamente. Pueden ser positivos o negativos. Los tratados de moral siempre habían hablado de las consecuencias queridas o no queridas de un acto, pero la economía da a esta disyuntiva un carácter más amplio y objetivo. Por ejemplo, el uso masivo de aerosoles provocó alteraciones climáticas. Esto es una externalidad negativa. Los impuestos pagados a un municipio por una empresa permiten mejorar la red de alcantarillado. Ésta es una externalidad positiva. Técnicamente, se entiende por externalidad "los costes de una transacción que recaen sobre los

Cuaderno de Ejercicios 6

miembros de la sociedad, o los beneficios que son recibidos por ellos pero que no son tenidos en consideración por las partes de una transacción". "Existe una externalidad cuando la producción o el consumo de un bien afecta directamente a empresas o a consumidores que no participan ni en su compra ni en su venta y cuando esos efectos de difusión no se reflejan totalmente en el mercado.

El ejemplo que se cita con más frecuencia es la polución o la degradación de las aguas. En este caso, se trata de externalidades negativas. Pero deberíamos considerar otras más sutiles. Un buen sistema educativo beneficia también a las personas que no tienen hijos. El esfuerzo que hacen las amas de casa en gestionar la economía provoca un bienestar no monetarizable pero cierto. La existencia de una buena infraestructura de comunicaciones -sean autopistas reales o autopistas de la información- afecta, directa o indirectamente, a toda la población"².

² MARINA, José Antonio; *Las culturas fracasadas*, Anagrama, Barcelona, 2010, pp.54 y ss.

Cuaderno de Ejercicios 6

Ejercicio 6.3

¿puede la democracia acabar con la democracia?

Aprox.20.min

Introducción: Hablar de límites a los derechos fundamentales requiere una comprensión necesaria de los propios derechos. Muchos de los límites se sitúan en los propios derechos, siendo límites internos como se ha visto. Otro importante límite es de carácter general. Se trata de las propias limitaciones de un sistema democrático (en el que se reconocen los derechos fundamentales y una moralidad básica). En este sentido, cabría preguntarse si es realmente democrático un sistema (y calificarlo como tal) en el que el mismo sistema permitiese terminar con la propia democracia (tal y como sucedió con el caso de Hitler).

Objetivo: Profundizar en el concepto de límite a los derechos fundamentales.

Tarea: ¿Hay un límite jurídico a lo anterior? Es decir, ¿cabe hablar de algún tipo de limitación jurídica que impida que a través de los medios procesales adecuados, una decisión democrática pueda derogar un sistema democrático? Lee el siguiente texto y responde: ¿Cuál es la base de la fundamentación de la democracia?

"La idea de la democracia, como ya se ha demostrado en el anterior escrito, es la idea de libertad en el sentido de autonomía o autodeterminación política. Su expresión relativamente más pura se encuentra allí donde el orden jurídico estatal es creado directamente por los mismos que a él están sometidos, allí donde las normas de conducta de un pueblo son acordadas por el pueblo mismo reunido en asamblea. Cuando en lugar de la asamblea popular se crea un Parlamento elegido por el pueblo —aun con arreglo al principio de sufragio universal e igualitario—, estamos en presencia de una limitación de ese principio de la autonomía (disimulada apenas por la ficción de la representación), la cual queda desde luego ceñida a la creación de los órganos que han de establecer el orden jurídico de Estado. Ciertamente, no puede comprenderse la democracia partiendo de la sola idea de libertad, ya que ésta, por sí misma, no puede fundar un orden social cuyo sentido esencial es la vinculación; y sólo una vinculación normativa puede establecer vínculos sociales y establecer una comunidad. El sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino para los demás; el «yo» quiere que también el «tú» sea libre, porque ve en él su igual. De este modo, para que pueda originarse la noción de una forma social democrática, la idea de igualdad ha de agregarse a la de libertad, limitándola.

Si se pregunta cuál es el tipo humano a que corresponde esta concepción política en la que el anhelo hacia la libertad se modifica por el sentimiento igualitario, indudablemente es aquel en el que la vivencia del propio yo no es tan elemental y distinta de la vivencia de los otros yo, del no-yo, como para que uno no fuera capaz de compenetrarse con la pretensión de los otros yo a ser reconocidos en su calidad de tales. Es el tipo cuyo acontecimiento radical es el «Tat tvam asi», el hombre que, al contemplar a los demás, oye dentro de sí una voz que le dice: ése eres tú. Este tipo de personalidad se reconoce a sí en los demás; ve en los otros no

Cuaderno de Ejercicios 6

algo ajeno a él, no un enemigo, sino el igual y, por tanto, el amigo; el propio yo no es para él algo particularísimo, incomparable e inimitable. En él el sentimiento de la individualidad se encuentra más bien disminuido; por eso está abierto a la simpatía y la comprensión, es amigo de la paz y enemigo de la agresión; sus impulsos agresivos no se dirigen primariamente contra los demás, sino que se resuelven contra sí mismo, manifestándose como tendencia a la autocrítica y como noble disposición a soportar el sentimiento de la culpa y la conciencia de la responsabilidad. Y nada tiene de paradójico, aunque otra cosa parezca a primera vista, que ese ejemplar humano en el que la conciencia de su individualidad se halla más bien relegada a segundo plano, sienta inclinación por una forma política en la que el poder está reducido al mínimo. Por la actitud que el sujeto adopta ante al problema del poder -el problema fundamental de la política- depende esencialmente de la intensidad de su voluntad de poder. Y en una forma política en la que el poder predomina, el individuo al someterse tiende a identificarse con el poder que le somete.

Cuanto más fuerte es esta voluntad de poder, tanto menor es el aprecio que de la libertad se hace. Negación plena del valor de la libertad, maximalización de poder: tal es la idea de la autocracia. Aquí, el orden jurídico del Estado es establecido por el único al que todos los demás están sometidos —sin participar en modo alguno en la formación de la voluntad común—, por el soberano y caudillo que, por sus dotes personalísimas y naturaleza diferente a la de los demás, se encuentra sobre todos y frente a todos. La desigualdad radical entre el caudillo y los dirigidos, es el supuesto *a priori* de esta forma política, que corresponde a un tipo humano de conciencia exacerbada del propio yo. La incapacidad o, al menos, la enemiga a reconocer en el «tú» un «yo» por esencia análoga al propio, impide a este tipo de hombre reconocer que la igualdad pueda ser un ideal; del mismo modo que la fuerza de sus impulsos agresivos y la intensidad de sus aspiraciones de poder le vedarán admitir que la libertad y la paz constituyan ideales políticos dignos de estima. Donde la conciencia del propio yo se halla de tal modo exacerbada, el sujeto acaba indefectiblemente por identificarse con un super-yo, con su yo ideal, que para él está representado por el dictador omnipotente. No es, pues, una contradicción psicológica, sino todo lo contrario, el que precisamente este tipo sea un fanático de la disciplina rígida y de la obediencia sin límites y que de hecho encuentre su mayor placer no sólo en mandar sino en obedecer. La identificación con la autoridad: tal es el secreto de la obediencia"³.

³ KELSEN, Hans; *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002, pp.109 y ss.

Cuaderno de Ejercicios 6

Ejercicio 6.4

El efecto irradiación

aprox.15.min

Introducción: Una vez se consideran los derechos fundamentales jurídicamente válidos y protegidos en la Constitución, se entiende que los mismos forman parte del Derecho objetivo. Esto supone que su dimensión jurídica se hace evidente con las consecuencias que ello tiene: la de obligar al resto del ordenamiento a ser coherente con el respeto de esos derechos fundamentales, gracias al principio de jerarquía normativa (las normas inferiores deben respetar el contenido esencial de las leyes superiores).

Objetivo: Vincular la función objetiva con la interpretación de los derechos.

Tarea: Lee el texto y describe en qué consiste el efecto "irradiación".

"En el momento en el que los derechos están recogidos en normas jurídicas, adquieren una fisonomía de Derecho objetivo. La idea de que los derechos tienen una doble dimensión, ha sido articulada por la jurisprudencia constitucional, en primer lugar, alemana, como la consecuencia inevitable de su acogida en normas jurídicas plenamente eficaces y de superior jerarquía. La validez de normas y actos jurídicos depende de su coherencia con las normas de derechos fundamentales, de modo que los derechos deben tenerse en cuenta en cualquier decisión jurídica. Se trata del denominado "efecto irradiación".

[...]

Por otra parte, en algunos de los argumentos desde los que se justifica esta nueva fisonomía de los derechos, está presente la referencia a una Constitución que trasciende el texto. Es, en definitiva, la idea de una Constitución material que es previa y superior a la Constitución formal. La superioridad de la Constitución sobre la Ley se interpreta en un sentido que trasciende al jerárquico: por encima del Derecho expresado en los textos, se sitúa un Derecho material del que la Constitución es expresión. Precisamente cuando la constitución se considera norma jurídica con plena eficacia, se inicia la disputa a propósito de su lugar en el sistema de fuentes, que tiene que ver con el problema de la naturaleza de las normas constitucionales y de su interpretación. Es bien sabido que, a partir de la consolidación del Estado Constitucional, se reclaman una teoría del Derecho alternativa al iusnaturalismo y al positivismo jurídico, así como una nueva teoría de la interpretación.

De un modo u otro, la posibilidad de atribuir una función objetiva a los derechos fundamentales surge cuando éstos, que desde el precedente de los derechos naturales se consideran "superiores" y "previos" al Derecho, además aparecen dotados de "eficacia jurídica" independiente de su carácter de "derechos subjetivos" garantizados por la Ley. La construcción de una función objetiva presupone, en definitiva, que los derechos fundamentales

Cuaderno de Ejercicios 6

se consideren "normas constitucionales" y que la Constitución, a su vez, se entienda como norma superior a la Ley"⁴.

⁴ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen; *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2009, pp.20 y ss.

Cuaderno de Ejercicios 6

Ejercicio 6.5.

Dificultades de la interpretación de los derechos fundamentales

Aprox.30.min

Introducción: La interpretación de los derechos fundamentales presenta algunas dificultades añadidas al proceso ordinario de interpretación de los derechos. Reunir las dificultades que entraña el proceso puede ser útil para comprender la dificultad que engloba la interpretación de los derechos fundamentales.

Objetivo: Dar cuenta de la complejidad de la interpretación de los derechos fundamentales.

Tarea: ¿podrías elaborar un listado en el que figuren los criterios que se deben tener en cuenta a la hora de interpretar un determinado derecho?

Cuaderno de Ejercicios 6